

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

**Cilt XXII, Ocak 2018, Sayı 1
Vol. XXII, January 2018, No. 1**

Ankara 2019

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi: Owner:

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü*: Editor in Chief:**

Prof. Dr. Kadir ARICI Prof. Dr. Kadir ARICI

Editörler*: Editors:**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Dr. Öğr. Üyesi M. Çelebi CAN Asst. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Editör Yardımcıları*: Deputy Editors:**

Arş. Gör. Dr. Fahri Erdem KAŞAK Res. Assist. Dr. Fahri Erdem KAŞAK

Arş. Gör. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Res. Assist. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Yayın Kurulu*: Editorial Board:**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayımlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Günay KANDEMİR

ISSN 2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Hazar Reklam Matbaacılık

Kazım Karabekir Cad. Kültür Çarşısı No: 7/56-57

İskitler/ANKARA Tel: 0312 341 22 06-07

Basım Tarihi: Şubat 2019

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri, halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin devamıdır. C. I-XXI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanmış olup C. XXII ve devamı Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanacaktır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi konu sınırlaması olmaksızın hukuk alanında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Merhaba Saygıdeğer Okuyucular,

Kısa bir aradan sonra dergimizin 22. cildiyle yeniden karşınızdayız. Bilindiği üzere, 7141 Sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 183 Numaralı Ek Maddesi ile Gazi Üniversitesi ikiye bölünmüş ve diğer sosyal bilimler alanındaki fakültelerle birlikte Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi de Gazi Üniversitesi'nden ayrılarak 18 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi adında kurulan yeni bir üniversiteye devredilmiştir. Fakültemiz bundan böyle Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi bünyesinde aynı kadro ve hevesle akademik faaliyetlerine devam edecektir.

1997 yılından bu yana faaliyette olan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi de bundan sonra Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin devamı olarak yayın hayatına kaldığı yerden devam edecektir. Değişen sadece adımız olacaktır.

Dergimizin bu yılki sayılarının yayımlanması, bölünme sürecindeki bürokratik işlemlerden dolayı biraz gecikmiştir. Ancak 2018 yılına ait bütün sayılarımızın bu yıl sona ermeden okuyucuyla buluşacağını memnuniyetle belirtmek isteriz.

Dergimize yazar, hakem ve okuyucu olarak katkı sunan tüm hukukçulara teşekkür eder, yeni sayılarda buluşmak üzere esenlikler dileriz. Sevgi ve saygılarımızla...

Editörler Kurulu Adına

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Dear Readers,

After a short break we are glad to meet you in the 22nd Volume of our Law Review. According to Law Nr. 7141, which divides specified universities, Gazi University Faculty of Law was also separated from Gazi University along with other faculties of social sciences and on 18 May 2018 it has been transferred to a new established University, named Ankara Hacı Bayram Veli University. Hence, our faculty will continue its academic activities within the body of Ankara Hacı Bayram Veli University with the same staff and enthusiasm.

Gazi University Faculty of Law Review, which has been published since 1997, will continue to be published as a continuation of Gazi University Faculty of Law Review under the name of Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review. Only the name of our review has changed.

The publication of this year's issues are a bit delayed because of the bureaucratic procedures arising from division process. However, we would like announce that all our issues for 2018 will be published before the end of this year.

Lastly, we would like to thank all law professionals who contributed to our journal as writers, referees and readers. We wish to meet you in the new issues.

With affection and respect...

On Behalf of Board of Editors

Prof. Dr. Hayrettin AĞLAR

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)
YAYIN İLKELERİ**

1. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), ULAKBİM tarafından taranan “*Hakemli Dergi*” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. 2016 Temmuz ayından itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “*Microsoft Word*” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman 12 punto, normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto, normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile gönderilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
6. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha öz eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.
7. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “*basıma*” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
9. Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “*Makale ID*” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumun-

da yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

10. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
11. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
13. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: "Makalenin Başlığı", **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örnek: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Sai-be, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almamıştır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (.) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örnek: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı kaynağa daha sonra yapılacak atıflarda SOYAD, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise parantez içerisinde çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, (2007), s. 53.

AYHAN, (1997), s. 33.

Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: AYHAN, İşletme, s. 76.

AYHAN, Tasarruf, s. 33.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrostationu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel: (312) 216 20 72

Faks: (312) 215 01 69

web: <http://hukuk.ahbv.edu.tr/>

e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com,
hukukdergi@gazi.edu.tr.

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY

1. Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-HFD) is published four times per year as a “*peer-reviewed journal*” and indexed by ULAKBİM. Since July 2016 “*double peer-review*” system has started to be applied.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “*Microsoft Word*” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style and submitted via e-mail to the Editor.
4. Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
5. The main language of the Journal is Turkish; however articles in English, German or French are also published.
6. Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English, German or French must also be supplemented. If the article is in a foreign language; it must be accompanied by an abstract in Turkish.
7. Names of the authors, their institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
8. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal or articles that contain mistypes above the ordinary are declined.
9. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “*Article ID*” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. If the reviewers demand

corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers' wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.

10. Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses may also be published in the Journal along with peer reviewed articles and translations. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
11. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.
12. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
13. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Example: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, "Title of the Article", **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40. (<http://www.hukuk.gazi>).

edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

If the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Example: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Example: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such: SURNAME, page number.

Example: AYHAN, p. 36.

If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated in brackets.

Example: AYHAN, (2007), p. 53.

AYHAN, (1997), p. 33.

If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: AYHAN, İşletme, p. 76.

AYHAN, Tasarruf, p. 33.

Contact Information:

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını)
Beşevler/ANKARA/TURKEY

Tel: +90 312 216 20 72

Fax: +90 312 215 01 69

web: <http://hukuk.ahbv.edu.tr/>

e-mail: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com,
hukukdergi@gazi.edu.tr.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXII

Ocak 2018

Sayı 1

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde
Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler
Zeynep ÖZGENÇ3-48

Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürü (European Small
Claims Procedure): Kapsamı ve Uygulanması Üzerine Bir İnceleme
İbrahim Barış SAYAR 49-94

Maden Hakkını Devir Sözleşmesi ile Rödövans
Sözleşmesi Arasındaki Ayırım
Kemal ERDOĞAN95-142

KAMU HUKUKU

Vergi Hukukunda Yorum Kurallarının ve Ekonomik Yaklaşım
İlkesinin Kullanılması Üzerine Bir Değerlendirme
Erşah TOPRAK/Ramazan ARMAĞAN..... 145-170

1924 Anayasası'nda Yargı Yetkisi ve
Şura-yı Devlet'in Fonksiyonu
Onur KAPLAN 171-198

Vatandaşlık Hakkınının Kapsamı ve Egemenlik
İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme
Bilge Bingöl SCHRIJER 199-266

* Makaleler, birinci yazarlarının unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXII January 2018 Number 1

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- An Analysis Of Public Policy Intervention In Determining
The Applicable Law To Child Custody*
Zeynep ÖZGENÇ..... 3-48
- European Small Claims Procedure: An Examination
On Its Scope And Implementation*
İbrahim Barış SAYAR..... 49-94
- The Distinction Between Transfer Contract
Of Mining Rights And Royalty Contract*
Kemal ERDOĞAN..... 95-142

PUBLIC LAW

- An Assessment Of The Use Of Interpretation Rules And
The Principle Of Economic Approach In The Tax Law*
Erşah TOPRAK / Ramazan ARMAĞAN 145-170
- Judicial Authority In The 1924 Constitution
And The Function Of The Council Of State*
Onur KAPLAN..... 171-198
- An Assessment On The Relation Of “Citizenship
As A Human Right” And Sovereignty*
Bilge Bingöl SCHRIJER..... 199-266

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the first authors.

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

VELÂYETE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Zeynep ÖZGENÇ*

ÖZ

Türk maddi hukukunda velâyet davaları, niteliği gereği kamu düzenine ilişkin kabul edilmektedir. Milletlerarası özel hukukta ise hâkim, hangi durumlarda kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olacağını, çocuğun yüksek yararını dikkate alarak belirlemek zorundadır. Bu nedenle velâyet davalarında hâkim, taraflar arasında mutlak bir denge gözetmek durumunda değildir. Bu husus, başta Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi olmak üzere, Türk hukukunun diğer kaynaklarında yer almaktadır. Dolayısıyla milletlerarası özel hukukta çocuğun yüksek yararı, kamu düzeninin sınırını ve kapsamını ifade etmektedir. Çalışmamızda da velâyete ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda kamu düzeni müdahalesi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun, milletlerarası sözleşmeler ile mahkeme kararları çerçevesinde tartışılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Velâyet, kamu düzeni, çocuğun yüksek yararı, milletlerarası özel hukuk, milletlerarası sözleşmeler

AN ANALYSIS OF PUBLIC POLICY INTERVENTION IN DETERMINING THE APPLICABLE LAW TO CHILD CUSTODY

ABSTRACT

In Turkish domestic Law, it is accepted that custody is directly connected to public policy. However, in private international law judges must evaluate situations which require to public policy intervention in consideration of the best interests of the child. They may not bring into absolute balance between the parents or either parents or third party in any action involving the custody of child. This matter is arranged in, the United Nations Convention of the Rights of the Child, and the other sources of Turkish Law. Therefore, in private international law the concept and the limit of public policy intervention is determined in the view of the best interests of the child. In this article, public policy intervention in custody dispute involving foreign element will be tried to examine with considering International Private and Civil Procedure Law Code, international conventions and case law.

Keywords: Child custody, public policy, the best interests of child, private international law, international convention

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı. E-Posta Adresi: zeynepm@uludag.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/10/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 20/09/2018

GİRİŞ

Maddi hukuk anlamında nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin, velâyetin koruma altına almayı hedeflediği *süje* “*çocuk*”tur. Her çocuk da nev-i şahsına münhasır bir bireydir. Anne ve/veya baba, velâyet sorumluluğunu yerine getirirken, bu hususu mutlak anlamda göz önünde bulundurmak zorundadır. Aksi hâlde, gerek maddi hukukun gerekse de milletlerarası özel hukukun öngördüğü tedbirlerle karşı karşıya kalabilmektedirler.

Velâyete ilişkin kanunlar ihtilâfi hukuku meselelerinde bu tedbir, kamu düzeni müdahalesi ile ortaya çıkmaktadır. Nitekim 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun¹ (MÖHUK) madde 5 uyarınca yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün açıkça Türk kamu düzenine aykırılık hâlinde, yetkili yabancı hukukun ilgili maddi hukuk hükümleri uygulanmamakta; gerekli görülen hâllerde Türk hukuku tatbik edilmektedir. Velâyete ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda da yetkili hukukun uygulanması kamu düzeni müdahalesi ile sınırlandırılabilenekte veya engellenebilmektedir.

Bu bağlamda, kamu düzeni müdahalesinin kapsamının ve sınırlarının odak noktasını çocuğun yüksek yararı ilkesi oluşturmaktadır. Çocuğun yüksek yararının tespiti somut olayın özelliğine ve çocuğun karakterine göre farklılık arz etse de onun korunması açısından benimsenen ulusal maddî hukuka ilişkin bazı temel ilkelerin tespiti çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda, kanunlar ihtilâfi kurallarının ve kamu düzeni müdahalesinin tutarlı ve istikrarlı bir şekilde uygulanabilmesi için öncelikle, Türk maddi hukukunda velâyete ilişkin bazı meseleler irdelenmeye çalışılacaktır. Daha sonra yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda velâyete uygulanacak hukukta kamu düzeni müdahalesinin teoride ve uygulamada nasıl ele alındığı ve alınabileceği değerlendirilecektir.

I. Maddi Hukukta Velâyete Genel Bir Bakış

Velâyet; küçüklerin ve istisnâ olarak kısıtlı ergin çocukların bakımı, kişiliğinin ve mallarının korunması, sağlıklı bir birey olarak yetiştirilmeleri ve temsil edilmeleri konusunda sahip olunan haklar, yetkiler ve yükümlülükler olarak ifade edilmektedir². Bu tanım dikkate alındığında velâyetin; çocuğun

¹ RG.: 12.12.2007-26728.

² Velâyetin tanımı konusunda bkz., AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN Derya; **Aile Hukuku**, Cilt II, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 406; DURAL, Mustafa/

malvarlığı, şahıs varlığı ve temsiline ilişkin hakları, yetkileri ve ödevleri kapsadığı kabul edilmektedir³. Velâyet, çift yönlüdür; anneye ve babaya çocuğun kendisi ve malları üzerinde sadece haklar tanımamakta; aynı zamanda, onlara birtakım yükümlülükler de getirmektedir⁴. Anne ile babanın velâyet hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlıdır⁵; yani herkese karşı ileri sürülebilir ve devredilemez⁶.

Çocuğun şahıs varlığının korunması açısından velâyetin kapsamını; çocuğa ad koyma hakkı, çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi hakkı (Türk Medeni Kanunu⁷ (TMK) madde 21/I), çocuğun yetiştirme ve eğitime (TMK madde 339-340-341) hakkı oluşturmaktadır. Çocuk da anne ile babasını dinleme yükümlülüğü altındadır (TMK madde 339/II).

Çocuğun malvarlığının yönetimine, kullanımına ve korunmasına ilişkin haklar, yetkiler ve yükümlülükler de velâyetin kapsamı içerisindedir. Anne ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına

ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper; **Türk Özel Hukuku (Aile Hukuku)**, Cilt III, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 341; ÖZTAN, Bilge; **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 1074; SEROZAN, Rona; **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 250; KOCAAĞA, Köksal/KÖSEOĞLU, Bilal; **Aile Hukuku ve Uygulaması**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 431; ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ Ahmet Cemal, **Çocuk Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 755; BAKTİR ÇETİNER, Selma; **Velâyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 30; REYHANİ YÜKSEL, Sera; **Velâyet Hakkının Anayasal Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 18-21; USTA, Sevgi; **Çocuk Hakları ve Velâyet**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 20; UZUN BİRİNCİ, Tuba; “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1, 2016, s. 135-166, s. 137. (<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C6S1makale6.pdf>, erişim: 22.09.2017)

³ TİRYAKIOĞLU, Bilgin; **Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar**, TC. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Bilim Serisi No: 6, Ankara, 1991, s. 52.

⁴ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 407; BİRİNCİ UZUN, s. 137.

⁵ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 410; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 342; KOCAAĞA/KÖSEOĞLU, s. 431; ÖZDEMİR/RUHİ, s. 756; ÖZTAN, s. 1079; USTA, s. 22; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz; **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 183; BAYGIN, Cem; **Soybağı Hukuku**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 277.

⁶ Yukarıda belirtilen yazarlardan farklı olarak *Serozan*, velâyet hakkını kanımızca da haklı sebeplere dayanarak, mutlak hak olarak kabul etmemektedir. Velâyet hakkını; mutlak nisbi hak karması ve kırması yüküm-hak olarak nitelendirmektedir. Yazara göre, velâyet hakkı klasik haklar şemasına uymaz. Mutlak haklar gibi herkese karşı ileri sürülebilirken; çocuk üstündeki bu hak iştirak hâlindeki mülkiyete benzetilemez. SEROZAN, s. 251. Aynı yöndeki görüş için bkz., REYHANİ YÜKSEL, s. 24.

⁷ RG.: 08.12.2001-24607.

sahiptirler ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler (TMK madde 352/I). Annenin ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hâkim müdahale eder (TMK madde 352/II). Anne ve baba, kusurları sebebiyle velâyetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler (TMK madde 354). Çocuğun mallarının gelirleri, öncelikle onun bakımına, yetiştirilmesine ve eğitimine; hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde de ailenin ihtiyaçlarını karşılamak üzere harcanabilir. Gelir fazlası ise çocuğun mallarına katılır (TMK madde 355). Çocuğun olağan ihtiyaçlarının gerektirdiği durumlarda ve bu ihtiyaçların sınırları içinde kalmak şartıyla, çocuğa sermaye olarak yapılan ödemeler, uğradığı zararın giderilmesi için ödenen tazminatlar ve benzeri edimler (ikramiyeler ile sosyal yardım ve sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan ödemeler) çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir (TMK madde 356/I). Zorunluluk varsa; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için anneye ve babaya çocuğun diğer mallarından da belirli miktarlarda harcama yetkisi hâkim kararıyla verilebilir (TMK madde 356/II).

Buna karşılık, anne ve baba faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ebeveynlerin kullanmaması koşuluyla, çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarfedemezler (TMK madde 357/I). Ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı, annenin ve babanın yönetimi dışında bırakılabilir (TMK madde 358/I). Anne ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı da çocuğa ait kabul edilmektedir (TMK madde 359/I).

Hâkim, anne ve baba çocuğun mallarını yönetmekte, her ne sebeple olursa olsun, yeterince özen göstermezlerse malların korunması için uygun önlemleri alır; özellikle malların yönetimi konusunda talimat verebilir; belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse, malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine karar verebilir (TMK madde 360). Çocuğun mallarının tehlikeye düşmesi başka bir şekilde önlenemiyorsa, yönetimin bir kayyımına devredilmesine hükmedebilir (TMK madde 361).

Velâyetin kapsamı, çocuğun temsili meselesini de kapsamaktadır. Velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir (TMK madde 343/I). Velâyet altındaki çocuğun yasal temsilcisi velâyet hakkına sahip anne ve babadır (TMK madde 342/I). İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler (TMK madde 342/II). Velâyet altındaki çocuk, ayırt etme gücüne sahip olduğu müddetçe, annenin ve babanın rızasıyla aile adına hukukî işlemler yapabilmektedir (TMK madde 344).

Velâyetin kime ait olduğu da TMK’da düzenlenmektedir. Ergin olmayan çocuk, annesinin ve babasının velâyeti altındadır (TMK madde 335/I). Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık kararı alınmışsa velâyet, hâkim tarafından eşlerden birine verilmektedir (TMK madde 336/II). Velâyetin; evliliğin ölüm ile sona ermesi hâlinde sağ kalan eşe, evliliğin boşanma ile sona ermesi durumunda ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı düzenlenmektedir (TMK madde 336/III). Kural olarak evlilik dışında doğan çocuk ise annenin velâyeti altındadır (TMK madde 337/I).

TMK’da boşanma hâlinde veya evlilik dışı ilişkide velâyeti anne ile babanın birlikte kullanıp kullanamayacağı; diğer bir ifadeyle ortak velâyet kurumu açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Boşanma hâlinde; bazı yazarlar, TMK madde 182/II ile TMK madde 336/III hükmünden hareket ederek, çocuğun yüksek yararına aykırı olmadığı müddetçe, ortak velâyete hâkim tarafından hükmedilebileceğini savunmaktadırlar⁸. Diğer bazı yazarlar ise TMK hükümleri ışığında ortak velâyetin söz konusu olamayacağını iddia etmektedirler. Bu görüşü savunan *Hatemi/Kalkan Oğuztürk*, ortak velâyet konusunda kanunda herhangi bir boşluk olmadığı için ortak velâyete ilişkin menfi bir çözümün bulunduğunu ifade etmektedir⁹. Ayrıca, çocuğun yüksek yararı ilkesi kapsamında ortak velâyetin kabul edilemeyeceği; zira bu durumun çocuk üzerinden velâyet savaşlarına neden olacağı da belirtilmektedir. *Serozan* ise TMK madde 336 hükmü dikkate alındığında, ortak velâyet modelinin uygulanmasının Türk hukuku açısından mümkün olmadığını ifade etmektedir¹⁰. Yazar, Hatemi’den farklı olarak, ortak velâyetin uygulanması gerektiğini; ancak TMK madde 336 hükmünün lafzen böyle bir uygulamaya imkân vermediğini; dolayısıyla ilgili düzenlemenin Anayasa’nın eşitlik ilkesine ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne¹¹ (BMÇHS) aykırı olduğunu ve def’i yoluyla Anayasa

⁸ KOCAAĞA/KÖSEOĞLU, s. 2011; ÖZTAN, 1090-1091; REYHANİ YÜKSEL, s. 45; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 104; SERDAR, İlkur; “Birlikte Velâyet”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1, 2008, s. 155-198, s. 194; ARKAN SERİM, Azra; “Boşanma Halinde Ortak Velâyet”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 14, Sayı 167, 2016, s. 6075-6088, s. 6085; APAYDIN, Eylem; “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1, 2018, s. 445-476, s. 459. (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/492698>, erişim: 31.07.2018)

⁹ HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu; **Aile Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 129.

¹⁰ SEROZAN, s. 255.

¹¹ BMÇHS, Türkiye tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanmış, 09.12.1994 tarihinde 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. Kanunun yayımlandığı RG.: 11.12.1994-

Mahkemesi'nin önüne getirilebileceğini savunmaktadır¹².

Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velâyetinin anne ve baba tarafından birlikte kullanılıp kullanılmayacağı da Türk doktrininde tartışılmıştır. Bazı yazarlar, TMK madde 337'nin açık hükmü nedeniyle bunun mümkün olmadığını iddia ederken¹³; diğerleri ise yine çocuğun yüksek yararı ilkesi doğrultusunda yasadaki boşluğun ortak velâyetin uygulanmasına imkân tanınarak doldurulabileceğini savunmaktadırlar¹⁴.

Türk hukuku açısından ortak velâyetin kabulünü veya reddini savunan yazarların ortak çıkış noktası, çocuğun yüksek yararı ilkesidir. Kanımızca bu konuda yasaklayıcı bir hükmün olmaması nedeniyle, hâkim tarafından çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurarak yorum yoluyla ortak velâyete hükmedilebilir. Zira BMÇHS madde 3/I'de de çocuğun yüksek yararı vurgulanarak; kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının temel düşünce olduğu ifade edilmektedir. Anayasa madde 90/son uyarınca, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlendiğinden; hâkimin, TMK'da yer almayan ortak velâyetin kabulü konusunda BMÇHS madde 3/I ile de düzenlenen bu ilke esas alınarak yorum yapması zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki çocuğun yüksek yararı, milletlerarası andlaşma hükmü olarak düzenlenmemiş olsa dahi en temel insan hakkı şeklinde temel norm olarak, hâkim tarafından çocuğa ilişkin her türlü uyuşmazlıkta dikkate alınmak zorundadır. Dola-

22138; Sözleşmenin yayımlandığı RG.: 27.01.1995-22184. BMÇHS'nin İngilizce tam metni için bkz., <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (e.t.: 04.05.2017).

¹² SEROZAN, s. 256.

¹³ BAYGIN, s. 271; REYHANİ YÜKSEL, s. 51; SEROZAN, s. 255. *Serozan*, TMK madde 337'nin evlilik dışı ilişkide velâyetin sadece anneye bırakılmasını eleştirmektedir. Yazar; bu durumun, çocuklarını benimseyen ve velâyet sorumluluğunu paylaşmak isteyen duyarlı anne-baba modeline uymadığını ifade etmektedir. *Ayiter ve Baktır Çetiner* ise ortak velâyetin mümkün olmadığını savunurken; çocuğun yüksek yararından yola çıkmaktadırlar. Yazarlar, ortak velâyetin taraflar arasındaki denetim mekanizmasını kaldıracağı gerekçesiyle çocuğun yüksek yararına aykırı bulmaktadırlar. BAKTIR ÇETİNER, s. 47; AYİTER, Nurşin; "TMK Ön Tasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkında Görüşler", **AÜHF**, Cilt 30, Sayı 1, 1973, s. 145-167 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3021.pdf>, erişim: 22.09.2017).

¹⁴ SERDAR, s. 194.

yısıyla hâkimin, çocuğun anne ile babası arasındaki ilişkisi, anne ile babanın birbirleriyle olan ilişkileri, geniş ailede yer alan bireylerin durumu ve hatta boşanma sebebi gibi birçok psikolojik ve sosyolojik unsuru dikkate alarak tarafların da talebi doğrultusunda çocuğun yüksek yararı için en uygun seçeneğin ortak velâyet olduğuna hükmedebilmesi kanımızca mümkündür.

Nitekim Yargıtay, bölge adliye mahkemesi ve ilk derece mahkemeleri son dönemlerde verdiği kararlarında ortak velâyet taleplerini kabul etmektedir. Uygulamada tespit edilen ilk ortak velâyete ilişkin kararı, İzmir 4. Aile Mahkemesi¹⁵ vermiştir. Mahkeme anlaşmalı boşanma talebi üzerine, uzman raporunu dikkate alarak çocuğun üstün yararı ilkesi ışığında ortak velâyete hükmetmiştir. Yargıtay ise ilk defa 2017 tarihli kararında¹⁶, somut uyuşmazlık her ne kadar kanunlar ihtilâfi hukuku ile ilgili olsa da, ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığına hükmetmiştir. En temel gerekçe olarak ise 11 No’lu Protokol ile Değişik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) Ek 7 No’lu Protokol¹⁷ madde 5 gösterilmiştir. İlgili hükümde; eşlerin evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi hâlinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşit olduğu belirtilmiştir. Anayasa madde 90/son’a değinilerek; ilgili Protokolün kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere dair milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Bu gerekçeden yola çıkarak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 2017 tarihli kararında¹⁸ çocuğun görüşünü de dikkate alınarak çocuğun yüksek yararı ilkesi doğrultusunda ortak velâyete hükmetmiştir.

¹⁵ İzmir 4. Aile Mahkemesi, E. 2009/448, K. 2009/470, T. 27.05.2009, Karar için bkz., SERDAR, s. 171.

¹⁶ 2. HD., E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20.02.2017, www.kazanci.com (e.t.: 16.08.2017).

¹⁷ 11 No’lu Protokol ile Değişik AİHS Ek 7 No’lu Protokol Türkiye tarafından 1985 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye açısından 6684 sayılı Kanun-Kabul Tarihi: 10.03.2016-Kanunun yayımlandığı RG.: 25.03.2016-20664; İngilizce tam metni için bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (e.t.: 16.08.2017).

¹⁸ İstanbul BAM 10. HD E.2017/578 K. 2017/386 T.26.04.2017 (Yayınlanmamıştır.), Karar için bkz., APAYDIN, s. 465. Ayrıca benzer kararlar için bkz., Ankara BAM 1. HD E. 2017/121 K.2017/601 T.10.05.2017 (Yayınlanmamıştır.), APAYDIN, s. 463-465; Ankara BAM 2. HD E.2017/1132 K.1471 T.05.12.2017 (Yayınlanmamıştır.), APAYDIN, s. 465.

II. Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespiti

Gerek Anayasa madde 90/son gerekse de MÖHUK madde 1/II dikkate alındığında, MÖHUK'ta düzenlenen bağlama kuralları, sadece velâyete ilişkin milletlerarası sözleşmelerin bulunmaması ya da bu sözleşmelerde boşluk olması hâlinde uygulanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası sözleşmelerde velâyete ilişkin maddi ve kanunlar ihtilâfı hükümlerinin bulunması hâlinde öncelikle bu düzenlemeler uygulanacak; boşluk bulunması hâlinde MÖHUK tatbik edilecektir.

A. Milletlerarası Sözleşmeler Uyarınca Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespiti

Velâyete uygulanacak hukuka ilişkin en önemli milletlerarası sözleşme, 1996 tarihli “*Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önemler Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanımaya ve Tenfize ve İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi*”¹⁹ (1996 tarihli La Haye Sözleşmesi) ”dir. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, 1961 tarihli “*Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi*”²⁰ ’nin (1961 tarihli La Haye Sözleşmesi) ” eksikliklerini tamamlamak ve uygulama zorluğu olan bazı maddelerini yeniden ele almak amacıyla da düzenlenmiştir²¹. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi madde 51’de de açıkça bu sözleşmenin, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin yerini alacağı hükme bağlanmaktadır²².

¹⁹ 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi, Türkiye açısından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6707 sayılı Onay Kanununun yayımlandığı RG.: 05.05.2016-29703 ; Sözleşmenin yayımlandığı RG.: 22.05.2016-29719. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin İngilizce tam metni için bkz., <https://assets.hcch.net/docs/fl6ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf> (e.t.: 09.05.2017). Ayrıca Sözleşmeye kaç devletin taraf olduğu ve devletlerin listesi için bkz., <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (e.t.: 04.06.2018).

²⁰ 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin İngilizce tam metni için bkz., <https://assets.hcch.net/docs/fl6ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf> (e.t.: 09.05.2017). Sözleşmeye kaç devletin taraf olduğu ve devletlerin listesi için bkz., <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=39> (e.t.: 04.06.2018).

²¹ 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., AKINCI, Ziya/ GÖKYAYLA DEMİR, Cemile; **Milletlerarası Aile Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 168-179; ; GELGEL, Günseli; **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 48-52; HUYSAL, Burak; **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 104-109; TANRIBİLİR, Feriha Bilge; **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 118-119.

²² Bu konuda bkz., TANRIBİLİR, s. 125; TEKİNALP Gülören/ÇAVUŞOĞLU UYANIK Ayfer; **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul,

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi madde 1/I uyarınca sözleşmenin kapsamını; koruma tedbirlerinin alınması, makamların yetkilerinin kullanılmasına uygulanacak hukuk ile velâyet sorumluluğuna uygulanacak hukukun tespit edilmesi, koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi ile âkit devlet makamları arasında işbirliğinin sağlanması oluşturmaktadır. Hükmün ikinci fıkrasında da bu sözleşme çerçevesinde velâyet sorumluluğu ile kastedilenin; çocuğun şahsına veya mallarına yönelik olmak üzere, annenin ve babanın otoritesini veya çocuğun kişiliğine ya da mallarına ilişkin olarak anne ile babanın, vasilerin ve diğer yasal temsilcilerin haklarını, yetkilerini ve sorumluluklarını düzenleyen herhangi benzer otorite ilişkisi olduğu ifade edilmektedir.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi ile velâyet sorumluluğunun (*parental responsibility*) kapsamının, BMÇHS de dikkate alınarak, oldukça geniş ele alındığı görülmektedir²³. Sözleşmeye göre velâyet, sadece anne ile babanın sahip olduğu hak, yetki ve sorumluluk ilişkisini kapsamamaktadır. Ayrıca bazı hukuk sistemlerinde velâyet kapsamında kabul edilmese bile, çocuğun şahıs varlığı, malvarlığı ve temsiline ilişkin her türlü mesele bu sözleşmenin kapsamında değerlendirilmektedir²⁴. Burada önemli olan, çocuk olarak tanımlanan 18 yaşını doldurmamış bireyin üzerindeki otorite ilişkisidir. Dolayısıyla, çocuğun üzerinde kimin “otorite” sahibi olduğu veya onun şahsını ya da mallarını koruma hakkının, yetkisinin ve sorumluluğunun kime ait olduğu önem taşımamaktadır. Bu kişi, yetkili hukuk çerçevesinde anne, baba veya evlât edinen olabileceği gibi; idarî bir makam veya büyükbaba-büyükanne de olabilmektedir. Otoritenin ne anlama geldiği ise düzenlenmemektedir. Ancak Sözleşme hükümlerinden anlaşıldığı üzere, otorite ile anlaşılması gereken, ço-

2011, s. 258; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 131; GİRAY, Faruk Kerem; **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Ahknonan Çocukların İadesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 248; ÇELİKEL, Aysel; “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velâyet e İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Yıl 17-18, S. 1-2, 1997-1998, s. 107-116, s. 108. ULUOCAK, Nihal; “*Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanımaya ve Tenfize ve İşbirliğine Dair La Haye Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi*”, **MHB**, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 119-127, s. 127; ULUSU KARATAŞ, Elif Ayşe; “*Velâyet Sorumluluğu Ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz Ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi*”, **MHB**, Prof. Dr. Yücel SAYMAN’a ARMAĞAN, Cilt 37, Sayı 2, 2017, s. 911-1003, s. 911-930.

²³ TANRIBİLİR, s. 125.

²⁴ **Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde**, <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf> (e.t.: 10.05.2017), prg. 14. (Anılış: **Explanatory Report**)

çuğun şahsi ve mali menfaati adına en uygun bir şekilde hareket etme yetkisi ve sorumluluğudur.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi madde 1’de yer alan “*koruma*”nın kapsamı madde 3’te tahdidi olmaksızın sayılmaktadır. Bu şekilde hukuk sistemlerinden kaynaklanan farklılıkların, Sözleşme’nin uygulanmasını engellemesi amaçlanmaktadır²⁵. Ancak ilgili hükümde sayılan hususların tahdidi değil de örnekleyici olmasının, söz konusu amaca ulaşılamamasına neden olabileceği söylenebilir. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin uygulama alanı dışında kalan hâlleri ise tahdidi bir şekilde sayılmaktadır (madde 4). Buna göre Sözleşme, soybağının kurulmasına ve iptaline, evlât edinme kararlarına, evlât edinmeye hazırlık niteliğindeki kararlara, evlât edinmenin iptali ya da feshine (evlât edinmenin hükümleri hariç), çocuğun adına ve önağına ilişkin uyuşmazlıklara, serbest bırakmaya, nafaka yükümlülüğüne, trusta veya mirasa ilişkin meselelere, sosyal güvenlik ile eğitim ve sağlık konularında genel nitelikli kamu tedbirlerine, çocuklar tarafından işlenen suçlar sonucu alınan cezai tedbirlere ve göç ile ilticaya ilişkin kararlara uygulanamamaktadır.

Velâyete uygulanacak hukuk ise Üçüncü Bölümde “*Uygulanacak Hukuk*” başlığı altında düzenlenmektedir²⁶. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi’ne göre yetkili olan âkit devlet makamlarının kendi hukuklarını uygulayacakları düzenlenmektedir (madde 15/I). Böylelikle yetkili makam çocuğun korunması gayesi ile en iyi bildiği hukuku tatbik edebilmektedir²⁷. Bununla birlikte, çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunması gerektiği ölçüde istisnaî olarak, duruma ilişkin somut bağlantısı (*substantial connection*) bulunan devletin hukukunun uygulanabileceği veya dikkate alınabileceği hükme bağlanmaktadır (madde 15/II). Söz konusu durumda istisnaî olarak “*sıkı ilişkili hukuk*”un uygulanmasına imkân tanınmaktadır²⁸. “İstisnaî durumun” çocuğun yüksek yararı gereği tespit edilmesi gerekmektedir.

Adli ve idarî makamların müdahalesi olmaksızın, velâyet sorumluluğunun kanundan doğması veya sona ermesi, çocuğun mutad mesken hukukuna

²⁵ Ayrıca bu konuda bkz, TİRYAKİOĞLU, Bilgin; “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, 1999, s. 381-424, s. 387. (“Velâyet”)

²⁶ Bu konuda bkz., GİRAY, s. 258-259.

²⁷ **Explanatory Report**, prg. 86.

²⁸ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 258.

tâbidir (madde 16/I). Adlî veya idarî makamın müdahalesi olmaksızın, bir anlaşmaya ya da tek taraflı hukukî işleme bağlı olarak velâyet sorumluluğunun verilmesine veya kaldırılmasına, anlaşmanın ve hukukî işlemin sonuçlarını doğurmaya başladığı anda çocuğun mutad mesken hukukunun uygulanacağı düzenlenmektedir (madde 16/II). Çocuğun mutad mesken hukuku uyarınca kurulan velâyet sorumluluğunun, mutad meskeninin değişmesi hâlinde de varlığını sürdüreceği öngörülmektedir (madde 16/III). Çocuğun mutad meskeni değiştiği takdirde, velâyet sorumluluğunun sahibinin kanun gereğince başka bir şahıs olması durumunda, yeni mutad mesken hukukunun tatbiki söz konusu olmaktadır (madde 16/IV).

Velâyet sorumluluğunun kullanılması da çocuğun mutad mesken hukukuna tâbidir. Çocuğun mutad meskeninin değişmesi hâlinde de yeni mutad mesken hukukunun uygulanacağı öngörülmektedir (madde 17).

İşlemin gerçekleştiği devlet hukukuna göre çocuğun yasal temsilcisi olarak kabul edilen kişi ile üçüncü kişi arasında kurulan hukukî ilişkinin; yasal temsilci tarafından Sözleşme madde 15 ilâ 22 hükümleri uyarınca tespit edilen uygulanacak hukuk uyarınca geçersiz olduğunun iddia edilemeyeceği düzenlenmektedir (madde 19/I). Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için üçüncü kişinin velâyet sorumluluğuna Sözleşme madde 15-22 hükümlerine göre yetkili olan devlet hukukunun uygulandığını bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekmektedir (madde 19/I). Daha net bir ifadeyle, üçüncü kişinin iyiniyetli olması aranmaktadır. Ayrıca işlemin aynı devlet ülkesinde bulunan şahıslar arasında yapılması şart koşulmaktadır. Bu şartın konulması ile işlem güvenliği prensibinin korunmasının amaçlanmaktadır²⁹.

1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde çocuğun mutad meskeni âkit devletlerden birinde bulunmasa dahi, mutad mesken hukukunun uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir (madde 20). Sözleşme kapsamında atıf prensibi reddedilmektedir. Ancak Sözleşme madde 16'ya göre tespit edilen çocuğun mutad mesken hukukunun âkit olmayan devlet hukuku olması hâlinde, bu devletin kanunlar ihtilâfi kurallarına bakılmaktadır. Bu kuralların da âkit olmayan devlet hukukuna göndermede bulunması durumunda ilgili devletin maddi hukuk hükümlerinin uygulanması gerekmektedir (madde 21).

²⁹ Ayrıca bu konuda bkz., ŞANLI, Cemal/ESEN Emre/FİGANMEŞE-ATAMAN İnci; **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 161; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM Bahadır; **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 289.

B. MÖHUK Kapsamında Velâyete Uygulanacak Hukuk

Velâyet, soybağı ilişkisinin sonuçlarından kabul edilmektedir. Bu nedenle, MÖHUK'ta özel olarak düzenlenen boşanma (MÖHUK madde 14/III) ile evlât edinmede velâyet (MÖHUK madde 18/III) dışındaki hâllerde, yabancı unsurlu velâyet ilişkisine uygulanacak hukuk soybağının hükümlerini düzenleyen bağlama kuralı, MÖHUK madde 17 uyarınca tespit edilecektir.

1. Soybağının Hükümlerine Göre Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespiti

MÖHUK madde 17 uyarınca soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk belirlenmektedir. Yabancı unsurlu velâyet ilişkisi de soybağının hükümleri kapsamında değerlendirildiğinden, ilgili hükme göre soybağının kuran hukuka tâbi kılınmaktadır. Ancak anne, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa velâyet ilişkisine o hukuk; bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle, genel olarak soybağının hükümlerine, özel olarak velâyet ilişkisine “soybağının kuran hukuk” bağlama noktası en son seçenek olarak uygulanmaktadır³⁰. Burada çocuğun hukukundan uzaklaştığı ve aile birliğinin korunması için ailenin hukukunun esas alındığı ifade edilmektedir³¹. Keza Kanun'un gerekçesinde de ilgili hükmün, aile içi ilişkilerde uygulanan hukukta bütünlüğün sağlanmasının tercih edildiği için getirildiği belirtilmiştir³². Aslında pratik olarak düşünüldüğünde; anne, baba ile çocuğun müşterek millî hukuku ile bunların müşterek mutad mesken hukukunun; “soybağının kuran hukuk”un tespitinde uygulanan bağlama kuralı ile aynı hukuku işaret etmesi kuvvetle muhtemel gözükmemektedir.

Soybağının kuran hukuk ise MÖHUK madde 16/I uyarınca tespit edilmektedir. İlgili hükmün lafzına bakıldığında; maddede yer alan bağlama noktalarının uygulanabilmesi, bir önceki bağlama noktaları ile gösterilen yabancı maddi hukuk hükümleri uyarınca soybağının kurulamaması şartına bağlanmaktadır. Ancak hükmün basamaklı bağlama kuralı şeklinde düzenlenmesi doktrinde eleştirilmektedir. *Nomer'e* göre, kanunun maddi hukuka ait sonu-

³⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 152; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 148; ÇELİKEL/ERDEM, s. 268-269; NOMER, Ergin; *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul, 2017, s. 280.

³¹ GELGEL, s. 16-17; DARDAĞAN KİBAR, Esra; “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velâyete İlişkin Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, 2011/I, s. 541-560, s. 547.

³² Gerekçe için bkz., <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> (e.t.: 01.08.2018).

cun elde edilebilmesi amacına yönelik alternatif; yani çocuk lehine en uygun olan hukukun seçilmesini mümkün kılan bir sistemi (“Uygunluk Prensibi”) benimsediğini söylemenin, hükmün esas gayesine uygun bir yorum olduğu belirtilmektedir³³. Kanımızca bu yöndeki yorum, çocuğun yüksek yararı ile de bağdaşmaktadır.

Burada şöyle bir husus akla gelebilmektedir: MÖHUK madde 16’da yapılan amaçsal yorum, MÖHUK madde 17’de belirtilen soybağını kuran hukuk bağlama noktasından hareketle yetkili hukukun tespiti için de geçerli kabul edilebilir mi? Kanımızca aynı husus soybağının hükümlerinin tespitinde de dikkate alınabilir. MÖHUK madde 17 ile de amaçlanan çocuğun en uygun şekilde korunmasıdır. Bu nedenle dava anında anne, baba ile çocuğun müşterek milli hukuku veya bunların müşterek mutad meskenleri bulunmuyorsa; MÖHUK madde 16’da sayılan bağlama noktalarına göre çocuğun korunmasında en elverişli maddi hükümleri içeren yabancı hukukun velâyet ilişkisinde de uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir.

Diğer yandan, MÖHUK madde 16’ya göre tespit edilen yetkili yabancı hukukun doğrudan soybağı hükümlerine uygulanabileceği sonucuna varılmaması gerekmektedir. Zira çocuğun yüksek yararı, MÖHUK madde 16’ya göre farklı bir bağlama noktasının tatbikini gerektirebilir. Şöyle ki; örneğin, çocuğun soybağı MÖHUK madde 16’ya göre doğum anındaki milli hukukuna göre en elverişli olarak kurulmuş olsun. Velâyete uygulanacak hukukun tespitinde ise MÖHUK madde 17 kapsamında öncelikli olarak dava tarihinde anne, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku veya mutad meskeni hukuku dikkate alınacaktır. Ancak anne, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku ve mutad meskeni bulunmadığını farz edersek, velâyet ilişkisine soybağını kuran hukuka göre daha önce tatbik edilen doğum anındaki çocuğun milli hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı somut olayın özelliklerine göre çocuğun yüksek yararı ilkesi çerçevesinde belirlenmelidir. Dolayısıyla soybağının kurulmasında çocuğun menfaati için en elverişli olan yetkili yabancı hukuk, soybağının hükümleri açısından “en” elverişli olmayabilir. MÖHUK madde 16’da yer alan diğer bağlama noktalarına göre “en” elverişli hukukun tespit edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, evlât edinme ve boşanma hâli dışında velâyete ilişkin yabancı unsurlu ihtilâflarda uygulanacak hukukun tespitinde şu bağlama noktaları karşımıza çıkmaktadır:

³³ NOMER, s. 271-272. Aynı yöndeki görüşler için bkz., ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 144-145.

i. Anne, baba ve çocuğun dava tarihindeki müşterek milli hukuku; onun bulunmaması hâlinde anne, baba ve çocuğun dava tarihindeki müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır.

ii. Anne, baba ve çocuğun dava tarihinde müşterek milli hukuku ile müşterek mutad mesken hukukunun bulunmaması hâlinde ise velâyete ilişkin yabancı unsurlu ihtilâf MÖHUK madde 16 kapsamında çözümlenecektir. MÖHUK madde 16’da bağlama noktaları da şu şekilde düzenlenmektedir:

- Çocuğun doğum anındaki millî hukuku.
- Çocuğun mutad mesken hukuku³⁴. MÖHUK madde 16’da, çocuğun mutad mesken hukukunun hangi an itibarıyla dikkate alınacağına ilişkin açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, MÖHUK madde 3’e göre yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, *aksine hüküm olmadıkça*, dava tarihindeki vatandaşlığın, yerleşim yerinin veya mutad meskeninin dikkate alınacağı hükmü esas alınmalıdır. Dolayısıyla “dava ânındaki mutad meskenin” esas alınacağı kabul edilmelidir³⁵.
- Annenin veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukukları.
- Annenin ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukuku.
- Çocuğun doğum yeri hukuku³⁶.

³⁴ Gerek doktrinde, gerekse de uygulamada çocuğun mutad meskeninin nasıl tespit edileceğine ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Genel kabul gören görüş ise çocuğun mutad meskeninin tespitinde çocuk eksenli bir yorumun yapılarak, onun eğitim hayatını ağırlıklı olarak nerede sürdürdüğünün, sağlık kontrollerinin fiilen nerede yapıldığının, yaşının ve olgunluğunun dikkate alınması gerektiğidir. Bu konuda bkz., ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 39-40; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 269-270; GİRAY, s. 74-84; ARSLAN, İlyas; **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 111-140.

³⁵ Bu konuda için bkz., ŞANLI/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 143-144; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 122. Bazı yazarlar ise maddenin kaleme alınış biçimi ve MÖHUK madde 16/I 2. cümlesinde yetkili kılınan hukuklardan çocuğun doğum ânının esas alınacağını savunmaktadır. NOMER, s. 270; ÇELİKEL/ERDEM, s. 267.

³⁶ MÖHUK madde 16/I’de yer alan çocuğun doğum yeri hukuku yerine *lex fori*’nin uygulanmasının teklif edilebileceği ifade edilmektedir. Ancak ilgili hükümde yer alan bağlama noktaları ile tespit edilen hukuklardan birinin *lex fori* olma ihtimalinin de oldukça yüksek olduğu belirtilmektedir. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; “Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı İlişisine Uygulanacak Hukuk Sorunu”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 2, 2008, s. 315-322, s. 318. (“Soy Bağı”)

iii. Buna karşılık, velâyet ilişkisi devam ederken alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlere ilişkin olarak çocuğun ivedilikle menfaatinin teminat altına alınabilmesi için *lex fori*'nin tatbik edilmesi gerekmektedir. Örneğin, Türk hâkiminin acil ve ivedilikli olarak çocuğun mallarını korumak amacıyla tedbir alması gerekiyorsa, söz konusu yabancı unsurlu ihtilâfa *lex fori*'nin uygulayarak Türk hukukunu tatbik etmesi çocuğun menfaati açısından en uygun ve en hızlı çözüm olarak benimsenmelidir.

MÖHUK itibarıyla, velâyete uygulanacak hukuk kapsamına ise velâyetin kime ait olacağı; çocuğun bakımı ve eğitimi konusundaki kararların nasıl alınacağı; çocuğun mallarının kullanılması ve yararlanılmasının ne şekilde olacağı ve bu konuda velâyeti elinde bulunduran tarafın veya tarafların sorumluluğunun kapsamı ile sınırları; çocuğun adının konulması; çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi; çocuğun velâyet hakkı sahibine karşı yükümlülüklerinin belirlenmesi; çocuk adına yapılan hukukî işlemlerde sorumluluk ile bu işlemlerin çocuğu ne ölçüde bağlayacağı; çocuğun aileyi temsil edip etmeyeceği, temsil edecekse bu durumun sonuçları; velâyetin kaldırılması, kısıtlaması ile bu hususların nedenleri girmektedir³⁷. Diğer yandan, çocuğa kayyım atanmasını gerektiren hâller, MÖHUK madde 10/III gereği Türk hukukuna göre belirlenecektir.

Yabancılık unsuru içeren bir ilişkide ergin bir kişinin kısıtlanması gerektiği durumlarda MÖHUK madde 17'nin mi; yoksa madde 10'un mu uygulanacağı tartışılmaktadır. Türk hukukunda hâkim vasi atmadığı müddetçe, kısıtlanan ergin kişiler annenin ve babanın velâyeti altındadır (TMK madde 335/II). Keza, TMK'da kısıtlanan ergin çocukların vesayet altına alınmayıp, velâyet altında bırakılacağı ifade edilmektedir (TMK madde 419/III). Soybağına uygulanacak hukukun maddi hükümlerinin Türk hukukundaki gibi bir düzenlemeyi benimsemesi hâlinde; ilgilinin soybağını kuran hukuka göre velâyet altına alınması gerektiği; aksi takdirde MÖHUK madde 10'nun uygulanacağı savunulmaktadır³⁸. Ancak velâyet altındaki küçüğün veya kısıtlinın menfaati yasal temsilcisi olan veli ile çatışıyorsa, kayyım atanıp atanmayacağı meselesi, MÖHUK madde 10/III'ün gösterdiği Türk hukukuna tâbidir.

Bir diğer husus ise çocuğun fiil ehliyetine uygulanacak hukukun MÖHUK madde 9'a mı; yoksa MÖHUK madde 17'ye göre mi belirleneceği me-

³⁷ Bu konuda bkz., AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 149; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 153-154.

³⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 153, dph. 120.

selesidir. Çocuğun fiil ehliyetinin sınırının ve kapsamının tespiti; onun aileyi temsil etmesi ile çocuk ve anne-baba arasındaki hukukî ilişkinin sonuçları, çocuk malları üzerindeki tasarruf yetkisinin varlığı ve bu konudaki sorumluluğunu da doğrudan ilgilendirmektedir. Velâyete ilişkin her bir meseleyi tek bir statüye tâbi kılarak çocuğun hukukunun uygulanması, onun korunması açısından da en elverişli yöntem olarak düşünülmelidir. Bu nedenle, çocuğun fiil ehliyetinin MÖHUK madde 17 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. Boşanma Hâlinde Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespiti

MÖHUK madde 14/III’te boşanma hâlinde ise velâyet ve velâyete ilişkin sorunların boşanmaya uygulanacak hukuka tâbi olacağı hükme bağlanmaktadır. Bu durumda velâyete, annenin ve babanın müşterek millî hukuku; ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanmaktadır. MÖHUK madde 14/III’ün kapsamını ise boşanmaya ilişkin velâyetin kimde olacağı ve bu ilişkinin kapsamı ve sınırları oluşturmaktadır.

3. Evlât Edinme Hâlinde Velâyete Uygulanacak Hukuk

Evlât edinme işlemi ile birlikte, biyolojik anne ile babanın velâyet sorumluluğu sona ermekte ve evlât edinenin velâyet sorumluluğu başlamaktadır³⁹. Bu nedenle soybağı evlâtlık ilişkisi ile kuruluyorsa, velâyete uygulanacak hukuk MÖHUK madde 18/III’e göre belirlenmektedir. Evlât edinmede velâyet ilişkisi; evlât edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka; yani eşlerin müşterek millî hukukuna, ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek mutad mesken hukukuna, bulunmadığı takdirde Türk hukukuna tâbi kılınmaktadır.

İlgili hüküm kapsamında; evlâtlığın yerleşim yerinin belirlenmesi, evlâtlığın adının-soyadının değişip değişmeyeceği, evlâtlık ile evlât edinen arasındaki hısımlık ilişkisinin nasıl olacağı, çocuğun bakımı ve eğitimi konusundaki kararların nasıl alınacağı, çocuğun mallarının kullanılması ve yararlanılmasının ne şekilde olacağı ve evlât edinenin bu konudaki sorumluluğunun kapsamı ile sınırları, çocuğun velâyet hakkı sahibine karşı yükümlülüklerinin belirlenmesi, çocuk adına yapılan hukukî işlemlerde sorumluluk ile bu işlemlerin çocuğu ne ölçüde bağlayacağı, çocuğun temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları ile sonuçları sayılabilmektedir.

³⁹ RUHİ, Ahmet Cemal; **Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinmeye İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 60.

III. Velâyete Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeni Müdahalesi

MÖHUK madde 5'e göre, yabancı bir hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır. Hükmün açık lafzından da anlaşılacağı üzere, kamu düzeni müdahalesinin asıl sonucu, yabancı maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasının bertaraf edilmesi değildir. Yetkili yabancı hukukun Türk hukuk sistemine aykırı görülen maddi hukuk hükümlerinin uygulanmaması sonucu ortaya çıkan boşluk, yabancı hukukun diğer hükümleri ile doldurulmuyorsa Türk hukukunun uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle, Türk hukukunda kamu düzeni müdahalesinin istisnâî nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Zira kamu düzeninin uygulanmasında hâkime verilen takdir yetkisi, MÖHUK madde 5'teki "açıkça" ifadesi ile de sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla, yabancı hukukun Türk hukukundan farklı bir düzenlemeye sahip olması kamu düzeni müdahalesi için yeterli bir sebep değildir⁴¹. Diğer yandan, yabancı hukukun uygulanması toplumun ahlâk ve dürüstlük anlayışını ciddi şekilde sarsabilecek nitelikte ise kamu düzeni müdahalesi devreye girebilir⁴². Ayrıca yabancı hukukun uygulanmasında meydana gelebilecek temel hak ihlâli, özel hukuk kurallarının dürüstlük kurallarına dayanan hükümlerine aykırılık teşkil ediyorsa da kamu düzeni müdahalesine mesnet teşkil edebilir⁴³. Ancak kamu düzeni kavramının; geniş, muğlâk, izafî ve değişken olduğu da göz ardı edilmemelidir⁴⁴. Yukarıda genel ve soyut olarak belirtildiği üzere, MÖHUK madde 17'ye göre tespit edilen yetkili yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olması hâlinde öncelikle ortaya çıkan boşluk ilgili hukuk ile doldurulmalı; gerekli görülen hâllerde Türk hukuku tatbik edilmelidir.

⁴⁰ NOMER, s. 162; ÇELİKEL/ERDEM, s. 138; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU UYANIK, s. 52; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE-ATAMAN, s. 76; DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, 2017, s. 222.

⁴¹ NOMER, s. 164; ÇELİKEL/ERDEM, s. 148; CAN, Hacı/TOKER, Ali Gümrah; **Milletlerarası Özel Hukuk**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 144.

⁴² NOMER, s. 172; ÇELİKEL/ERDEM, s. 152; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE-ATAMAN, s. 73; DOĞAN, s. 224.

⁴³ NOMER, s. 172; ÇELİKEL/ERDEM, s. 153; ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE-ATAMAN, s. 73; DOĞAN, s. 225.

⁴⁴ ŞANLI/ESEN/FİGANMEŞE-ATAMAN, s. 79; DOĞAN, s. 222.

A. Velâyete Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeni Müdahalesinin Kapsamı ve Sınırı

Velâyete ilişkin meselelerde kamu düzeni müdahalesinin kapsamı ve sınırı BMÇHS çerçevesinde şu temel ilkeler dikkate alınarak belirlenebilir:

i. Çocuğun yüksek yararı: Kamu düzeni, göreceli bir kavram olması nedeniyle, yabancı maddi hukuk hükümlerinin tatbikinde her zaman ve her durumda çocuğun yüksek yararı ilkesine hizmet eden bir araç olarak karşımıza çıkabilmektedir. 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi uyarınca da mutad mesken hukukunun uygulanmasının sadece çocuğun yüksek yararı dikkate alınarak kamu düzeni ile bertaraf edilebileceği düzenlenmektedir (madde 22). Her ne kadar yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda kamu düzeni müdahalesine nasıl ve hangi şartlar altında başvurulacağı kesin bir şekilde ortaya konulması mümkün olmasa da velâyete ilişkin hâllerde bu durum çocuğun yüksek yararı ilkesi ile nispeten somutlaştırılabilmektedir.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi BMÇHS madde 3/I'de de düzenlenmektedir. Aynı zamanda Anayasa madde 41/III uyarınca da her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmaktadır⁴⁵. Keza Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)⁴⁶ madde 4/I-b ile de ilgili kanunun uygulanmasında çocuğun yararı ve esenliği ilkesinin gözetileceğini belirtilmektedir.

Diğer yandan, çocuğun yüksek yararı ilkesinin teorik açıdan tanımının yapılması çok zordur⁴⁷. Yargıtay kararlarında da bu ilke tanımlanmamakta, sadece çocuğun menfaatinin nasıl tespit edileceği ortaya konulmaktadır⁴⁸. Ör-

⁴⁵ Ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı Anayasa madde 41 aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

Madde 41 – Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. (2) Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.

⁴⁶ RG.: 15.07.2005-25876.

⁴⁷ Doktrinde çocuğun yüksek yararının ne olduğu konusunda çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., REYHANİ YÜKSEL, s. 90-91.

⁴⁸ GRASSINGER ELÇİN, Gülçin; **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 59.

neğin, Yargıtay 2006 tarihli kararında⁴⁹ velâyet ve kişisel ilişkiye yönelik düzenlemelerde çocuğun *bedensel ve zihinsel gelişmesi ve yararının* göz önünde bulundurulmasının zarurî olduğunu ifade etmektedir.

BM Çocuk Hakları Komitesi 14 Numaralı Genel Yorumu'nda⁵⁰ çocuğun yüksek yararı ilkesinin üç temel işlevine değinilmektedir⁵¹: İlk olarak, çocuğun yüksek yararı ilkesi temel bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, velâyete ilişkin kararlarda eşlerin menfaatlerinden ziyade, çocuğun menfaatinin esas alınmasını ve hâkimin çocuğun tarafını tutmasını gerektirmektedir. İkinci olarak, yorumlayıcı bir ilke olarak kabul edilmektedir. Eğer çocukla ilgili bir ihtilâfa tatbik edilecek hukuk kuralı tamamlayıcı veya yorumlayıcı nitelikte ise çocuğun üstün yararı ilkesi temel bir yorum ilkesi olarak kabul edilmektedir. Üçüncü olarak ise, usûl kuralı kapsamında esas alınan temel bir norm olarak görülmektedir. Gerek kanun koyucu ve yürütme gerekse de mahkemeler çocuklar ile ilgili tedbirleri alırken, bunların olası etkilerini dikkate almak zorundadırlar. Alınan tedbirlerin çocuğun yüksek yararına nasıl hizmet edebileceğinin, söz konusu tedbirlerle ulaşılan amaçta çocuğun yüksek yararının ne olduğunun, söz konusu amaca ulaşmak için hangi temel kriterlerin dikkate alındığının (örneğin çocuğun yüksek yararı için onun dinlenip dinlenmediği gibi), hangi mülhâzalara yönelik olarak çocuğun yüksek yararının temel kriter olarak benimsendiğinin mahkeme kararlarında yer alması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere çocuğun yüksek yararı ilkesi, sadece ulaşılmaması gerekli mutlak bir sonuç değil; aynı zamanda bu sonuca ulaşılmamasında kullanılan araçlar açısından da hâkim tarafından dikkate alınması gereken bir ilke olarak kabul edilmelidir.

ii. Ayrımcılık yapma yasağı: BMÇHS madde 2'de düzenlenen bu yasağ; sadece çocukların değil, aynı zamanda çocuğa bakmakla hukuken sorumlu olan kişilerin de her türlü ayrımcılığa karşı korunmasını amaçlamaktadır⁵².

⁴⁹ Y. 2. HD., E. 2006/15824, K. 2006/18407, T. 26.12.2006. Karar için bkz., www.kazanci.com (e.t.: 07.08.2017).

⁵⁰ **United Nations Committee on the Rights of the Child General Comment No. 14**, http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (e.t.: 07.08.2017). (anılış: **Comment No. 14**)

⁵¹ **Comment No. 14**, prg. 6.

⁵² Bu konu hakkında bkz., SEROZAN, s. 60-67.

Genel olarak Anayasa madde 10'da⁵³ da ifadesini bulmaktadır.

Bu konu ile ilgili olarak, Yargıtay HGK'nun İsviçre vatandaşı anne ile Türk vatandaşı baba arasındaki boşanma ve velâyetin verilmesine ilişkin kararı dikkat çekicidir. Ulusay-Ulusay davası olarak adlandırılan dava, yerel mahkeme aşamasından itibaren alınan kararlar açısından eleştiriye açıktır. Yerel mahkeme⁵⁴, çocuğun Türk örf-âdetlerine uyum sağlamasının ve Türkiye'de yetişmesinin onun için ayrıcalık olacağı gerekçesine de dayanarak, velâyetin babaya verilmesine ve anne ile kişisel ilişki kurulmasına karar vermiştir. Yargıtay 2. HD.⁵⁵ ise velâyetin anneye verilmemesine neden olabilecek ve çocuğun bedenî, fikrî ve ahlâkî gelişmesine engel nitelikte ciddi ve inandırıcı delillerin bulunmadığını gerekçe göstererek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yerel mahkeme ise Yargıtay'ın bozma kararına direnmiştir. Bunun üzerine dava, Yargıtay HGK'na taşınmış ve yerel mahkemenin direnme kararı bozulmuştur. HGK kararında⁵⁶ yer alan karşı oy yazısı doktrinde eleştirilmiştir. Karşı oy yazısında, çocuğun velâyetinin anneye verilmesi durumunda İsviçre'ye gideceği, Türk gelenek, görenek, maddi ve manevi değerlerinden yoksun kalacağı, Atatürk ilke ve inkılapları ile milli birlik ve bütünlükten farklı yetişeceği için çocuğun velâyetinin anneye verilmesinin onun yararı ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir. Yerel mahkeme kararında da olduğu gibi, karşı oy yazısında da yer alan annenin tâbiyeti ve dini ile ilgili ifadeler, BMÇHS madde 2 ile Anayasa madde 10'a aykırılık teşkil etmektedir⁵⁷.

⁵³ Kanun önünde eşitlik başlıklı Anayasa madde 10 şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

⁵⁴ Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 999 K. 880, T. 13.12.1991, **MHB**, Sayı 1-2, 1996, s. 186-189; HUYSAL, s. 134.

⁵⁵ 2. HD. E. 4086, K. 4386, T. 14.04.1992, **MHB**, Sayı 1-2, 1996, s. 182-186; HUYSAL, s. 135.

⁵⁶ HGK, E. 2-763, K. 117, T. 17.03.1993, **MHB**, Sayı 1-2, 1996, s. 175-182; HUYSAL s. 135.

⁵⁷ Karşı oy yazısının eleştirisi için bkz., HUYSAL, s. 136.

iii. Çocuğun temel yaşama hakkına saygı gösterilmesi ve temininin sağlanması ilkesi: En temel insan hakkının bir sonucu kabul edilen bu ilke; çocuğun bedenî, fikrî ve ahlâkî gelişiminin bir bütün olarak dikkate alınarak yaşının gerekleri doğrultusunda gelişim göstermesine duyulan saygıyı ifade etmektedir. TMK'da çocuğun şahıs varlığının koruma altına alınması için alınacak tedbirlerde de bu ilke başat rol oynamaktadır. Nitekim hâkimin, TMK madde 346 ila 348'de düzenlenen tedbirlere hükmederken sosyal, tıbbî ve pedagojik açıdan çocuğun kişisel gelişimini dikkate alarak takdir yetkisini kullanması gerekmektedir⁵⁸. Ayrıca TMK madde 182/II uyarınca da velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararlarının esas tutulacağı ifade edilmektedir.

iv. Gerekli görülen hâllerde, çocuğun görüşünün alınması ilkesi: Bu ilke, BMÇHS madde 12/I uyarınca taraf Devletlerin; görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özeni göstermek suretiyle tanıyacakları ifade edilmektedir. TMK madde 339/III uyarınca da annenin ve babanın, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanıyacaklarını ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutacaklarını düzenlemektedir. Buna karşılık, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda (TVK)⁵⁹ gerekli görülen hâllerde çocuğun dinlenilmesi ilkesi göz ardı edilmiştir. TVK madde 20/II ve madde 22 uyarınca, Türk vatandaşı annenin ve babanın yetkili makam kararı veya seçme hakkı yoluyla vatandaşlığı kazanması hâlinde çocukları da kendileri ile birlikte vatandaşlığı kazanmaktadır. Ancak eşlerden sadece birinin vatandaşlığı yetkili makam kararı veya seçme hakkı yoluyla kazanması hâlinde diğer eşin muvafakati aranmaktadır. Aksi hâlde, mutad meskenin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılmaktadır. Aynı husus Türk vatandaşlığından çıkma hâli ile vatandaşlığın seçme hakkı yoluyla kaybı için de geçerlidir. TVK madde 27/II uyarınca Türk vatandaşlığını kaybeden annenin ya da babanın talebinin bulunması ve diğer eşin de muvafakat etmesi hâlinde çocukları da kendileri ile birlikte Türk vatandaşlığını kaybederler. Muvafakat verilmemesi hâlinde, hâkim kararına göre işlem yapılır. Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını birlikte kaybeden annenin ve babanın çocukları da Türk vatandaşlığını kaybeder. TVK madde 35/II uyarınca TVK madde 27/

⁵⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ELÇİN GRASSINGER, s. 107 vd.

⁵⁹ RG.: 29.05.2009-27256.

II'de belirtilen durum, Türk vatandaşlığının seçme hakkı yoluyla kaybında da söz konusudur.

Bu bağlamda, gerek yetkili makam kararı veya seçme yoluyla vatandaşlığın kazanılması gerekse de çıkma veya seçme hakkı suretiyle vatandaşlığın kaybında; yaşı ve olgunluğu açısından durumu idrak edebilecek kabiliyete sahip olan çocuğun görüşünün alınması gerekliliğinin göz ardı edilmesi, BMÇHS madde 12'ye aykırılık teşkil etmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) 2012 tarihli bir kararında⁶⁰ çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin şu önemli tespitlerde bulunmuştur: "... Velâyetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek yukarıda açıklanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6. maddelerinde yer alan hükümler, gerekse velâyete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velâyeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması hâlinde, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir.

Somut olayda da, B... 'nin dinlendiği tarih dikkate alındığında 26.05.2009 günlü beyanı sonrası yaşadığı veya yaşamak istediği ortamı değerlendirmesine imkân verecek, dolayısıyla velâyeti konusunda görüşünün alınmasını gerektirecek ölçüde uzun süre geçtiği de görülmektedir. O hâlde, mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velâyet konusunda danışılarak, görüşünü gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağı sağlanması; ifade edeceği bu görüş, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilmesi ve gerektiğinde Aile Mahkemeleri'nin Kurulu, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5 ve 6.maddesi uyarınca uzman bilirkişiden de görüş alınmak suretiyle birlikte değerlendirme yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi, olmalıdır."

Yargıtay'ın da belirttiği üzere, çocuğun görüşünün alınabilmesi için kendisinin idrak çağında olması gerekmektedir⁶¹. İdrak kabiliyetini haiz çocuk

⁶⁰ Y. HGK, E. 2011/884, K. 2012/197, T. 16.03.2012. Karar için bkz., www.kazanci.com (e.t.: 07.08.2017).

⁶¹ Kanımızca bir çocuğun idrak çağında olması, kendisi ile ilgili meselenin ne olduğunun ve sonuçlarının bilincinde olması anlamını taşımaktadır. Ancak çocuğun idrak kapasitesi çocuktan çocuğa değişebileceği gibi, somut uyumsuzluğa konu olan olaya göre de farklılık arz edebilir. Mesela, Yargıtay HGK'nun ilgili kararı velâyetin değiştirilmesi talebine ilişkindir. Kararda velâyeti tartışılan çocuk bu konuda idrak kabiliyetine sahipken, mallarını

ise görüşlerini açıklama olgunluğuna erişen küçük olarak ifade edilmektedir⁶². Ayrıca çocuğun görüşünün alınması, mutlak anlamda bu görüşe uygun hüküm verilmesi anlamına gelmemektedir. Gerekirse bilirkişiden yardım alınarak, uygun düştüğü ölçüde çocuğun görüşü karara esas alınmalıdır. Bu anlamda çocuğun meseleye ilişkin görüşünün karara esas alınıp alınmayacağı noktasında sınır da çocuğun üstün yararadır.

Çocuğun mahkemede nasıl ve ne şekilde dinleneceği ise usul hukukuna ait bir mesele olarak kabul edildiği için *lex fori*'ye tâbidir⁶³. Ancak bu ilke, sadece çocuğun kendisi ile ilgili konularda duruşma sırasında dinlenilmesini değil, gerekli görülen hâllerde serbest iradesini ortaya koyabilmesini de ifade etmektedir.

Kanunlar ihtilâfı alanında, çocuğun yüksek yararı ilkesinin somutlaştırılması ve nesnelleştirilmesi amacıyla müdahaleci normların tatbiki ile kamu düzeni müdahalesi arasındaki farkın da ortaya konulması önem taşımaktadır. Nitekim çocuğun yüksek yararı bazı temel normların yabancılik unsuru olmaksızın doğrudan uygulanmasını gerektirdiği takdirde kamu düzeni müdahalesinden ziyade, müdahaleci normların uygulanması söz konusu olmaktadır.

B. Kamu Düzeni Müdahalesinin Uygulanması ile Müdahaleci Norm Arasındaki Farklar

En genel anlamda müdahaleci normlar, devletin menfaatine hizmet eden, sosyal ve ekonomik politikaya ilişkin maddi hukuk hükümleri olarak tarif edilmektedir⁶⁴. Müdahaleci normlar, nitelikleri gereği emredicidir ve ta-

yönetme konusunda aynı yeteneğe sahip olmayabilir.

⁶² 2. HD., E. 17269, K. 3854, T. 21.03.2006, ÖZUĞUR, Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunu'nun Değişen Düzenlemeleri ile Açıklamalı-İçtihat Velâyet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Onamına Bağlı İşlemler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 633.

⁶³ HUYSAL, s. 157.

⁶⁴ Milletlerarası özel hukukta müdahaleci kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., NOMER, s. 184-188; ÇELİKEL/ERDEM, s. 154-160; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 58-61, 377-382; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 7-11; DOĞAN, s. 239-245; CAN/TOKER, s. 131-138; ÖZEL, Sibel; **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, s. 394-401; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 1 vd.; (**Doğrudan Uygulanan Kurallar**), DEMİR GÖKYAYLA, Cemile; **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)**, 6098 sayılı TBK, 6100 sayılı HMK, 6102 sayılı TK'ya Göre Güncellenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 399-413; DEMİRKOL, Berk; **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi**

raflar bunların üzerinde tasarruf edememektedirler. Ancak iç hukukta emredici nitelikte düzenlenen her hükmün, müdahaleci norm olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Zira bir hükmün müdahaleci norm olarak tespitinde, konuluş amaçları da önem taşımaktadır. Milletlerarası özel hukukta yabancı unsurlu hukukî ihtilâflara taraflar açısından en uygun hukukun tespiti şeklinde tezahür eden taraf menfaatinden ziyade, müdahaleci norm ile kamu menfaatinin koruma altına alınması amaçlanmaktadır. Hâkim tarafından bu amaç dikkate alınarak hangi kuralların müdahaleci norm olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir⁶⁵.

Müdahaleci normların kanunlar ihtilâfı hukukunda doğrudukları sonuç ise yabancılik unsurundan bağımsız olarak uyumsuzluklara doğrudan uygulanmalarıdır⁶⁶. Bu bağlamda, müdahaleci normların kanunlar ihtilâfı kurallarını bertaraf edici özelliği bulunmaktadır. Söz konusu özellik, *Nomer* tarafından kamu düzeninin olumlu etkisine benzetilmektedir⁶⁷. *Özel* ise müdahaleci normların kamu düzeninin bozulup bozulmamasıyla ilgilenmediğini belirtmektedir⁶⁸. Yabancı unsurlu hukukî ilişkiye ve olaya doğrudan uygulandığı için müdahaleci norm kavramının, milletlerarası kurallara özgü ayrı bir kavram olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁹. Her iki hukukî kurum arasındaki farklılığın da aslında tam bu noktada kendini gösterdiği be-

Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014; s. 15-29; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 30, Sayı 1-2, 2010, s. 27-88, s. 70-88 (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk); ERKAN, Mustafa; MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XV, Sayı 2, 2011, s. 81-121; KÖSOĞLU, Mehmet; “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **MHB**, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, s. 147-172; BAYATA CANYAŞ, F. Aslı; “5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt III, Ankara 2009, s. 141-166.

⁶⁵ HARTLEY, Trevor C.; “The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective”, **Recueil des Cours**, Vol. 219, 2006, ss. 9-324, s. 226.

⁶⁶ NOMER, s. 185.

⁶⁷ NOMER, s. 185.

⁶⁸ ÖZEL, s. 395.

⁶⁹ ÖZEL, s. 395.

lirilmektedir⁷⁰. Bir hükmün müdahaleci norm olarak tespiti hâlinde, yabancılık unsuru olsun ya da olmasın hukukî ilişkiye ve olaya mutlak anlamda uygulanmak zorundadır. Buna karşılık kamu düzeni müdahalesinde öncelikle yetkili yabancı hukukun ilgili maddi hükümleri uygulanır. Daha sonra ortaya çıkan sonuçların Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda, ilgili hükümler bertaraf edilerek ya yetkili yabancı hukukun diğer maddi hukuk hükümleri ya da gerekli görülen hâllerde Türk hukuku tatbik edilir⁷¹.

Velâyete ilişkin müdahaleci normların varlığı ise oldukça azdır. TMK, ÇKK ile Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun⁷² (AKKKŞÖK) kapsamında çocuğun yüksek yararı amacıyla konulmuş birçok hüküm bulunmaktadır. Ancak bu hükümlerin uygulanmasının gerekliliği, müdahaleci norm olarak sayılmaları anlamına gelmemektedir. Örneğin; TMK madde 346 uyarınca çocuğun menfaatinin ve gelişiminin tehlikeye düşmesi hâlinde anne ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmez ise hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alabilmektedir. Keza AKKKŞÖK madde 5/I-ç uyarınca da çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılmasına hâkim tarafından karar verilebilir. Ayrıca ÇKK madde 5 uyarınca da koruyucu ve destekleyici tedbirler alınabilmektedir. İlgili hükümlerde belirtilen tedbirlerin alınmasında Türk hâkimi *lex fori* 'yi tatbik edecektir. Bu tür tedbirlerde *lex fori* 'nin tatbik edilerek Türk hukukunun uygulanmasındaki temel gaye de çocuğun yüksek yararının sağlanmasıdır. Zira söz konusu nitelikteki geçici tedbirlere uygulanacak hukukun tespitine yönelik geçecek zamanda etkin ve acil koruma ihtiyacının temin edilememesinin neden olacağı sorunların önüne geçebilmek amacıyla *lex fori* zaruret olarak ortaya çıkmaktadır⁷³. Sonuç olarak geçici tedbirlere Türk hukukunun uygulanması, ilgili hükümlerin müdahaleci norm olmasından değil; bu tedbirlerin *lex fori* 'ye tâbi olmasından ve Türk hâkimi açısından *lex fori* 'nin Türk hukuku olmasından kaynaklanmaktadır.

⁷⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 159-160.

⁷¹ Kamu düzeni ile müdahaleci norm arasındaki ilişki için bkz., ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 19-24.

⁷² RG.: 20.03.2012-28239.

⁷³ Bu konuda bkz., HUYSAL, s. 167.

C. Velâyete Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Özel Durumların Değerlendirilmesi

Yargıtay çoğu zaman, maddi hukuk açısından velâyeti kamu düzeni kapsamında değerlendirerek MÖHUK madde 5'i uygulamaktadır. Bu durum kamu düzeni müdahalesinin istisnaî durumlarda uygulanması gerekliliğinin göz ardı edilmesine neden olmaktadır. Nitekim Yargıtay ilgili hüküm kapsamında öncelikli olarak yabancı yetkili hukukun uygulanması ihmal ederek doğrudan Türk hukukunu tatbik etmektedir. Örneğin yukarıda belirttiğimiz Ulusay-Ulusay davasına konu olayda yabancı unsurlu olmasına rağmen, MÖHUK yargılamanın hiçbir aşamasında uygulanmayarak kural ihlâlinde bulunmuştur⁷⁴.

Velâyete ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda kamu düzeni müdahalesi çok geniş yelpazeye yayılmakta; bu nedenle genel ve soyut değerlendirmelerden kaçınılması gerekmektedir. Tabiki de velâyete ilişkin her konuda olduğu gibi, açıkça Türk kamu düzenine aykırılık da incelenirken, çocuğun yüksek yararı ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır. Bu bağlamda, velâyetin kapsamına giren özellikle şu hususlarda açıkça Türk kamu düzenine aykırılığın ortaya çıkabileceğini söylemek mümkündür:

i. Velâyetin kime ait olduğuna dair meseleler: Boşanma sonucunda veya evlilik dışı ilişkiden doğan ortak çocuğun velâyetinin kime verileceği konusu, maddi hukuk açısından çözümlenmesi en zor meselelerdendir. Hâkim çocuğun yüksek yararı ilkesi çerçevesinde onun yaşı, fizikî ve fikrî gelişimini, tarafların sağlık, ekonomik ve sosyal durumlarını da göz önünde bulundurarak; onun için en doğru kararı vermekle yükümlüdür. Olaya yabancılık unsuru dahil olduğunda ise yetkili yabancı hukukun, Türk hukukunda düzenlenmemiş hukukî kurumların uygulanmasının açıkça Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir.

Bu konuda tartışılan en önemli konulardan biri de ortak velâyetin kabulüdür. Milletlerarası özel hukuk açısından ortak velâyetin kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılıp karşılaşmayacağına ilişkin Yargıtay'ın birbirinden farklı kararları göze çarpmaktadır. Örneğin, Yargıtay 2003 tarihli kararında⁷⁵ ortak velâyetin açıkça kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Karar; yaban-

⁷⁴ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli; "Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 4, Sayı 8, Güz 2005/2, s.119-148, s. 127. ("Velâyet")

⁷⁵ 2. HD., E. 2003/1818, K. 2003/3889, T. 20.03.2003, www.kazanci.com, (e.t.: 10.08.2017).

cı mahkemenin boşanma sonucu verilen velâyet kararının tenfizine ilişkin olmasına rağmen, MÖHUK madde 5'te belirtilen kamu düzeni müdahalesi açısından da dikkat çekicidir. Mahkeme velâyete ilişkin uyuşmazlığa Alman hukukunun uygulanarak ortak velâyete hükmedilmesini TMK'ya aykırı bularak yabancı mahkeme kararının tenfizini reddetmiştir. Bu durum, kanımızca da isabetli bir şekilde eleştirilmektedir. Yargıtay tarafından kamu düzeni ihlalinin, kanun ihlali olarak görüldüğü; bu nedenle kamu düzeni kuralının istisnaîlik niteliğinin göz ardı edildiği belirtilmektedir⁷⁶.

Diğer yandan, Yargıtay 2004 tarihindeki bir kararında⁷⁷ yabancı mahkeme tarafından verilen ortak velâyete hükmünü kamu düzenine aykırı kabul ederek, kararın tenfizini oyçokluğu ile reddetmiş olsa da karşı oy yazısı dikkat çekicidir. Karşı oy yazısında, ortak velâyetin kamu düzeninden sayılması eleştirilmiş ve şu ifadelerle yer verilmiştir: “...*Yabancı ilamın anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel prensiplere, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlâka, Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelerine aykırı olması hâlinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir. Maddede (mülga MÖHUK madde 38-c, MÖHUK madde 54-c)bu durum açıkça sözcüğü ile ifade edilmiştir. Yabancı mahkemenin Türk Hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması yahut yanlış uygulanması başlı başına tenfiz veya tanıma isteğinin reddine sebep teşkil etmez.*” Burada isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere, kanunun emredici hükümlerine aykırılık; milletlerarası özel hukuk açısından *açıkça* kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmemelidir. Velâyete ilişkin hükümler iç hukukta kamu düzenine ilişkin olsa ve emredici hükümler

⁷⁶ GELGEL, **Çocuk Hukuku**, s. 27. Ayrıca benzer görüş için bkz.; BAYATA CANYAŞ, Aslı; “Why Not Enforce? A Critical Analysis of The Refusal To Enforce Foreign Joint Custody Judgments In Turkish Courts”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, 27(3), 2013, s. 310–331 (“Why Not Enforce?”); RUHİ, Ahmet Cemal; “Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İllamların Türkiye’de Tenfizi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VIII, Sayı 3-4, Aralık 2003, s. 721-756, s. 747-748. (“Tenfiz”)

⁷⁷ 2. HD., E. 2004/12285, K. 2004/13680, T. 22.11.2004, www.kazanci.com, (e.t.: 16.08.2017). Benzer kararlar için bkz., 2. HD., E. 2006/2773, K. 2006/9276, T. 12.06.2006, (e.t.: 27.09.2017); 2. HD. E. 2014/7356; K. 2014/13375; T. 16.06.2014, www.kazanci.com (e.t.: 27.09.2017); 2. HD., E. 2012/21186, K. 2013/7440, T. 19.03.2013, www.kazanci.com (e.t.: 27.09.2017). İlgili kararlar hakkındaki değerlendirmeler için bkz., CANYAŞ, Aslı BAYATA; “Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Ortak Velâyet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Özel Hukuk Güncel Konular Sempozyumu, 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar**, Ed.: Bilgin TİRYAKİOĞLU/Mesut AYGÜN/Alı ÖNAL/Kübra ALTIPARMAK/Cansu KAYA, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 593-601. (“Ortak Velâyet”)

ile düzenlenseler dahi; yabancı mahkemenin bu kuralları uygulamaması kamu düzeni müdahalesini gerektirmemelidir⁷⁸. Zira kamu düzeni kavramı, somut maddelerden oluşmamak; Türk toplumunun benimsediği soyut değerler bütünü olarak ortaya çıkan nisbî bir kavramdır. Karar, her ne kadar velâyete ilişkin yabancı mahkeme kararının tenfizinde kamu düzenine aykırılığa ilişkin olsa da aynı hususlar MÖHUK madde 5 anlamında Türk kamu düzenine açıkça aykırılığın tespitinde de dikkate alınması gerekmektedir.

Yargıtay'ın ortak velâyeti kamu düzenine aykırı gören kararları doktrinde de eleştirilmiştir. *Nomer*, evlilik sona erdikten sonra da küçüğün velâyetinin ana ve baba tarafından birlikte kullanılabilir olup olmadığını, boşanmış eşlerin ilişkileri ve özellikle küçüğün menfaati esas alınmak suretiyle hakimın takdir edebileceği bir husus olduğunu; kaldı ki TMK madde 336/II hükmünün ortak velâyete cevaz verdiğini ve bu nedenle söz konusu hukukî kurumun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu veya Türk aile hukukunun temel hukukî yapı ve değerlerinin ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığını vurgulamaktadır⁷⁹.

Çelikel/Erdem, iç hukukta kamu düzeninden olan her kuralın milletlerarası özel hukuk açısından da kamu düzeninden olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtmektedirler⁸⁰. Bu kapsamda yazarlar, boşanmada çocuğun velâyetinin ana-babaya müştereken verilmesinin hiçbir şekilde kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesini gerektiren bir durum olmadığı gibi tersine, çocuk haklarını koruyan ve Türkiye'nin taraf olduğu bütün milletlerarası sözleşmelerin ortak prensibi olan "çocuğun üstün menfaatinin korunmasına" ve çocuğun ana-babası ayrılrsa da çocuğa karşı olan sorumluluklarında ve sevgisinde hiçbir değişikliğin olmadığını göstermesi bakımından son derece doğru ve ideal düzenleme olduğunu ifade etmektedirler⁸¹. *Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe* de Yargıtay'ın ortak velâyetin Türk kamu düzenini niçin ve nasıl ihlal ettiği sorusunu cevapsız bıraktığı; bu kurumun TMK ile örtüşmesine de Türk kamu düzenini ihlal eden bir durum olmadığını belirtmektedirler⁸².

⁷⁸ Bu konuda bkz., NOMER, s. 531, dpn. 272; BAYATA CANYAŞ, "Ortak Velâyet", s. 601; MALKOÇ ŞENSÖZ, Ebru; **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 440.

⁷⁹ NOMER, s. 531, dpn. 272.

⁸⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 251.

⁸¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 251.

⁸² ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 87.

Keza *Güven*, iç hukuk açısından kamu düzeni kapsamında görülen her durumun milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilemeyeceğini, velayetin anne ile babaya birlikte verilmesinin ise sırf bu niteliğinden dolayı kamu düzenine açıkça aykırı olarak kabul edilmesinin ve çocuğun yararı ön planda tutularak değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır⁸³.

Malkoç da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde boşanma sonrası ortak velâyet hükmünün kamu düzenine aykırılığını değerlendirse de kanunlar ihtilâfi hukuku açısından da önemli tespitlerde bulunmaktadır. Yazar; ortak velâyet kararının hem Türk hukuk tatbikatına uygun olması (TMK madde 336/II ve madde 166/III) hem de Türk tatbikatına uygun olduğu kabul edilmese dahi, Türk aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir yön bulunmaması sebebiyle Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığını belirtmektedir⁸⁴.

Buna karşılık, *Doğan* velâyete ilişkin düzenlemenin emredici olmasını ve iç hukukta kamu düzeninden görülmesini milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzeni müdahalesi için yeterli görmemekte; ortak velâyetin Türk toplumunun temel değerleri ile uyuşmadığından kamu düzeni müdahalesinin isabetli olacağını savunmaktadır⁸⁵.

Yargıtay ise ortak velâyete ilişkin tutumunu 2017 tarihli kararı⁸⁶ ile değiştirmiştir. Bu karar doğrudan doğruya MÖHUK madde 5’te belirtilen kamu düzeni müdahalesinin uygulanması ile ilgilidir. Somut olayda, taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik-dışı doğan ortak çocuğun velâyetinin anne ile babaya birlikte verilmesini; yani ortak velâyeti talep etmektedir. Yerel mahkeme, velâyete ilişkin bu uyuşmazlığa MÖHUK madde 17’yi uygulamış ve anne, baba ile çocuğun müşterek milli hukuku olan İngiliz hukukunu tatbik edilmiştir. İngiliz hukukuna göre evlilik dışı doğan çocuklar açısından ortak velâyet düzenlenmesi mümkünken; yerel mahkeme bu hususun kamu düzenine aykırı olduğuna hükmederek ortak velâyet talebini reddetmiştir. Karar temyiz edilerek uyuşmazlık Yargıtay’a taşınmıştır. Yargıtay da ortak velâyet düzenlenmesinin “*açıkça*” kamu düzenine aykırı olmadığına hükmetmiştir. Kararda

⁸³ GÜVEN, Pelin; **Tanım-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2013, s. 136-137.

⁸⁴ MALKOÇ ŞENSÖZ, s. 444.

⁸⁵ DOĞAN, s. 310.

⁸⁶ Kararın künyesi için bkz., yuk. dpn. 16.

velâyetin kime ait olacağına ilişkin TMK’da yer alan hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca 11 No’lu Protokol ile Değişik AİHS’ne Ek 7 No’lu Protokol madde 5, ortak velâyetin kamu düzenine aykırı olmamasına dayandırılmıştır.

Yargıtay söz konusu kararında, eski tarihli kararlarından farklı olarak şu ifadelere de yer vermiştir: “... *Esasa uygulanacak hukukun, Türk Hukukundan farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi sebeplerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlâk anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır*” (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K.sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde “ortak velâyet” düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.

O hâlde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velâyete dair düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek “ortak velâyet” istemine dair davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”

Yargıtay’ın yukarıda belirtilen ifadelerine dayanarak, ortak velâyetin “açıkça” Türk kamu düzenine aykırı bulmamasını isabetli görmekteyiz. Ayrıca gerek yerel mahkeme gerekse de Yargıtay MÖHUK madde 17’yi uyguladıktan sonra madde 5’e göre Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını irdemiştir. Ancak kararda iç hukuk düzenlemelerine yer verilmesini anlamsız bulmaktayız. Zira ortak velâyetin kamu düzenine aykırı olup olmadığı, iç hukukta bu yönde bir düzenlemenin var olup olmadığına bağlı değildir. TMK’da ortak velâyete izin vermeyen bir hüküm mevcut olsaydı veya 11 No’lu Protokol ile Değişik AİHS’ne Ek 7 No’lu Protokol Türk hukuku açısından yürürlükte olmasaydı dahi, yetkili yabancı hukukta yer alan ortak velâyet

düzenlemesi çocuğun yüksek yararı ilkesi gerektiriyorsa kabul edilmeli ve bu anlamda kamu düzeni müdahalesi devreye girmemelidir.

Yabancı hukukta yer alan ortak velâyet düzenlemesinin Türk hukuku açısından kamu düzenine aykırı olup olmadığının kabulü, doğrudan çocuğun yüksek yararı ilkesine ilişkindir. Daha net bir ifadeyle, ortak velâyetin kabulü çocuğun yüksek yararı ilkesi açısından zorunlu olabilir. Buna karşılık aynı ilke uyarınca, anne ile babanın talebine rağmen hâkim tarafından ortak velâyet isteği reddedilebilir. Böyle bir değerlendirmeyi yaparken çocuğun fikrî, ahlâkî ve bedenî gelişimi, annenin ve babanın tutumu etken rol oynayabilir. Ayrıca ortak velâyetin sonradan çocuğun menfaatine aykırı hâle gelebilmesi de söz konusu olabilir. Örneğin; ortak velâyet kendilerine verilen anne ile babanın çocuğun eğitim göreceği okulun belirlenmesi hususunda anlaşmazlığa düşmesi hâlinde mesele hâkim önüne getirilebilir. Ancak çocuğun geleceği ile ahlâkî ve fikrî gelişimini etkileyecek birçok hususta böyle anlaşmazlıkların ortaya çıkması ve her bir meselenin yargıya taşınması ya da çözümsüz kalması hâlinde, velâyetin değişen koşullar doğrultusunda hâkim tarafından yeniden düzenlenmesi gerekebilir. Ancak şunu da özellikle belirtmek gerekir ki ideal olan, çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği, evli olmasalar bile çocuğun anne ile babasının ortak sorumluluğunda büyümesidir. Bu nedenle ilke olarak ortak velâyetin benimsenmesi, istisnaî durumlarda anne veya babadan birine velâyetin verilmesi gerektiği kanısındayız. Hangi durumların istisnaî olduğuna ise çocuğun yüksek yararı ilkesi kapsamında çocuğu fiziki, ahlâkî ve fikrî gelişimini de dikkate alarak hâkim karar verecektir.

Aynı cinsiyetten birlikteliklerde⁸⁷ çiftlerin evlât edinmesi hâlinde velâyete ilişkin durumun tespiti de milletlerarası özel hukuk açısından irdelemesi gereken meselelerden biridir⁸⁸. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki;

⁸⁷ Yabancı hukuklarda aynı cinsiyetten iki kişinin birlikteliği; hayat ortaklığı, kayıtlı hayat ortaklığı ve evlilik olarak üç şekilde görülmektedir. Bu konuda bkz., SİRMEN, Sedat; “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Türk Kanunlar İhtilâfında Düzenlenişi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 58, Sayı 4, 2009, s. 825-879, s. 871; YASAN, Candan; “Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsten Kişilerin Evliliği ve Evlilik-dışı Birlikteliği”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/1, s. 749-776, s. 749-750. Alman hukukundaki tescil edilmiş hayat ortaklığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., PÜRSELİM, Hatice Selin; “Milletlerarası Özel Hukuk’ta Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı Kurumu: Almanya’da Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığının Kurulması ve İptali”, **İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Konferans Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2012, s. 155-168. (“Hayat Ortaklığı”)

⁸⁸ Aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğinin geçerliliğine ilişkin MÖHUK’ta herhangi bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Ortada bir kanun boşluğu bulunduğu için TMK madde

aynı cinsiyetten birlikteliklerde evlât edinme işleminin geçerliliğinin sorgulanması gerekmektedir. Yabancı ülkelerde yapılan adli ve idarî evlât edinme işleminin geçerli olabilmesi için Türk mevzuatına uygun olarak tanınması gerekmektedir⁸⁹. Kanunlar ihtilâfı hukukunda ise yabancı hukuka göre aynı cinsiyetten birlikteliklerde velâyete ya da biyolojik anne ve/veya baba ile kişisel ilişki kurulmasına dair yabancı unsurlu bir uyuşmazlık ortaya çıktığında öncelikli olarak evlât edinme işleminin geçerliliği ön mesele⁹⁰ olarak kabul

l'in uygulanması gerekmektedir. TMK madde 1/II uyarınca, örf ve adet hukukunda uygulanabilecek bir kural bulunmadığından, söz konusu hukuk boşluğunu doldurmak için hâkimin kendisi kanun koyucu gibi hukuk yaratarak, kanun koyucu yerine aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliğine ilişkin bir bağlama kuralını oluşturması gerektiği ifade edilmektedir. Hâkim; taraf menfaatini esas alarak bir bağlama kuralı oluştururken kıyas yoluna başvurabilecektir. Bu nedenle, MÖHUK madde 13-14 ve 15'in bu yöndeki birlikteliklere ilişkin de uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle, Türk hâkimi kıyasen evliliğin geçerliliğine ilişkin bağlama kuralı olan MÖHUK madde 13/I-II'ye göre uygulanacak hukuku tespit edecek; uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması ve böyle bir birlikteliği yasal kabul etmesi hâlinde, kanımızca söz konusu birliktelik MÖHUK madde 5 uyarınca açıkça Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca bu konuda bkz., YASAN, s. 765-766; SİRMEN, s. 871.

⁸⁹ Yabancı evlât edinme işleminin tanınmasına ilişkin olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır: **1)** Milletlerarası sözleşmeler uyarınca tanıma prosedürü. Bu konuda en önemli milletlerarası sözleşmelerden biri, 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi'dir. **2)** MÖHUK ile 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK) uyarınca tanıma prosedürü. NHK madde 30/I uyarınca, yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde yapılan evlât edinme işlemleri aslı şartlar bakımından Türk mevzuatına uygun olmak şartıyla Türkiye'de de geçerlidir. Aslı şartlar ile ne kastedildiğinin ve bunun nasıl tespit edileceği muğlaktır. Bunun yanı sıra, maddenin ifadesi karşısında bir an için, aslı şartlara uygunluğun belirlenmesi hâlinde yabancı ülkede yapılan evlât edinmelerin Türkiye'de MÖHUK hükümlerine tâbi olmadan doğrudan tanınmayacaktır. MÖHUK m. 50/I uyarınca, mahkeme ilamı niteliğinde olmayan yabancı kararların tanıma usulüne tâbi olarak tanınması mümkün değildir. Bu nedenle idarî karar niteliğinde olan evlât edinmelerin MÖHUK uyarınca tanınması söz konusu değildir. Ancak NHK madde 30/II uyarınca, evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idarî makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır. Bu hüküm uyarınca yalnızca mahkeme kararlarının tanınmasına imkân veren Türk tanıma hukukuna evlât edinme işlemleri için bir istisna getirilmiş olduğu ifade edilmekte ve evlât edinme ile ilgili idarî makamlarca verilen belgelerin Türk mahkemelerinde tanıma davasına konu olabilecekleri kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., ÖZEL, Sibel; "Ülkelerarası Evlat Edinme", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan**, 2011/I, s. 609-618; ("Ülkelerarası Evlat Edinme") TARMAN, Zeynep Derya/ÖNAY, Işık; "Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 60, No 2, 2011, s. 331-365, s. 353-354.

⁹⁰ Ön meseleye uygulanacak hukuka ilişkin iki öneri söz konusudur: **1)** Ön meseleye *lex fori*'nin bağlama kurallarının uygulanarak çözümlenmesi. **2)** Ön meseleye *lex causae*'nin bağlama kurallarının uygulanarak çözümlenmesi. Her iki metodunda somut olayın

edilecektir. Bu kapsamda Türk hâkimi *lex fori*'nin bağlama kurallarını; yani MÖHUK madde 18 uyarınca yetkili hukuku tespit edecektir. Ancak doktrin- de uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması ve birlikte evlât edinme iş- lemine geçerlilik tanınması hâlinde kamu düzeni müdahalesinin devreye girip girmeyeceği konusunda farklı görüşler mevcuttur. *Yasan*; aynı cinsiyetten ki- şilerin birlikteliklerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda yetkili olan yabancı hukukun, çocukların soybağı, velâyet veya evlât edinilmesine ilişkin hüküm- lerinin uygulanmasıyla meydana gelecek somut sonuç bakımından ise kamu düzenine aykırılığın, çocuğun üstün menfaatinin korunması çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹¹. *Tarman/Önay*'a göre, eşcin- sellerin birlikte evlât edinmesinin mümkün olduğu bir yabancı hukukun ise Türk hukukuna göre kamu düzeni engeline takılacağı aşikârdır. Her ne kadar bu konuda örnek bir karar olmasa da yetkili hukukun yabancı hukuk olması ve aynı cinsiyetten kişilerin birlikte evlât edinmesine cevaz vermesi hâlinde, uygulamada MÖHUK madde 5 uyarınca Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir durum olarak görülebilir⁹². Diğer yandan meselenin uzman görüşleri ve çocuğun görüşleri doğrultusunda onun yüksek yararı çerçevesinde değeri- lenilmesi gerekmektedir.

Taşıyıcı annelikte⁹³ velâyet sorunsalı da kamu düzeni müdahalesinin

özelliklerine göre uygulanabileceği kabul edilmektedir. İç karar ahenginin önem kazandığı uyumsuzluklarda *lex fori*'nin bağlama kurallarının; milletlerarası karar ahenginin ön plana çıktığı ihtilaflarda ise *lex causae*'nin bağlama kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Kanımızca aynı cinsiyetten birlikteliklerde evlât edinme meselesinde birlikteliğin niteliğine ilişkin olarak *lex fori*'nin bağlama kurallarının; yani Türk hâkimi için MÖHUK'un uygulanması söz konusu olmalıdır. NOMER, s. 138-144; ÇELİKEL/ERDEM, s. 130-138; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 92-97; DOĞAN, s. 184-189; CAN/ TOKER, s. 103-114.

⁹¹ YASAN, s. 770.

⁹² Yargıtay yabancılık unsuru olmasa da Yargıtay'ın 1982 tarihli kararı ile bu konudaki tutumunu ortaya koymuştur. Yüksek mahkemeye göre çocuğun anne şefkatine muhtaç olmasına rağmen, annenin eşcinsel olması sebebiyle çocuğun ahlâkî gelişiminin olumsuz etkileneceğini, geleceğinin tehlike altında bulunduğunu ve velâyet düzenlenirken çocuğun sadece dava anındaki değil, gelecekteki yararının da düşünülmesi gerektiğine hükmederek velâyetin babaya bırakılmasına karar verilmiştir. 2. HD., E. 1982/5077, K., 1982/5531, T. 21.06.1982, HUYSAL, s. 162, www.kazanci.com, (e.t.: 18.08.2017).

TARMAN/ÖNAY, s. 345.

⁹³ Taşıyıcı annelik çocuk sahibi olamayan kadınların kendisinin veya taşıyıcı annenin ya da üçüncü bir kişinin yumurta hücreleri geliştirilen embriyoları taşıyan ve onunla bir gebelik geçirip doğumunu gerçekleştirdikten sonra, çocuğu onun doğumunu isteyen istem sahibi çifte veren anne modellerinden biri olarak kabul edilmektedir. Tanım için bkz., MALKOÇ ŞENSÖZ, Ebru; "Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", **MHB**, Cilt 35, Sayı 2, 2015, s.13-49, s. 14, dpn. 1'deki yazarlar

ortaya çıkmasına neden olabilir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin niteliği ve geçerliliği hem maddi hukuk açısından hem de milletlerarası özel hukuk açısından oldukça sıkıntılı bir meseledir. Maddi hukuk açısından değerlendirmek gerekirse; Üremeye Yardımcı Tedavi ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği⁹⁴ uyarınca yapay dölleme ve embriyo transferinin sadece evli çiftlerde, bu kişilerin kendi üreme hücrelerinin kullanılması suretiyle uygulanabileceği hükme bağlanmaktadır (madde 11). Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanacak kişilerin, başkalarından yumurta ve sperm alamayacağı; bu eşlerden alınan yumurta ve sperm ile bunlardan elde edilen embriyoların başka kişilerde kullanılamayacağı; dolayısıyla taşıyıcı annelere de nakledilemeyeceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla taşıyıcı annelik sözleşmeleri de Türk Borçlar Kanunu⁹⁵ (TBK) madde 27 uyarınca kanuna, ahlâk ve adaba, kamu düzenine aykırı sayılarak batıl kabul edilmektedir⁹⁶. Kanunlar ihtilâfi açısından ise ilgili hüküm müdahaleci norm olarak kabul edildiğinden, taşıyıcı annelik sözleşmesi yabancılık unsurunun varlığına bakılmaksızın geçersiz kabul edilecektir⁹⁷.

Ancak bu sözleşme geçersiz kabul edilse de edilmese de doğan çocuğun velâyetinin kime ait olduğunun tespit edilmesi zaruret teşkil etmektedir. Zira velâyete ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinde, tatbik edilecek bağlama noktalarında annenin kim olduğunun tespiti önemlidir. Bu durumda, Türk hâkimi tarafından soybağının tesisi ön mesele olarak değerlendirilmelidir. Asıl sorun hukuken kimin anne olacağıdır. Daha net bir ifadeyle, sorun çocuk ile anne arasındaki soybağının kurulmasına ilişkindir. Çocuğu doğuran mı; yoksa yumurtasını veren kadın mı hukuken anne olarak kabul edilmelidir? Kanımızca hâkimin burada olabildiğince meselenin sosyal ve ahlâkî boyutundan sıyrılarak çocuğun yüksek yararı ilkesinin gerektirdiği bir şekilde konuyu ele alması gerekmektedir. Taşıyıcı annelik sözleşmesi mutlak butlan ile malûl olsa bile ortada bir çocuk vardır ve annenin hukuken tespit edilmesinde MÖHUK madde 16'ya göre en elverişli hukukun tespit edile-

(“Taşıyıcı Annelik”). Ayrıca, taşıyıcı annelik türleri ve yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., EKŞİ, Nuray; “Mahkeme Kararlarında Sınırşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukukî Sorunlar”, *MHB*, Cilt 36, Sayı 2, 2016, s. 1- 51, s. 6-12.

⁹⁴ RG.: 06.03.2010-27513.

⁹⁵ RG.: 04.02.2011-27839.

⁹⁶ DARDAĞAN KİBAR, s. 553; MALKOÇ ŞENSÖZ, “Taşıyıcı Annelik” s. 45.

⁹⁷ Yabancı hukuklarda taşıyıcı annelik sözleşmesinin hukukî durumu hakkında bkz., DARDAĞAN KİBAR, s. 550-553.

rek anne ile çocuk arasında soybağının kurulması gerekmektedir. Bu noktada MÖHUK madde 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine gerek duyulmayabilir. Daha net bir ifadeyle, TMK madde 282/I uyarınca çocuk ile anne arasındaki soybağı doğum ile kurulur emredici hükmü, müdahaleci norm olarak nitelendirilmemelidir. Ayrıca yabancı hukukun anne ile soybağının başka şekillerde kurulmasını öngören hükümleri sadece TMK madde 282/I hükmüne dayanarak kamu düzenine aykırılık teşkil etmemelidir. Zira, ortak velâyette olduğu gibi, farklı hukukî kurumların benimsenmesi kamu düzenine aykırılık oluşturmayacaktır. Velâyete ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlık ise anne ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasının ardından MÖHUK madde 17 uygulanarak çözümlenebilecektir. Diğer yandan, taşıyıcı anne ile anlaşılan genetik anne-babanın, Türk hukukunda aranan şartlara uymak kaydıyla çocuğu evlât edinebilecekleri ve bu şekilde soybağının tesisinin de mümkün olabileceği kabul edilmektedir⁹⁸. Bu konuda yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta ise yetkili hukuk MÖHUK madde 18'e göre tespit edilecektir.

ii. Çocuk ile velâyet hakkı kendisinde olmayan taraf ya da taraflar arasında kişisel ilişki kurma hakkı ve kamu düzeni müdahalesi: Kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda da yetkili hukuk MÖHUK madde 17'e göre tespit edilecektir. Velâyet kendisine verilmeyen veya kısıtlanmış taraf ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasını yasaklayan veya bu hakkın özüne dokunacak ciddi sınırlandırmalar getiren yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin olarak kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir. Nitekim gerek Yargıtay kararları⁹⁹ gerekse de TMK madde 323-325 göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun ve mahkemelerinin en temel amacının, kişisel ilişki kurma hakkının tesisinde ve kapsamının belirlenmesinde de çocuğun yüksek yararının temin edilmesidir.

Kişisel ilişki kurma hakkı sadece velâyet kendisine verilmeyen anneye ve/veya babaya değil, aynı zamanda çocuğun menfaati gereği üçüncü kişilere

⁹⁸ Evlât edinme yoluyla çocukla genetik anne-baba arasında hukukî ilişki tesisini “dışlayacak” bir fikrî yapıdan, hukukî yaklaşımdan söz etmenin zor olduğu kanımızca da isabetli olarak ifade edilmektedir. DARDAĞAN KİBAR, s. 556.

⁹⁹ Örneğin; Yargıtay 2016 tarihli bir kararında kişisel ilişkinin kurulmasında düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararlarının esas tutulacağını ifade etmiştir. 2. HD., E. 2016/7573, K. 2016/10153, T. 24.05.2016, www.kazanci.com.tr, (e.t.: 22.08.2017). Ayrıca, Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı hakkında bkz., ŞANLI, Cemal; “Türk Hukukunda Çocuğun Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 71-82, s. 77-78.

de tanınabilir (TMK madde 323-325)¹⁰⁰. Hatta evlât edinmede biyolojik anne ve/veya baba, evlât edinen çocuk ile aralarında kişisel ilişki kurulmasını talep edebilir¹⁰¹. Dolayısıyla, sadece anneye veya babaya bu hakkı tanıyan yabancı hukuk hükmü, eğer somut olayda çocuğun menfaati üçüncü kişilere de bu hakkın tanınmasını gerektiriyorsa, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edebilir.

Diğer yandan, Yargıtay 2016 tarihli bir kararında¹⁰² üçüncü kişilerle kurulan kişisel ilişkinin, işin niteliği gereği anneye ve babaya tanınan genişlikte olamayacağına hükmetmiştir. Yargıtay, ilgili kararının devamında şu ifadelerle yer vermiştir: “... Anneanne, dede, büyükanne ve büyükbabalarla torun arasındaki kişisel ilişki torunun bunlarla “aile bağlarını” güçlendirmek ve geliştirmek, onların da torun sevgilerini tatmaya elverişli olacak yeterlilikte olmalıdır. Çocuğun yaşı dikkate alındığında, davacı-davalı dede ve babaanne ile çocuk arasında yatılı kişisel ilişki kurulmasının, çocuğun sağlığını, ahlâki ve bedensel gelişimini tehlikeye düşüreceğine dair bir delil bulunmadığına göre, müşterek çocuk ile davacılar arasında ayın belirli haftasonlarında, yarıyıl tatili ve yaz tatillerinde yatılı olacak şekilde kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi gerekir...” Bu kararda da görüldüğü üzere, hâkimin üçüncü kişilerle olan kişisel ilişkinin kurulması ve kapsamının belirlenmesinde esas alacağı nokta, çocuğun yüksek yararı çerçevesinde onun varlık bütünlüğünün gözetilmesidir. Dolayısıyla yabancı unsurlu olmasa bile Yargıtay’ın söz konusu kararını dikkate aldığımızda üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma hakkının kapsamını oldukça geniş düzenleyen yetkili yabancı hukuk hükmünün, kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabileceği de söylenebilir.

¹⁰⁰ Türk hukukunda kişisel ilişki kurma hakkı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., SERDAR İlkunur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s. 739-781. (“Kişisel İlişki”)

¹⁰¹ Yabancı unsurlu bir uyumsuzluğa ilişkin olmasa da Yargıtay 1983 tarihli bir kararında [2. HD., E. 7785, K. 8111, T. 01.11.1983. Karar için bkz., HUYSAL, a.g.e., s. 142; www.hukukturk.com (e.t.: 26.07.2017)] evlâtlık ilişkisinin kurulmasıyla anne-babaya ait hak ve görevler evlât edinene geçmesine rağmen, evlâtlığın anne babası ile irs ilişkisinin kesilemeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca, şahsi ilişki velâyet hakkının sonucu olmadığı; aksi hâlde velâyetin nez’i, boşanma, tabii babalık gibi hâllerde de şahsi ilişkinin söz konusu olmaması gerektiği belirtilmiştir. İlgili karardan yola çıkarak biyolojik anne-baba arasında şahsi ilişki kurulmasına imkân vermeyen yetkili yabancı hukukun ilgili hükümleri uygulanmayabilir. Bu durumda da asıl olan çocuğun yüksek yararadır. Çocuğun menfaati doğrultusunda asıl anne-baba ile kişisel ilişki kurulması gerekiyorsa kamu düzeni müdahalesi marifetiyle Türk hukukunun tatbiki söz konusu olacaktır.

¹⁰² 2. HD. E. 2016/12739, K. 12650, T. 28.6.2016, www.kazanci.com.tr, (e.t.: 22.08.2017).

iii. Çocuğun kişilik hakları ve kamu düzeni müdahalesi: Velâyete ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda kamu düzeni çerçevesinde değerlendirilebilecek en temel mesele çocuğun kişilik hakkının korunmasıdır¹⁰³. Bu konuda çocuğun menfaatine olan tıbbi müdahalelerin yapılmamasına annenin ve/veya babanın izin vermemesi sonucunda yetkili yabancı hukukun çocuğun menfaatine uygun davranılmasını engellemesinin; Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturacağı ifade edilmektedir¹⁰⁴. Keza yetkili yabancı hukukun; annenin ve/veya babanın çocuğun terbiyesi konusunda şiddet uygulanmasına cevaz vermesi, ergin çocuğun din seçme özgürlüğünün tanınmaması, çocukla ilgili kararlarda anne veya babadan birine üstünlük tanınması gibi durumlar Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edebilecek örneklerden sayılmaktadır¹⁰⁵.

Ayrıca, çocuğun adının değiştirilmesi meselesi de kamu düzeni müdahalesi ile karşı karşıya kalabilir. Yabancı unsurlu uyuşmazlığa ilişki olmasa da Yargıtay'ın 2017 tarihli bir kararı¹⁰⁶ bu konuda yol gösterici olabilir¹⁰⁷. Somut olay; velâyet hakkına dayanarak, annenin çocuğun adını değiştirme talebine ilişkindir. Mahkeme, nüfus kaydının düzeltilmesi niteliğindeki davaya, babanın dâhil edilmemesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir. Gerekçe olarak da adın ve soyadın değiştirilmesinin ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden talep edilebileceği; TMK madde 339/V'e göre çocuğun adını anne ve babasının birlikte koyabileceği; dolayısıyla çocuğun adının değiştirilmesi babanın da hukukunu ilgilendireceğinden babanın davaya dahil edilmeden karar verilmesi yerinde görülmemiştir. İlgili kararda Yargıtay, çocuğun adının ve soyadının konulmasında olduğu gibi, adın değiştirilmesinde de anneye ve babaya eşit oy hakkı tanımaktadır. Bu konuda annenin veya babanın reyine üstünlük tanıyan yabancı hukuk, kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilecektir.

iv. Çocuğun temsili ve kamu düzeni müdahalesi: Türk hukukunda velâyet hakkını haiz anne ve/veya baba onun yasal temsilcisidir. Bu durum çocuğun anne-baba tarafından sadece onunla ilgili işlemlerde değil; aynı za-

¹⁰³ HUYSAL, s. 165; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 156.

¹⁰⁴ HUYSAL, s. 159.

¹⁰⁵ HUYSAL, s. 159; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s. 156-157.

¹⁰⁶ 8. HD. , E. 2017/7323, K. 2017/7300, T. 18.05.2017, www.kazanci.com, (e.t.: 16.08.2017).

¹⁰⁷ Çocuğun adına ilişkin hususlarda kamu düzeni ihlali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., PÜRSELİM ARNING, **Ad**, s. 183-187.

manda ilgili davalarda da temsil edilmesini kapsamaktadır¹⁰⁸. Ancak veli, çocuğun yararına uygun davranmak ve çocuğun olgunluğu ile idrak yeteneği ölçüsünde görüşünü alarak hareket etmek zorundadır¹⁰⁹. Mesele milletlerarası özel hukuk açısından irdelendiği takdirde, evlilik birliği içerisinde anne ya da babadan birine temsil yetkisinin tanınmasını, şahsa sıkı sıkıya bağlı davalarda çocuğun temsilinin öngörülmemesi, çocuk ile velinin menfaatinin çatışması durumunda dahi velinin temsil yetkisinin varlığının kabul edilmesini düzenleyen yetkili yabancı hukuk, Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilecektir. Ayrıca 17 yaşından küçüğün evlenmesine yasal temsilcinin rızası dâhilinde dahi izin veren yabancı yetkili hukukun da kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacağı aşikârdır.

v. Çocuk mallarının yönetimi ve kamu düzeni müdahalesi: Bu meseleyle ilişkin kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi oldukça düşük bir ihtimaldir. Nitekim çocuk malların korunmasına ve yönetimine ilişkin önlemler *lex fori*'ye tâbidir. Zira bu tür önlemlerin ivedilikle alınmaması hâlinde çocuğun menfaatinin zedelenmesi söz konusu olabileceği için hâkimin en iyi bildiği hukuku uygulaması gerekmektedir.

Ayrıca Türkiye'de bulunan ve çocuğun mallarına dâhil taşınmazlara ve onların kullanımına ilişkin akitlerin geçerliliğine uygulanacak hukuk MÖHUK madde 25 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer olan Türk hukukudur. Keza, MÖHUK madde 21/I kapsamında da Türkiye'de bulunan taşınmaz malların aynına uygulanacak hukuk da Türk hukukudur. Bu nedenle Türkiye'de bulunan taşınmazlara ilişkin olarak kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olması mümkün değildir.

Diğer yandan, çocuğun mallarını yönetme ve kullanma hakkı evlilik birliği içerisinde iken anne veya babadan birine verilmesi ya da çocuğun olgunluğu ile idrak yeteneği ölçüsünde görüşünün alınmasının öngörülmemesi veya malların korunması konusunda erkek ve kız çocuk arasında ayırım yapılması gibi hususlar kamu düzeni müdahalesini gündeme getirebilecektir.

¹⁰⁸ GRASSINGER, s. 40.

¹⁰⁹ GRASSINGER, s. 40.

SONUÇ

Yabancı unsurlu velâyet davalarında pozitif düzenlemelerin ve yargı kararlarının odak noktasını çocuk ve onun “yüksek menfaati” oluşturmaktadır. Burada menfaatler arasında bir hiyerarşi ve hegemonya vardır ve çocuğun yararı en üst ve hakim rol oynamaktadır. Dolayısıyla çocuğun yüksek yararı ilkesi milletlerarası özel hukuka ilişkin velâyet davalarında hâkimin takdir yetkisi açısından bir taraftan kamu düzeni müdahalesinin gereği olarak ortaya çıkabileceği gibi, doğrudan yabancı hukukun maddi hükümlerinin uygulanmasını da zorunlu kılabilir.

Bu konuda en önemli örnek olarak karşımıza ortak velâyet kurumu çıkmaktadır. Türk hukukunda ortak velâyete ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak yabancı hukukun ortak velâyeti öngörmesi hâlinde çocuğun yüksek yararı ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu ilke gerektiriyorsa, hâkim ortak velâyete hükmedebilir ya da anne-babanın bu konudaki talebine rağmen somut şartlar gereği MÖHUK madde 5’i uygulayarak ortak velâyet talebini Türk kamu düzenine açıkça aykırı da bulabilir. Burada önemli olan Türk mevzuatında böyle bir kurumun düzenlenmemesinin ya da velâyetin iç hukukta kamu düzeninden olmasının MÖHUK madde 5’ini uygulanması anlamına gelmeyeceğinin açıkça ortaya konulmasıdır. Bu amaçla hâkim çocuğun yüksek yararı uyarınca ortak velâyet talebini kamu düzeni gerekçesiyle reddedecekse kesin ve inandırıcı deliller ile somut vakıalara dayanarak gerekçesini temellendirmelidir.

Velâyet ile ilgili meselelerde kamu düzeni müdahalesinin kapsamı ve sınırı çocuğun yüksek yararı dışında şu temel ilkeler ile somutlaşabilmektedir: Ayrımcılık yapma yasağı-Çocuğun temel yaşama hakkına saygı gösterilmesi ve temininin sağlanması-Gerekli görülen hâllerde, çocuğun görüşünün alınması. Tabiki de velâyet ile ilgili durum değerlendirilirken bir çocuk için en iyi yetişme ortamının anne-babanın kendi benliklerinden sıyrılarak çocuğun fizikî, bedenî ve fikrî gelişimine ilişkin en makul kararları alabilecekleri bir ortam olduğu kesindir. Böyle bir ortamın özellikle boşanma ve evlilik dışı ilişkilerdeki velâyet durumunun tespiti zordur. Ancak en azından ideal duruma en yakın ortamda çocuğun yetişmesi için velâyetin düzenlenmesi amacıyla pedagoğ, psikoloğ, sosyoloğ gibi uzmanlardan yardım alınması da zarurettir.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Ziya/GÖKYAYLA DEMİR, Cemile; **Milletlerarası Aile Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN Derya; **Aile Hukuku**, Cilt II, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- APAYDIN, Eylem; “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1, 2018, s. 445-476, s. 459. (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/492698>, erişim: 31.07.2018).
- ARKAN SERİM, Azra; “Boşanma Halinde Ortak Velâyet”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 14, Sayı 167, 2016, s. 6075-6088.
- ARSLAN, İlyas; **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- AYİTER, Nurşin; “TMK Ön Tasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkında Görüşler”, **AÜHFD**, Cilt 30, Sayı 1, 1973, s. 145-167. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3021.pdf>, erişim: 22.09.2017)
- BAKTİR ÇETİNER, Selma; **Velâyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı; “Why Not Enforce? A Critical Analysis of The Refusal To Enforce Foreign Joint Custody Judgments In Turkish Courts”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, 27(3), 2013, s. 310–331. (“Why Not Enforce?”)
- BAYATA CANYAŞ, F. Aslı; “5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt III, Ankara 2009, s. 141-166. (“Doğrudan Uygulanan Kurallar”)
- BAYGIN, Cem; **Soybağı Hukuku**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- CAN, Hacı/TOKER, Ali Gümrah; **Milletlerarası Özel Hukuk**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- CANYAŞ, Aslı BAYATA; “Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Ortak Velâyet Kararlarının Türk Mahkemelerince Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Özel Hukuk Güncel Konular Sempozyumu**, 21-

22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Ed.: Bilgin TİRYAKİOĞLU/Mesut AYGÜN/Alı ÖNAL/Kübra ALTIPARMAK/Cansu KAYA, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 593-601. (“Ortak Velâyet”)

ÇELİKEL, Aysel; “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velâyet e İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Yıl 17-18, S. 1-2, 1997-1998, s. 107-116.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM Bahadır; **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

DARDAĞAN KİBAR, Esra; “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velâyete İlişkin Sorunlar, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan**, 2011/I, s. 541-560.

DEMİR GÖKYAYLA, Cemile; **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)**, 6098 sayılı TBK, 6100 sayılı HMK, 6102 sayılı TK’ya Göre Güncellenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

DEMİRKOL, Berk; **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

DOĞAN, Vahit; **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, 2017.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper; **Türk Özel Hukuku (Aile Hukuku)**, Cilt III, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

EKŞİ, Nuray; “Mahkeme Kararlarında Sınırşan Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Hukukî Sorunlar”, **MHB**, Cilt 36, Sayı 2, s. 1- 51.

ERKAN, Mustafa; “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XV, Sayı 2, 2011, s. 81-121.

Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde, <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf> (e.t.: 10.05.2017). (Anılış: **Explanatory Report**)

GELGEL, Günseli; **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

- GİRAY, Faruk Kerem; **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- GRASSINGER ELÇİN, Gülçin; **Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- GÜVEN, Pelin; **Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2013.
- HARTLEY, Trevor C.; “The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective”, **Recueil des Cours**, Vol. 219, 2006, ss. 9-324.
- HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu; **Aile Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- HUYSAL, Burak; **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- KOCAAĞA, Köksal/KÖSEOĞLU, Bilal; **Aile Hukuku ve Uygulaması**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz; **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KÖSOĞLU, Mehmet; “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **MHB**, Cilt 28, Sayı 1-2, 2008, s. 147-172.
- MALKOÇ ŞENSÖZ, Ebru; “Uluslararası Taşiyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **MHB**, Cilt 35, Sayı 2, 2015, s.13-49 (“Taşiyıcı Annelik”).
- MALKOÇ ŞENSÖZ, Ebru; **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (**Tanıma**).
- NOMER, Ergin; **Devletler Hususi Hukuku**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 22. Baskı, İstanbul, 2017 (**Devletler**).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 30, Sayı 1-2, 2010, s. 27-88, s. 70-88 (“Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk”).

- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 1 vd.; (**Doğrudan Uygulanan Kurallar**)
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ Ahmet Cemal; **Çocuk Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÖZEL, Sibel; “Ülkelerarası Evlat Edinme”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/I, s. 609-618. (“Evlat Edinme”)
- ÖZEL, Sibel; **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998. (**Kültür Varlıkları**)
- ÖZTAN, Bilge; **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli; “Devletler Özel Hukukunda Velâyet , Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 4, Sayı 8, Güz 2005/2, s.119-148.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunu’nun Değişen Düzenlemeleri ile Açıklamalı-İçtihatlı Velâyet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Onamına Bağlı İşlemler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin; **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad**, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 178. (**Ad**)
- PÜRSELİM, Hatice Selin; “Milletlerarası Özel Hukuk’ta Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı Kurumu: Almanya’da Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığının Kurulması ve İptali”, **İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Konferans Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2012, s. 155-168. (“Hayat Ortaklığı”)
- REYHANİ YÜKSEL, Sera; **Velâyet Hakkının Anayasal Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- RUHİ, Ahmet Cemal; “Yabancı Ülke Mahkemelerinden Alınan Velâyet Konusundaki İlâmların Türkiye’de Tenfizi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VIII, Sayı 3-4, Aralık 2003, s. 721-756. (“Tenfiz”)
- RUHİ, Ahmet Cemal; **Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinmeye İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, Seçkin

Yayıncılık, Ankara, 2003. (“**Evlat Edinme**”)

SERDAR, İlknur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s. 739-781. (“Kişisel İlişki”)

SERDAR, İlknur; “Birlikte Velâyet”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 1, 2008, s. 155-198. (“Birlikte Velâyet”)

SEROZAN, Rona; **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

SİRMEN, Sedat; “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Türk Kanunlar İhtilâfında Düzenlenişi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 58, Sayı 4, 2009, s. 825-879.

ŞANLI, Cemal/ESEN Emre/FİGANMEŞE-ATAMAN İnci; **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ŞANLI, Cemal; “Türk Hukukunda Çocuğun Velâyet ine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 71-82.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge; **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

TARMAN, Zeynep Derya/ÖNAY, Işık; “Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 60, No 2, 2011, s. 331-365.

TEKİNALP, Gülören/ÇAVUŞOĞLU UYANIK Ayfer; **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2011.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul, 1999, s. 381-424. (“Velâyet”)

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; **Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar**, TC. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Bilim Serisi No: 6, Ankara, 1991. (**Çocuk**)

ULUOCAK, Nihal; “*Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanımaya ve Tenfize*”

ve İşbirliğine Dair La Haye Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi”, **MHB**, Yıl 16, Sayı 1-2, 1996, s. 119-127.

ULUSU KARATAŞ, Elif Ayşe; “Velayet Sorumluluğu Ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz Ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi Ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, **MHB**, Prof. Dr. Yücel SAYMAN’a ARMAĞAN, Cilt 37, Sayı 2, 2017, s. 911-1003, s. 911-930.

United Nations Committee on the Rights of the Child General Comment No. 14, http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (e.t.: 07.08.2017). (anılış: **Commnet No. 14**).

USTA, Sevgi; **Çocuk Hakları ve Velâyet**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2012.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; “Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı İlişisine Uygulanacak Hukuk Sorunu”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 2, 2008, s. 315-322. (“Soy Bağı”)

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, Beta Yayıncılık, 2006. (“Boşanma”)

UZUN BİRİNCİ, Tuba; “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 1, 2016, s. 135-166. (<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C6S1makale6.pdf>, erişim: 22.09.2017)

YASAN, Candan; “Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsten Kişilerin Evliliği ve Evlilik-dışı Birlikteliği”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/1, s. 749-776.

AVRUPA BASİT HAK İDDİALARI PROSEDÜRÜ (EUROPEAN SMALL CLAIMS PROCEDURE): KAPSAMI VE UYGULANMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME

İbrahim Barış SAYAR*

ÖZ

Avrupa Birliği'nde medenî yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması çabalarının bir ürünü olan ve iç pazarın talepleri sonucu ortaya çıkan Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürü ilk kez 861/2007 sayılı Tüzük ile tesis edilmiş, 2015/2421 sayılı Tüzük ile bazı değişikliklere uğramıştır. Prosedürün temel amacı belirli bir parasal değerden küçük (5.000 €) sınır ötesi medenî ve ticari uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkının muhafaza edilmesi kaydıyla yargılamanın basitleştirilmesi, hızlandırılması ve masrafların azaltılması suretiyle adalete erişimin kolaylaştırılmasıdır. Prosedür Danimarka hariç tüm AB üyesi ülkelerde doğrudan uygulanan ve benzer talepler için üye ülkelerde mevcut yargılama usullerine alternatif olarak getirilen bir yargılama usulüdür. Prosedür kural olarak yazılı yargılama usulüdür ve dava ve cevap dilekçeleri standart formların doldurulması suretiyle görevli mahkemeye sunulur. Prosedür ile yargılamanın hızlandırılması için hem taraflara hem de mahkemeye belirli süre sınırları öngörülmüştür. Prosedür kapsamında bir AB üyesi ülkede verilen mahkeme kararı ara bir işleme gerek olmaksızın başka bir AB üyesi ülkede tanınır ve icra edilebilir. Bu makalede Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürü ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Medenî Usul Hukuku, Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürü, 861/2007 sayılı Tüzük, 2015/2421 sayılı Tüzük, Tanıma, Tenfiz.

* Av., İstanbul Barosu (ibasay101@hotmail.com).

Bu makale yazarın “Adalete Erişim Hakkı Bağlamında Yargı Harçları” isimli yüksek lisans tez çalışmasından üretilmiştir.”

Makalede yer alan tüm çeviriler yazar tarafından yapılmıştır. Çeviri sırasında AB BAKANLIĞI: **AB Mevzuatı Çeviri Rehberi ve Ekler Kitapçığı**, 1. Baskı, Ankara, 2017.

(http://www.yok.gov.tr/documents/10279/30380731/ab_mevzuati_ceviri_rehberi.pdf/ Erişim: 08 Nisan 2018); AVRUPA BİRLİĞİ GENEL SEKRETERLİĞİ: **Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü (İngilizce – Türkçe)**, 1. Baskı, Ankara, 2009. (https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf Erişim: 08 Nisan 2018) ile <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary.html> internet adresinden yararlanılmıştır.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/01 /2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26/04/2018

EUROPEAN SMALL CLAIMS PROCEDURE: AN EXAMINATION ON ITS SCOPE AND IMPLEMENTATION

ABSTRACT

European Small Claims Procedure which is an output of the efforts in the European Union for the harmonization of law of civil procedure and arose out of demands from internal market was first established with the Regulation (EC) No. 861/2007 and has undergone amendments with the Regulation (EC) No. 2015/2421. The main objective of ESCP is to facilitate access to justice, by simplifying, speeding up and reducing costs concerning small claims (5.000 €) in cross-border civil and commercial matters, while respecting the right to a fair trial. ESCP is a civil procedure which is directly applied in all EU Member States except Denmark and is an alternative to existing civil procedures in Member States for similar claims. ESCP is a written civil procedure in principle and complaint and plea are submitted to the competent court by filing the standard forms. ESCP establishes time limits for the parties and for the court to speed up litigation. A judicial decision obtained as a result of ESCP in a Member State shall be recognized and enforced in another Member State without need for intermediate measures. In this article, ESCP has been examined in details.

Keywords: *Law of Civil Procedure, European Small Claims Procedure, Regulation (EC) No. 861/2007, Regulation (EC) No. 2015/2421, Recognition, Enforcement.*

GİRİŞ

Avrupa Basit Hak İddiaları¹ Prosedürü² olarak dilimize çevrilebilecek European Small Claims Procedure³ ilk kez 11 Temmuz 2007 tarihli ve

¹ “Small Claims” ibaresi tarafımızca “Basit Hak İddiaları” şeklinde tercüme edilmekle birlikte, daha açık bir ifadeyle dava değerinin belirli bir parasal değer altında olduğu (düşük miktarlı) uyuşmazlıklara ilişkin hak taleplerine karşılık gelmektedir. Belirtmek gerekir ki “European Small Claims Procedure” ifadesi doktrinde “Avrupa Küçük Talepler Usulü” [Ayşe Gülin GÜRALP, **Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması**, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010, s. 248] veya “Avrupa Basit Tazminat Talepleri Usulü” [Çiğdem Yatağan, **2011/7/EU Sayılı Topluluk Yönergesi ve 6102 Sayılı TTK’nın 1530. Maddesi Çerçevesinde Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemenin Sonuçları**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 26] şeklinde de tercüme edilmektedir.

² “Procedure” ibaresi “usul” şeklinde de Türkçe’ye çevrilmekle beraber, Fransızca kökenli bu ibarenin hem “prosedür” kelimesi olarak dilimize geçmiş olması, hem de çalışma kapsamında ESCP’ye atıfta bulunmak suretiyle kullanılması nedeniyle “prosedür” kelimesi tercih edilmiştir. Prosedür, Türk Dil Kurumu tarafından “bir amaca erişmek için izlenen, tutulan yol, usul, sistem” olarak tanımlanmaktadır. <http://tdk.gov.tr/> Erişim: 19 Ocak 2018.

³ “European Small Claims Procedure”, metin içerisinde İngilizce adı ile uyumlu olacak

861/2007 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü⁴ (“861/2007 sayılı Tüzük”) ile tesis edilmiş, 16 Aralık 2015 tarihli ve 2015/2421 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü⁵ (“2015/2421 sayılı Tüzük”) ile de birtakım değişikliklere uğramıştır. ESCP 1 Ocak 2009’dan itibaren Danimarka hariç tüm Avrupa Birliği (“AB” veya “Birlik”) üyesi ülkelerde doğrudan uygulanan bir yargılama usulüdür. ESCP AB genelinde medenî yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması çabalarının bir ürünü olmakla beraber, prosedürün tesisinin iç pazarın talepleri doğrultusunda gerçekleştiği de ifade edilmektedir⁶.

Pek çok AB üyesi devlette belirli bir parasal değer altındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin basitleştirilmiş ve hızlandırılmış yargılama usulleri mevcut olmakla birlikte, çeşitli ülkelerde uygulanan usuller arasındaki farklılıklar AB iç pazarında rekabet dengesinin bozulmasına yol açmaktadır. ESCP bu kapsamda AB genelinde doğrudan uygulanma imkânı bulan ve sınır ötesi (*cross-border*)⁷ uyuşmazlıklardan kaynaklanan basit hak taleplerinde hem

şekilde “ESCP” kısaltması ile veya “prosedür” ifadesiyle anılacaktır.

⁴ 861/2007 sayılı Tüzük’ün İngilizce dilindeki orijinal ismi “Regulation (EC) No. 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure“ dur.

861/2007 sayılı Tüzük 31 Temmuz 2007 tarihli ve L 199/1 sayılı Avrupa Birliği Resmî Gazetesi’nde (Official Journal of the European Union) yayımlanmıştır. 861/2007 sayılı Tüzük’ün “Yürürlük (Entry into force)” başlıklı 29/1. maddesi uyarınca Tüzük AB Resmî Gazetesi’nde yayımlandığı gün yürürlüğe girer. 29/2. maddesi uyarınca Tüzük’ün 25. maddesi 1 Ocak 2008 tarihinden, geri kalan maddeleri ise 1 Ocak 2009 tarihinden itibaren uygulanacaktır.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0861&from=en>
Erişim: 08 Nisan 2018.

⁵ 2015/2421 sayılı Tüzük’ün İngilizce dilindeki orijinal ismi “Regulation (EU) 2015/2421 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Regulation (EC) No. 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No. 1896/2006 creating a European order for payment Procedure” dur. 2015/2421 sayılı Tüzük 24 Aralık 2015 tarihli ve L 341/1 sayılı AB Resmî Gazetesi’nde yayımlanmıştır. 2015/2421 sayılı Tüzük’ün 3/1. maddesi uyarınca Tüzük AB Resmî Gazetesi’nde yayımlanmasının 20. gününde yürürlüğe girer. 3/2. maddesi uyarınca Tüzük’ün 861/2007 sayılı Tüzük’ün 25. maddesini değiştiren 1/16. maddesi 14 Ocak 2017 tarihinden, diğer tüm maddeleri ise 14 Temmuz 2017 tarihinden itibaren uygulanacaktır.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2421&from=EN>
Erişim: 08 Nisan 2018.

⁶ Ayşe Gülin GÜRÜLP, “Medenî Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi’ndeki Çalışmalar”, **DEÜHFD**, C. 11, Özel S. 2009, s. 261-307, s. 293.

⁷ Sınır ötesi (*cross-border*) uyuşmazlık kavramı 861/2007 sayılı Tüzük’ün 3/1. maddesinde belirtilmiştir ve aşağıda IV/A kısmında açıklanacaktır.

yargılamanın sadeleştirilmesi, hızlandırılması ve masrafların azaltılması, hem de AB genelinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı önündeki engellerin ortadan kaldırılması⁸ amacına hizmet etmektedir. ESCP AB üyesi devletlerde basit hak iddiaları için tercih edilebilecek mevcut yargılama usullerine alternatif olarak sunulmakta, ayrıca prosedür çerçevesinde verilen mahkeme kararı bir başka AB üyesi ülkede ara bir işleme gerek olmaksızın icra edilebilmektedir.

Bu doğrultuda çalışmamızda ESCP'nin tesis amacı ile tarihsel arka planından bahsedildikten sonra 861/2007 sayılı ve 2015/2421 sayılı tüzükler temel alınmak suretiyle ESCP'nin kapsamı, uygulanması, usule ilişkin temel hususlar ve ESCP kapsamında verilen bir mahkeme kararının bir diğer AB üyesi ülkede tanıma ve tenfizi ayrıntılı olarak incelenecektir.

L.AVRUPA BİRLİĞİ VE HUKUKİ YAPISI

ESCP'nin amaç ve kapsamını incelemeden önce, genel olarak AB ve AB'nin hukuki yapısından bahsetmek önem arz etmektedir. AB, Birliği oluşturan ülke⁹ halklarının ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel alanlarda birbirleri ile kaynaşmalarını sağlamak amacıyla Avrupa kıtasında yer alan devlet ve vatandaşların bir araya gelerek oluşturdukları uluslarüstü bir yapıdır¹⁰. Birlik, AB Antlaşması'nın 2. maddesinde¹¹ belirtildiği üzere “*insan onuruna saygı,*

⁸ GÜRALP, (2009), s. 293.

⁹ Halihazırda AB'ye üye olan ülkeler Almanya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çekya (Çek Cumhuriyeti), Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Hırvatistan, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya ve Yunanistandır. Birleşik Krallık ise 23 Haziran 2016 tarihli halk oylaması sonucu doğrultusunda “Brexit” olarak adlandırılan AB üyeliğinden ayrılma süreci içerisinde.

¹⁰ AB BAKANLIĞI: **AB'ye Genel Bakış**, Ankara, s. 2.

(https://www.ab.gov.tr/files/rehber/02_rehber.pdf Erişim: 08 Nisan 2018).

¹¹ Halen yürürlükte olan ve çeşitli tarihlerde değişikliklere uğrayan Avrupa Birliği Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın konsolide edilmiş metinlerinin İngilizce dilindeki orijinal isimleri “Consolidated Version of the Treaty on European Union” ve “Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union” dur. Söz konusu metinler 07 Haziran 2016 tarihli ve C 202/1 sayılı AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmıştır.

(<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016M/TXT&from=EN> Erişim: 08 Nisan 2018).

Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın konsolide edilmiş metninin Türkçe tercümesi için bkz. AB GENEL SEKRETERLİĞİ: **AB Antlaşması ve AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma**, Ankara, 2011, s. 3. (<https://www.ab.gov.tr/files/>

özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hâkim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır.”

AB’yi benzersiz kılan özellik, Birliğe üye devletlerin karar alma ve düzenleme yapma yetkilerinin bir kısmını yine kendileri tarafından oluşturulan AB kurumlarına devretmesi, bu sayede üye devletlerin ortak menfaatlerini ilgilendiren belirli hususlara ilişkin kararların AB seviyesinde demokratik bir şekilde alınabilmesinin sağlanmasıdır¹². Bu itibarla AB sistemi, Amerika Birleşik Devletleri’nde görülen güçlü federal sistem ile Birleşmiş Milletler’de görülen gevşek ve hükümetler arası iş birliğine dayanan sistem arasında yer almaktadır.

AB sistemi içerisinde karar alma ve yasama yetkisi Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi ve Avrupa Komisyonu gibi çeşitli kurumları kapsar. Avrupa Parlamentosu doğrudan halk tarafından seçilen bir organken, Avrupa Konseyi Birlik üyesi devletlerin hükümet temsilcilerinden oluşmaktadır. Avrupa Komisyonu ise yasama sürecini başlatmakla beraber ayrıca Birliğin yürütme organı konumundadır. AB sınırlı yetki ilkesine tabidir, buna göre belirtilen kurumlar sadece Birlik üyesi devletlerce açıkça yetkilendirildikleri alanlarda bağlayıcı yasalar yaparak gerekli tedbirleri alabilirler¹³.

AB hukuk sistemi içerisinde tüzük, direktif, karar ve tavsiye olarak adlandırılan çeşitli yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler AB kurumlarının AB kurucu antlaşmalarını temel almak suretiyle geliştirdikleri yasal araçlar olup, ikincil mevzuat olarak adlandırılmaktadır¹⁴. İkincil mevzuat araçlarının ilkinin teşkil eden tüzükler, Birlik üyesi tüm ülkelerde uygulanabilen ve doğrudan bağlayıcı nitelikteki yasal düzenlemeler olup, Birlik üyesi ülke tarafından iç hukuk kapsamına alınmasına gerek bulunmamakta-

pub/antlasmalar.pdf Erişim: 08 Nisan 2018).

¹² THE EUROPEAN UNION: **How the European Union Works**, Publications Office of the European Union, Germany, 2012, s. 3.

(http://eeas.europa.eu/archives/delegations/singapore/documents/more_info/eu_publications/how_the_european_union_works_en.pdf Erişim: 08 Nisan 2018).

¹³ AB BAKANLIĞI, s. 17.

¹⁴ GÜRALP, (2010), S. 249.

dır¹⁵. Tüzükler üye ülke vatandaşlarına ulusal mevzuatta olduğu gibi hak ve yükümlülükler getirir, AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanır ve tüzük kapsamında belirtilen zamanda yürürlüğe girer¹⁶. Öte yandan Birlik üyesi devletlerin ulusal hukuklarının tüzük ile çatışma halinde olması durumunda ulusal hukukta yer alan hükümlerin değişmesi gerekebilecektir. Pek çok konuda, Birlik üyesi devletleri bağlayacak yasalar yapmak Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin ortak yetkisindedir. Buna göre Avrupa Komisyonu yeni yasa tekliflerinde bulunmakta, Parlamento ve Konsey tarafından kabul edilen yasalar üye devletler ve Avrupa Komisyonu tarafından uygulanmaktadır¹⁷. Bu kapsamda ESCP'yi tesis eden 861/2007 sayılı Tüzük ile onu değiştiren 2015/2421 sayılı Tüzük Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi tarafından onaylanan ve Birlik üyesi tüm devletleri bağlayacak şekilde geçerli olarak yürürlüğe giren yasal metinlerdir.

II. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNU YEKNESAKLAŞTIRMA ÇABALARI

Çalışmamızın giriş kısmında ifade edildiği üzere, ESCP AB genelinde medenî yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Avrupa medenî yargılama hukuku AB'yi oluşturan üye ülkelerin ulusal hukuk sistemlerinin bir toplamı olmakla birlikte, bu kavram AB içerisinde bütünleşmiş/yeknesak yargılama hukukunu da kapsamaktadır¹⁸.

AB kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı temel ilkesine göre kurulduğundan¹⁹, bu serbestliğin sağlanabilmesi AB üyesi devletler arasında adli bir iş birliğinin sağlanmasını da gerekli kılmaktadır²⁰. Bu doğrultuda AB içerisinde yeknesak bir medenî yargılama hukuku oluşturulmasına ilişkin ilk adım daha sonra tüzük haline getirilen 27 Eylül 1968 tarihli Ticari ve Hukuki Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Sözleşmesi²¹

¹⁵ THE EU, (2012), s. 5.

¹⁶ GÜRALP, (2010), s. 249.

¹⁷ THE EU, (2012), s. 5.

¹⁸ GÜRALP, (2010), s. 248.

¹⁹ Yusuf ÇALIŞKAN / Zeynep ÇALIŞKAN, "The Free Movement of Judgments within the European Union", **ABD**, Yıl: 68, S. 2010/3, 13-22, s. 13.

²⁰ Tuba Birinci UZUN, "Avrupa Birliği'ne Üye Devletler Arasında Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı", **TAAD**, C. 5, S. 19, 2014, s. 997-1037, s. 998.

²¹ Sözleşme'nin İngilizce dilindeki orijinal ismi "Convention on jurisdiction and the

ile atılmıştır.

Amsterdam Antlaşması'nın²² 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte AB içerisinde medenî yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları ivme kazanmıştır²³. AB nezdinde medenî usul hukukuna ilişkin kuralların yeknesaklaştırılması amacıyla ESCP'nin tesisinden önce de 29 Mayıs 2000 tarihli ve 1348/2000 sayılı Üye Ülkelerde Medenî ve Ticarî Konulara İlişkin Adli ve Adli Olmayan Belgelerin Tebliğine Dair Konsey Tüzüğü²⁴, 22 Aralık 2000 tarihli ve 44/2001 sayılı Medenî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü²⁵, 28 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/470 sayılı Medenî ve Ticari Konularda Bir Avrupa Yargı Ağı Kurulmasına İlişkin Konsey Kararı²⁶, 21 Nisan 2004 tarihli ve 805/2004 sayılı İtiraza Uğramamış Alacaklar Bakımından Avrupa İcra Emrine Dair Konsey Tüzüğü²⁷, 12 Aralık 2006 tarihli ve 1896/2006 sayılı

Enforcement of judgments in civil and commercial matters" dır. Sözleşme ilk olarak 31 Aralık 1972 tarihli ve OJ L 299 sayılı AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmıştır.

²² Amsterdam Antlaşması'nın İngilizce dilindeki orijinal ismi "Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts" dır. Amsterdam Antlaşması 2 Ekim 1997 tarihinde imzalanmış ve 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²³ Xandra KRAMER, "A Major Step in the Harmonization of Procedural Law in Europe: The European Small Claims Procedure, Accomplishments, New Features and Some Fundamental Questions of European Harmonization", (ed. Jongbloed, A.W.) **The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reporters**, 2008, 253-283, s. 254. (KRAMER, **Harmonization of Procedural Law**).

²⁴ 1348/2000 sayılı Tüzük'ün İngilizce dilindeki orijinal ismi "Council Regulation (EC) No. 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of Judicial and Extrajudicial documents in civil or commercial matters" dır. 1348/2000 sayılı Tüzük 30 Haziran 2000 tarihli ve L 160/37 sayılı AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmış, 31 Mayıs 2001 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 1393/2007 sayılı Tüzük ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁵ 44/2001 sayılı Tüzük'ün İngilizce dilindeki orijinal ismi "Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters" dır. 44/2001 sayılı Tüzük 16 Ocak 2001 tarihli ve L 12/1 sayılı AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmış, 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 1215/2012 sayılı Tüzük ile yürürlükten kaldırılmıştır. "Brüksel I" olarak da anılan bu tüzüğün temel amacı AB üyesi ülkeler arasında mahkeme kararlarının serbest dolaşımının tesis edilmesiydi.

²⁶ 2001/470 sayılı Konsey Kararı'nın İngilizce dilindeki orijinal ismi "Council Decision of 28 May 2001 establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters" dır. 2001/470 sayılı Konsey Kararı 27 Haziran 2001 tarihli ve L 174/25 sayılı AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmış ve 1 Aralık 2002 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

²⁷ 805/2004 sayılı Tüzük'ün İngilizce dilindeki orijinal ismi "Regulation (EC) No. 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims" dır. 805/2004 sayılı Tüzük 30 Nisan 2004 tarihli

Ödeme Usulüne İlişkin Avrupa Emrine Dair Konsey Tüzüğü²⁸, 13 Kasım 2007 tarihli ve 1393/2007 sayılı Üye Ülkelerde Medenî ve Ticarî Konulara İlişkin Adli ve Adli Olmayan Belgelerin Tebliğine ve 1348/2000 sayılı Tüzük’ün İlgasına Dair Konsey Tüzüğü²⁹ ve 12 Aralık 2012 tarihli ve 1215/2012 sayılı Medenî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Konsey Tüzüğü³⁰ gibi yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Bu yöndeki çalışmalar Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 65. maddesine dayanmaktadır³¹. 65. madde kapsamında

ve L 143/15 sayılı AB Resmî Gazetesi’nde yayımlanmış, 21 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 21 Ekim 2005 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

²⁸ 1896/2006 sayılı Tüzük’ün İngilizce dilindeki orijinal ismi “Regulation (EC) No. 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment Procedure” dur. 1896/2006 sayılı Tüzük 30 Aralık 2006 tarihli ve L 399/1 sayılı AB Resmî Gazetesi’nde yayımlanmış, aynı gün yürürlüğe girmiş ve 12 Aralık 2008 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

²⁹ 1393/2007 sayılı Tüzük’ün İngilizce dilindeki orijinal ismi “Regulation (EC) No. 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of Judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No. 1348/2000” dir. 1393/2007 sayılı Tüzük 10 Aralık 2007 tarihli ve L 324/79 sayılı AB Resmî Gazetesi’nde yayımlanmış, yayımının 20. gününde yürürlüğe girmiş ve 13 Kasım 2008 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

³⁰ 1215/2012 sayılı Tüzük’ün İngilizce dilindeki orijinal ismi “Regulation (EC) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters” dir. 1215/2012 sayılı Tüzük 20 Aralık 2012 tarihli ve L 351/1 sayılı AB Resmî Gazetesi’nde yayımlanmış, yayımının yirminci gününde yürürlüğe girmiş ve 10 Ocak 2015 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

³¹ Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma madde 65: Madde 67 uyarınca alınacak olan ve iç pazarın iyi işleyebilmesi için gerekli olan, sınır ötesi etkiye sahip sivil konularda adli iş birliği önlemleri aşağıdakileri içerir;

- a) Adli ve adli olmayan belgelerin uluslararası tebligatı sisteminin; delil toplanması konusunda iş birliğinin, mahkemeler tarafından verilmeyen kararlar da dahil olmak üzere, hukuk davaları ve ticari davalarda verilen mahkeme kararlarının tanınmasının ve tenfizin geliştirilmesi ve basitleştirilmesi;
- b) Kanunlar ihtilafı ve yetki ihtilafına ilişkin üye devlet nezdinde geçerli olan kuralların birbirleriyle olan uyumunun geliştirilmesini;
- c) Gerektiğinde üye devletler nezdinde yürürlükte olan medenî usul kurallarının birbirleriyle uyumunun geliştirilmesi yoluyla hukuk yargılamasının iyi işleminin önündeki engellerin kaldırılması.

Antlaşmanın Türkçe çevirisi için bkz. İKTİSADİ KALKINMA VAKFI: **Amsterdam Antlaşması “Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları”**, İstanbul, Haziran 2000, s. 19.

AB üyesi devletler nezdinde medenî yargılama hukukunun yeknesaklaştırılmasına ilişkin adli iş birliği hem iç pazarın iyi işleminin tesisi hem de hukuk yargılamasının iyi işleyişi önündeki engellerin kaldırılması amacına hizmet etmektedir. AB içerisinde gelişen ekonomik faaliyetler, AB nezdinde sınır ötesi (*cross-border*) sonuçlar doğuran işlemlerin artmasına yol açmış, bu da sınır ötesi uyuşmazlıkların çoğalmasını beraberinde getirmiştir. Bu nedenle AB iç pazarının iyi işleminin tesisi amacına ulaşabilmek için uluslararası yargılama usulünde bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilen nitelikte kuralların tesis edilmesi Birlik tarafından zorunlu olarak değerlendirilmektedir³². Bu doğrultuda Amsterdam Antlaşması ile getirilen Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma madde 65/(c) ESCP'nin temelini oluşturmuştur.

Danimarka hariç olmak üzere tüm AB üyesi ülkelerde doğrudan uygulanma imkânı bulan ilk bağımsız Avrupa usulü, 1896/2006 sayılı Ödeme Usulüne İlişkin Avrupa Emrine Dair Tüzük'dür³³ (*The European Order for Payment Procedure*). Avrupa Ödeme Emri'nin temel amacı AB içerisinde sınır ötesi uyuşmazlıklardan kaynaklanan ve taraflar arasında itiraza uğramamış alacakların tahsil sürecinin standartlaştırılması ve hızlandırılmasıdır³⁴. Bu usul ile alacaklılara, sınır ötesi özel hukuk ve ticaret hukukundan kaynaklanan işlemlerde alacağını ilama bağlatması ve bunun cebri icrasını sağlaması için mevcut usullere ek bir imkân getirilmiştir. Avrupa Ödeme Emri ile AB çapında ortak bir ilamsız icra sistemi kabul edilmiş, çekişmesiz alacaklara ilişkin sınır ötesi icra takipleri basitleştirilerek hızlandırılmış, takip masrafları azaltılmış ve ara tanıma ve tenfiz işlemlerine gerek kalmaksızın Avrupa Ödeme Emri'nin AB üyesi ülkelerde icrası mümkün hale getirilmiştir³⁵. Avrupa Ödeme Emri ile ESCP, bu kapsamda sınır ötesi (*cross-border*) alacakların tahsili için tesis edilen ilk özerk Avrupa yargılama usulleridir³⁶.

³² Duygu DAMAR, "European and Turkish Private International Law – Background and Methodology". **KHÜHFD**, C. 3, S. 1, Haziran 2015, 93-104, s. 95.

³³ "The European Order for Payment Procedure" dilimize "Avrupa İlamsız İcra Usulü" olarak da çevrilmektedir. Wolf-Dietrich WALKER, "Avrupa İlamsız İcra Takibi". (çev. Cenk AKİL). **Ankara Barosu Dergisi**, 2011/1, 115-127.

³⁴ GÜRALP, (2010), s. 269. Varol KARAASLAN, "Avrupa İlamsız İcra Tüzüğü". **İKÜHFD**, 9 (1), 2010, 101-118, s. 103.

³⁵ KARAASLAN, (2010), s. 103.

³⁶ Xandra KRAMER, "The European Small Claims Procedure: Striking the Balance Between Simplicity and Fairness in the European Litigation", **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**, No. 2, 2008, s. 355-373. (KRAMER, **Striking the Balance**)

III. ESCP'NİN TESİS EDİLMESİNDEKİ AMAÇ VE ESCP'DE YAPILAN İYİLEŞTİRMELER

A. Genel Olarak

ESCP'yi ilk kez tesis eden 861/2007 sayılı Tüzük, 1896/2006 sayılı Ödeme Usulüne İlişkin Avrupa Emrine Dair Tüzük'den sonraki ikinci bağımsız, yani tüm AB üyesi ülkelerde (Danimarka hariç olmak üzere) doğrudan uygulanan Avrupa usulüdür. 861/2007 sayılı Tüzük'ün ESCP'nin arka planını, tesis amacını ve temel özelliklerini açıklayan gerekçe bölümünde belirtildiği üzere Birlik, kişilerin serbest dolaşımının güvence altına alındığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanının korunması ve geliştirilmesi amacını belirlemiş, böyle bir alanın kademeli olarak oluşturulabilmesi için de AB iç pazarının iyi işlemesi için ihtiyaç duyulan sınır ötesi (*cross-border*) özel hukuk uyumsuzluklarında adli işbirliğini tesis edecek önlemler alınmasını kabul etmiştir (prg. 1). Söz konusu önlemler arasında iyi işleyen bir özel hukuk yargılama sistemi önündeki engellerin kaldırılması ve gerekli olması durumunda AB üyesi devletlerin medenî usul hukuku kurallarının yeknesaklaştırılması da yer almaktadır (prg. 2).

Belirli bir dava değerinin altında kalan basit (küçük miktarlı) taleplere ilişkin yargılamalarda, yargılama ile bağlantılı masraflar, gecikmeler ve güçlükler dava değeri ile orantılı olarak azalmadığından, pek çok AB üyesi ülke kendi iç mevzuatı çerçevesinde küçük miktarlı taleplere ilişkin basitleştirilmiş usul hukuku kuralları benimsemiştir (prg. 7). Ancak gerek bu usullerin koşulları gerekse tespit edilen dava değeri ile bu usullerin uygulanabilir olduğu uyumsuzluk çeşitleri AB üyesi ülkeler arasında önemli ölçüde değişmektedir³⁷. Öte yandan sınır ötesi (*cross-border*) uyumsuzluklarda mahkeme kararlarının hızlı ve pahalı olmayacak şekilde verilebilmesi önündeki engeller daha büyük boyuttadır. Zira küçük miktarlı taleplere ilişkin ulusal hukuklarda düzenlenen usuller, uluslararası ihtilaflarda kullanılmak amacıyla tasarlanmamıştır³⁸.

B. 861/2007 sayılı Tüzük Gerekçesinde Açıklanan ESCP'nin Tesis Edilmesindeki Temel Amaç ve Hedefler

ESCP'nin tesisindeki temel amaçlar ve ulaşılmak istenen hedefler 861/2007 sayılı Tüzük gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir:

³⁷ KRAMER, *Striking the Balance*, s. 4.

³⁸ GÜRALP, (2010), s. 271.

- a. Prosedürün temel amacı adalete erişimi kolaylaştırmaktır (prg. 7).
- b. Farklı AB üyesi ülkelerde alacaklılara sunulan usuli araçlar arasındaki dengesizlikler AB iç piyasasında rekabetin bozulmasına neden olacağından, AB genelinde hem alacaklılar hem de borçlular için eşit düzeyde bir yapının oluşturulması amacıyla yasal bir düzenleme yapılması zorunludur (prg. 7).
- c. Basit hak taleplerine ilişkin AB üyesi ülkelerin ulusal mevzuatlarında bulunan ve 861/2007 sayılı Tüzük ile etkilenmeyen, mevcut yargılama usullerine ek bir seçenek olarak tesis edilen ESCP küçük miktarlı hak taleplerine ilişkin yargılamaları basitleştirmeyi, hızlandırmayı ve yargılama ile bağlantılı masrafları azaltmayı hedeflemektedir (prg. 8).
- d. ESCP, prosedür kapsamında bir AB üyesi ülkede verilen mahkeme kararının bir diğer AB üyesi ülkede tanıma ve tenfizini kolaylaştırmaktadır (prg. 8).
- e. Prosedür kapsamında yapılan bir hak talebine ilişkin yargılama harç ve giderlerinin belirlenmesinde basitlik, hızlilik ve orantılılık ilkeleri dikkate alınmalıdır. Ayrıca yargılama harç ve giderlerine ilişkin ayrıntıların kamuoyu ile paylaşılması ve bu sayede şeffaf olmalarının sağlanması esastır (prg. 7).
- f. Prosedür Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi ile kabul edilen ilkeleri dikkate almak suretiyle temel hakların geliştirilmesi amacıyla hizmet etmektedir (prg. 9).

861/2007 sayılı Tüzük'ün 1/1. maddesinde de ESCP'nin sınır ötesi etkileri olan (belirli bir değerden) miktar olarak küçük hak taleplerinde yargılamanın basitleştirilmesi, hızlandırılması ve masrafların azaltılması amacıyla tesis edildiği belirtilmektedir. Prosedür kapsamında adil yargılanma hakkının muhafaza edilmesine de özen gösterilmiştir.³⁹ ESCP, davacılar için AB üyesi devletlerin iç hukuklarında mevcut olan yargılama prosedürlerine alternatif bir yargılama usulü olarak öngörülmüştür. ESCP'nin alternatif karakterinin alacaklıların mevcut ulusal prosedürlerden veya ESCP'den birini tercih edebilecekleri anlamına geldiği, belirli bir değer altında kalan küçük uyuşmazlıklar için öngörülen ulusal düzenlemeler yürürlükte kaldığından, ESCP'nin

³⁹ GÜRALP, (2010), s. 271.

temel amacının AB genelinde medenî yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması olmadığı da ifade edilmektedir⁴⁰. Öte yandan ESCP ile bir AB üyesi devlette prosedür kapsamında verilen yargı kararının diğer bir AB üyesi devlette tanıma ve tenfizi (icrası) için gereken ara prosedürler ortadan kaldırılmıştır (m. 1/2).

C. Avrupa Komisyonu'nun ESCP'nin İşleyişine İlişkin Hazırladığı 19 Kasım 2013 Tarihli Raporda Yer Verilen Temel Tespitler

861/2007 sayılı Tüzük'ün 28/1. maddesi uyarınca Avrupa Komisyonu, 1 Ocak 2014 tarihine kadar ESCP'nin işleyişi ve özellikle ESCP'ye başvurulabilmesi için belirlenen üst sınır olan 2.000 €'ya ilişkin değerlendirmelerini de içeren bir rapor hazırlayarak Avrupa Parlamentosuna, Avrupa Konseyi'ne ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komite'ye sunacaktır. Bu doğrultuda Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 19 Kasım 2013 tarihli raporda⁴¹ prosedüre ilişkin;

- a. Prosedür AB içerisinde sınır ötesi sonuçları olan küçük miktarlı taleplerde yargılama usulünü kolaylaştırmıştır.
- b. Prosedür, uygulanmaya başlandığı 1 Ocak 2009 tarihinden Avrupa Konseyi Raporu'nun sunulduğu 19 Kasım 2013 tarihine kadar geçen sürede sınır ötesi uyuşmazlıklarda yargılama masraflarını %40'a kadar azaltmış, yargılama süresini de 2 yıldan ortalama 5 aya düşürmüştür.
- c. AB üyesi ülkelerde mevcut basit yargılama usullerine nazaran ESCP'nin yargılama giderleri açısından daha az masraflı olduğu belirlenmiştir.

genel tespitlerine yer verildikten sonra özellikle;

- d. Prosedürün kabul edilmesi ile AB üyesi ülkelerde basit yargılama prosedürlerine başvurabilmek için belirlenen uyuşmazlık değerine ilişkin üst sınırın artış gösterdiği, ancak prosedür kapsamında 2.000 € olarak belirlenen üst sınırın özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin⁴² ESCP aracılığı ile hak talebinde bulunmalarını sınırlandırdığı⁴³,

⁴⁰ KRAMER, *Striking the Balance*, s. 3.

⁴¹ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_795_en.pdf Erişim: 18 Ocak 2018.

⁴² Küçük ve orta ölçekli işletmeler (small and medium-sized enterprises – SMEs) Avrupa Birliği'nde tüm işletmelerin %99'una karşılık gelmektedir. http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_en Erişim: 18 Ocak 2018.

⁴³ Belirtmek gerekir ki 861/2007 sayılı Tüzük müzakereleri sırasında da 2.000 € olarak

- e. Bazı AB üyesi ülkelerde ESCP kapsamında görevli mahkeme ve divanlarda⁴⁴ uzaktan iletişimin sağlanmasında kullanılacak fiziksel imkanlarda eksiklikler bulunduğu, dolayısıyla prosedür kapsamında duruşma yapılmasına karar verildiğinde tarafların duruşmada fiziksel olarak hazır bulunmak amacıyla başka bir AB üyesi ülkeye seyahat etmek zorunda kaldığı, bu durumun da gereksiz nitelikte yüksek masraflara yol açtığı,
- f. Pek çok AB üyesi ülkenin prosedür kapsamında başvuru yapmak isteyenlere özellikle ilgili formların doldurulması konusunda ücretsiz yardım sağlamadığı, bu durumun ESCP başvurularının sınırlı kalmasına neden olduğu,
- g. Yine pek çok AB üyesi ülkenin özellikle prosedüre ilişkin yargılama harçları ve harçların nasıl ödeneceği konularında kamuoyunun erişimine açık şekilde bilgi paylaşımında bulunmadığı, bu durumun hem tüketiciler hem de işletmeler açısından zaman kaybına neden olarak ESCP'yi tercih edip etmeme noktasında bilgilenmiş bir şekilde karar vermelerini engellediği,
- h. Özellikle dava değeri ile orantısız olan yargılama harçlarının ESCP'nin kullanılmasında önemli bir engel teşkil ettiği, yargılama harçlarının hesaplanma yöntemlerinin pek çok AB üyesi ülkede değişkenlik gösterdiği (sabit, dava değeri ile orantılı veya bu ikisinin kombinasyonu şeklinde), dava değerinin %10'undan fazlasına tekabül eden yargılama harçlarının orantısız olarak kabul edilmesi gerektiği, ayrıca pek çok AB üyesi ülkede kötüye kullanımları önlemek amacıyla minimum başvuru harçları öngörüldüğü,
- i. Bazı AB üyesi ülkelerde yargılama harçlarının mahkeme veya divan nezdinde fiziksel olarak veya bir avukat vasıtasıyla ödenmesi gerektiği,

belirlenen üst sınır tartışma konusu olmuştur. Bazı üye ülkeler bu üst sınırı çok yüksek bulurken, diğer bir kısım ülkeler ise çok düşük bulmuştur. Müzakereler neticesinde limit 2.000 € olarak kalmış ve bu limitin uyumsuzlukların önemli bir kısmını ESCP kapsamına dahil edebilmek için yeterli olup olmadığı ileri aşamalarda tekrar değerlendirilmesi ilkesi benimsenmiştir. KRAMER, *Striking the Balance*, s. 6.

⁴⁴ İngilizce dilindeki 861/2007 sayılı ve 2015/2421 sayılı Tüzük metinlerinde kullanılan "tribunal" kelimesi, Türkçe'de "mahkeme, kurul, komisyon, encümen, heyet, divan" gibi anlamlara gelmektedir. Bu makale kapsamında "tribunal" kelimesinin "divan" tercümesi tercih edilmiştir.

- j. Prosedüre ilişkin en büyük eksikliklerden birisinin farkındalık olduğu, konuyla ilgili yapılan bir ankette AB vatandaşlarının %86'sının ESCP'yi hiç duymadığı, mahkeme ve hakimlerin %50'sinin ESCP'yi hiç duymadığı, kalan %50'sinin de tam anlamıyla bilgilendirilmiş olmadığı,

hususları vurgulanmıştır. Avrupa Komisyonu raporunda 861/2007 sayılı Tüzük kapsamında ESCP'nin işleyişi ile ilgili yukarıda belirtilen tespitlere yer verildikten sonra 861/2007 sayılı Tüzük hükümlerinin ESCP'nin işleyişini daha da kolaylaştıracak, hızlandıracak ve prosedürün uygulanma kapsamını genişletecek şekilde değiştirilmesi önerilmiştir.

D. 2015/2421 sayılı Tüzük ile ESCP'de Yapılan Temel İyileştirmeler

Avrupa Komisyonu tarafından ESCP'nin işleyişine ilişkin hazırlanan 19 Kasım 2013 tarihli raporda belirtilen tespitler doğrultusunda 2015/2421 sayılı Tüzük ile 861/2007 sayılı Tüzük ve dolayısıyla ESCP kapsamında çeşitli iyileştirmeler yapılmıştır. 2015/2421 sayılı Tüzük gerekçesinde bu iyileştirmelerin temel amacının tüketicilere etkili bir tazmin aracı sunarak haklarının pratik olarak uygulanmasına katkıda bulunmak olduğu belirtilmiştir (prg. 3). Bu doğrultuda 2015/2421 sayılı Tüzük ile yapılan temel iyileştirmeler şunlardır⁴⁵;

- a. Prosedür kapsamında belirlenen üst sınır 2.000 €'dan 5.000 €'ya çıkarılmış, bu sayede özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin de sınır ötesi uyuşmazlıklarda ESCP'den yararlanmasının sağlanması, bunun yanında etkili ve düşük maliyetli bir yargı yolu tesisi ile geliştirilen adalete erişim sayesinde sınır ötesi işlemlerde güvenin tesis edilmesi amaçlanmıştır (prg. 4).
- b. Prosedür özellikle teknolojik gelişmelerden daha fazla yararlanmak amacıyla iyileştirilmiş, bu sayede de fiziksel uzaklığın neden olduğu yüksek masraflar ve yargılamanın uzunluğuna ilişkin problemlerin en aza indirgenmesi hedeflenmiştir (prg. 6)⁴⁶.

⁴⁵ Rafal MAŃKO, *Europeanisation of Civil Procedure*, European Parliamentary Research Service, June 2015, s. 17.

⁴⁶ Doktrinde de adalet sisteminde bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımının adalet yönetiminin önemli ölçüde iyileştirilmesini sağlayacak temel unsurlardan birisi olduğuna işaret edilmiştir. Bu kapsamda bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin yargı organları tarafından sunulan hizmetin verimliliğini, etkinliğini, hızlılığını, şeffaflığını ve hesap verilebilirliğini arttıracak şekilde özellikle ifade edilmektedir. Marco Velicogna, "Justice

- c. Form ve yazışmaların tebligatında elektronik yöntemlerin kullanımına klasik posta servisi ile eşdeğer olacak şekilde yer verilmiş, bu sayede yargılama süreçlerinin çok daha hızlı ve az masraflı olması hedeflenmiştir (prg. 7-10).
- d. ESCP kapsamında talep edilen yargılama harçlarının dava değeri ile orantısız olmaması ve ilgili AB üyesi ülkede basit yargılama prosedürleri için uygulanan yargılama harçlarından daha yüksek olmaması hususu açık şekilde düzenlenmiştir (prg. 14). Öte yandan üye ülkelere, yargılama harçlarının davacının mahkeme veya divanın bulunduğu AB üyesi ülkeye fiziksel olarak gitmesine veya avukat tutmasına gerek kalmaksızın ödenebilmesinin sağlanması zorunluluğu getirilmiştir (prg. 17).

Bu doğrultuda çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 861/2007 sayılı Tüzük hükümleri çerçevesinde ESCP'nin kapsamı, uygulanması ve sonuçlandırılması ile ilgili ayrıntılara değinilecektir. Çalışmamızın VIII. bölümünde Türk hukukunda mevcut duruma değinildikten sonra ESCP, "Tüketici Hakem Heyetleri" ile mukayese edilecek, sonuç bölümünde ise prosedüre ilişkin genel değerlendirmelere ve Türk medenî usul hukukuna ilişkin önerilere yer verilecektir.

IV. ESCP'İN KAPSAMI

A. Prosedür Kapsamındaki Uyuşmazlıklar

861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 2/1. maddesinde ESCP'nin kapsamı düzenlenmiştir. Buna göre ESCP, mahkeme (*court*) veya divanın (*tribunal*) türü/nevi ne olursa olsun, hak talebine ilişkin formun görevli mahkeme veya divan tarafından tebliğ alındığı anda dava değerinin faiz, masraflar (*expenses*) ve giderler (*disbursements*) hariç olmak üzere 5.000 €'u aşmadığı sınıra ötesi özel hukuk ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda⁴⁷ uygulanır. Bu doğrultuda ESCP kapsamında bir paranın

Systems and ICT What can be learned from Europe?", *Utrecht Law Review*, Vol. 3, Issue 1, June 2007, 129-147, s. 129.

⁴⁷ Örneğin AB üyesi bir devlette faaliyet gösteren bir firmadan bir ürün alan ancak başka bir AB üyesi ülkede ikamet eden tüketici, ürünün satıcı tarafından belirtilen nitelikleri karşılamadığı gerekçesiyle ürünü iade etmek ister, ancak satıcı iadede kaçınırsa, bulunduğu ülkede kendisine tanınan mevcut usuller çerçevesinde mahkemeye başvurma hakkı haricinde ESCP kapsamında da mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

THE EUROPEAN COMMISSION: **The New Fast-Track Court for Smaller Purchases.**

ödenmesi, bir kaza sonucu meydana gelen zararın karşılanması, malların teslimi, sözleşmenin ifası, haksız fiilin durdurulması talep edilebilir.

Sınır ötesi (*cross-border*)⁴⁸ davanın/uyuşmazlığın ne olduğu 861/2007 sayılı Tüzük'ün 3/1. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre sınır ötesi dava uyuşmazlığın en az bir tarafının mahkeme veya divanın bulunduğu AB üyesi ülkesi dışında başka bir AB üyesi ülkede ikamet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu durumlardan doğan ihtilafları ifade etmektedir. 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 3/2. maddesi uyarınca yerleşim yeri 1215/2012 sayılı Tüzük'ün 62 ve 63. maddesine göre tespit edilecek, 3/3. maddesi uyarınca da bir davanın sınır ötesi bir dava olup olmadığının tespit edilmesi hak talebine ilişkin formun yetkili mahkeme veya divan tarafından tebliğ alındığı andaki duruma göre belirlenecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere ESCP'nin ilk kez tesis edildiği 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2/1. maddesinde dava değeri 2.000 € olarak belirlenmiş, 2015/2421 sayılı Tüzük ile bu limit 5.000 € olmak üzere arttırılmıştır.

Justice and Consumers, July 2017, Vera Jourova. Avrupa Birliği tarafından yayımlanan bu kitapçıkta verilen örnekte, Markus isimli bir Avusturya vatandaşı Alman bir internet sitesi aracılığı ile 1.800 € değerinde kayak ekipmanı alarak ücreti banka havalesi yoluyla ödemiş, ancak firma kayak ekipmanını tüketiciye göndermemiş ve ücreti de iade etmemiştir. Bunun üzerine tüketici EUSP yoluyla Linz, Avusturya'da yerel mahkemeden lehine karar almış, bu karar da Alman yetkililer tarafından Charlottenburg, Almanya'da icra edilmiştir.

Aynı kitapçıkta verilen bir diğer örnekte, Portekiz'de bulunan bir kozmetik ürün satıcısı dükkanını yenilemek amacıyla İspanyol bir üreticiden 5.000 € değerinde fayans siparişi etmiştir. Fayansların teslimatından sonra satıcı ücreti ödemiş, ancak yenileme başladıktan sonra fayansların kavisli olduğu, dolayısıyla kullanılamayacağı tespit edilmiştir. Portekizli satıcının fayansların değiştirilmesi talebine karşın İspanyol üretici bu talebi kabul etmediği gibi ücret iadesi yapmayı da kabul etmemiştir. Portekizli satıcı ESCP usulü ile Portekiz'de bulunan yerel mahkemede (sözleşmenin ifa yerinin Portekiz olmasından dolayı) dava açmış, ödemeye ilişkin faturayı da ekleyerek 3.000 € tutarında tazminat talep etmiştir. Yerel mahkeme başvuruyu İspanyol firmaya tebliğ etmiş, İspanyol firma da ürünlerin iyi kalitede olduğunu belirterek başvuruya itiraz etmiştir. Bunun üzerine yerel mahkeme bilirkişiye başvurmuş, bilirkişinin fayansların kullanılamaz olduğunu tespit etmesinden sonra delillerin yeterli ve kabul edilebilir olduğuna karar vererek İspanyol firmayı 3.000 € tazminat ve davacı Portekizli satıcının masraflarını ödemeye mahkûm etmiştir.

⁴⁸ ESCP'ye ilişkin Avrupa Komisyonu kanun teklifinde, Prosedürün yalnızca sınır ötesi değil, ulusal düzeyde ortaya çıkan uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Komisyon usul hukukunun doğası gereği sınır ötesi etkilere sahip olabileceğini, bu şekilde genişletilen ESCP'nin tüm AB üyesi ülkelerde eşit koşullar altında adalete erişimi geliştireceğini, iç pazarın iyi işlenmesini ve rekabette meydana gelen bozuklukların önlenmesini sağlayacağını ileri sürmüştür. Ancak bu teklif Avrupa Parlamentosu tarafından kabul görmeyerek reddedilmiştir. **KRAMER, Striking the Balance**, s. 3.

B. Prosedür Kapsamı Dışında Bırakılan Uyuşmazlıklar

861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 2/1. maddesinde ESCP'nin gelir, gümrük ve idare hukukundan doğan konular ile devlet otoritesinin (*acta jure imperii*) icrası sırasında meydana gelen fiil ve ihmallerden dolayı devletin sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 2/2. maddesinde ise ESCP kapsamı dışında bırakılan uyuşmazlıklar sayılmıştır. Buna göre ESCP; gerçek kişilerin hukuki durumları veya fiil ehliyetleri (m. 2/(a)), evlilik ilişkisinden veya yasalar tarafından evlilik ilişkisi ile kıyaslanabilir etkilere sahip olduğu kabul edilen bir ilişkiden doğan mülkiyet hakları (m. 2/(b)), aile ilişkisi, velayet, evlilik veya akrabalık ilişkisinden doğan bakım yükümlülükleri (m. 2/(c)), ölüm nedeniyle ortaya çıkan bakım yükümlülükleri de dahil olmak üzere vasiyetname ve halefiyet halleri (m. 2/(d)), iflas, müflis durumdaki şirketlerin veya tüzel kişilerin tasfiye ilişkileri, yargısal hazırlık, konkordato ve benzeri işlemler (m. 2/(e)), sosyal sigorta (m. 2/(f)), tahkim (m. 2/(g)), iş hukuku (m. 2/(h)), para alacaklarına ilişkin davalar hariç olmak üzere taşınmaz kirasına ilişkin uyuşmazlıklar (m. 2/(i)) ve iftira da dahil olmak üzere kişilik haklarının ve özel hayatın ihlaline ilişkin uyuşmazlıklar (m. 2/(j)) konuları hakkında uygulanmayacaktır. Belirtmek gerekir ki “yasalar tarafından evlilik ilişkisi ile kıyaslanabilir etkilere sahip olduğu kabul edilen bir ilişkiden doğan mülkiyet hakları” hususu 861/2007 sayılı Tüzük'ün ilk metninde yer almamaktadır. 2015/2421 sayılı Tüzük ile bu tür uyuşmazlıklar da ESCP kapsamı dışında bırakılmış, ayrıca ESCP'nin uygulanmayacağı hallere ilişkin yasal metin daha anlaşılır ve detaylı hale getirilmiştir.

V. ESCP'NİN UYGULANMASI

A. Prosedür Kapsamında Davanın Açılması

Prosedür kapsamında davanın açılmasına ilişkin düzenlemeler 861/2007 sayılı Tüzük'ün 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre davacı, 861/2007 sayılı Tüzük Ek 1'de yer alan standart talep formu A'yı⁴⁹ dolduracak, aka-

⁴⁹ 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 4/5. maddesi uyarınca AB üyesi devletler standart talep formu A'nın ESCP'nin uygulanmasında görevli tüm mahkeme ve divanlar nezdinde mevcut olmasını ve ilgili ülke internet siteleri aracılığı ile toplumun erişimine açık olmasını sağlamakla yükümlüdür. 861/2007 sayılı Tüzük'ün ilk halinde bu yönde açık bir düzenleme olmadığından AB üyesi ülkeler ilgili formların internet siteleri aracılığı ile toplumun erişimine açık olmasını sağlamakla yükümlü değillerdi.

binde posta, faks veya e-posta gibi prosedürün başlatılacağı AB üyesi ülkede kabul edilen diğer bir iletişim yöntemini⁵⁰ kullanmak suretiyle doğrudan görevli mahkeme veya divana göndererek prosedürü başlatmış olacaktır. Davacı, standart form A'ya talebine ilişkin destekleyici kanıtların bir açıklamasını ekleyecek, ayrıca gerekli durumlarda diğer ilgili dokümanları da mahkeme veya divana iletacaktır (m. 4/1).

Davacının talebi ESCP kapsamında olmayan bir uyuşmazlığa ilişkin ise, mahkeme veya divan bu hususta davacıyı bilgilendirecektir. Davacı davasını geri almadığı müddetçe, mahkeme veya divan prosedürün başlatıldığı AB üyesi ülkede geçerli usul hukuku kuralları uyarınca söz konusu davayı yürütecektir (m. 4/3).

Mahkeme veya divan, davacı tarafından sunulan bilginin eksik olduğu, yeterince açık olmadığı veya standart talep formu A'nın doğru bir şekilde doldurulmamış olduğu kanaatine varırsa, talep açıkça dayanıksız veya başvuru kabul edilemez nitelikte olmadıkça, davacıya vereceği süre içerisinde standart talep formu A'yı tamamlaması, düzeltmesi, destekleyici ek bilgi veya belge sunması veya davasını geri alması için bir fırsat tanıyacaktır. Mahkeme veya divan, bu amaçla 861/2007 sayılı Tüzük Ek 2'de yer alan standart form B'yi kullanacaktır. Talebin açıkça dayanıksız olduğu, başvurunun kabul edilemez olduğu veya davacının mahkeme veya divan tarafından verilen süre içerisinde standart talep formu A'yı tamamlamaması veya düzeltmemesi halinde başvuru reddedilecektir (m. 4/4). 2015/2421 sayılı Tüzük ile mahkeme veya divanın davacıya bu ret kararını ve bu karara karşı bir temyiz yolu olup olmadığı hususunu bildirmesi ön görülmüştür (m. 4/4 – son cümle).

B. Prosedür Kapsamında Açılan Davanın Yürütülmesi

ESCP kapsamında açılan davaların yürütülmesine ilişkin usul kuralları 861/2007 sayılı Tüzük'ün 5 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 5/1. maddesi uyarınca ESCP yazılı bir yargılama usulüdür. Mahkeme veya divan ancak yazılı açıklama ve deliller kapsamında uyuşmazlığın esası hakkında bir hüküm verilmesinin mümkün olmadığına kanaat getirdiği⁵¹ veya bir tarafın bu yönde talebi olduğu

⁵⁰ 861/2007 sayılı Tüzük'ün 4/2. maddesi uyarınca AB üyesi ülkeler Avrupa Komisyonu'nu kendi ülkelerinde yasalar ile kabul edilen iletişim yöntemlerinin neler olduğu hakkında bilgilendirecek, Komisyon'da bu bilgiyi kamuya açık hale getirecektir.

⁵¹ 861/2007 sayılı Tüzük'ün ilk halinde ise mahkeme veya divanın gerekli görmesi halinde duruşma yapabileceği düzenlenmiştir.

takdirde duruşma yapacaktır. Mahkeme veya divan, bir tarafın duruşma yapılmasına ilişkin talebini duruşma açılmasının davanın somut koşulları gereğince yargılamanın adil bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli olmadığına kanaat getirdiği takdirde reddedebilir. Duruşma yapılmasına ilişkin talebin reddine dair gerekçeli karar yazılı olmalıdır ve bu ret kararı asıl hükümden ayrı olarak temyize konu olamaz (m. 5/1a).

Mahkeme veya divan doğru ve tam bir şekilde doldurulmuş standart talep formu A'yı tebliğ aldıktan sonra, 861/2007 sayılı Tüzük Ek 3'de yer alan standart cevap formu C'nin 1. kısmını dolduracaktır (m. 5/2-1). Standart talep formu A'nın ve mevcut olması halinde bu forma ek destekleyici diğer dokümanların bir kopyası, mahkeme veya divan tarafından 1. kısmı doldurulan standart cevap formu C ile birlikte talep formunun mahkeme veya divan tarafından tebliğ alınmasından itibaren 14 gün içerisinde 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 13/1. maddesi uyarınca davalı tarafa gönderilecektir⁵² (m. 5/2-2).

Davalı yukarıda belirtilen talep ve cevap formlarını teslim almasından itibaren 30 gün içerisinde, standart cevap formu C'nin 2. kısmını doldurarak ve mevcut olması halinde ilgili destekleyici dokümanları forma ekleyerek mahkeme veya divana sunacaktır. Davalı standart cevap formu C'nin 2. kısmını doldurmak yerine uygun başka bir yöntemle de davaya karşı cevaplarını mahkeme veya divana bildirebilir (m. 5/3).

Mahkeme veya divan, davalı tarafından sunulan cevapları tebliğ almasından itibaren 14 gün içerisinde standart cevap formu C'nin (veya uygun bir cevap dilekçesinin) ve varsa destekleyici dokümanların bir kopyasını davacıya gönderecektir (m. 5/4). Eğer davalı cevap dilekçesinde davacının parasal olmayan (*non-monetary*) talebinin prosedür kapsamında belirlenen üst sınırı (5.000 €) aştığını iddia ederse, mahkeme veya divan cevap dilekçesini davacıya göndermesinden itibaren 30 gün içerisinde davacının talebinin ESCP kapsamında olup olmadığına ilişkin bir karar verecektir. Bu karara karşı ayrıca itiraz edilemez (m. 5/5).

Davalı tarafından standart talep formu A kullanılarak açılan karşı dava ve varsa destekleyici dokümanların bir kopyası, mahkeme veya divan tarafından tebliğ alındığı tarihten itibaren 14 gün içerisinde 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 13/1. maddesi uyarınca davacıya

⁵² İlgili 13. madde aşağıda (V. D) ele alınacaktır.

gönderilecektir (m. 5/6-1). Davacının da bu dokümanların tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde karşı davaya cevap verme hakkı bulunmaktadır (m. 5/6-2). Karşı dava 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 2/1. maddesinde belirtilen sınırı (5.000 €) aşılırsa, dava ve karşı dava ESCP kapsamında görülmeyecek, prosedürün başlatıldığı AB üyesi ülkenin iç hukukundaki ilgili usul kuralları kapsamında ele alınacaktır (m. 5/7-1). Durumun icabına göre 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2 ve 4. maddeleri ile 5. maddenin 3, 4 ve 5. paragrafları karşı dava bakımından da uygulanacaktır (m. 5/7-2).

C. Prosedür Kapsamında Uygulanacak Dil

ESCP kapsamında uygulanacak dile ilişkin hükümler 861/2007 sayılı Tüzük'ün 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre talep, cevap, karşı dava ve karşı davaya cevaba ilişkin formlar ile mevcut olması halinde destekleyici dokümanlara ilişkin açıklamalar mahkeme veya divanın dili veya birden fazla olması halinde bu dillerden birisinde sunulacaktır (m. 6/1). Belirtilen dokümanlardan başka, mahkeme veya divan tarafından tebliğ alınan herhangi bir doküman yargılamanın yürütüldüğü mahkeme veya divanın dilinde değilse, bu dokümanların tercümesi ancak hükmün verilmesi için gerekli görülmesi halinde istenebilir (m. 6/2).

Tarafların, sunulan bir dokümanı gönderileceği AB üyesi devletin resmi dilinde veya ilgili AB üyesi devletin birden fazla resmi dili olması halinde tebliğin yapılacağı veya dokümanın gönderileceği adresteki resmi dillerden birisinde (m. 6/3(a)) veya alıcının anlayabileceği bir dilde olmaması (m. 6/3(b)) nedeniyle kabul etmeme hakkı bulunmaktadır. Bu durumda mahkeme veya divan diğer tarafı ilgili dokümanın bir tercümesini sunması için bilgilendirecektir (m. 6/3).

D. Prosedürün Sonuçlandırılması

861/2007 sayılı Tüzük'ün 7/1. maddesi uyarınca mahkeme veya divan, davalı veya davacı tarafından 861/2007 sayılı Tüzük'ün 5/3 ve 5/6. maddeleri ile belirlenen süre içerisinde sunulan cevap dilekçesinin kendisine ulaşmasından itibaren 30 günlük süre içerisinde uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar verebilir (m. 7/1), 30 günü aşmayacak şekilde belirleyeceği bir süre içerisinde taraflardan uyuşmazlık hakkında ilave açıklamalar sunmalarını talep edebilir (m. 7/1(a)), delil toplanmasına (*taking of evidence*) karar verebilir (m. 7/1(b)) veya tarafları, çağrının yapıldığı tarihten itibaren 30 gün içerisinde yapılacak olan bir duruşmaya davet edebilir (m. 7/1(c)).

Mahkeme veya divan, duruşmanın yapıldığı tarihten veya hükmün verilmesi için gerekli olan tüm bilgi ve belgelerin kendisine ulaşmasından itibaren 30 gün içerisinde uyuşmazlığın esasına ilişkin kararını verecektir. Mahkeme kararı 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 13. maddesi uyarınca taraflara tebliğ edilecektir (m. 7/2). Taraflardan birisinin 861/2007 sayılı Tüzük'ün 5/3 ve 5/6. maddeleri ile belirlenen süre içerisinde bir cevap sunmaması halinde, mahkeme veya divan dava veya karşı davanın esasına ilişkin bir karar verecektir (m. 7/3).

VI. ESCP KAPSAMINDA USULE İLİŞKİN DİĞER HUSUSLAR

A. Duruşma

2015/2421 sayılı Tüzük ile ESCP kapsamında yapılacak duruşmalara ilişkin ayrıntılı hükümler ihdas edilmiştir. Buna göre mahkeme veya divan tarafından ESCP kapsamında duruşma yapılmasına karar verilmesi halinde, duruşma kural olarak mahkeme veya divanda fiziksel olarak mevcut video konferans veya telekonferans gibi uygun bir uzaktan iletişim teknolojisinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilecektir. Ancak uzaktan iletişim teknolojisinin kullanılmasının davanın özel koşulları nedeniyle yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesi için uygun olmadığı durumlar bu kuraldan hariç tutulmuştur (m. 8/1-1).

Duruşmada dinlenilecek kişi mahkeme veya divanın bulunduğu AB üyesi ülke dışında bir başka AB üyesi ülkede ikamet ediyor veya mutad meskeni o ülkede bulunuyor ise, bu kişinin yapılacak sözlü duruşmaya video konferans, telekonferans veya başka bir uzaktan iletişim teknolojisinin kullanılması suretiyle katılması 1206/2001 sayılı Tüzük'de⁵³ belirtilen yöntemlerle sağlanacaktır (m. 8/1-2).

Sözlü duruşmada fiziksel olarak hazır bulunması için çağırılan taraf, duruşmada fiziksel olarak hazır bulunabilmek için yapacağı hazırlıkların,

⁵³ 28 Mayıs 2001 tarihli ve 1206/2001 sayılı Medenî ve Ticari Konularda Delil Toplanmasında AB Üyesi Ülke Mahkemeleri Arasındaki İşbirliğine İlişkin Tüzük. 1206/2001 sayılı Tüzük'ün İngilizce dilindeki orijinal ismi "Council Regulation (EC) No. 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters" dir. 1206/2001 sayılı Tüzük 27.06.2001 tarihli ve L 174/1 sayılı AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmıştır.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1206&from=en>
Erişim: 08 Nisan 2018.

özellikle de yapacağı muhtemel masrafların dava değeri ile orantısız olacağı gerekçesiyle ve mahkeme veya divanda mevcut olması koşuluyla uzaktan iletişim teknolojisinin kullanılmasını talep edebilir (m. 8/2). Öte yandan sözlü duruşmaya uzaktan iletişim teknolojisi yoluyla katılması için davet edilen bir taraf da duruşması sırasında fiziksel olarak hazır bulunma talebinde bulunabilir (m. 8/3). Bu talepler hakkında mahkeme veya divan tarafından verilecek karara karşı esasa ilişkin hükümden ayrı olarak itiraz edilemez (m. 8/4).

Standart talep formu A ile standart talep formu C'nin, bir tarafın duruşmada fiziksel olarak hazır bulunabilmesi için yapmış olduğu herhangi bir giderin tazmininin, ilgili tarafın talebi üzerine 861/2007 sayılı Tüzük'ün 16. maddesinde yer alan koşullara tabi olduğuna dair tarafları bilgilendirecek açıklamalar içermesi gerekmektedir (m. 8/3).

B. Delil Toplanması (Taking of Evidence)

861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 9. maddesinde delil toplanmasına ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Bu kapsamda mahkeme veya divan delillerin toplanması araçlarına ve hükmün verilmesi için gerekli olan delillerin derecesine delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin iç hukuktaki usul kuralları çerçevesinde karar verecektir. Mahkeme veya divan delil toplanmasında en basit ve en az külfetli yöntemi kullanacaktır (m. 9/1).

Mahkeme veya divan tanıkların, uzmanların veya tarafların yazılı beyanları ile delillerin toplanmasına izin verebilir (m. 9/2). Delillerin toplanması bir kişinin dinlenmesini gerektiriyorsa, o kişinin dinlenebilmesi için yapılacak duruşma 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 8. maddesi uyarınca yapılacaktır (m. 9/3). Mahkeme veya divan, ancak diğer mevcut deliller temelinde uyuşmazlığın esasına ilişkin bir hüküm vermenin mümkün olmadığı durumlarda bilirkişi raporuna veya sözlü ifadeye başvurabilir (m. 9/4).

C. Taraflara Yapılacak Hukuki Yardım

861/2007 sayılı Tüzük'ün 10. maddesinde ESCP yönteminin kullanılmasında tarafların bir avukat veya başka bir hukuk uzmanı tarafından temsil edilmesinin zorunlu olmadığı düzenlendikten sonra, 11. maddesinde de taraflara yapılacak hukuki yardıma ilişkin hükümler yer almaktadır.

861/2007 sayılı Tüzük'ün 11. maddesinin ilk halinde AB üyesi devletlerin yalnızca tarafların formların doldurulması sırasında elverişli bir yardım almalarını sağlamakla yükümlü oldukları düzenlenmişken, 2015/2421 sayılı

lı Tüzük ile bu hususta ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Yapılan değişiklikler uyarınca AB üyesi devletler, tarafların ESCP'ye ilişkin formların doldurulması sırasında elverişli bir destek almalarının yanı sıra, ESCP'nin uygulama kapsamı ve ilgili üye devlette hangi mahkeme veya divanın ESCP yolu ile karar vermeye görevli olduğuna ilişkin genel bilgi sahibi olmalarını ücretsiz bir şekilde sağlamakla yükümlüdürler. Öte yandan bu yükümlülük üye devletlerin belirli bir davanın hukuki değerlendirmesi şeklinde bir hukuki yardım sağlanmasını kapsamaz (m. 11/1). Yine AB üyesi devletler söz konusu hukuki desteği vermekle görevli makamlar veya organizasyonlara ilişkin bilginin ESCP usulünün uygulandığı tüm mahkeme ve divanlarda mevcut olması ile bu bilginin ulusal internet siteleri vasıtasıyla erişilebilir olmasını sağlamakla yükümlüdürler (m. 11/2).

Avrupa Komisyonu tarafından da gerek prosedürün Avrupa genelinde tanıtılmasının sağlanması, gerek prosedürün işleyişi ile ilgili bilgilendirme yapılması ve gerekse standart formların doldurulmasında bir kılavuz işlevi görecektir kitapçıklar⁵⁴ hazırlanarak <https://e-justice.europa.eu/> internet sitesi aracılığı ile kamuoyunun erişimine açılmıştır. Belirtmek gerekir ki belirtilen internet sitesinde mevcut kitapçıklar 861/2007 sayılı Tüzük çerçevesinde hazırlandığından, henüz 2015/2421 sayılı Tüzük ile ESCP kapsamında yapılan değişiklikleri yansıtmamaktadır.

D. Dokümanların Tebliği

861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 13/1. maddesinde ESCP kapsamında ilgili standart formların taraflara hangi yöntemlerle tebliğ edileceği ile diğer yazılı yazışma usullerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre 861/2007 sayılı Tüzük'ün 5/2 ile 5/6. maddesinde belirtilen formlar ve (standart cevap formu C ve karşı dava açılması için kullanılan standart talep formu A) prosedür kapsamında verilen hüküm posta yoluyla veya elektronik iletişim yöntemlerinin kullanılması suretiyle tebliğ edilebilir. Ancak yapılacak tebligatta elektronik iletişim yöntemlerinin kullanılması bazı şartlara tabi tutulmuştur. İlk olarak elektronik yöntemlerin

⁵⁴ THE EUROPEAN COMMISSION: **Practice Guide for the application of the European Small Claims Procedure**, Belgium, 2013; THE EUROPEAN COMMISSION: **A Guide for Users to the European Small Claims Procedure**, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014. Öte yandan AB üyesi ülkeler nezdinde de ESCP ile ilgili çeşitli açıklayıcı kılavuzlar hazırlanmıştır. Bkz: Laura GUMULIAUSKIENĖ, **European Payment Order and European Small Claims Procedures: How Can Consumers Use Them?** Lithuanian Consumer Institute, 2012.

prosedürün başlatıldığı AB üyesi ülkede teknik olarak mevcut ve ilgili AB üyesi ülkenin usul kuralları uyarınca kabul edilebilir olması gerekir. Ayrıca tebligatın yapılacağı tarafın başka bir AB üyesi ülkede ikamet etmesi ve mutad meskeninin bulunması gerekmektedir (m. 13/1(b)-(i)). İkinci olarak da tebligatın yapılacağı tarafın önceden ilgili dokümanların kendisine elektronik iletişim yolları kullanılarak tebliğ edilebileceğini açıkça kabul etmiş olması veya ikamet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu AB üyesi ülkede geçerli usul hukuku kuralları uyarınca tebligatın elektronik iletişim yöntemleri kullanılmak suretiyle yapılmasını kabul etmekle yükümlü olması (m. 13/1(b)-(ii)) gerekmektedir. Bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi halinde tebligat elektronik iletişim yöntemlerinin kullanılması suretiyle de yapılabilecektir. Tebligat, tebliğ tarihini içeren bir alındı belgesi ile onaylanmalıdır.

Yukarıda belirtilenler hariç mahkeme veya divan ile taraflar veya yargılamaya dahil olan 3. kişiler arasında yapılacak her türlü yazılı yazışma bazı şartların gerçekleşmesi halinde alındı belgesi ile onaylanacak şekilde elektronik iletişim yöntemleri kullanılarak yapılacaktır. Bu şartlardan ilki elektronik iletişim yöntemlerinin ESCP'nin başlatıldığı AB üyesi ülkede teknik olarak mevcut ve ilgili ülkenin usul kuralları uyarınca kabul edilebilir olmasıdır. İkinci şart da ilgili taraf veya 3. kişinin önceden kendisiyle elektronik iletişim yöntemleri ile yazışma yapılabileceğini kabul etmesi veya ilgili taraf veya 3. kişinin ikamet ettiği veya mutad meskeninin bulunduğu AB üyesi ülkede geçerli usul hukuku kuralları uyarınca tebligatın elektronik iletişim yöntemleri kullanılmak suretiyle yapılmasını kabul etmekle yükümlü olması halidir (m. 13/2). Söz konusu yazışmaların bu şekilde yapılması mümkün veya davanın somut koşullarına göre uygun olmaması halinde, ilgili yazışmalar ESCP'nin yürütülmekte olduğu AB üyesi ülkede geçerli olan herhangi bir iletişim yöntemi kullanılmak suretiyle de yapılabilir (m. 13/4-2).

Tebligat sırasında elektronik iletişim yöntemlerinin kullanılmasına dair önceden yapılacak açık kabule ilişkin ilgili AB üyesi ülkede geçerli usul hukuku kuralları ile mevcut yöntemlerin yanı sıra, söz konusu açık kabul ayrıca standart talep formu A ile standart cevap formu C kullanılmak suretiyle de yapılabilir (m. 13/3). Posta veya elektronik iletişim yöntemlerinin kullanılması suretiyle tebligatın yapılması mümkün değilse, tebligat Ödeme Usulüne İlişkin Avrupa Emrine Dair 1896/2006 sayılı Tüzük'ün⁵⁵ 13 ve 14. maddelerinde belirtilen herhangi bir yöntemin kullanılması suretiyle de yapılabilir (m. 13/4-1).

⁵⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R1896&from=en>
Erişim: 09 Nisan 2018.

E. Harç ve Taraf Masrafları ile Giderlerden Sorumluluk

861/2007 sayılı Tüzük'e 2015/2421 sayılı Tüzük ile eklenen 15a maddesi ESCP kapsamında alınacak yargı harçları ve harçların ödenme yöntemlerini düzenlemektedir. Bu kapsamda bir AB üyesi devlet tarafından ESCP yöntemine başvuru halinde alınacak olan mahkeme harcı orantısız ve ilgili üye devlette ulusal basit yargılama usulleri için ödenmesi gereken mahkeme harçlarından daha yüksek olmamalıdır (m. 15a/1).

ESCP usulünde yargılama harçları bazı AB üyesi ülkelerde dava değerinden bağımsız sabit bir ücret olarak öngörülmüşken, bazı üye ülkelerde ise dava değeri ile orantılı olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda örneğin İrlanda'dan ESCP'ye başvuracak bir kimsenin ödemesi gereken mahkeme harcı 25 € iken⁵⁶, Litvanya'da dava değerinin %3'ü olarak alınmakta⁵⁷, Polonya'da ise yargı harcı dava değerine göre değişen oranlarda⁵⁸ ortaya çıkmaktadır.

Üye devletler tarafların uzaktan ödeme yöntemleri kullanmak suretiyle mahkeme harçlarını ödeyebilmelerini garanti altına almalı, bu cümleden olmak üzere banka transferi, kredi kartı, bankamatik kartıyla ödeme veya davalının banka hesabından doğrudan havale ile ödeme yöntemlerinden en az birisini taraflara sunmalı, bu sayede tarafların mahkeme veya divanın bulunduğu AB üyesi ülke dışında bir başka ülkeden de mahkeme harçlarını ödeyebilmelerini güvence altına almalıdır (m. 15a/2).

861/2007 sayılı Tüzük'ün 16. maddesi uyarınca davayı kaybeden taraf yargılama sonucu ortaya çıkan harç ve taraf masraflarından sorumlu olacaktır. Bu doğrultuda ESCP yargılama sonucunda aleyhine karar verilen, yani davayı kaybeden tarafın; lehine karar verilen, yani davayı kazanan tarafa yargılamaya ilişkin ortaya çıkan harç ve masrafları ödemesine ilişkin Roma Hukuku'ndan günümüze intikal eden "kaybeden öder - loser pays" kuralını⁵⁹ benimsemiştir.

⁵⁶ http://www.citizensinformation.ie/en/justice/courts_system/european_small_claims_procedure.html Erişim: 09 Nisan 2018.

⁵⁷ https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-42-lt-en.do?member=1 Erişim: 09 Nisan 2018.

⁵⁸ https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-42-pl-en.do?member=1 Erişim: 09 Nisan 2018.

⁵⁹ Cengiz Topel ÇELİKOĞLU, "Karşı Tarafa Tahmin Olunan Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği". **DEÜHFD**, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan Özel S. 2014, (Basım Yılı: 2015), 1093-1139, s. 1109.

Ancak mahkeme veya divan davada haklı çıkan taraf lehine yargılama sırasında gereksiz yere yapılan veya talep ile orantısız olan masrafların ödenmesine hükmetmeyecektir.

F. Prosedür Kapsamında Verilen Karara Karşı Kanun Yolu

ESCP kapsamında verilen mahkeme veya divan hükmüne karşı yapılacak olan kanun yolu başvurusu AB üyesi devletlerin düzenlemesine bırakılmıştır. Prosedür kapsamında verilen kararlara karşı yeknesak bir kanun yolunun belirlenmemesi hakkın korunması hususunda AB üyesi devletler arasında önemli ölçüde farklılıklara yol açacağı ve yargılamanın süresi ve maliyetini etkileyeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁶⁰. 861/2007 sayılı Tüzük'ün 17/1. maddesi uyarınca AB üyesi devletler ESCP kapsamında verilen bir hükme karşı kanun yolunun mevcut olup olmadığı ve eğer mevcutsa bu kanun yoluna başvurulması için uyulması gereken süre hususunda Avrupa Komisyonu'nu bilgilendirecek, Komisyon da bu bilgiyi toplumun erişimine açık hale getirecektir. ESCP kapsamında yargılama harç ve giderlerine ilişkin 15a ile 16. maddeler mevcut olması halinde kanun yollarına da uygulanacaktır (m. 17/2).

G. Prosedür Kapsamında Verilen Hükmün Yeniden İncelenmesi

Bazı istisnai durumların gerçekleşmesi halinde prosedür kapsamında verilen hükmün, kararın verildiği mahkeme veya divan tarafından yeniden incelenmesi talep edilebilir. Hükmün yeniden incelenmesinin hangi istisnai hallerde talep edilebileceği 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 18. maddesinde belirtilmiştir. Bu istisnaların ilki davalıya standart talep formu A'nın tebliğ edilmediği veya duruşma yapılan hallerde davalının savunma yapmasına olanak sağlayacak gerekli hazırlıkları yapabilmesi için yeterli bir süre verilerek duruşmaya davet edilmediği hallerdir (m. 18/1(a)). Hükmün yeniden incelenmesinin talep edileceği ikinci istisna da davalının kendisine yüklenebilecek herhangi bir kusur olmadan mücbir sebepler veya olağanüstü şartlardan ötürü davaya karşı koyamadığı hallerdir (m. 18/1(b)). Bu iki durumdan birisinin gerçekleşmesi halinde davalının ESCP kapsamında verilen bir hükme karşı hükmü veren mahkeme veya divana hükmün yeniden incelenmesi talebiyle başvuru yapma hakkı bulunmaktadır. Davalı, hükmün yeniden incelenmesi talebi yapabilme imkânı bulunmasına karşın bu talebi yapmaması halinde başvuru yapma hakkını kaybetmektedir.

Hükmün yeniden incelenmesi için başvuru yapma süresi 30 gündür. 30 günlük süre davalının hükmün içeriğinden etkin bir şekilde haberdar olduğu

⁶⁰ KRAMER, *Harmonization of Procedural Law*, s. 264.

ve serbestçe hareket edebildiği andan itibaren başlar. 30 günlük sürenin başlangıç tarihi en geç davalının mülkiyetinde bulunan eşyanın tamamı veya bir kısmı üzerinde tasarruf yetkisinin kaldırılmasına ilişkin ilk icra yaptırımının uygulandığı tarihtir. 30 günlük süre kesin olup uzatılamaz (m. 18/2).

Mahkeme veya divan, yargılamanın yeniden incelenmesi talebini 861/2007 sayılı Tüzük'ün 18/1. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin mevcut olmaması nedeniyle reddederse verilen hüküm geçerliliğini korumaya devam eder (m. 18/3). Mahkeme veya divan aksi yönde 18/1. maddede belirtilen nedenlerden birinin mevcut olduğuna karar verirse, verilen hüküm geçersiz olur (m. 18/4).

H. Diğer Hususlar

Öncelikle 861/2007 sayılı Tüzük'ün 19. maddesi uyarınca ESCP, 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 861/2007 sayılı Tüzük hükümlerine bağlı olmak kaydıyla yargılamanın yapıldığı AB üyesi devletin medenî usul hukukuna göre yürütülecektir. 861/2007 sayılı Tüzük'ün 12/1. maddesi uyarınca mahkeme veya divan tarafların uyuşmazlığa ilişkin hukuki bir değerlendirme yapmalarını talep edemez. Gerekli olan durumlarda mahkeme veya divan usule ilişkin soruları hakkında tarafları bilgilendirir (m. 12/2). Yine uygun olan hallerde mahkeme veya divan taraflar arasında bir anlaşma sağlanabilmesi için çaba gösterir (m. 12/3).

861/2007 sayılı Tüzük'ün 14/1. maddesi uyarınca mahkeme veya divan süre verilen hallerde ilgili tarafı süreye uymamanın sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Mahkeme veya divan istisnai hallerde tarafların haklarının korunması amacıyla 4/4. (talep formunun tamamlanması veya düzeltilmesi amacıyla mahkeme veya divan tarafından tayin edilecek süre), 5/3. (davalının 30 günlük cevap süresi), 5/6. (davanın ESCP kapsamında olmadığına ilişkin iddia üzerine mahkeme veya divan tarafından bu hususta karar verilmesi için belirlenen 30 günlük süre) ve 7/1. maddelerde (dilekçe aşamasının tamamlanmasından itibaren başlayacak 30 günlük hüküm verme süresi) belirtilen sürelerin uzatılmasına karar verebilir (m. 14/2).

İstisnai durumlarda mahkeme veya divan tarafından 5/2. (talep formunun tebliğinden itibaren 14 gün içerisinde davalıya tebliği), 5/6. (karşı davaya ilişkin formun tebliğinden itibaren 14 gün içerisinde davacıya tebliği) ve 7. madde de (dilekçe aşamasının tamamlanmasından itibaren belirlenen 30 günlük hüküm verme süresi) belirtilen sürelere uyulması mümkün değilse, mahkeme veya divan bu hükümler uyarınca yapılması gereken işlemleri mümkün olan en kısa süre içerisinde yerine getirecektir (m. 14/3).

861/2007 sayılı Tüzük'ün 24. maddesi uyarınca AB üyesi devletler, yargılama harç ve masrafları da dahil olmak üzere prosedüre ilişkin bilgileri ilgili meslek çevreleri ve kamuoyu ile paylaşmak üzere iş birliği yapacaklardır. Prosedüre ilişkin bilgi paylaşımı özellikle 2001/470 sayılı Komisyon kararı ile kurulan Medenî Hukuka ve Ticaret Hukukuna İlişkin Avrupa Yargı Ağı aracılığı ile yürütülecektir⁶¹. 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değiştirilen 25/1-1. maddesinde de AB üyesi devletlerin ESCP'ye ilişkin hangi bilgileri Avrupa Komisyonu'na iletmesi gerektiği belirlenmiştir. Üye devletler söz konusu hususlarda meydana gelebilecek değişiklikleri de Avrupa Komisyonu'na ayrıca iletceklerdir (m. 25/1-2).

861/2007 sayılı Tüzük'ün yürürlükten kaldırılan 25/2. maddesinde Avrupa Komisyonunun üye devletler tarafından kendisine iletilen bilgileri Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlamak veya diğer uygun yöntemlerin kullanılması suretiyle kamuoyuna duyurmakla yükümlü olduğu düzenlenmişse de 2015/2421 sayılı Tüzük ile değiştirilen metinde elektronik adalet uygulamalarının⁶² güçlenmesi amacıyla Avrupa Komisyonunun prosedüre ilişkin bilgileri özellikle Avrupa Elektronik Adalet Portalı (<https://e-justice.europa.eu/63>) kullanılmak suretiyle uygun yöntemlerle kamuoyunun erişimine açık hale getireceği düzenlenmiştir.

861/2007 sayılı Tüzük'e 2015/2421 sayılı Tüzük ile eklenen 26 ve 27. maddeler ile Avrupa Komisyonu'na 13 Ocak 2016 tarihinden itibaren belirsiz bir süreyle 861/2007 sayılı Tüzük'ün Ek 1 - 4 arasında yer alan formların (standart talep formu A, standart cevap formu C, standart formlar B ve D) yapılan değişikliklere uygun hale getirilmesi ve güncellenmesi amacıyla yetki

⁶¹ http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm Erişim: 09 Nisan 2018. Söz konusu internet sitesinde yer alan bilgiler bu makalenin yazıldığı tarihte güncel olmayıp, site içeriği tümüyle <https://e-justice.europa.eu/home.do> adresinde yer alan Avrupa Elektronik Adalet Portalı'na aktarılmadan önce güncellenmektedir.

⁶² Elektronik Adalet (E-Justice) terimi yargılama hizmetleri sırasında elektronik postanın kullanımı, davaların çevrimiçi açılabilmesi, yargı içtihatları da dahil çevrimiçi bilgiye erişim, duruşmalar sırasında video ve ses sistemlerinin kullanımı, davaların ve yargılama sürecinin çevrimiçi takibi, hakimlerin ve diğer karar mercilerinin bilgiye elektronik erişimi de dahil olmak üzere çok sayıda hususu kapsamaktadır. THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE (FRA): **Handbook on European Law Relating to Access to Justice**, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016, s. 178.

⁶³ Avrupa Birliği tarafından hizmete sunulan ve üye ülkelerin resmi dillerinde erişilebilen söz konusu internet sitesi, bireylere temel hukuki metinler, mahkeme içtihatları, adli yardım ve yargılama prosedürlerine ilişkin bilgilere ulaşma olanağı sağlamaktadır.

devrine dayanan tasarruflar (*delegated acts*) yapma yetkisi verilmiştir. Söz konusu yetki Avrupa Parlamentosu veya Avrupa Konseyi tarafından her zaman kaldırılabilir. Komisyon ilgili formlarda değişiklik yapan bir tasarrufta bulunduğu, bu hususu eş zamanlı olarak Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'ne bildirecektir (m. 27/4). Söz konusu değişiklik bu bildirimden sonraki iki ay içerisinde Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi tarafından değişikliğe itiraz edilmediği veya bu süreden önce Avrupa Komisyonu'na değişikliğe itiraz edilmeyeceğinin bildirilmesinden sonra yürürlüğe girer. İki aylık süre Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin inisiyatifinde olmak kaydıyla iki ay daha uzatılabilir (m. 27/5).

VII. ESCP KAPSAMINDA VERİLEN KARARLARIN DİĞER BİR AB ÜYESİ ÜLKEDE TANIMA VE TENFİZİ

A. Genel Olarak

861/2007 sayılı Tüzük'ün 20/1. maddesi uyarınca bir AB üyesi devlette prosedür kapsamında verilen bir mahkeme veya divan hükmü, hükmün tanınmasına karşı herhangi bir itiraz imkânı olmaksızın ve hükmün icra edilebilir olduğuna ilişkin bir kararın (*declaration of enforceability*) verilmesi gerekmektedir diğer bir AB üyesi devlette tanınır ve icra edilebilir.

861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 20/2. maddesi uyarınca taraflardan birisinin talebi üzerine, mahkeme veya divan 861/2007 sayılı Tüzük Ek 4'de yer alan standart form D'yi kullanarak taraflara ek bir masraf olmaksızın verilen hükme ilişkin bir belge düzenlemekle yükümlüdür⁶⁴. Mahkeme veya divan, talep üzerine ilgili tarafa söz konusu sertifikayı <https://e-justice.europa.eu/> internet adresinde yer alan Çok Dilli Dinamik Standart Formdan (*Multilingual Dynamic Standard Form*) yararlanmak suretiyle AB'nin resmi dillerinden herhangi birisinde düzenlemekle de yükümlüdür. Öte yandan mahkeme veya divan söz konusu sertifikanın serbest metin alanı (*free-text field*) içerisinde yer alan herhangi bir metnin tercümesini sağlamakla yükümlü değildir⁶⁵.

⁶⁴ 861/2007 sayılı Tüzük'e 2015/2421 sayılı Tüzük ile eklenen madde 21a/1 uyarınca her AB üyesi devlet kendi resmi dili haricinde söz konusu sertifikayı Birlik kurumlarının resmi dillerinden hangileri için kabul edeceğini bildirebilir.

⁶⁵ 861/2007 sayılı Tüzük'e 2015/2421 sayılı Tüzük ile eklenen madde 21a/2 uyarınca sertifikada yer alan hükmün özüne ilişkin metnin tercümesi herhangi bir AB üyesi devlette tercüme yapmak için yeterli niteliklere sahip bir kişi tarafından yapılacaktır.

B. İcra Prosedürü

Öncelikle 861/2007 sayılı Tüzük'ün 15/1. maddesi uyarınca prosedür kapsamında verilen bir hüküm, hüküm aleyhine başvurulabilecek herhangi bir kanun yolunun varlığından bağımsız olarak ve teminat verilmesi gerekmeksizin icra edilebilme kabiliyetine sahiptir. Buna göre 861/2007 sayılı Tüzük madde 21 hükümlerine aykırılık teşkil etmemek kaydıyla ESCP kapsamında verilen bir hükmün icrası, hükmün icra edileceği AB üyesi ülke mevzuatına göre yürütülecektir. ESCP kapsamında verilen bir hüküm, icranın gerçekleştirildiği AB üyesi ülkede verilen bir mahkeme kararı ile aynı koşullar altında icra edilecektir.

Prosedür kapsamında verilen bir hükmün icrasını isteyen taraf bazı belgeler sunmakla yükümlüdür. Bu kapsamda ilgili taraf hükmün, gerçekliğini tespit etmeye yeterli koşulları sağlayacak bir kopyasını (m. 21/2(a)) ve 861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 20/2. maddesinde belirtilen sertifikayla (standart form D kullanılarak mahkeme veya divan tarafından prosedür kapsamında verilen hükme ilişkin düzenlenecek belge) gerekli olması halinde hükmün icra edileceği AB üyesi ülkenin resmi dilindeki tercümesini; ilgili AB üyesi ülkede birden fazla resmi dilin mevcut olması halinde ise bu resmi dillerden herhangi birindeki tercümesini veya hükmün icra edileceği AB üyesi ülkenin kabul edeceğini bildirdiği herhangi başka bir dildeki tercümesini (m. 21/2(b)) ibraz etmekle yükümlüdür.

Bir AB üyesi ülkede prosedür kapsamında verilen bir hükmü başka bir AB üyesi ülkede icra etmek isteyen tarafa yetkili bir temsilcisinin olması veya hükmün icra edileceği ülkede bir posta adresinin bulunması şart koşulamaz (m. 21/3). Buna ilaveten, bir AB üyesi ülkede ESCP kapsamında verilen bir hükmün, bir başka AB üyesi ülkede icrası için başvuran tarafa, yabancı bir ülke vatandaşı olduğu veya hükmün icra edileceği AB üyesi ülkede ikametgahının veya mutad meskeninin olmadığı gerekçesiyle, teminat, kefalet, depozito veya başka bir şekilde tasvir edilen bir teminat yatırması şart koşulamaz (m. 21/4).

ESCP kapsamında verilen hükme ilişkin icra talebi, aleyhine talepte bulunulan tarafın başvurusu üzerine, hükmün aşağıda belirtilen hususlar çerçevesinde herhangi bir AB üyesi ülkede veya diğer bir 3. ülkede daha önce tesis edilmiş bir mahkeme kararı ile çatışma halinde olması durumunda hükmün icrasının talep edildiği mahkeme veya divan tarafından reddedilir (m. 22/1):

- a. Önceki tarihli mahkeme kararının aynı taraflar arasında ve aynı dava konusuna ilişkin olması (m. 22/1(a)),

- b. Önceki tarihli mahkeme kararının ESCP kapsamında verilen hükmün icrasının talep edildiği AB üyesi ülkede verilmiş olması veya söz konusu ülkede mahkeme kararının tanınması için gerekli koşulları karşılıyor olması (m. 22/1(b)),
- c. Mahkeme kararları arasında bağdaşmazlık olduğuna ilişkin itirazın ESCP kapsamında yapılan yargılamanın yürütüldüğü mahkeme veya divan önünde ileri sürülememiş olması (m. 22/1(c)).

ESCP kapsamında verilen bir hükmün esas, hiçbir koşul altında hükmün icra edileceği AB üyesi ülkede yeniden değerlendirilemez (m. 22/2). Aleyhine hükmün icrası talep edilen tarafın ESCP kapsamında verilen bir hükme karşı kanun yoluna başvurması, kanun yoluna başvurunun ilgili taraf için halen mümkün olması veya ilgili tarafın hükmün yeniden incelenmesi talebinde bulunmuş olması hallerinde, yetkili mahkeme veya divan veya hükmün icra edileceği AB üyesi ülkedeki yetkili makam, aleyhine hükmün icrası talep edilen tarafın başvurusu üzerine icra talebine ilişkin prosedürün koruyucu tedbirlerle sınırlandırılmasına, icra talebinin belirleyeceği bir teminatın yatırılması şartına bağlanmasına veya istisnai durumlarda icra prosedürünün durdurulmasına karar verebilir (m. 23/1). Söz konusu tedbirlere ilişkin hüküm ESCP kapsamında verilen mahkeme kararının verildiği ülkede icra edilmesi talebiyle yapılan başvuruda da uygulanır (m. 15/2).

861/2007 sayılı Tüzük'e 2015/2421 sayılı Tüzük ile eklenen madde 23a/1 uyarınca ESCP kapsamında yapılan yargılama sırasında sonuçlandırılan veya mahkeme veya divan tarafından onaylanan ve prosedürün yürütüldüğü AB üyesi ülkede icra edilebilir kabiliyette olan sulhe ilişkin sözleşme, diğer bir AB üyesi ülkede de tıpkı ESCP kapsamında verilen bir hüküm gibi tanıma ve icra edilebilme kabiliyetine sahiptir. 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 861/2007 sayılı Tüzük'ün III. kısmında yer alan ve ESCP kapsamında verilen mahkeme kararının diğer bir AB üyesi ülkede tanıma ve tenfizine ilişkin hükümler gerekli uyarlamaların yapılması suretiyle (*mutatis mutandis*) sulh sözleşmelerine de uygulanır (m. 23a/2).

VIII. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

A. Genel Olarak

Türk hukukunda belirli bir dava değerinden düşük olan uyuşmazlıklara ilişkin ayrı bir basitleştirilmiş yargılama usulü öngörülmemiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") 2/1. maddesi uyarınca

dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme kural olarak asliye hukuk mahkemesidir. Bu doğrultuda dava değeri düşük veya yüksek olan alacaklar asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girmekle aynı yazılı yargılama usulüne tabi tutulacaktır⁶⁶. Öte yandan gerek AB birliği kapsamında uygulanacak şekilde ESCP ile, gerekse AB üyesi pek çok ülkede küçük hak taleplerine ilişkin basit, hızlı ve daha az masraflı usuller öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki HMK ile yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (“HUMK”) belirli bir değerden düşük uyuşmazlıklar için dolaylı olarak ayrı bir yargılama usulü öngörmekteydi. Zira HUMK’da görevli mahkemenin tespitinde dava konusunun malvarlığına ilişkin olup olmadığı ve dava konusu malvarlığına ilişkin olan davalarda dava konusunun değer veya tutarına göre bir ayırım yapılmaktaydı. Bu kapsamda HUMK m. 8/I uyarınca “*iflas davalarıyla vakfa ilişkin davalar hariç olmak üzere, mamelek hukukundan doğan değer veya miktarı beş milyar lirayı geçmeyen davalar*” sulh mahkemesinin görev alanına girmektedir⁶⁷. Sulh mahkemesinin görevine giren davalarda ise HUMK m. 507/1 uyarınca basit yargılama usulü uygulanmaktaydı. HMK’nın yürürlüğe girmesi ile HUMK’da asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemeleri arasında öngörülen bu yöndeki ayırım kaldırılmış ve dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olarak belirlenmiştir⁶⁸.

⁶⁶ Belirtmek gerekir ki 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 13. maddesinde dava değeri 50 TL’yi geçmeyen dava ve takiplerin harçtan müstesna olduğu hususu düzenlenmiştir. Ancak ülkemizin mevcut ekonomik koşulları ve Türk Lirasındaki değer kaybı göz önünde bulundurulduğunda, 50 TL’lik üst sınırın oldukça az olduğu ve hükmün uygulanabilirliğinin kalmadığı açıktır.

⁶⁷ Sulh mahkemelerinin görevinin belirlenmesine ilişkin söz konusu parasal sınır, HUMK’a 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun’un 19. maddesi ile eklenen Ek Madde 4 uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığı’nca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılması suretiyle uygulanmaktaydı. Bu kapsamda 2010 yılı için belirlenen parasal sınır 7.230,00 TL, 2011 yılı için HMK’nın yürürlüğe girmesine kadar geçen sürede uygulanan parasal sınır 7.780,00 TL idi. Dolayısıyla örneğin 2011 yılında dava değeri 7.780,00 TL’den az olan malvarlığına ilişkin bir dava sulh mahkemesinin görevine girmekte ve basit yargılama usulüne tabi olmaktadır.

⁶⁸ HMK’nın genel gerekçesinde asliye hukuk mahkemeleri ile sulh hukuk mahkemelerinin görev ayırımında dava konusunun değerinin esas alınması ile yapılan ayırımın kaldırılmasına ilişkin şu ifadeler yer almaktadır: “Bugüne kadar, malvarlığına ilişkin davalarda, sulh hukuk ve asliye hukuk arasında miktara göre yapılan ayırım, birçok soruna yol açmıştır. Bu

HMK ile söz konusu ayırımın kaldırılması doktrinde çeşitli eleştirilere uğramış, dava değerinin düşük miktarda olduğu uyuşmazlıkların da asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına girmesi neticesinde yazılı yargılama usulüne tabi olacaklarını, oysa basit yargılama usulüne ilişkin uyuşmazlıkların daha kısa sürede, daha az masrafla çözülmesinin mümkün olduğu⁶⁹, bu doğrultuda sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri ayırımından ve bu ayırımı temel alan yazılı yargılama usulü ile basit yargılama usulü ayırımının gereklerinden yararlanılarak usul ekonomisi ilkesinin hayata geçirilmesi ve yargılamanın makul sürede bitirilmesi için görev tayininde tekrar dava konusunun değer ve miktarı ölçütünün getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁰. Doktrinde yukarıda belirtilen görev ayırımının tekrar yasalaştırılması önerilerinin yanı sıra ülkemizde belirli bir dava değerinden küçük alacaklar için ayrı bir yargılama usulünün kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Örneğin *Ercan*, HMK m. 200’de düzenlenen senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuraldan hareketle değeri 2500 TL’yi geçmeyen özel hukuktan doğan tüm para alacaklarının tahsilini kapsayacak şekilde benzeri bir düzenlemenin yapılabileceğini ifade etmektedir⁷¹. Benzer şekilde *Özbek*, küçük taleplere ilişkin davalarda yargılamanın meşakkatli olmaması ve basitleştirilmiş yargılama usulünün dava konusu miktarın düşüklüğü sebebiyle yeterli olması temelinde

ayırımı pratik ve ihtiyaçlara da tam olarak cevap verdiği söylenemez. Ayrıca aynı konuda karar vermeye yetkili olan bir mahkemenin, miktarın azlığı ya da çokluğuna göre yapacağı inceleme, harcayacağı zaman ve kullanacağı bilgi özünde değişiklik göstermemektedir. Sadece rakamsal olarak vereceği karar değişmektedir. Böyle bir durumda, salt miktardaki azlığın veya çokluğun görev yönünden bir öneminin olmaması gerekir. Uygulamada miktar ve değere bağlı görev sınırının tespitinde ortaya çıkan sorunlar sebebiyle görevsizlik kararları verilmekte ve davalar salt bu yüzden gereksiz yere uzamaktadır. Esasen hak arayan kişi bakımından bu sınırın hiçbir önemi de yoktur, onun için önemli olan hakkının yerine gelmesidir. Bu sınıra ilişkin periyodik değişiklikler de diğer bir sorun olup, zaman zaman karışıklığa yol açabilmektedir. Bu sebeple, malvarlığına ilişkin davalarda sulh hukuk asliye hukuk arasındaki ayırımı kaldırılması, kanunlarda belirtilen istisnalar dışında malvarlığına ilişkin davalarda asıl görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi hâline getirilmesinin uygun olacağı düşünülmüştür.”

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>
Erişim: 24 Ocak 2018.

⁶⁹ Hülya Taş KORKMAZ, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Özel Sayı, 2013, 1753-1818, s. 1761 vd.

⁷⁰ Süha TANRIVER, “Sulh Hukuk – Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB*, 2013/105, 35-50, s. 47.

⁷¹ İbrahim ERCAN, “Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler Çerçevesinde Küçük Alacakların Tahsili Konusunda Öneriler”, *SÜHFD*, C. 20, S. 1, 2012, 231-241, s. 235.

bu tür küçük talepler için ayrı bir kısaltılmış yargılama usulünün tesis edilebileceğini, bu tür usullerin varlığının hem mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına, hem de basit bir yargılama usulü kullanılmak suretiyle makul bir sürede az bir masrafla veya tamamen masrafsız bir mahkeme kararı elde etmeye katkı sağlayacağını belirtmektedir⁷².

Bu kapsamda *Özbek*'e göre dava konusu belirli bir değerden düşük olan uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen basitleştirilmiş yargılama usullerinin başlıca özellikleri bu usullerde azami parasal sınır öngörülmesi, tarafların yargılama usulünde kullanacakları dava malzemesinin belirli olması, gerekli hallerde davanın daha kapsamlı yargılama usullerine tevdi edilebilme imkanı, belgelerde sadelik, açıklanacak dava malzemesine ilişkin sınırlamalar öngörülmesi, davanın açılmasından sonra duruşmanın makul bir süre içerisinde yapılması, davanın makul ve belirli bir sürede karara bağlanması ve temyiz hakkı ile yargılama giderlerinin sınırlandırılmasıdır. Yazar öte yandan küçük miktarlı taleplerden kaynaklanan davalarda tarafların öncelikle arabuluculuk kurumuna yönlendirilmesi gerektiğini, bu kapsamda belirli bir sınırın altında kalan taleplere ilişkin davalarda ön inceleme aşamasında arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu kılınması gerektiğini de savunmaktadır⁷³. Yukarıda ifade edildiği üzere ülkemizde de belirli bir dava değerinin altındaki küçük taleplere ilişkin yargılamalarda ayrı ve basit bir usulün tesis edilmesine yönelik gerek HMK ve HUMK kapsamında görev ayrımına ilişkin tartışmalar, gerekse ayrı bir sistem önerileri mevcut olmakla birlikte, makale kapsamı nedeniyle bu yöndeki tartışma ve önerilere detaylı olarak değinilmeyecektir.

Son olarak Türk hukukunda yakın zamanda yapılan olumlu bir değişikliğe de değinmek gerekir. 15 Mart 2018 tarihli ve 30361 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 61. maddesi ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 4/2. maddesi değiştirilerek ticari davalarda deliller ile delillerin sunulmasının HMK hükümlerine tabi olduğu ve miktar veya değeri yüz bin Türk lirasını geçmeyen ticari davalarda basit yargılama usulünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Ticari davaların nelerden ibaret olduğu TTK'nın 4/1. maddesinde düzenlenmiştir. Kural olarak yazılı yargılama

⁷² Mustafa Serdar ÖZBEK, "Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler", *AÜHF*, C. 55, S. 1, 2006, 207-292, s. 270.

⁷³ Mustafa Serdar ÖZBEK, "Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler", *T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu*, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Ankara, 2013, 489-514, s. 501.

usulüne tabi asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına giren ticari davalardan kanunla getirilen parasal sınırların altında kalanların çözümünde basit yargılama usulünün uygulanacağına öngörülmesi önemli bir adım olarak değerlendirilebilir. Ancak bu kuralın yalnızca ticari davalar açısından uygulanacak olması, Türk hukukunda belirli parasal sınırların altındaki küçük taleplere ilişkin yargılamalarda ayrı ve basit bir usulün tesis edilmesine yönelik ihtiyacı tümenden ortadan kaldırmayacaktır.

B. ESCP ile Tüketici Hakem Heyetine İlişkin Düzenlemelerin Karşılaştırılması

08 Mart 1995 tarihli ve 22221 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 23/1. maddesi ile kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla tüketici mahkemeleri kurulmuş, 22/1. maddesi ile de tüketici sorunları hakem heyeti kurularak belirli parasal sınırların altında kalan uyuşmazlıkların çözümünde tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunlu kılınmıştı. 28 Kasım 2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (“TKHK”) ile 4077 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, tüketici sorunları hakem heyetinin temel yapısı korunmuş ancak ismi tüketici hakem heyeti olarak değiştirilmiştir. TKHK’nın 66/1. maddesi uyarınca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda çözüm bulmak amacıyla il ve ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevlidir.

TKHK’nın 1. maddesinde de ifade edildiği üzere TKHK’nın başlıca amaçları kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını korumak, zararlarını tazmin etmek, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlamak, tüketici aydınlatmak ve bilinçlendirmektir. Tüketici hakem heyetleri de bu yönde tüketicilerin adalete erişimlerini kolaylaştırmak amacıyla belirli bir parasal sınırın altında kalan ve tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğacak uyuşmazlıkların hızlı, basit ve ucuz bir şekilde çözümünü sağlamak amacıyla kurulmuştur⁷⁴. Bu noktada tüketici

⁷⁴ Mustafa Serdar Özbek, “Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İllamsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlihi”, *MİHDER*, C. 11, S. 31, 2015/2, 39-68, s. 59. Anayasa Mahkemesi de 1 Temmuz 2008 tarih ve 26923 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2006/78 E., 2008/84 K. ve 20.03.2008 tarihli kararında 4077 sayılı Kanun’un 22/5. maddesi ile kurulması öngörülen tüketici sorunları hakem heyetlerinin kendisinin Anayasa’ya uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi,

hakem heyetleri ile ESCP ulaşılmak istenen temel amaç bakımından benzer niteliktedir. Her iki kurum da bireylerin adalete erişimlerini kolaylaştırma ve küçük miktarda taleplere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde orantısız masrafların, gecikmelerin ve diğer güçlüklerin aşılmasını hedeflemektedir. Ancak ESCP, AB'nin yapısı ve iç pazarın gereksinimleri nedeniyle sınır ötesi (*cross-border*) uyuşmazlıkların çözülmesine odaklandığından, bu niteliği ile tüketici hakem heyetinden ayrılmaktadır. Öte yandan tüketici hakem heyetleri yalnızca belirli bir parasal sınırın altındaki tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda görevliken, ESCP'ye ilgili uluslararası düzenlemelerde açıkça kapsam dışı bırakılan hususlar hariç 5.000 €'ya kadar olan sınır-ötesi özel hukuk ve ticaret hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklarda başvurulması mümkündür.

TKHK'nın 68/1. maddesi uyarınca bu maddede belirtilen parasal sınırların altında kalan uyuşmazlıklarda bulunulan yere göre il veya ilçe tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Tüketici hakem heyetleri de kendilerine yapılan başvuruları gereğini yapmak üzere kabul etmek zorundadır (m. 68/2). Belirlenen parasal değerler üzerindeki uyuşmazlıklar için ise tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamayacağı düzenlenmiştir. TKHK'nın 68/4. maddesi uyarınca 68/1. madde de belirtilen parasal sınırlar her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere yeniden değerlendirilerek uygulanacaktır. Buna göre 31 Aralık 2017 tarihli ve 30287 sayılı Resmî Gazete'de yer alan tebliğ uyarınca 2018 yılı için tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurularda değeri 4.570 TL altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetleri, büyükşehir statüsünde olan illerde 4.570 TL ile 6.860 TL arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetleri, büyükşehir statüsünde olmayan il merkezlerinde 6.860 TL altındaki uyuşmazlıklarda, bu illere bağlı ilçelerde ise 4.570 TL ile 6.860 TL arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetleri görevlidir. Buna göre belirtilen parasal değerlerin

belirli parasal değerlerin altında kalan tüketici işlemleri ile ilgili uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunlu kılınca da bu kararlara tüketici mahkemeleri nezdinde itiraz edilebilme olanağının getirildiğini, kanun koyucunun tüketici sorunları hakem heyetleri kararlarının yerine getirilebilmesi için etkili bir takip yolu olan ilamlı icra yolunu kabul ettiğini, Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu, bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesinin zorlaşması nedeniyle uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesinin yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebileceğini belirterek tüketici sorunları hakem heyetine yapılacak başvurunun zorunlu tutulmasının Anayasa'ya aykırı olmadığını ve hak arama özgürlüğünü kısıtlamadığını belirtmiştir.

altında kalan uyuşmazlıkların çözümünde il veya ilçe tüketici hakem heyetleri görevliyken, üstünde kalan uyuşmazlıkların çözümünde tüketici mahkemeleri görevlidir. Öte yandan TKHK’da tüketicilerin ilgili mevzuata göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurma hakkı saklı tutulmuştur (m. 68/5).

TKHK’da başvuruların tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabileceği (m. 68/3), tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kurum veya kuruluşlardan isteyebilecekleri (m. 69/1), tüketici hakem heyeti tarafından verilen kararların tarafları bağlayacağı (m. 70/1) ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun (“İİK”) ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümleri uyarınca icra edilebileceği (m. 70/2) açıkça düzenlenmiştir. Buna ilaveten tarafların tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı on beş gün içerisinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebileceği, itirazın tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmayacağı (m. 70/3) ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olacağı (m. 70/5) düzenlenmek suretiyle belirli parasal değerinden altında kalan tüketici işlemlerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde kesin olarak çözümlenmesi ve icra edilebilmesi amaçlanmıştır.

27 Kasım 2014 tarihli ve 29188 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği’nin (“THHYön”) mülga 11/1. maddesinde başvurunun uyuşmazlık konusunu içeren dilekçenin veya ilgili THHYön Ek-1’de yer alan başvuru formunun doldurularak tüketici hakem heyetine verilmesiyle yapılacağı belirtilmiş, elektronik ortamda yapılan başvuruların ise güvenli elektronik imza veya mobil imza ile imzalanmış olması şartı aranmıştı (m. 11/4). 11 Ağustos 2017 tarihli ve 30151 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile tüketici hakem heyetine yapılan başvuruların şahsen veya avukat aracılığıyla; elden, posta yoluyla veya elektronik ortamda e-Devlet kapısı üzerinden Tüketici Bilgi Sistemi (TÜBİS) ile yapılacağı düzenlenmiştir. Böylece tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurularda elektronik, mobil veya ıslak imza zorunluluğu olmadan e-Devlet aracılığı ile Tüketicisikayeti.gtb.gov.tr aracılığı ile daha kolay ve hızlı yapılabilmesinin önü açılmıştır.

Öte yandan tıpkı ESCP’de olduğu gibi tüketici hakem heyetlerince uyuşmazlığın hızlı ve en az masraflı şekilde çözülebilmesi için belirli süre sınırları ve usul kuralları öngörülmüştür. Bu doğrultuda taraflardan, ilgili kişi, kurum ve kuruluşlardan istenilen belgelerin 30 gün içerisinde sunulması (THHYön m. 12/3), toplantıya ilişkin düzenlemeler (THHYön m. 13-17), in-

celemenin kural olarak dosya üzerinden yapılması (THHYön m. 18), yalnızca çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektirecek hallerde başvurulabilecek bilirkişi raporunun on beş iş günü içerisinde hazırlanması (THHYön m. 19-21), başvuruların en geç altı ay içerisinde karara bağlanması ve bu sürenin işin niteliğine göre en fazla altı ay daha uzatılabilmesi (THHYön m. 23/1), tüketici hakem heyeti kararının en geç on iş günü içerisinde taraflara tebliğ edilmesi (THHYön m. 25/1) ve tarafların tüketici hakem heyeti kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde tüketici mahkemesi nezdinde itiraz etme hakkının bulunması (TKHK m. 70/3) bu düzenlemelerden bazılarıdır. Bunun yanı sıra tüketici hakem heyetleri nezdinde uyuşmazlıkların özellikle tüketiciler için en az masrafla çözülmesine yönelik düzenlemeler de mevcuttur. Bu kapsamda tüketici hakem heyetleri için de uygulama imkânı bulan TKHK'nın tüketici mahkemeleri nezdinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davaların 02.07.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaf tutulmasına ilişkin 73/2. maddesi, tüketici hakem heyeti tarafından tüketici aleyhine verilen kararlarda tebligat ve bilirkişi ücretlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na karşılanmasına ilişkin 70/7. maddesi bu düzenlemelere örnek gösterilebilir.

Ancak doktrinde TKHK'nın 72. maddesinde yer alan tüketici hakem heyetlerinin çalışma usul ve esaslarının yönetmelikle belirleneceğine ilişkin düzenlemenin başlı başına Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir⁷⁵. Bu kapsamda *Ermenek*, tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünde yönetmelik ile getirilen usul kurallarının yetersiz kalacağını, hak arama özgürlüğünü zedeleyeceğini, bu hükümlerin tüketicilere diğer kanunlarla verilen hak ve yetkileri ortadan kaldırdığını veya sınırladığını ifade etmektedir⁷⁶. Nitekim tüketici mahkemelerinde TKHK'nın 73/4. maddesi uyarınca HMK'da düzenlenen basit yargılama usulüne ilişkin kurallar uygulanmaktayken, aynı uyuşmazlığın belirli bir parasal değer altında kalması nedeniyle tüketici hakem heyetlerinin görev alanına girmesi durumunda yönetmelikle düzenlenen usul kuralları uygulanmaktadır.

Sonuç olarak tüketici hakem heyeti tarafından çözümlenecek uyuşmazlıklarda kullanılan usul yöntemlerinin, ESCP kapsamındaki düzenlemeler ile belirli parasal değerlerin altında kalan uyuşmazlıkların hızlı, kolay ve en az

⁷⁵ İbrahim Ermenek, "Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri", *GÜHFD*, C. 17, S. 1-2, 2013, 563-630, s. 600.

⁷⁶ Ermenek, (2013), s. 597-600.

masrafla çözüme kavuşturulması ve dolayısıyla adalete erişimi kolaylaştırması açısından benzerlik taşıdığı söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki ESCP başlı başına bir yargılama usulüken, tüketici hakem heyeti ESCP ile benzer usul yöntemleri kullanarak tüketici işlemlerine ilişkin belirli bir parasal değerin altında kalan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan bir organ niteliğindedir.

SONUÇ

AB içerisinde özellikle Amsterdam Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra ivme kazanan medenî usul hukukuna ilişkin kuralların yeknesaklaştırılması çabalarının bir sonucu olan ve AB iç pazarının iyi işleminin sağlanması amacıyla sınır ötesi sonuçlar doğuran uyuşmazlıklara ilişkin Avrupa Ödeme Emri'nden sonra tesis edilen ikinci bağımsız Avrupa Usulü olan ESCP, uygulanmaya başladığı 1 Ocak 2009 tarihinden bu yana kapsamında yer alan basit hak taleplerine ilişkin yargılamaların hem sürelerinin hem de masraflarının önemli ölçüde azaltılmasına katkı sağlamıştır. Kural olarak yazılı bir yargılama usulü olan ESCP'de yargılama işlemleri standart formların doldurulması yoluyla yürütülmektedir. ESCP'yi tesis eden ve değiştiren tüzükler ile prosedürün işleyişine ilişkin temel usul kuralları öngörülmeyle birlikte, yargılama sürecinde ilgili AB üyesi devletin usul hukuku kuralları da geçerli olmaktadır.

2015/2421 sayılı Tüzük ile prosedürün uygulanmasında görülen aksaklıkların bir kısmının düzeltilmesi yoluna gidilmiş, prosedür kapsamında belirlenen üst sınır özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin de prosedürden yararlanmalarının sağlanması amacıyla 2.000 €'dan 5.000 €'ya çıkartılmış, hem masrafların azaltılması hem de yargılamanın hızlandırılması amacıyla teknolojik gelişmelerden gerek standart formların tebliğinde gerekse duruşma sırasında yararlanılması hususu vurgulanmış, yargılama harçları konusunda da orantılılık prensibi açıkça düzenlenmiştir.

861/2007 sayılı Tüzük'ün 2015/2421 sayılı Tüzük ile değişik 28. maddesi ESCP'nin işleyiş ve kapsamının değerlendirilmesi amacıyla yönelik hükümler içermektedir. Bu doğrultuda Avrupa Komisyonu, 15 Temmuz 2022'ye kadar aşağıdaki hususlarda yapılacak bir değerlendirmeyi de içerecek şekilde ESCP mevzuatına ve ESCP'nin işleyişine ilişkin bir rapor hazırlayarak Avrupa Parlamentosuna, Avrupa Konseyi'ne ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komite'ye sunacaktır. Sunulacak raporda 2015/2421 sayılı Tüzük ile 2.000 €'dan 5.000 € çıkartılan ESCP kapsamında açılacak davalar için belirlenen üst limitin sınır ötesi uyuşmazlıklarda vatandaşlar ile küçük ve orta öl-

çekli işletmeler için adalete erişimi kolaylaştırma amacı güden prosedürün hedefine ulaşabilmesi için daha da arttırılmasının gerekli olup olmayacağı ve ESCP kapsamının özellikle işçi ücretlerine ilişkin talepler olmak üzere genişletilmesinin, böyle bir genişletmenin tam etkisinin değerlendirilmesinden sonra işverenle iş hukukundan kaynaklanan sınır ötesi uyuşmazlık içinde bulunan işçilerin adalete erişiminin kolaylaştırılması için uygun olup olmayacağı hususları özellikle değerlendirilecektir.

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanacak rapor uygun olması halinde mevzuat değişikliğine ilişkin teklifte içerecektir. Bu amaçla AB üyesi ülkeler 15 Temmuz 2021 tarihine kadar ESCP kapsamında yapılan başvurular ile ESCP kapsamında verilen mahkeme kararlarının icrasına yönelik taleplere ilişkin sayısal verileri Avrupa Komisyonu'na ulaştıracaktır. Avrupa Komisyonu ayrıca 15 Temmuz 2019 tarihine kadar Avrupa Parlamentosu'na, Avrupa Konseyi'ne ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komite'ye prosedürün AB üyesi ülkelerde hangi ölçüde bilindiğine ilişkin, bilinirliğin nasıl arttırılabileceğine ilişkin önerilerle birlikte bir rapor sunacaktır. Söz konusu çalışma ve raporlar akabinde 2022'den sonra prosedür kapsamında gerekli değişiklikler yapılarak ESCP'nin daha iyi işlemesi AB kanun koyucusu tarafından sağlanacaktır.

Her ne kadar hem AB üyesi pek çok ülkenin iç hukukunda, hem de AB genelinde usul hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla belirli bir parasal değer altında kalan özel hukuk ve ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, basit ve en az masrafla çözümünü sağlayacak özel usul kuralları düzenlenmişse de, HMK kapsamında böyle bir düzenleme öngörülmemiş, dava konusunun değer ve miktarından bağımsız olarak malvarlığına ilişkin davalar ile şahıs varlığına ilişkin davaların asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girdiği düzenlenmiştir. Bu nedenle dava değeri düşük veya yüksek alacakların tamamı yazılı yargılama usulüne tabi olmaktadır. Tüketici hakem heyetlerine ilişkin mevcut düzenlemeler ile belirli bir parasal sınırın altında kalan ve tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğacak uyuşmazlıkların çözümünde benzer bir yaklaşım ile özel usuli düzenlemeler öngörülmemişse de, gerek tüketici hakem heyetlerinin niteliği, gerek görev kapsamının darlığı, gerekse de tüketici hakem heyetlerinde uygulanacağı düzenlenen bu usul kurallarının tüketici işlemleri hariç diğer küçük miktarda hak talepleri için açılacak davalarda uygulama alanı bulamayacak olması nedeniyle, Türk hukukunda halihazırda AB genelinde ve diğer AB üyesi ülkelerde olduğu gibi küçük hak taleplerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için gereken ihtiyaçları karşılayacak bir usulün mevcut olmadığı açıktır.

Bu kapsamda Türk hukuku açısından belirli bir parasal değer altında kalan uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları teşvik edilerek bu uyuşmazlıkların yargı mercileri önüne hiç gelmeden taraflar arasında karşılıklı anlaşma ile çözüme kavuşturulması teşvik edilmelidir. Öte yandan dünya genelindeki medenî hukuk yargılaması alanında meydana gelen gelişmeler ve yapılan reformlar dikkatle izlenerek, pek çok AB üyesi ülkenin iç hukukunda ve AB genelinde uzun yıllardır uygulanan ve belirli bir parasal değer altında kalan uyuşmazlıkların hızlı, basit ve masrafsız çözüme kavuşturulması noktasında önemli bir ihtiyacı gideren özel bir yargılama usulünün düzenlenmesi gerekliliği açıktır. TTK'da yakın zamanda yapılan değişiklik ile miktar veya değeri yüz bin Türk lirasını geçmeyen ticari davalarda HMK'da düzenlenen basit yargılama usulünün uygulanacağına ilişkin kural son derece olumlu bir adım olsa da, belirtilen ihtiyacı bütünüyle ortadan kaldırmayacaktır.

Türkiye resmi olarak AB'ye aday ülke statüsünde olduğundan iç hukukumuzun AB mevzuatı ile uyumlaştırılması amacıyla pek çok konuda yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Çalışmamızın da konusunu oluşturan belirli parasal sınırların altında kalan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin özel bir yargılama usulünün düzenlenmesi AB'ye adaylık sürecinde iç hukukumuzun AB mevzuatı ile uyumlaştırılması kapsamında bir zorunluluktur. Öte yandan AB'ye adaylık sürecinde ülkemiz ile AB üyesi ülkeler arasında kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin dolaşımında meydana gelen artış karşısında, ESCP'nin ülkemizde de uygulanabilmesini sağlamak amacıyla gerekli iş birliğinin yapılması ve uyumlaştırma çalışmalarının gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda basit hak taleplerine ilişkin uyuşmazlıkların hızlı, basit ve en az masrafla çözümünün sağlanmasına yönelik çalışmalar adalete erişimi kolaylaştıracağı gibi, ekonomik olarak da ülkemize pozitif bir katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- AB BAKANLIĞI: **AB’ye Genel Bakış**, Ankara.
(https://www.ab.gov.tr/files/rehber/02_rehber.pdf Erişim: 08 Nisan 2018).
- AB BAKANLIĞI: **AB Mevzuatı Çeviri Rehberi ve Ekler Kitapçığı**, Ankara, 2017.
(http://www.yok.gov.tr/documents/10279/30380731/ab_mevzuati_ceviri_rehberi.pdf/ Erişim: 08 Nisan 2018).
- AB GENEL SEKRETERLİĞİ: **AB Antlaşması ve AB’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma**, Ankara, 2011.
(<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> Erişim: 08 Nisan 2018).
- AB GENEL SEKRETERLİĞİ: **Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü (İngilizce – Türkçe)**, 1. Baskı, Ankara, 2009.
(https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf Erişim: 08 Nisan 2018).
- ÇALIŞKAN, Yusuf/ÇALIŞKAN, Zeynep, “The Free Movement of Judgments within the European Union”, **ABD**, Yıl: 68, S. 2010/3, 13-22.
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: “Karşı Tarafa Tahmil Olunan Avukatlık Ücretinin Hukuki Niteliği”, **DEÜHFD**, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan Özel S. 2014, (Basım Yılı: 2015), 1093-1139.
- DAMAR, Duygu: “European and Turkish Private International Law – Background and Methodology”, **KHÜHFD**, C. 3, S. 1, Haziran 2015, 93-104.
- ERCAN, İbrahim: “Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler Çerçevesinde Küçük Alacakların Tahsili Konusunda Öneriler”, **SÜHFD**, C. 20, S. 1, 2012, 231-241.
- ERMENEK, İbrahim: “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, **GÜHFD**, C. 17, S. 1-2, 2013, 563-630.
- GUMULIAUSKIENĖ, Laura: **European Payment Order and European Small Claims Procedures: How Can Consumers Use Them?**, Lithuanian Consumer Institute, 2012.

GÜRALP, Ayşe Gülin: **Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması**, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010.

GÜRALP, Ayşe Gülin: “Medenî Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi’ndeki Çalışmalar”, **DEÜHFD**, C. 11, Özel S. 2009, 261-307.

İKTİSADİ KALKINMA VAKFI: **Amsterdam Antlaşması “Bütünleştirilmiş Haliyle Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmaları”**, İstanbul, Haziran 2000.

KARAASLAN, Varol: “Avrupa İlamsız İcra Tüzüğü”, **İKÜHFD**, 9 (1), 2010, 101-118.

KORKMAZ, Hülya Taş: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Özel Sayı, 2013, 1753-1818.

KRAMER, Xandra: “A Major Step in the Harmonization of Procedural Law in Europe: The European Small Claims Procedure, Accomplishments, New Features and Some Fundamental Questions of European Harmonization”, (ed. Jongbloed, A.W.) **The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reporters**, 2008, 253-283. (KRAMER, **Harmonization of Procedural Law**).

KRAMER, Xandra: “The European Small Claims Procedure: Striking the Balance Between Simplicity and Fairness in the European Litigation”, **Zeitschrift für Europaiches Privatrecht**, No. 2, 2008, s. 355-373. (KRAMER, **Striking the Balance**).

MAŃKO, Rafal: **Europeanisation of Civil Procedure**, European Parliamentary Research Service, June 2015.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler”, **AÜHFD**, C. 55, S. 1, 2006, 207-292.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlamsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlili”, **MİHDER**, C. 11, S. 31, 2015/2, 39-68.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Türk Yargı Sisteminde Çok Seçenekli Adliyeler”, **T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu**, 2-3 Nisan 2012, Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 32, Ankara, 2013, 489-514.

TANRIVER, Süha: “Sulh Hukuk – Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler”, **TBB**, 2013/105, 35-50.

THE EUROPEAN COMMISSION: **Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic And Social Committee on the Application of Regulation (EC) No. 861/2007 of the European Parliament and of the Council Establishing a European Small Claims Procedure**, Brussels, 19 Kasım 2013.

(http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_795_en.pdf Erişim: 18 Ocak 2018.)

THE EUROPEAN COMMISSION: **A Guide for Users to the European Small Claims Procedure**, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014.

THE EUROPEAN COMMISSION: **Practice Guide for the application of the European Small Claims Procedure**, Belgium, 2013.

THE EUROPEAN COMMISSION: **The New Fast-Track Court for Smaller Purchases. Justice and Consumers**, July 2017, Vera Jourova.

THE EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE (FRA): **Handbook on European Law Relating to Access to Justice**, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016, s. 178.

THE EUROPEAN UNION: **How the European Union Works**, Publications Office of the European Union, Germany, 2012, s. 3.

(http://eeas.europa.eu/archives/delegations/singapore/documents/more_info/eu_publications/how_the_european_union_works_en.pdf Erişim: 12 Ocak 2018).

UZUN, Tuba Birinci: “Avrupa Birliği’ne Üye Devletler Arasında Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı”, **TAAD**, C. 5, S. 19, 2014, s. 997-1037.

VELİCOGNA, Marco: “Justice Systems and ICT What can be learned from Europe?”, **Utrecht Law Review**, Vol. 3, Issue 1, June 2007, 129-147.

YATAĞAN, Çiğdem: **2011/7/EU Sayılı Topluluk Yönergesi ve 6102 Sayılı TTK'nın 1530. Maddesi Çerçevesinde Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemelerin Sonuçları**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.

WALKER, Wolf-Dietrich: "Avrupa İlamsız İcra Takibi", (çev. Cenk AKİL). **ABD**, 2011/1, 115-127.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.citizensinformation.ie/en/>

https://ec.europa.eu/commission/index_en

<http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary.html>

<https://www.jurix.com.tr/>

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/>

<http://tdk.gov.tr/>

TuketiciSikayeti.gtb.gov.tr

TEMEL MEVZUAT

11 Temmuz 2017 tarihli ve 861/2007 sayılı Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürünü Tesis Eden Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü (*Regulation (EC) No. 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure*)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0861&from=en> Erişim: 08 Nisan 2018.

16 Aralık 2015 tarihli ve 2015/2421 sayılı 861/2007 sayılı Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürünü Tesis Eden Tüzük ile 1896/2006 sayılı Ödeme Usulüne İlişkin Avrupa Emrine Dair Tüzüğü değiştiren Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü (*Regulation (EU) 2015/2421 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Regulation (EC) No. 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No. 1896/2006 creating a European order for payment Procedure*)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2421&from=EN> Erişim: 08 Nisan 2018.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
bkz.	: bakınız
c.	: cilt
çev.	: çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EC	: The European Commission
ESCP	: European Small Claims Procedure
EU	: The European Union
FRA	: The European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KHÜHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: madde
MİHDER	: Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
prg.	: paragraf
s.	: sayfa
S.	: sayı
SME	: Small and Medium Sized Enterprises
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
THHYön	: Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TL	: Türk Lirası

MADEN HAKKINI DEVİR SÖZLEŞMESİ İLE RÖDÖVANS SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ AYIRIM

Kemal ERDOĞAN*

ÖZ

Tarım ve madencilik, ekonominin iki temel ham madde üreten sektörleri kapsamındadır. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan madenlerin işletilebilmesi için, maden ruhsatına sahip olmak gerekir. Kanun ve/veya maden ruhsatından madenci lehine doğan hak ve yükümlülükler topluluğu maden hakkı olarak isimlendirilmektedir. Maden hakkına sahip olan kişi, maden sahasını bizzat işletebileceği gibi; sahip olduğu hakkın kullanımını rödövans sözleşmesiyle bir üçüncü kişiye de bırakabilir. Diğer taraftan, madencinin hakkını, maden hakkını devir sözleşmesiyle bir üçüncü kişiye devredebilmesi de mümkündür. Ancak, birbirinden farklı olan bu iki sözleşme teori ve uygulamada karıştırılmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda söz konusu iki sözleşmenin arasındaki sınırın tespiti amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Rödövans Sözleşmesi, Maden Hakkını Devir Sözleşmesi, Maden Hakkı, Maden Ruhsatı, Madencilik Sektörü.

THE DISTINCTION BETWEEN TRANSFER CONTRACT OF MINING RIGHTS AND ROYALTY CONTRACT

ABSTRACT

Agriculture and mining are two basic sectors of the economy that are producing raw materials. It is necessary to have a mining license in order to work out ores which are fully owned by the state. The community of rights and obligations arising from the law and / or the mining license in miner's favour are called mineral rights. The person who has the mineral rights may work out ores personally or can also leave the use of the mineral rights to a third party with a royalty contract. On the other hand, it is possible that the mineral rights can be transferred to a third party by mineral rights transfer contract. However, these two different contracts are intermingled in theory and practice. For this reason, it is aimed to determine the boundary between these two contracts in this study.

Keywords: Royalty Contract, Mineral Rights Transfer Contract, Mineral Rights, Mining License, Mining Sector.

* **Arş. Gör.,** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi **E-Posta:** kemalerdogan007@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 05/10/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10/09/2018

I. GİRİŞ

Maden hakkını devir sözleşmesi ile rödövens sözleşmesi, birbirinden farklı iki sözleşmedir¹. Ancak, maden ruhsatının devri amacıyla uygulamada rödövens sözleşmesinin de kullanıldığını görmek mümkündür². Bu durum, birbirinden farklı olan iki sözleşme arasındaki ayırımı zedelemektedir. Hâl böyle olunca, öğreti ve yargı kararlarında maden hakkının devri amacıyla yapılan rödövens sözleşmelerinin hukukî nitelemesi konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu gibi durumlarda, rödövens sözleşmesinin maden hakkını devir sözleşmesi için aranan geçerlilik şekline uygun olarak yapılması hâlinde, maden siciline yapılacak tescil için hukukî sebep olabileceği genel olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık, maden hakkını devir sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılmayan veya içerisinde ruhsatın rödövensçiyaya (rödövens verene) devredilebileceği yönünde hüküm bulunmayan rödövens sözleşmelerinin maden hakkının maden siciline tescili için hukukî sebep teşkil etmesi mümkün değildir³.

¹ 20.HD. 30.3.2016, E.2016/1885 K.2016/3689, “...*Dava, maden ruhsatı devir sözleşmesinden doğan alacak istemine ilişkindir. ... Dosya kapsamından, taraflar arasındaki uyumsuzluğun madenin işletmesinin devri niteliğindeki sözleşmeye aykırılık gereğince alacak-tazminat talebine dair olduğu, taraflar arasında kira ilişkisi ve kira ilişkisinden (yani rödövens sözleşmesinden) kaynaklanan alacak ve tazminat talebinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, tarafların (şirket) tacir olduğu ve uyumsuzluğun da her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu anlaşıldığından, ticari dava niteliğinde olan uyumsuzluğun asliye ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. ...*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.09.2017). Bu Yargıtay kararında, uyumsuzluğun rödövens sözleşmesinden kaynaklanması hâlinde görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olacağı; buna karşılık, olayda maden hakkını devir sözleşmesinin bulunması nedeniyle, kural olarak asliye hukuk mahkemesinin (ticarî dava söz konusu olduğu için asliye ticaret mahkemesinin) görevli olduğuna dikkat çekilmiştir. Diğer bir deyişle, söz konusu karar, maden hakkını devir sözleşmesi ile rödövens sözleşmesinin farkına işaret etmektedir.

² Gerçekten, bazı Yargıtay kararlarında (11.HD. 21.2.2000, E.2000/154 K.2000/1269, (Mustafa **Topaloğlu**, Maden Hukuku (5995 Sayılı Kanunla Değişik Maden Kanunu ve İlgili Mevzuat), Adana 2011, s. 38)) da, rödövens sözleşmesi maden ruhsatının devrine hukukî sebep olarak kabul edilerek maden ruhsatının tesciline karar verildiği görülmektedir. Yine, Yargıtay’ın rödövens sözleşmesinin feshinin veya geçersizliğinin doğrudan ruhsatın devrine etki ettiği yönünde kararları da görülmektedir. Bkz., 11.HD. 6.4.2000, E.1999/9412 K.2000/2692, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 11.HD. 13.3.2003, E.2002/10404 K.2003/2249, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016). Aynı yönde bkz., Halit Erol **Çanga** / Bora **Çanga**, Maden Kanunu (Danıştay Kararları ile Açıklamalı), İstanbul 1996, s. 195; Müge **Erekmekci** / Gizem **Süleymanoğlu**, Rödövens Sözleşmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 1, 2016, s. 135. Maden sicilinde de tapu sicilindeki sebebe bağlılık (illiyet) prensibinin aranacağı yönünde bkz., Erdoğan **Göğer**, Maden Hukuku, Ankara 1979, s. 128; Demet **Özdamar**, Maden Hakkı ve Maden İrtifakı, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan, İzmir 2001, s. 126.

³ Bu konuda bkz., **Erekmekci** / **Süleymanoğlu**, s. 135.

Uygulamada maden hakkının (maden ruhsatının) devri amacıyla yapılan sözleşmelerin rödövans sözleşmesi olarak isimlendirilmesi teorik olarak yerinde deęildir⁴. Bu tür sözleşmeler teorik açıdan maden hakkını devir sözleşmesi olarak isimlendirilmelidir. Zira rödövans sözleşmeleri ile maden hakkını devir sözleşmeleri arasında Şekil, taraflar, uygulanacak hükümler bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Bu amaçla, çalışmamızın konusu öğreti ve uygulamada kavram kargaşasına neden olan iki farklı sözleşme arasındaki sınırın tespit edilmesidir. Ancak, her iki sözleşmenin de daha iyi anlaşılabilmesi için, öncelikle maden ve maden hakkı kavramına değinilecek; daha sonra her iki sözleşme farklı açılardan karşılaştırılarak açıklanmaya çalışılacaktır.

II. MADEN VE MADEN HAKKI KAVRAMI

A. MADEN KAVRAMI

Maden⁵ kavramı hakkında üzerinde herkesin uzlaştığı bir tanım yapmak kolay değildir. Bu durumun en önemli sebeplerinden birisi, fen bilimleri

⁴ Bu konuya, **Kocaman / Kayar / Kocaman** tarafından sunulan bildiriye yer alan Şu ifadeler açıklık getirmektedir: “*Sonraki aşamada rödovans sözleşmesinin içeriği incelenir. Burada en önemli husus devir sözleşmelerinin, r dovansla devir sözleşmelerinin ya da devir Şartlı rödovans sözleşmelerinin MİGEM tarafından maden sicil kayıtlarına Şerh edilmediğidir. Şöyle ki; ruhsat devir işlemi Maden Kanunu’nda ve Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği’nde özel olarak düzenlenmiş idari bir işlem olup herhangi bir bedel veya devir ya da satış sözleşmesinden bağımsız olarak MİGEM tarafından gerçekleştirilmektedir. Maden Kanunu’nun 5 inci ve Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği’nin 80 inci maddeleri çerçevesinde, MİGEM’e yapılan ruhsat devir talebi değerlendirilerek gerekli evrakların tamamlanması hâlinde, ilgili memurun huzurunda devir tutanağı imzalanır ve devir işlemi maden sicil kayıtlarına işlenmesiyle tamamlanmış olur. Burada yine belirtmek gerekir ki tarafların arasında düzenlenmiş herhangi bir devir veya satış sözleşmesi MİGEM nezdinde dikkate alınmamaktadır. Bu bakımdan r dovansla devir sözleşmeleri ya da devir Şartlı rödovans sözleşmeleri maden sicil kayıtlarına Şerh edilmemektedir”* (bkz., naklen, R. **Kocaman / B. Kayar / B. Kocaman**, Rödövans Sözleşmelerine Maden Hukuku Açısından Bakış, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s. 235-236). Ayrıca, 6592 sayılı Kanunla getirilen Bakanlıktan izin alma zorunluluğu ve değişiklikten önce kurulan rödovans sözleşmelerinin MİGEM’e teslim zorunluluğu, MİGEM uygulamasına göre, sadece maden ruhsatının devrini konu edinmeyen rödovans sözleşmeleri için söz konusudur. Buna karşılık, maden ruhsatının devrini konu edinen ve rödovans sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşmeler için, Bakanlıktan izin alma ve MİGEM’e teslim zorunluluğu bulunmamaktadır (bkz., Mustafa **Topaloğlu**, Rödövans Sözleşmelerinin Şekli ve Tescili, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s. 215). Bu durum, maden ruhsatının devrini konu alan ve uygulamada rödovans sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşmelerin teorik bakımdan rödovans sözleşmesi olmadığını gözler önüne sermektedir.

⁵ “*Maden*” kelimesi, Arapça kökenlidir ve Türkçe anlamı ikametgâh olan “*adn*” kelimesinden türemiştir. Kelimenin oğulu ise, “*ma’ din*”dir (**Göğer**, Maden, s. 40; Serap **Telli**, İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler, Ankara 1989, s. 70).

alanında hukukî ihtiyaçlara cevap verebilecek bir maden tanımının yapılamamış olmasıdır. Buna karşılık, madenlerin hangi hukukî rejime tâbi olduğunu ve madenlere uygulanacak olan hukuk kurallarını tespit etmek için maden kavramının hukuken tanımının yapılması büyük bir önemi haizdir⁶.

Karşılaştırmalı hukukta hukukî açıdan⁷ hangi maddelerin maden olarak kabul edilebileceği konusunda iki farklı sistem bulunmaktadır. Bu sistemlerden birincisi, “*tanımlayıcı sistem*”dir. Bu sistemde, kanunda genel bir maden tanımı yapılmakta ve kanunda yapılan bu tanımın kapsamına giren maddeler maden olarak kabul edilmektedir⁸.

Maden kavramı konusunda karşılaştırmalı hukukta kabul gören sistemlerden diğeri ise, “*sayma sistemi*”dir. Bu sistemde, kanunda genel bir maden tanımı yapılmamakta; buna karşılık, maden olarak kabul edilen maddeler “*sınırlı sayı (numerus clausus) esası*”na göre ismen sayılmaktadır. Bir maddeye maden sıfatının verilebilmesi için ismen kanunda sayılması gerekmektedir. Kanunda ismen belirtilmemiş olan bir madde, her ne kadar teknik anlamda maden olarak kabul edilse bile hukukî anlamda maden olarak kabul edilmemektedir⁹.

4.6.1985 tarihinde kabul edilen ve hâlen yürürlükte bulunan 3213 sayılı Maden Kanunu’nun¹⁰ 5177 sayılı Kanunla¹¹ yapılan değişiklikten sonraki hâlinin ikinci maddesinin birinci fıkrasına göre, maden, yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan¹² her türlü maddedir

⁶ **Göğ**, Maden, s. 40; **Özkan Uçkan**, Türk Hukukunda Madencilğe İlişkin Haklar ve Bunların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi, Eskişehir 1983, s. 33; **Kemal Erdoğan**, Rödövens Sözleşmesi, Ankara 2017, s. 43.

⁷ Jeolojik ve ekonomik açıdan maden kavramı için bkz., **Uçkan**, s. 34-38.

⁸ Yavuz **Fındıkgil**, Maden Hukuku, İstanbul 1966, s. 2; **Çevikçelik**, Muradiye, Türk İdare Hukukunda Maden İşletme ve Rödövens Sözleşmeleri, Ankara 2017, s. 21; **Topaloğlu**, Maden Hukuku, s. 12; **Telli**, s. 70; **Uçkan**, s. 38.

⁹ **Fındıkgil**, s. 2-3; **Telli**, s. 70; **Uçkan**, s. 39; **Topaloğlu**, Maden Hukuku, s. 12; **Çevikçelik**, s. 21.

¹⁰ RG. 15.6.1985, S.18785.

¹¹ RG. 5.6.2004, S.25483.

¹² Gerçekten, birçok ülke petrol ve doğal gazı maden hukukunun kapsamından çıkartmıştır. Durum, Türk maden hukuku yönünden de böyledir. Bkz., Erdoğan **Göğ**, Petrol Hukuku, Ankara 1967, s. 25; **Göğ**, Maden, s. 12. Zira, bu maddelerin kendi kanunları vardır. Gerçekten, petrol için 30.5.2013 tarih ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu (RG. 11.6.2013, S. 28674) ve jeotermal kaynaklar için 3.6.2007 tarih ve 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve

(MadK.m.2/I)¹³. Maddede, genel bir maden tanımı yapılarak bu tanımın kapsamına giren maddelerin maden olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme tarzı, Türk hukukunda sayma sisteminin yerine tanımlayıcı sistemin kabul edildiğini göstermektedir¹⁴. Aynı maddenin ikinci fıkrasında “*Madenler aşağıda sıralanan gruplara göre ruhsatlandırılır*” denildikten sonra bazı madenlerin gruplar hâlinde sayılması da bu durumu değiştirmez. Zira ikinci fıkrada madenlerin tek tek sayılmasının amacı, sayılan maddelere maden sıfatı vermek değil, sayılan madenlerin hangi gruba ait olduğunu belirlemektir¹⁵. Tüm bu nedenlerle, kanundaki maden tanımının özelliklerini taşıyan ve henüz keşfedilen, bu nedenle de kanunda sayılan madenler arasında bulunmayan bir madde de maden olarak kabul edilecektir. Yine de, 5177 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına listede bulunmayan bir madeni yönetmelikle kanunda yer alan gruplardan birine sokma yetkisi verilmiştir¹⁶.

Doğal Mineralli Sular Kanunu (RG. 13.6.2007, S. 26551) yürürlüktedir. Doğal gazlar hakkında ise 18.4.2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu’nun (Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun) (RG. 2.5.2001, S. 24390) 4 üncü maddesinde, doğal gaz arama ve üretim faaliyetlerinin 6326 sayılı Petrol Kanununa göre yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca, 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu’nun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, “*Diğer mevzuatta 6326 sayılı Kanuna yapılmış olan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır*”.

¹³ **Günay**’a göre, mevcut kanunda maden, “*yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunması*”, “*ekonomik ve ticari değere sahip olması*”, “*petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında olması*”, “*her türlü madde olabilmesi*” ve “*sayma yoluyla bazı madenlerin adının belirtilmesi*” şeklinde beş farklı değişkenle açıklanmıştır (bkz., Ömer **Günay**, Maden Hukuku (Kavramlar- İlkeler- Tanımlar), Ankara 2016, s. 21-22).

¹⁴ **Topaloğlu**, Maden Hukuku, s. 13. Buna karşılık, 6309 sayılı Maden Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, **Fındıklıgil**, tanımlayıcı sistemin maden kavramının sınırlarının tam olarak belirlenememesi ve sayma sisteminde de bazı maddelerin sayılmasının unutulması sebebiyle mahzurlu olduğunu belirtmiştir. Ancak, yazara göre, sayma sisteminin kabul edilmesi ve yetkili bir mercie maden sayma yetkisinin verilmesi hâlinde sayma sistemi tanımlayıcı sisteme tercih edilmelidir (bkz., age., s. 3).

¹⁵ **Topaloğlu**, Maden Hukuku, s. 13. Buna karşılık, **Günay**’a göre, maddenin birinci fıkrasında tanımlayıcı sistem, ikinci fıkrasında sayma sistemi benimsenmiştir. İkinci fıkrada sayma sisteminin kabul edilmesi, birinci fıkrada yapılan tanımın tüm önemini ortadan kaldırmıştır (**Günay**, s. 22). Aynı yönde bkz., Demet **Özdamar**, Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri, Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 319; Melih **Turhan**, Türkiye’de Maden Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Bazı Ülkelerle Mukayesesi, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s. 22.

¹⁶ **Günay**, ikinci fıkrada sayma sisteminin benimsendiğini kabul ettiği için, Bakanlığa verilen bu yetkiyi eleştirmektedir. Zira, yazara göre, maden hakları ve madencilik faaliyetleri ancak kanunla düzenlenmelidir. İdarenin kanunda maden sayılmayan bir maddeye maden sıfatı vermesi yerinde olmamıştır (bkz., age., s. 24).

Kanunî düzenlemeler incelendikten sonra genel anlamıyla bir maden tanımı yapmak gerekirse, maden, doğal olarak yeryüzünde veya yeraltında oluşan, şekillenen ve ekonomik açıdan değeri olan maddelerdir. Ancak, her ne kadar yeraltında oluşan petrol, doğal gaz ve jeotermal ile yeraltında veya yeryüzünde oluşan su kaynakları ekonomik açıdan değerli maddeler olsalar da Maden Kanunu'nun kapsamı dışında tutulmuştur (MadK.m.2/I).

B. MADEN HAKKI KAVRAMI

Kaynağı Amerikan hukuku olan maden hakkı (mineral right) kavramı, Maden Kanunu'nun üçüncü maddesinin birinci fıkrasında ve Maden Yönetmeliği'nin¹⁷ dördüncü maddesinin birinci fıkrasının "ii" bendinde "*madenlerin aranması, bulunması ve işletilebilmesi için verilen izinler ve maden yataklarının bulunmasına yardımcı olanlara tanınan maddî imkânlar*" şeklinde tanımlanmıştır.

Maden hakkı kavramı öğretilerde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bir görüşe göre¹⁸, madenci hakkında kanun ve/veya ruhsatnameden doğan hak ve yükümlülükler topluluğunun maden hakkı olarak isimlendirilebilmesi mümkündür. Bir başka deyişle, her bir ruhsatnameden ve/veya doğrudan kanundan doğan haklar ve yükümlülükler demeti maden hakkıdır. Diğer bir görüşe göre¹⁹, maden hakkı ile madencilik alanında verilen izin ve ruhsatlar ile bunların oluşturduğu hukukî statü anlaşılmaktadır.

Maden hakkı, "*tekaddüm hakkı*", "*maden arama hakkı*", "*maden işletme hakkı*", "*buluculuk hakkı*" şeklindeki haklar topluluğundan meydana gelir²⁰. Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle veya maden ruhsatının alınmasıyla bu haklar doğar. Meselâ, madenci (A), maden arama ruhsatının maden siciline tescili ile birlikte maden arama hakkını kazanacakken; MadK.m.15'te sayılan şartların gerçekleşmesiyle buluculuk hakkı kazanır. Ancak, (A)'nın sahip olduğu haklar hep birlikte maden hakkı olarak isimlendirilmektedir. Zira, maden hakkı tekdir²¹.

¹⁷ RG. 21.9.2017, S.30187.

¹⁸ Göger, Maden, s. 104; Özdamar, Maden İrtifakı, s. 320; Topaloğlu, Maden Hukuku, s. 60; Sezin Öztoprak, (6592 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle) Kömür Ocaklarının Özel Hukuk Kişileri Tarafından İşletilmesi, Ankara 2015, s. 79; Hüseyin Amıkhoğlu, Rödövens Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 32; Mustafa Kuşçu, Maden Hukuku ve Uygulamaları, Isparta 2007, s. 13.

¹⁹ Aydın Gülan, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, İstanbul 2008, s. 147.

²⁰ Göger, Maden, s. 104; Fındıkgil, s. 89-91; Gülan, s. 147; Topaloğlu, Maden Hukuku, s. 36; Günay, s. 39-43; Erdoğan, s. 42; Öztoprak, s. 79-86; Amıkhoğlu, s. 32.

²¹ Göger, Maden, s. 104.

Maden hakkı, hüküm ve sonuçlarını maden siciline tescil edildiği anda doğurur. MadK.m.38/III hükmüne göre, maden sicili alenidir ve maden sicilindeki kayıtların bilinmediği iddia edilemez. Sicile tescil edilen maden hakları, herkese karşı ileri sürülebilir hâle gelir. Bu durum, maden hakkının bir aynî hak olduğunu göstermektedir²². Ancak, maden hakkı, Medenî Kanunda sınırlı sayı prensibine göre sayılan aynî haklar arasında bulunmamaktadır. Ayrıca, maden hakkı, tesisinde idarî makamın yetkili olması ve sicile kaydı için herhangi bir mahkeme kararına gerek olmaması bakımından eşya hukukundaki aynî haklardan farklıdır. Bu nedenle, maden hakkının kendine özgü bir aynî hak olduğu ileri sürülebilir²³.

Öte yandan, bazı Yargıtay kararlarında²⁴, işletme hakkının, sahibine izin aldığı alanda intifa hakkı içerikli bir hak sağladığı ifade edilmiştir. Ancak, bu kararlara dayanarak, maden hakkının bir tür intifa hakkı olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira Yargıtay, bu kararlarında maden hakkının sahibine sağladığı yetkileri anlatmak için intifa hakkını örnek olarak göstermiştir. Ayrıca, maden hakkının intifa hakkı olarak kabul edilmesi varsayımında ise, maden haklarının devri ve miras yoluyla intikali mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, MadK.m.5/IV’de maden haklarının miras yoluyla intikalinin mümkün olduğunun²⁵, MadK.m.5/II’de maden ruhsatlarının ve buluculuk haklarının

²² Gerçekten, **Çanga / Çanga**’ya göre, maden hakları, aynî hak içeriklidir (bkz., age., s. 193). **Gölan**’a göre ise, maden hakkı, hukukî bakımdan kuvvetlendirilmiş, herkese karşı ileri sürülebilir ve üzerinde ipotek tesis edilebilir aynî niteliğe kavuşan bir hak türüdür. Ancak, eşya hukukunda düzenlenen aynî haklardan farklı olarak idare bir mahkeme kararına gerek duymadan tek taraflı işlemleri ile bu hakları etkileyici sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir (bkz., age., s. 198-199). Aynı yönde bkz., **Öztoprak**, s. 84.

²³ **Özdamar**, Maden İrtifakı, s. 320; **Erdoğan**, s. 43; **Amikhoğlu**, s. 33. 6309 sayılı Maden Kanunu’nun yürürlükte olduğu zaman, maden hakkının hukukî niteliği tartışmalı idi. Bu konuda, Türk hukukunda, maden hakkının “*idarî şart işlem*”, “*idarî şartlı işlem*” ve “*idarî hizmet sözleşmesi*” olduğu fikirleri ileri sürülmüştü. Buna karşılık, Amerikan hukukunda, maden hakkının “*medenî hukuk dışında düzenlenmiş aynî hak*”, “*gayri maddî mal*” ve “*yarırcılık veya ortaklık sözleşmesi*” olduğu fikirleri ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz., **Göger**, Maden, s. 105-106.

²⁴ Bkz., 14.HD. 13.2.2007, E.2006/15092 K.2007/1210, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.2.2017); 4.HD. 14.12.2004, E.2004/5947 K.2004/14237, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.2.2017); 4.HD. 2.10.1997, E.1996/13328 K.1997/9052, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 21.2.2017).

²⁵ Gerçekten, MadK.m.5/IV uyarınca “*Maden hak ve vecibeleri miras yolu ile intikal eder. Bu hak ve vecibeler; bütün mirasçılardan birine veya üçüncü bir şahsa devredilir. Mirasçılardan intifak edememeleri halinde mirasçılardan birinin müracaatı ile mahkeme mirasçılardan bu hakkın en ehil olana tahsisine veya bu da mümkün olmazsa ruhsatın satılmasına karar verir.*”

devredilebileceğinin ve MadK.m.38/II’de maden haklarının devrinin maden siciline işleneceğinin belirtilmesi maden hakkının bir tür intifa hakkı olarak kabulüne engeldir. Bu nedenle, maden hakkının kendine özgü aynı bir hak olarak kabulü yerinde olacaktır²⁶.

III. TANIM

A. MADEN HAKKINI DEVİR SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Maden hakkını devir sözleşmesi, maden hakkının bir başka kişiye devredilmesi amacıyla yapılan sözleşmedir. Gerek Maden Kanunu’nda gerek de Maden Yönetmeliği’nde maden hakkını devir sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. Ancak, MadK.m.5/II, III hükümlerinde maden ruhsatları ve buluculuk haklarının devredilebileceği, devir yapılmadan önce arama ve işletme ruhsatlarının devir tarihindeki değerinin iki katı kadar devir bedeli alınacağı, devrin Bakanlık onayı ile gerçekleşeceği ve nihayet devrin maden siciline şerh edilmesi ile tamam olacağı düzenlenmiştir. Yine, söz konusu maddenin beşinci fıkrasında devir ve intikal işlemlerine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Maden Yönetmeliği’nin “Devir” başlıklı 82 inci maddesinde ise, maden ruhsat ve sertifikalarının devrine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmasına rağmen, maden hakkını devir sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir.

Maden arama ve işletme ruhsatları ile buluculuk hakkının devredilebilmesi için, öncelikle taraflar arasında ruhsat devrini konu alan bir borçlandırıci işlemin yapılması gerekmektedir. Maden haklarının devrini konu alan, borçlandırıci işlemler genellikle satış, bağışlama ve mal değişim sözleşmesidir²⁷. Maden hakkının devrini konu alan bu tür sözleşmeleri, “*maden hakkını devir sözleşmesi (maden ruhsatı devir sözleşmesi)*” olarak adlandırmak mümkündür.

Maden hakkını devir sözleşmesi, önceki ruhsat sahibinin maden hakkını (dolayısıyla da maden ruhsatını) devretmeyi taahhüt ettiği; buna karşılık

Mahkeme bu hususu basit muhakeme usulü ile halleder. Eğer dava söz konusu değil ise 6 ay içerisinde intikal işlemleri tamamlanmayan ruhsatlar fesh edilir”. Anılan hükmün ruhsat sahibinin gaipliğine karar verilmesi hâlinde de uygulama alanı bulabileceği ileri sürülebilir. Gaiplik kurumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Hüseyin Tokat, Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara 2018; Hüseyin Tokat, Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S. 2, 2017, s.523-547.

²⁶ Erdoğın, s.43.

²⁷ Özdamar, Maden Hakkının Devri, s. 125; Erdoğın, s. 103.

yeni ruhsat sahibinin de bazen bir bedel ödemeyi ya da bir şeyin mülkiyetini karşı tarafa geçirmeyi taahhüt ettiği, bazen de herhangi bir yükümlülük altına girmediği bir özel hukuk sözleşmesidir şeklinde tanımlanabilir²⁸.

B. RÖDÖVANS SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Maden Kanunu'nda rödövans sözleşmesinin de tanımına yer verilmiştir. Bu bakımdan, rödövans sözleşmesinin, henüz kanunî tanıma kavuşmadığı söylenebilir. Buna karşılık, MY.m.4/I-rr hükmünde rödövans sözleşmesi tanımlanmıştır. Söz konusu hükme göre, rödövans sözleşmesi, “*ruhsat saha- larındaki madenlerin üretilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı²⁹ ya da bir kısmı³⁰ için ruhsat sahiplerinin bu kişilerle yapmış oldukları sözleşme- leri, ... ifade eder*”³¹.

Rödövans sözleşmesinin yargı kararlarında da tanımlandığını görmek mümkündür. Bu konuda Yargıtay'ın bir kararında³² rödövans sözleşmesinin “*genel olarak, maden ruhsat alanlarının sahibi tarafından sözleşme ile özel veya tüzel bir kişiye bir süre terk edilmesi durumunda, maden ocağının işletil- mesini üstlenen özel veya tüzel kişinin ruhsat sahibine ürettiği her bir ton ma- den için ödemeyi taahhüt ettiği bir tür maden kirası*” olarak tanımlanabileceği

²⁸ Erdoğan, s. 103.

²⁹ 21.HD. 21.6.2005, E.2005/791 K.2005/6574, “... Davacı şirket, ruhsat sahibi olduğu rödö- vans kapsamındaki ocak sahası ve A. tesisini T. Hafriyat Nakliyat San. ve Tic. A.Ş. 'ne kirala- dığını, sözleşme gereğince işin tamamının anılan şirkete verilmesine rağmen, ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 2.4.2016).

³⁰ HGK. 23.10.2013, E.2013/14-215 K.2013/1487, “... 22.07.2004 tarihli heyet raporu ise, tüm ruhsat alanı olan 149,5 hektar esas alınarak düzenlenmiştir. Oysa ki, davaya konu rödövans sahası tüm ruhsat alanının 13,20 hektarlık kısmıdır. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 2.4.2016); aynı yönde bkz., 6.HD. 17.12.2015, E.2015/1643 K.2015/11213, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); 14.HD. 25.1.2012, E.2011/12203 K.2012/824, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 2.4.2016); 6.HD. 2.7.2013, E.2012/18163 K.2013/11372, “... Taraflar arasında 19.08.1999 tarihli rödövans sözleşmesi, 01.09.1999 tarihli “Rödövans Sözleşmesinin Uygulanma Protokolü” başlıklı sözleşme bulunmaktadır. Sözleşme ile ruhsatı davacıya ait maden sahasının bir bölümü madencilik faaliyetinin yü- rütülmesi amacıyla davalıya kiraya verilmiştir. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); aynı yönde bkz., 14.HD. 5.5.2011, E.2011/1070 K.2011/6216, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

³¹ Erekmecki / Süleymanoğlu'na göre, bu tanım, sözleşmenin esaslı unsurlarını içermemesi bakımından eksiktir (bkz., agm., s. 135). Aynı yönde bkz., Amikloğlu, s. 71.

³² 20.HD. 22.10.2015, E.2015/7278 K.2015/9894, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.ka- zanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

ifade edilmiştir. Diğer bir Yargıtay kararına göreyse³³, “...ruhsat sahalarının madenlerin üretilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmı için ruhsat sahiplerinin bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmeler rödövens sözleşmeleridir”. Bir diğer Yargıtay kararına göre de³⁴, “Rödövens 3213 S. Maden Kanunu gereğince alınan maden arama ve işletme ruhsatlarının, ruhsat sahiplerince üçüncü kişilere devredilmesi için yapılan sözleşmelerdir”.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi³⁵, Uyuşmazlık Mahkemesi³⁶ ve Danıştay³⁷ kararlarında rödövens kavramı kullanılmasına karşın; rödövens sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir.

Rödövens sözleşmesi, öğretide de farklı şekillerde tanımlanmıştır. Gerçekten, bir görüşe göre³⁸, rödövens sözleşmesi, “*maden işletme ruhsatı sahibinin işletme hakkını belirli bir süre için devretmeyi, bu hakkı devralan kişinin ise belirli miktarda üretim yapmayı ve ürettiği maden miktarına göre hesaplanan yıllık rödövens bedelini ödemeyi taahhüt ettiği sözleşme*” olarak tanımlanabilir. Bir diğer görüşe göreyse³⁹, rödövens sözleşmesi, “*maden işletme hakkı (ruhsat) sahibinin belirli süreliğine işletme hakkını devretmeyi taah-*

³³ 22.HD. 13.4.2015, E.2015/3744 K.2015/13328, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016). Dolaylı olarak yapılan rödövens sözleşmesi tanımı için bkz., 22.HD. 13.4.2015, E.2015/3744 K.2015/13328, “*Görüldüğü gibi rödövens sözleşmesinde maden işletme ruhsatı sahibinin ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmındaki işletme iznini belirli bir süre başkasına devretmesi ve karşılığında genellikle çıkarılan madenin belirli bir miktarı kadar bedeli rödövens bedeli olarak alması söz konusu olup bu sözleşme bir nevi hasılat kirası olarak kabul edilmektedir*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

³⁴ 22.HD. 13.4.2015, E.2015/3744 K.2015/13328, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

³⁵ AYM. 15.1.2009, E.2004/70 K.2009/7, (RG. 11.6.2009, S. 27255).

³⁶ UMHB. 9.4.2012, E.2012/98 K.2012/89, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

³⁷ D.8.D. 7.9.2015, E.2015/4292 K.2015/6730, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); D.3.D. 17.3.1976, E.1977/256 K.1977/323, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

³⁸ Gaye **Baycık**, Rödövens Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, s. 1895. Ayrıca bkz., Fred **Moulton**, Problems and Pitfalls Arising from Mineral and Royalty Conveyances, American Bar Association, Section of Mineral and Natural Resources Law Proceedings, C. 1956, s. 258-259.

³⁹ Alper **Uyumaz** / Fatma **Güngör**, Rödövens Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 4, 2015, s. 151.

hüt ettiği, devralanın da bunun karşılığında belirli miktarda üretim yapmayı ve ürettiğinden yıllık olarak belirlenen miktar üzerinden rödövens bedelini ödemeyi taahhüt ettiği karma nitelikli bir özel hukuk sözleşmesidir". Ayrıca, öğretide⁴⁰ rödövens sözleşmesinin işletme ruhsatı sahibi idare ya da özel hukuk gerçek veya tüzel kişinin işletme iznini bir başka özel hukuk gerçek veya tüzel kişisine kiraladığı ve bunun karşılığında da her yıl üretilen ton başına hesaplanan kira bedeli almaya hak kazandığı bir sözleşmedir şeklinde tanımlandığı da görülmektedir.

Sonuç olarak, rödövens sözleşmesi, maden işletme ruhsatı sahibinin maden sahasının tamamı veya bir kısmı üzerinde sahip olduğu maden işletme izninden kaynaklanan madencilik faaliyeti yapma ve maden ocağından çıkan maden cevherlerini kullanma, yararlanma ve üzerinde tasarruf yapma yetkilerini devretmeyi taahhüt ettiği; buna karşılık, rödövensçinin (rödövens verenin) sözleşmede kararlaştırılan rödövens bedelini ödeme ve belirli miktarda üretim yapma borcu altına girdiği bir özel hukuk sözleşmesidir.

IV. UNSURLAR

A. MADEN HAKKINI DEVİR SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

1. Genel Olarak

Tanımından yola çıkarak, maden hakkını devir sözleşmesinin "*maden ruhsatından kaynaklanan maden hakkının devri*", "*yeni ruhsat sahibinin ifa etmesi gereken ivaz*", " *tarafların anlaşması*" ve "*Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı*" şeklinde belirlenebilecek unsurlardan meydana geldiği söylenebilir⁴¹. Bu unsurlara ek olarak, maden hakkını devir sözleşmesinin maden siciline tescil edilmesinin sözleşmenin geçerliliğine etkisi ve tescilin sözleşmenin bir unsuru olarak kabul edilip edilemeyeceği de bu başlık altında değerlendirilecektir.

⁴⁰ **Öztoprak**, s. 125.

⁴¹ **Özdamar**, Maden Hakkının Devri, s. 126; **Amıkhoğlu**, s. 110-112. 22.HD. 13.4.2015, E.2015/3744 K.2015/13328, "*Rödövens sözleşmelerinde ruhsat sahibi maden işletme iznini rödövensçiye devretmekte, bunun karşılığında da rödövensçiden, rödövens bedeli denen pay almaktadır. Başka bir anlatımla rödövens maden ruhsatının, hak sahibi tarafından başkalarına süreli olarak tahsisi sebebiyle ton başına alınan kira geliridir*" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); 22.HD. 13.4.2015, E.2015/3744 K.2015/13328, "*...rödövens sözleşmesinde maden işletme ruhsatı sahibinin ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmındaki işletme iznini belirli bir süre başkasına devretmesi ve karşılığında genellikle çıkarılan madenin belirli bir miktarı kadar bedeli rödövens bedeli olarak alması söz konusu olup bu sözleşme bir nevi hasılat kirası olarak kabul edilmektedir. ...*" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

2. Maden Ruhsatından Kaynaklanan Maden Hakkının Devri

Maden hakkını devir sözleşmesinin unsurlarından ilki, maden ruhsatından kaynaklanan maden hakkının devridir. Burada maden hakkı ile kastedilen, maden ruhsatları ile buluculuk hakkıdır. Zira maden hakkı kavramı, maden arama ve işletme ruhsatlarını kapsadığı gibi buluculuk hakkını da kapsamaktadır. Bu nedenle, gerek maden işletme ruhsatının gerekse de buluculuk hakkının devrini konu alan sözleşmeler maden hakkını devir sözleşmesi olarak isimlendirilebilir.

3. Yeni Ruhsat Sahibinin İfa Etmesi Gereken İvaz

Maden hakkını devir sözleşmesinin unsurlarından ikincisi, yeni ruhsat sahibi tarafından ifa edilmesi gereken ivazdır. Ancak, bu unsur zorunlu değildir. Diğer bir deyişle, bu unsurun sözleşmede bulunup bulunmamasına taraflar karar verirler. Bu nedenle, ivaz unsurunun sözleşmede bulunmaması, sözleşmenin maden hakkını devir sözleşmesi olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Meselâ, önceki ruhsat sahibinin yeni ruhsat sahibine maden hakkını bedelsiz olarak devredeceğine (bağışlayacağına) ilişkin bir anlaşma da maden hakkını devir sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir.

Maden hakkını devir sözleşmesinde yeni ruhsat sahibinin ifa ile yükümlü olduğu ivaz, bir miktar para olabileceği gibi, bir şeyin mülkiyetinin önceki ruhsat sahibine geçirilmesi de olabilir. Tarafların bu şekilde bir maden hakkını devir sözleşmesi yapmaları hâlinde, yeni ruhsat sahibinin ödemesi gereken bedel veya mülkiyetini geçirmesi gereken eşya da sözleşmenin bir unsuru hâline gelir.

4. Tarafların Anlaşması

a. Genel Olarak

Maden hakkını devir sözleşmesinin üçüncü unsuru ise, tarafların maden hakkının devri konusunda anlaşmalarıdır. Maden hakkını devir sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları gerekli ve zorunludur. Bu unsur dışındaki hususlar bakımından, kural olarak, tarafların anlaşması zorunlu değildir. Buna karşılık, maden hakkı bir ivaz karşılığında devredilecekse, tarafların ivaz üzerinde anlaşmaları gerekli hâle gelir. Bu nedenle, tarafların anlaşmaları gereken hususların sözleşmenin kuruluş şekline göre değişebileceğini söylemek mümkündür.

b. Maden Hakkını Devir Sözleşmesinin Şekli

Maden ruhsatının devri anlamına gelen maden hakkını devir sözleşmesinin, MY.m.82/I hükmünde yer alan resmî şekil şartına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, maden hakkını devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, tarafların iradesini resmî makam (MİGEM) önünde açıklaması gerekmektedir⁴². Bunun için, devreden ve devralan taraf, birlikte Ek-21'deki örnek dilekçe ile Genel Müdürlüğe müracaat etmelidirler. Bu dilekçenin taraflarca yetkili memur önünde imzalanması gerekir. Resmî şekil, geçerlilik şartı olduğu için, tarafların kendi aralarında yaptıkları maden hakkını devir sözleşmesi, şekle aykırılık nedeniyle geçerli olmaz⁴³. Diğer bir deyişle, tarafların kendi aralarında doldurdukları ve imzaladıkları Ek-21 dilekçesine istinaden maden ruhsatının devri yapılamaz. Zira maden hukukunda şekle uygunluk esastır⁴⁴.

5. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Onayı

Maden Kanunu'nun beşinci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında devrin Bakanlık onayı ile gerçekleşeceği ifade edilmektedir. Hükümde geçen Bakanlık'tan kasıt, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'dır (MadK.m.3/I). Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, gerek maden hakkının verilmesinde gerek de devrinde söz sahibidir. Hükümde “*onay*” kelimesinin kullanılması, Bakanlığın sözleşmenin yapılmasından önce devre “*izin*” veremeyeceği gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Ancak, hükümdeki onay kelimesinin geniş yorumlanması yerinde olacaktır. Böylece, Bakanlığın sözleşmenin yapılmasından önce de devre ilişkin iradesini açıklaması mümkün olacaktır.

Bakanlık, devre ancak kanunî bir mani bulunmadığı takdirde onay verebilir. Burada söz konusu olan kanunî maniden kasıt, devre engel olan hukuk kuralları ile devredenin Devlete ve diğer ilgililere karşı olan yükümlülüklerinin devralan tarafından kabul edilmemesidir⁴⁵. Meselâ, bünyesinde bor tuzu

⁴² Fındıkgil, s. 282; Uçkan, s. 97-98; Topaloğlu, Maden Hukuku, s. 46; Özdamar, Maden Hakkının Devri, s. 125; Çevikçelik, s. 77. 11.HD. 22.12.2016, E.2015/13759 K.2016/9793, “...maden ruhsatının devri özel ve kendine özgü bir düzenleme koşuluna bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak, satış da olsa başış da olsa geçerli olabilmesi için Kanun'un öngördüğü resmî şekillerde yapılmaları gerekmektedir. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.9.2017).

⁴³ Özdamar, Maden Hakkının Devri, s. 125.

⁴⁴ Özdamar, Maden Hakkının Devri, s. 124.

⁴⁵ Özdamar, Maden Hakkının Devri, s. 124.

bulunan maden sahalarının devredilemeyeceğine ilişkin hüküm (MY.m.82/V) ile devralanın malî yeterlilik şartını yerine getirmesi gerektiğine ilişkin hüküm (MY.m.82/VI) devre mani olan hukuk kurallarıdır. Yine, devralan tarafından mevcut rödövens sözleşmelerini (MY.m.82/VIII) ve ruhsata/sertifikaya ait Kanundan doğan bütün hak ve vecibeleri, ruhsata uygulanmış yaptırımlar ile yükümlülükleri (MY.m.82/III) kabul ettiğine dair taahhütname verilmemesi de devre manidir.

Burada değinilmesi gereken husus, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından verilen onayın, aslında bir hukukî işlem olan maden hakkını devir sözleşmesine etkisinin ne olacağıdır. Bu etkinin tam olarak tespit edilebilmesi için, hukukî işlemlerin unsurlarının tespit edilmesi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından verilecek olan onayın bu unsurlar arasında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusuna cevap bulunması gerekmektedir.

Hukukî işlemlerin unsurları, “kurucu unsurlar”, “geçerlilik unsurları” ve “etkinlik unsurları”⁴⁶ olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bunlardan bir hukukî işlemin kurulabilmesi için gerekli olan unsurlara kurucu unsurlar denilmektedir. Kural olarak, hukukî işlemlerin “irade açıklaması” ve “hukukî sonuç” şeklinde iki adet kurucu unsur bulunmaktadır. Bu iki unsurdan birisi yoksa hukukî işlemin varlığından söz edilemez ve hukukî işlem yok sayılır⁴⁷. Bu iki unsurun mevcudiyeti hukukî işlemin kurulmasını sağlasa da, hukukî işlemin geçerliliğini sağlamaz.

Kurulan hukukî işlemin geçerli olabilmesi için aranan şartlara geçerlilik unsurları denilir. Geçerlilik unsurlarından, “ *tarafların hukukî işlem ehliyetine sahip olması*”, “ *hukukî işlemin emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması*”,

⁴⁶ Öğretide, bu unsurlara, “ *tamamlayıcı unsurlar*” (M. Kemal **Oğuzman** / Nami **Barlas**, Medenî Hukuk, 21. Baskı, İstanbul 2015, s. 209; M. Kemal **Oğuzman** / M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 18. Baskı, İstanbul 2018, s. 179; Halûk N. **Nomer**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015, s. 53) veya “ *tamamlayıcı olgular*” (Necip **Kocayusufpaşaoğlu** / Hüseyin **Hatemi** / Rona **Serozan** / Abdülkadir **Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 595) denildiği de görülmektedir.

⁴⁷ Aydın **Aybay**, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, İstanbul 1975, s. 49; Aytekin **Ataay**, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, C.1, 4. Baskı, İstanbul 1986, s. 173-174; Fahiman **Tekil**, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981, s. 93-94; Esat **Arsebük**, Borçlar Hukuku, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1943, s. 221; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 120-122; Mehmet **Ayan**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 119-123; Şahin **Akıncı**, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 9. Baskı, Konya 2016, s. 47; Abdulkirim **Yıldırım**, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 49; **Oğuzman** / **Barlas**, s. 187-188; **Nomer**, s. 53.

“hukukî işlemin muvazaalı olmaması” ve “hukukî işlemin serbestçe açıklanmış bir iradenin ürünü olması” şartları bütün hukukî işlemlerin geçerliliği için aranmaktayken; “hukukî işlemin öngörülen şekle uygun olarak yapılması” ve “tasarruf işlemlerinde, işlemi yapan kişinin tasarruf yetkisine sahip olması” bazı hukukî işlemlerin geçerliliği için aranmaktadır⁴⁸.

Bazı hâllerde, hukukî işlemin hükümlerini meydana getirebilmesi için bazı unsurların sonradan tamamlanması şart olarak aranmaktadır. Bu unsurlara ise, etkinlik unsurları denilmektedir. Etkinlik unsurlarından birisi, resmî makamın onayıdır. Gerçekten, bazı hukukî işlemlerin hüküm ifade etmesi için resmî makamın onayı bir unsur olarak aranmıştır. Bu duruma, bir sözleşmenin hâkim tarafından tasdiki⁴⁹ örnek olarak gösterilebilir. Etkinlik unsurunun bulunmaması, hukukî işlemi geçersiz kılar⁵⁰.

Bu açıklamalar ışığında, Bakanlığın onayını, borçlandırıcı işlemin etkinlik unsuru olarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Hâl böyle olunca, önceki ruhsat sahibi ile yeni ruhsat sahibi arasında akdedilen sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi için, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından onay verilmesi gerekmektedir. Sözleşme, Bakanlık tarafından onay verilinceye kadar askıdadır. Bakanlığın onay vermesiyle etkinlik unsuru gerçekleşecek ve maden hakkını devir sözleşmesi hüküm ifade edecektir. Buna karşılık, Bakanlık tarafından onay verilmezse, maden hakkını devir sözleşmesi tamamen hükümsüzleşecektir⁵¹.

⁴⁸ A. Samim **Gönensay**, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1948, s. 47-48; **Aybay**, s. 50-52; **Ataay**, s. 174-175; **Tekil**, s. 94-96; **Eren**, Genel, s. 122-123; **Akıncı**, s. 50-51; **Ayan**, Borçlar, s. 123-124; **Nomer**, s. 56-57; **Yıldırım**, Abdulkerim, s. 49-50.

⁴⁹ Andreas **von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2 (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983, s. 143; **Arsebük**, s. 223; **Oğuzman / Öz**, s. 180; **Nomer**, s. 54-56. Hâkimin onayı gereken hukukî işlemlere örnek olarak, MK.m.184/I, b.5: “Boşanma veya ayrılığın fer’î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar; hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz”.

⁵⁰ **Oğuzman / Barlas**’a göre, buradaki geçersizliğin türü “noksanlık”tır (bkz., age., s. 229). Aynı yönde bkz., **Oğuzman / Öz**, s. 179-180. **Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı**’ya göre, buradaki geçersizlik, “eksik işlemler” şeklinde isimlendirilebilir (bkz., age., s. 593). **Nomer** ise, her iki kavramı birlikte kullanmıştır (bkz., age., s. 53). **Ayan**’a göre, pratik sonuçları bakımından etkinlik unsurları ile kurucu unsurlar arasında fark yoktur. Ayrıca, ölüm ve geciktirici koşul dışındaki etkinlik unsurlarının geçerlilik unsurları arasında değerlendirilebilmesi mümkündür (bkz., Borçlar, s. 105). Aynı yönde bkz., **Eren**, Genel, s. 124.

⁵¹ Bu konuda bkz., **Oğuzman / Öz**, s. 180; **Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı**, s. 594; **Nomer**, s. 53-54. Ancak, **Özdamar**’a göre, Maden İşleri Genel Müdürlüğünün izni olmadan taraflar arasında yapılan rödvans sözleşmesi, sadece taraflar arasında hüküm ifade eden borçlar hukuku nitelikli bir kira sözleşmesidir ve maden hakkının devri sonucunu doğurmaz (bkz., Maden Hakkının Devri, s. 126).

Bakanlık tarafından onay verilmesi veya verilmemesi hâlinde, maden hakkını devir sözleşmesinin ne zamandan itibaren geçerliliğini kazanacağı veya kaybedeceği değinilmesi gereken diğer bir husustur. Bu konuda, öğretide, resmî bir makamın fiilinin (onayının) etkinlik unsuru olarak arandığı hâllerde, resmî makamın fiili gerçekleşinceye kadar işlemin hüküm ifade etmeyeceği belirtilmiştir⁵². Bu nedenle, Bakanlık tarafından onay verilmemesi hâlinde maden hakkını devir sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz olacağını söylemek mümkündür.

Öte yandan, öğretide, etkinlik unsurunun gerçekleşmesi hâlinde, hukukî işlemin başlangıçtan itibaren mi, yoksa resmî makamın fiilinden itibaren mi hüküm ifade edeceğinin her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵³. Dolayısıyla, Bakanlık tarafından iznin verilmesi hâlinde maden hakkını devir sözleşmesinin ne zamandan itibaren geçerli olacağı somut olay bakımından değerlendirilmelidir. Maden hakkını devir sözleşmelerinin Bakanlığın iznine tâbi tutulmasının nedeni, bu yöntemle yapılan madencilik faaliyetlerinin denetlenmesidir. Bu nedenle, maden hakkını devir sözleşmesinin Bakanlığın izin verdiği andan itibaren geçerli olacağının kabulü, daha yerindedir.

Maden hakkını devir sözleşmesinin yapılmasından onay verilmemesi veya verilmesi ânına kadar maden sahasında devralan tarafından üretim yapılmışsa MadK.m.12/5 hükmünün uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Söz konusu hükme göre, *“ruhsatı olmadan veya başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapıldığının tespiti halinde faaliyetler durdurularak üretilen madene mülki idare tarafından el konulur. Bu fiili işleyenlere, bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve el konulma imkanı ortadan kalkmış olan tüm madenin ocak başı satış bedelinin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır. Ruhsat alanında ruhsat grubu dışında üretim yapıldığının tespiti halinde faaliyetler durdurularak üretilen madene mülkî idare amirliklerince el konulur. Bu fiili işleyen kişilere, bu fıkra kapsamında üretilmiş olup el konulan ve el konulma imkânı ortadan kalkmış olan tüm madenin, ocak başı satış bedelinin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır. El konulan madenler; mülki idare amirliklerince satılarak bedeli il özel idaresi hesabına aktarılır”*.

⁵² Oğuzman / Öz, s. 180; Oğuzman / Barlas, s. 231.

⁵³ Oğuzman / Barlas, s. 231; Oğuzman / Öz, s. 180.

6. Devrin Maden Siciline Tescil Edilmesi

MadK.m.38'de⁵⁴ Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından bütün maden hakları ve faaliyetleri ile ilgili teknik ve malî konuları içeren bir maden sicilinin tutulacağı hüküm altına alınmıştır⁵⁵. Maden sicili ise, Maden Kanunu'nun 3 üncü maddesinde “*tüm madencilik faaliyetleri ile ilgili bilgilerin kaydedildiği yer*”; Maden Yönetmeliği'nin 4 üncü maddesinde ise, “*ruhsat hukuku ile bilgilerin kaydedildiği defter*” olarak tanımlanmıştır⁵⁶.

Maden Yönetmeliği'nin birinci kısmının on altıncı bölümü (m.95 - m.101) sicil kayıtlarına ayrılmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 95 inci maddesinde “*arama sicil kayıtları*”na, 96 ncı maddesinde ise “*işletme sicil kayıtları*”na nelerin işlenebileceği sayılmıştır. Maden Yönetmeliği'nin söz konusu iki maddesinde de devir ve intikal bilgilerinin maden siciline işleneceği düzenlenmiştir. Ayrıca, MadK.m.5/III ve MY.m.82/I hükümlerinde, devrin maden siciline şerh edilmesi ile tamamlanacağı ifade edilmektedir. Ancak, bu durum öğreti⁵⁷ ve Yargıtay kararlarında⁵⁸ haklı olarak eleştirilmiştir. Zira burada söz konusu olan şerh değil, tescildir.

⁵⁴ Söz konusu maddeye göre, “*Bütün maden hakları ve faaliyetleri ile ilgili teknik ve mali konuları havi maden sicili, yönetmelikte belirtildiği şekilde Genel Müdürlük tarafından tutulur (f.1). Maden haklarının devir, intikal, haciz, rehin ve ipotek veya sona erme durumları bu sicile işlenir (f.2). Maden sicili alenidir. İlgililer sicil kayıtlarının maden sicil memurlarından biri huzurunda gösterilmesini isteyebilir. Maden sicilindeki kayıtların bilinmediği iddia edilemez (f.3). Madenler üzerine iktisap edilecek haklar tescil edilmedikçe hüküm ifade etmez (f.4)*”.

⁵⁵ Maden sicili, Türk maden hukukuna 6309 sayılı eski Maden Kanunu ile maden hakkı sahiplerinin kredi ihtiyacının kolay bir şekilde karşılanması ve kredi verene güvence verilmesi amacıyla getirilmiştir. Söz konusu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, maadin defterine kayıt yöntemi uygulanmaktaydı (Göger, Maden, s. 121, 123).

⁵⁶ 743 sayılı eski Maden Kanunu'nun 911 nci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde madenlerin tapu siciline kayıt olunabilecek şeylerden birisi olduğu hüküm altına alınmıştı. Ancak, Anayasanın 168 inci maddesi ve 3213 sayılı yeni Maden Kanunu, madenleri devletin hüküm ve tasarrufu altına bulunan yerlerden saydıkları için, bunlar tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmemekteydi. Bunlar üzerindeki, işletme imtiyazları ve maden hakları maden sicili adını taşıyan özel bir sicile kaydedilmekteydi. Bu nedenle, 4721 sayılı yeni Maden Kanunu'nun madenleri taşınmaz olarak tapuya kaydedilebilecek olan şeyler arasında saymaması isabetli olmuştur. Bkz., Mehmet Ayan, Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 268, dn. 234. Ayrıca bkz., Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 12. Baskı, İzmir 2015, s. 106-107.

⁵⁷ Bkz., Topaloğlu, Maden Hukuku, s. 41; Özdamar, Maden Hakkının Devri, s. 127; Erekmekci / Süleymanoğlu, s. 135, dn. 5.

⁵⁸ HGK. 11.10.2006, E.2006/11-617 K.2006/642, “*...Dava tarihinden önce davalı yan, müdahil Duraksan Ltd. Şti ile aynı maden sahasının işletme hakkının devri sözleşmesi imzalamıştır. Bu sözleşme 16.06.2003 tarihinde maden siciline tescil edilmiştir. ...*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016).

Maden hakkının sözleşmenin karşı tarafına geçebilmesi için, temeldeki borçlandırıcı işlem ne olursa olsun, maden sicilinde ruhsatın veya buluculuk hakkının devralan adına tescil edilmesi gerekmektedir⁵⁹. Maden siciline yapılacak olan bu tescil, borçlandırıcı işlem olan maden hakkını devir sözleşmesinin ifası niteliğinde olan tasarruf işlemidir. Maden siciline bu yönde yapılacak olan tescilin kurucu olduğu söylenebilir. Zira Maden Kanunu'na göre, madenler üzerine iktisap edilecek haklar tescil edilmedikçe hüküm ifade etmez (MadK.m.38/IV). Dolayısıyla, sicile tescil yapılmadıkça, maden hakkı gerek Devlete gerek de üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Aynı şekilde, Devlet de sözleşmeye devralan sıfatıyla katılan kişiden ruhsat sahibine ait olan ruhsat bedeli ve devlet hakkı gibi yükümlülükleri talep edemez.

Maden hakkının sicile tescil edilmemesi, maden hakkını devir sözleşmesinin geçersiz olmasına yol açmaz. Zira maden siciline yapılacak olan tescil sözleşmenin kurulması ile değil, sözleşmeden doğan edimin ifasıyla ilgilidir⁶⁰. Buna karşılık, maden hakkını devir sözleşmesinin geçersiz olması, maden siciline yapılacak olan tescili yolsuz hâle getirir. Zira maden hakkının devri sebebe bağlı (illî) bir işlemdir⁶¹.

⁵⁹ Ayrıca bkz., Sinan Sami **Akkurt** / Alper **Uyumaz**, Registers in Turkish Civil Law and the Functions of Them, IISES, Prague 2015, p.32; Hüseyin **Tokat**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilmesi Çeşitli İhtimaller, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1, 2016, s. 196 vd.. Diğer taraftan, maden hakkının miras, mahkeme kararı ve icra yoluyla satış gibi tescilden önce kazanılması da mümkündür (**Göger**, Maden, s. 125; **Özdamar**, Maden Hakkının Devri, s. 123-124).

⁶⁰ Buna karşılık, bir Yargıtay kararında maden hakkını devir sözleşmesinin geçerli hâle gelebilmesi için maden siciline tescilinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Ancak, bu karara katılmak mümkün değildir. Zira, maden hakkını devri sözleşmesinin resmî makam huzurunda yapılması (borçlandırıcı işlem) ile sonradan maden siciline yapılacak tescil (tasarruf işlemi) farklı şeylerdir. Ayrıca, böyle bir değerlendirme, maden siciline kıyasen uygulanan tapu siciline hâkim olan ilkelerle de örtüşmez. Söz konusu karar için bkz., 13.HD. 10.2.2009, E.2008/9240 K.2009/1414, "...*Toplanan delillerden, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın mahkemeye yazdığı 24.12.2003 tarihli yazısından ve tüm dosya kapsamından davada dayanılan sözleşmenin maden siciline şerh edilmediği, aksine davacı ile davalılardan Metin arasında 01.08.1998 tarihinde düzenlenen devir sözleşmesi gereğince maden ocağının adı geçen şahsa devredildiği ve bu devir işleminin maden siciline şerh edildiği anlaşılmaktadır. Az yukarıda açıklanan yasa maddesi içeriğinden de açıkça anlaşılacağı gibi davada dayanılan sözleşmenin geçerli hâle gelebilmesi için maden siciline şerh edilmesi zorunludur. Davacı anılan sözleşmenin maden siciline şerh edildiğini ve böylece geçerli hâle geldiğini ispat edemediğinden...*" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.9.2017).

⁶¹ **Özdamar**, Maden Hakkının Devri, s. 126.

B. RÖDÖVANS SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

1. Genel Olarak

Tanımından yola çıkarak, rödövens sözleşmesinin “*maden işletme izni alınan ruhsat sahası üzerindeki maden hakkının kullanımının devri*”, “*rödövensçinin (rödövens verenin) bunun karşılığında ifa edeceği rödövens bedeli*” ve “*maden işletme izni alınan ruhsat sahası üzerindeki maden hakkının kullanımının devri ile rödövens bedelinin karşılıklı mübadelesini konu edinen tarafların anlaşması*” şeklinde belirlenebilecek unsurlardan meydana geldiği söylenebilir⁶². Bu unsurlara ek olarak, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından verilecek olan iznin de rödövens sözleşmesinin bir unsuru olarak değerlendirilmesi mümkündür. Diğer taraftan, rödövens sözleşmesinin maden siciline şerh edilmesinin sözleşmenin geçerliliğine etkisi ve şerhin sözleşmenin bir unsuru olarak kabul edilip edilemeyeceği de bu başlık altında değerlendirilecektir.

2. Maden İşletme İzni Alınan Ruhsat Sahası Üzerindeki Maden Hakkının Kullanımının Devri

Rödövens sözleşmesinin unsurlarından birincisi, maden işletme izni alınan ruhsat sahası üzerindeki maden hakkının kullanımının devridir. Diğer bir deyişle, sadece maden arama ve işletme ruhsatının alınması, kural olarak, ruhsat sahibine rödövens sözleşmesi yapma hakkı vermez. Maden sahasının rödövens yöntemiyle işlettirilebilmesi için, maden işletme izninin alınmış olması gereklidir⁶³.

⁶² **Özdamar**, Maden Hakkının Devri, s. 126; **Amıkloğlu**, s. 110-112. 22.HD. 13.4.2015, E.2015/3744 K.2015/13328, “*Rödövens sözleşmelerinde ruhsat sahibi maden işletme iznini rödövensçiyeye devretmekte, bunun karşılığında da rödövensçiden, rödövens bedeli denen pay almaktadır. Başka bir anlatımla rödövens maden ruhsatının, hak sahibi tarafından başkalarına süreli olarak tahsisi sebebiyle ton başına alınan kira geliridir*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); 22.HD. 13.4.2015, E.2015/3744 K.2015/13328, “*...rödövens sözleşmesinde maden işletme ruhsatı sahibinin ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmındaki işletme iznini belirli bir süre başkasına devretmesi ve karşılığında genellikle çıkarılan madenin belirli bir miktarı kadar bedeli rödövens bedeli olarak alması söz konusu olup bu sözleşme bir nevi hasılat kirası olarak kabul edilmektedir. ...*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

⁶³ Gerçekten, **Kocaman / Kayar / Kocaman**'a göre de, “*Rödövens sözleşmelerinde işletme yapılacak alan koordinatlarının 6 derecelik dilim esas alınarak, yirmi noktayı geçmeyecek şekilde, 7 basamaklı koordinatlar ile 1/25000 ölçekli pafta adı yazılarak belirtilmesi zorunludur. Bu aşamada, sözleşmede verilen koordinatlar çizilerek işletme izin alanından taşma olup olmadığı kontrol edilmektedir. Yine daha önce MİGEM sicil kayıtlarına şerh edilmiş rödövens sözleşmesi var ise önce şerh edilen sözleşmedeki koordinatlar çizildikten*

Bu durumda, maden arama veya işletme ruhsatı alınmış ancak maden işletme izni alınmamış bir maden sahası hakkında yapılan rödövens sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı hususu akla gelir. Rödövens sözleşmesine konu olan maden hakkının, sözleşmenin yapıldığı sırada mutlaka var olması ya da ruhsat sahibinin malvarlığında bulunması gerekmez. Ruhsat sahibi, bu hakkı daha sonraki bir tarihte elde ederek rödövensçiye (rödövens verene) kullandırmayı yükümlenmişse, bu rödövens sözleşmesi geçerlidir. Ancak, sözleşmeden doğan borcun ifa edilebilmesi için maden işletme izninin alınması gerekir. Zira sözleşmenin yapıldığı anda edimin ifası imkânsız olsa da taraflar ifa zamanında ifanın mümkün hâle geleceği düşüncesine sahiplerse, sözleşme geçerlidir⁶⁴.

3. Rödövens Bedeli

Rödövens sözleşmesinin ikinci unsuru, rödövensçinin (rödövens verenin) maden işletme iznini kullanması karşılığında maden işletme izni sahibine ödemesi gereken rödövens bedelidir. Zira rödövens sözleşmesi, kural olarak, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir ve rödövensçi (rödövens veren) maden işletme izninin kendisine kullandırılması karşılığında işletme ruhsatı sahibine rödövens bedeli ödemektedir⁶⁵.

Rödövens bedeli, kural olarak bir miktar paradır. Taraflar, rödövens bedeli olarak üretilen maden miktarını göz ardı ederek sabit bir bedel belirleyebilecekleri gibi⁶⁶; üretilen maden miktarına göre değişen bir bedel de belirle-

sonra şerh edilmesi talep edilen rödövens sözleşmesindeki koordinatlar çizilerek rödövens ile işletme yapılacak alanların çakışıp çakışmadığı kontrol edilir. Alanların bir kısmının veya tamamının çakışması durumu söz konusu olduğunda sonra talep edilen rödövens sözleşmesi MİGEM sicil kayıtlarına şerh edilmemektedir” (bkz., naklen, **Kocaman / Kayar / Kocaman**, s. 235). Dolayısıyla, rödövens sözleşmesinin maden işletme izninden kaynaklanan madencilik faaliyeti yapma ve maden ocağından çıkan maden cevherlerini kullanma, yararlanma ve üzerinde tasarruf yapma yetkilerini devretmeyi konu aldığı söylenebilir. Buna karşılık, **Amıkhoğlu**'na göre, rödövens sözleşmesinin konusu, usulüne göre alınmış olan maden işletme ruhsatıdır (bkz., age., s. 92).

⁶⁴ **Oğuzman / Öz**, s. 89.

⁶⁵ **Amıkhoğlu**, s. 111. 22.HD. 13.4.2015, E.2015/3744 K.2015/13328, “*İş bu dava konusu sözleşme ve eki niteliğindeki diğer belgelerin incelenmesi sonucunda dava konusu hizmet sözleşmesi kapsamında davalı Soma Kömürleri A.Ş.'ye devredilmiş herhangi bir maden veya işletme ruhsatının devri söz konusu olmadığı gibi, üretilen kömür için davalı TKİ. Genel Müdürlüğü'ne ödenen bir bedel de bulunmadığından dava konusu hizmet alım sözleşmesinin rödövens sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

⁶⁶ 6.HD. 22.10.2014, E.2014/7544 K.2014/11379, “*...taraflar arasında 1.1.2006 tarihinde imzalanan rödövens sözleşmesi... aylık sabit kira bedelinin belirlendiğini, ...*” (Kazancı

yebilirler. Uygulamada, söz konusu değişen bedelin üretilen her ton maden başına sabit bir bedel⁶⁷ veya üretilen her ton madenin satış değerinin belirli bir oranı⁶⁸ şeklinde kararlaştırıldığı görülmektedir⁶⁹. Ayrıca, rödövens bedelinin Türk parası veya yabancı para⁷⁰ üzerinden kararlaştırılması da mümkündür. Taraflar, rödövens bedelinin peşin olarak ödeneceği hususunda anlaşabilecek-

İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

⁶⁷ 11.HD. 30.3.2000, E.2000/1553 K.2000/2498, “...*taraflar arasında Denizli, Tavasda bulunan 117/118 ve 117/123 ruhsatlı krom madenlerinin işletilmesi maksadıyla 3.6.1965 tarihli anlaşma ile müvekkillerine rödövens bedeli olarak ton başına 2 TL: ödenmesinin kararlaştırıldığı* ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); aynı yönde bkz., 11.HD. 26.3.2002, E.2001/10331 K.2002/2265, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); 11.HD. 4.2.1999, E.1998/8755 K.1999/461, “...*müvekkillerinin uhdesinde bulunan AR.62/371, İR. 510 ruhsat nolu maden (kömür) sahalarının 10.02.1965 günlü noterden rödövens sözleşmesi ile “istihsal olunacak kömürün beher tonu için ödenecek 2,50 TL.den davalıya devir olduğunu, daha sonra 01.03.1983 tarihinde rödövensin 10 TL/ton’a, 01.03.1984 tarihinde rödövens’in 20 TL/ton’a, 03.03.1986 tarihinde ise rödövensçulara en yüksek kömür satış bedeli üzerinden %02,5 oranında rödövens ödemesi ...”* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

⁶⁸ 11.HD. 8.5.1997, E.1997/1021 K.1997/3379, “... *sözleşme gereğince alacağıın çıkarılan madenin belirlenen ton/dolar satış değerinin %10 ve üzerinden ödenmesi öngörüldüğünden ...”* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); 11.HD. 23.1.2006, E.2005/301 K.2006/433, “... *demir cevherinin beher tonu için ocak başı brüt satış fiyatının %10’u tutarında rodövens ve KDV ödeyeceğini kabul ettiğini, ...”* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

⁶⁹ William F. Carr / Paul R. Owen, Clear as Crude: Defending Oil and Gas Royalty Litigation, Natural Resources Journal, C. 37, S. 3, 1997, s. 695-696; Moulton, s. 259.

⁷⁰ C. A. Rae, Royalty Clauses in Oil and Gas Leases, Alberta Law Review, C. 4, S. 2, 1965-1966, s. 324. 11.HD. 26.3.2002, E.2001/10331 K.2002/2265, “...*mahkemeye davacının talep edebileceği rödevans bedelinin ton başına 0,93 ABD Doları olması ...”* (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); aynı yönde bkz., 11.HD. 21.10.1999, E.1999/3360 K.1999/8196, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

leri gibi; yıllık⁷¹, aylık⁷² vb. şekilde dönemsel olarak⁷³ ödeneceğini de kararlaştırabilirler.

Öte yandan, rödövens sözleşmesine para dışındaki misli şeyler de konu olabilir⁷⁴. Gerçekten, rödövens sözleşmesinde, rödövens bedeli olarak maden sahasında üretilen madenin belirli bir kısmının veya belirli bir oranının karar-

⁷¹ **Rae**, s. 323. Bazı hâllerde, yıllık ödenecek olan asgari rödövens bedeli sözleşmede belirtilmektedir. Böylece, maden sahasında yapılan üretimin belirli bir sınırın altında kalması hâlinde, üretilen maden miktarı ile orantılı olarak belirlenecek rödövens bedeli ifa edilemeyecek; bunun yerine, sözleşmede belirlenen asgari rödövens bedeli ödenecektir. Ancak işletmeci (bkz., Randall R. Adams, The Implied-in-Law Covenant to Develop and Mine in Hard Mineral Leases: Archer V. Mountain Fuel Supply CO., Idaho Law Review, C. 19, S. 3, 1983, s. 636 vd.). HGK. 23.10.2013, E.2013/14-215 K.2013/1487, "...Sahada blok mermer üretimi yapılacağı sözleşmenin 6. maddesi hükmünden anlaşılmaktadır. Yine bu madde hükmüne göre, rödövens sahasından her yıl üretimi gerçekleştirecek blok mermerlerin satışından elde edilecek paranın %10'u rödövens payı olarak ruhsat sahibine ödenecektir. Ancak işletmeci (davalı şirket) her sene için en az 8.000 ton blok mermer üretim taahhüdünde bulunmuştur. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); aynı yönde bkz., 14.HD. 29.2.2008, E.2007/16592 K.2008/2471, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016); 14.HD. 15.1.2008, E.2007/12869 K.2008/51, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

⁷² 6.HD. 22.10.2014, E.2014/7544 K.2014/11379, "...tarafklar arasında 1.1.2006 tarihinde imzalanan rödövens sözleşmesi gereğince davalının, davacı köy tüzel kişiliğine ait mermer ocağını işlettiğini, 14.5.2010 tarihinde imzalanan mutabakatname ile aylık sabit kira bedelinin belirlendiğini, ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.4.2016).

⁷³ 11.HD. 3.11.1983, E.1983/4170 K.1983/4731, "...Davacı vekili, müvekkilinin maliki bulunduğu maden imtiyazını her yıl asgari 10 bin ton istihsal karşılığı tonu 1.30 dolar hesabıyla cari kur üzerinden Türk Lirası olarak ve dört eşit taksitte rödövens ödemesi şartıyla 11.3.1976 tarihinde yapılan sözleşme ile davalıya devrettiğini ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.4.2016).

⁷⁴ 14.HD. 15.1.2008, E.2007/12869 K.2008/51, "...rödövens sözleşmeleri hasılat kira sözleşmelerinin bir türüdür ve karşılıklı borç yükleyen rızai sözleşmelerdendir. Bu tür sözleşmelerde kiralayanın, kiraya konu malı kiracıya faydalanmak üzere vermesine karşılık kiracı da "kira parası" adı altında bir ödeme yapmak zorundadır. Kira parası, bir miktar para olabileceği gibi paranın dışında bir mal, iş görme veya somut olayda olduğu gibi kiralananan dan sağlanacak hasıllardan verilecek bir pay da olabilir. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.4.2016); 6.HD. 8.7.2013, E.2013/9552 K.2013/11644, "...sözleşmenin 5 inci maddesi uyarınca kum ocağının işletilmesi karşılığında aylık rödövens (iştirakli kira) bedeli olarak 1.yıl için 8.000 ton, 2. yıl için 12.000 ton, 3. yıl için aylık 16000 ton yıkanmış ve 3-7 numara arası sınıflandırılmış kumun davacı vekil edinimine verilmesi ve talep halinde bunlar karşılığı olarak çakıl veya stabilize gibi ürünlerin verilmesinin kararlaştırıldığını, ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.4.2016); 6.HD. 4.3.2014, E.2014/640 K.2014/2429, "...Sözleşme ile ruhsat sahibi dava dışı ... Bilecik Mermer İşletmeleri A.Ş., Bursa Merkez Çalı Bucağı Mahsempınar Köyü civarında koordinatları sözleşmede gösterilen mermer sahası dışında kalan tüm ruhsat sahasını elde edilen mermer üretiminin % 9'u rödövens bedeli ile davalıya kiralamıştır. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.4.2016).

laştırılması mümkündür. Sözleşmede rödövens bedelinin bu şekilde kararlaştırılması hâlinde, rödövensçi (rödövens veren), taraflarca belirlenen periyodlarda üretilen madenin belirli bir kısmını veya oranını ruhsat sahibine teslim etme borcu altına girmektedir.

Bazı hâllerde, rödövens sözleşmesinde, rödövensçinin (rödövens verenin) borcunun belirli bir miktar elektrik enerjisi olarak kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu tür hükümlere genellikle, elektrik üretiminde kullanılabilecek kömür ve linyit gibi madenlerin rödövens yoluyla işletilmesinin üçüncü kişilere bırakıldığı hâllerde rastlanmaktadır. Dolayısıyla, rödövens bedelinin, taraflarca belirlenen miktarda elektrik enerjisi olarak kararlaştırılabileceğini ifade etmek mümkündür⁷⁵. Öte yandan, uygulamada yapılan bazı rödövens sözleşmelerinde ruhsat sahibinin rödövensçi (rödövens veren) tarafından üretilen madeni satmak üzere belirli bir miktar üzerinden alabilmesine ilişkin hükümler konulmaktadır. Böylece, ruhsat sahibi, rödövensçiden (rödövens verenden) aldığı madeni satarak kazandığı kâr nispetinde rödövens bedeli elde etmektedir⁷⁶.

Son olarak, ruhsat sahibinin maden hakkının kullanımını bedelsiz olarak devredip devredemeyeceği hususu tartışılmalıdır. MY.m.4/I-aaa hükmüne göre, rödövens sözleşmesi, “*ruhsat sahalarındaki madenlerin üretilerek değerlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere veya kuruluşlara tasarruf hakkı sağlamak üzere ruhsat sahasının tamamı ya da bir kısmı için ruhsat sahiplerinin bu kişilerle yapmış oldukları sözleşmeler*”dir. Görüldüğü üzere, maddede bedelden bahsedilmemiştir. Bu nedenle, ruhsat sahiplerinin üçüncü kişilerle madenlerin üretilerek değerlendirilmesi amacıyla herhangi bir bedel almaksızın yaptıkları sözleşmelerin de teorik olarak rödövens sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi mümkündür.

⁷⁵ Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından 2007 yılında Rödövens Uygulama Yönergesinin “*Tanımlar*” başlıklı 3 üncü maddesinde ise, rödövens fiyatı, “*işletmecinin üreteceği ya da sevk edeceği kömür ve varsa diğer madenler için TKİ’ye ödeyeceği (TL/Ton) fiyatı ile üreteceği elektrik enerjisi için Kw/h başına ödeyeceği (ykr/kw/h) fiyatı*”dır. Bkz., **Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü**: Rödövens Uygulama Yönergesi 2007.

⁷⁶ 22.HD. 13.4.2015, E.2015/3744 K.2015/13328, “*...Yine rödavans sözleşmesi ruhsat sahibinin çıkarılan kömürü satmak üzere belirli bir bedelden alabilmesi şeklinde de olabilmektedir. ...*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.4.2016).

4. Tarafların Anlaşması

a. Genel Olarak

Rödövens sözleşmesinin üçüncü unsuru ise, tarafların, maden işletme izni alınan ruhsat sahası üzerindeki maden hakkının kullanımının devri konusunda anlaşmalarıdır. Rödövens sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları gerekli ve zorunludur. Diğer bir deyişle, maden hakkının kullanımı bir bedel karşılığında devrediliyorsa, ruhsat sahibi ile rödövensçinin (rödövens verenin) maden işletme izninin kullanımının rödövensçiye (rödövens verene) devri karşılığında rödövensçinin (rödövens verenin) rödövens bedeli ödeyeceği hususunda da anlaşmaları gerekmektedir⁷⁷. Bu iki unsur dışındaki hususlar bakımından, kural olarak, tarafların anlaşması zorunlu değildir. Ancak, MY.m.101/V hükmünde rödövens sözleşmelerinde sözleşmenin bitiş tarihi, muhtemel süre uzatımları dahil gün/ay/yıl olarak belirtileceği hüküm altına alınmıştır⁷⁸. Bu hükmün yürürlüğe girmesiyle birlikte, tarafların maden işletme izninin kullanımı ve rödövens bedeli dışında rödövens süresi hakkında da

⁷⁷ Adams'a göre de rödövens bedeli, rödövens sözleşmesinin esaslı unsurlarından birisidir (bkz., agm., s. 635). Öte yandan, sözleşmenin konusunun belirlenebilir olması yeterlidir. Bkz., 6.HD. 4.3.2014, E.2014/640 K.2014/2429, "...Sözleşme ile ruhsat sahibi dava dışı ... Bilecik Mermer İşletmeleri A.Ş., Bursa Merkez Çalı Bucağı Mahsempınar Köyü civarında koordinatları sözleşmede gösterilen mermer sahası dışında kalan tüm ruhsat sahasını elde edilen mermer üretiminin % 9'u rödövens bedeli ile davalıya kiralamıştır. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016).

⁷⁸ Uygulamada yapılan bazı rödövens sözleşmelerinde sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi açıkça belirtilmektedir. Bkz., 14.HD. 8.7.2014, E.2014/1877 K.2014/9161, "...Bu sözleşmede ... 20.5.2009 tarihinden 12.6.2012 tarihine kadar işletme hakkının adı geçen şirkete rödövens karşılığı verildiği anlaşılmaktadır. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); aynı yönde bkz., 14.HD. 15.1.2008, E.2007/12869 K.2008/51, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); 6.HD. 24.12.2015, E.2015/2014 K.2015/11459, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016).

Maden Yönetmeliği yürürlüğe girmeden önce bazı rödövens sözleşmelerinde sözleşmenin başlangıç tarihi ve kaç yıl süreli olduğu belirtilmekteydi. Bkz., 6.HD. 1.10.2014, E.2014/634 K.2014/10725, "...Davada dayanılan ve hükme esas alınan 08.06. 2007 tarihli ve on yıl süreli rödövens sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); aynı yönde bkz., 14.HD. 21.11.2007, E.2007/8532 K.2007/14665, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); 6.HD. 22.5.2014, E.2013/15333 K.2014/6622, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016). Ancak, MY.m.101/V'in açık ifadesi uyarınca artık rödövens sözleşmelerinde sürenin bu şekilde belirtilmesi mümkün değildir.

anlaşmalarının zorunlu hâle geldiği söylenebilir. Bu nedenle, kesin bitiş tarihi gösterilmeyen rödövens sözleşmeleri de geçersiz olacaktır⁷⁹.

b. Rödövens Sözleşmesinin Şekli

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, rödövens sözleşmesinin unsurlarından birisi tarafların anlaşmasıdır. Tarafların anlaşarak bir sözleşme kurabilmeleri için irade açıklamasında bulunmaları gerekmektedir. İrade açıklamasının şekli, kural olarak, önem arz etmez. Ancak, kanun koyucu, bazı sebeplerle bir takım hukukî işlemlerin kurulabilmesi için gereken irade açıklamalarının belirli bir kalıpta yapılmasını istemiştir. Kanun hukukî işlemlerin belirli bir kalıpta yapılmasını emretmedikçe, taraflar irade açıklamalarını, sözlü, yazılı veya resmî şekillerde yapabilirler⁸⁰.

Rödövens sözleşmesinin şekli denildiği zaman da, sözleşme nasıl kurulursa kurulsun, tarafların iradelerini açıklarken kullanması gereken kalıplar ifade edilmek istenmektedir. Hangi kalıbın kullanılması gerektiği, sözleşmenin taraflarından birisinin kamu tüzel kişisi olup olmasına göre farklılaşacaktır.

aa. Sözleşmenin Taraflarının Özel Hukuk Kişisi Olması Hâlinde

Borçlar hukukunda, kural olarak, şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Şekil serbestisi ilkesi, BK.m.12/I hükmünde “*sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*” biçiminde ifade edilmiştir. Yani, bir pozitif hukuk kuralının açıkça öngördüğü istisnalar dışında, her türlü borçlar hukuku sözleşmesini geçerli olarak kurabilmek için taraflar iradeleri-

⁷⁹ **Topaloğlu**, Şekil, s. 212. Bu hükmün uzun süreli yatırım yapmak isteyen rödövensçileri olumsuz etkileyeceği ifade edilebilir (bkz., **Topaloğlu**, Şekil, s. 212).

⁸⁰ Hans **Merz**, Vertrag und Vertragschluss, 2. Auflage, Freiburg 1992, s. 182; H. **Oser** / W. **Schönenberger**, Borçlar Hukuku, Birinci Kısım, (Çev. Recai Seçkin), Ankara 1947, s. 103-104; **von Tuhr**, s. 229; Halûk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 11; Adnan **Tuğ**, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya 1994, s. 28; Ali Naim **İnan** / Özge **Yücel**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 172; Hüseyin **Hatemi** / Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 42; Ferit H. **Saymen**, Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Umumî Hükümler, İstanbul 1950, s. 144-145; Turhan **Esener**, Borçlar Hukuku, C. 1, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK.m.1-40), Ankara 1969, s. 168; **Arsebük**, s. 330; **Aybay**, s. 23; **Ataay**, s. 136; **Gönensay**, s. 63; **Tekil**, s. 75; **Oğuzman** / **Öz**, s. 139; **Kocayusufpaşaoğlu** / **Hatemi** / **Serozan** / **Arpacı**, s. 270; **Eren**, Genel, s. 284; **Akıncı**, s. 77; **Ayan**, Borçlar, s. 175; **Nomer**, s. 99; **Yıldırım**, Abdulkерim, s. 78.

ni diledikleri şekilde açıklayabilirler. Diğer bir ifadeyle, tarafların iradelerini sözlü olarak dahi açıklamaları, sözleşmenin kurulabilmesi için yeterlidir⁸¹.

Rödövens sözleşmesi bakımından MY.m.82/I hükmünde yer alan resmî şekil şartı uygulama alanı bulmaz. Zira rödövens sözleşmesiyle maden ruhsatı devredilmemekte, sadece maden işletme izninin kullanımının devri söz konusu olmaktadır⁸². Görüldüğü üzere, rödövens sözleşmesinin şekli hakkında maden mevzuatında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca, teorik olarak, rödövens sözleşmesinin herhangi bir şekle tâbi olmadığını ve sözlü olarak dahi kurulabileceğini söylemek mümkündür⁸³. Ancak, taraflar, bir pozitif hukuk kuralıyla şekle tâbi tutulmamış olan sözleşmenin şekle tâbi olması konusunda anlaşabilirler. Böylece, taraflar, rödövens sözleşmesini adı yazılı şekilde yapabilecekleri gibi; noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde yapabilirler⁸⁴.

⁸¹ Merz, s. 182; von Tuhr, s. 229; Saymen, s. 144; Gönensay, s. 63; Ataay, s. 136; Aybay, s. 23; Arsebük, s. 330; Esener, s. 168; Oğuzman / Öz, s. 139; Hatemi / Gökyayla, s. 42; Eren, Genel, s. 282; Ayan, Borçlar, s. 37, 175; Nomer, s. 99; Akıncı, s. 84-85; İnan / Yücel, s. 207; Yıldırım, Abdulkerim, s. 104.

⁸² Topaloğlu, Şekil, s. 209. 10.HD. 17.10.2014, E.2014/16695 K.2014/19906, "...Türk Borçlar Hukukunda sözleşmelerde şekil serbestisi geçerlidir. Yasada özel olarak bir şekle bağlanmayan sözleşmeleri taraflar istedikleri şekilde yapabilirler. Rödövens sözleşmesi maden ruhsatının devri anlamına gelmediğinden, devir sözleşmesinin Maden İşleri Genel Müdürlüğünde yetkili memur huzurunda yapılması zorunluluğu yoktur. ..." (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); aynı yönde bkz., 10.HD. 26.5.2014, E.2013/18757 K.2014/12683, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); 10.HD. 17.10.2014, E.2014/16695 K.2014/19906, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); 10.HD. 25.11.2013, E.2013/3807 K.2013/22156, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); 21.HD. 26.1.2010, E.2009/12236 K.2010/620, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016).

⁸³ Amıkhoğlu, s. 75. Zımnî irade açıklamasıyla da kurulmasının mümkün olduğu hakkında bkz., Adams, s. 633. HGK. 11.10.2006, E.2006/11-617 K.2006/642, "...O halde mahkemece herhangi bir şekil şartına tabi olmayan rödövens sözleşmesine dayalı davacı taleplerinin değerlendirilmesi gerekir iken, ..." (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); aynı yönde bkz., 11.HD. 8.12.2005, E.2004/12958 K.2005/12044, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016).

⁸⁴ Gülay Öztürk, Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara 2010, s. 71; Topaloğlu, Maden Hukuku, s. 46; Topaloğlu, Şekil, s. 210; Uyumaz / Güngör, s. 157; Erekmekci / Süleymanoğlu, s. 136; Amıkhoğlu, s.75. 21.HD. 12.6.2014, E.2014/4877 K.2014/13472, "...Maden ruhsat sahibi (madenci) ile rödövensla sahayı işletecek olan (rödövensçi) rödövens sözleşmesini isterlerse adi yazılı şekilde, isterlerse noter de düzenleme şeklinde yapabilirler ..." (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); aynı yönde bkz., 21.HD. 10.11.2005, E.2005/7880 K.2005/10996, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); 21.HD. 26.1.2010, E.2009/12236 K.2010/620, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016);

Rödövens sözleşmesinin aslının ve sözleşmede imzası bulunan taraf şirket ise, imza sirkülerinin; gerçek kişi ise, imza beyannamesinin asıllarının MİGEM'e verilmesi gerekmektedir⁸⁵. Bu nedenle, rödövens sözleşmesinin, teorik olarak, sözlü olarak veya zımnî irade açıklamasıyla dahi kurulabileceği kabul edilebilirse de; bir etkinlik unsuru olarak değerlendirilebilecek olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın izin veya icazetinin alınabilmesi ve sözleşmenin maden siciline şerh edilebilmesi için en azından yazılı olarak düzenlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu konuda, Maden Kanunu'na hüküm konularak rödövens sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı hüküm altına alınabilir.

Rödövens sözleşmesine konu olan maden sahasının, önceden üzerinde inşa edilen bir işletme ile de devredilebilmesi mümkündür. Maden sahasıyla birlikte bir işletmenin de kullanımının devredilmiş olduğu durumlarda, işletmenin kiralanmasına ilişkin kurallar somut olayda uygulama alanı bulur. Bu hâlde, maden sahası üzerindeki işletmenin, ticarî işletme olabilmesi için gereken “gelir sağlamayı hedef tutmak”, “devamlılık”, “bağımsızlık” ve “esnaf işletmesi için öngörülen sınırın aşılması” şeklindeki unsurları⁸⁶ taşıyıp taşımadığına bakmak gerekmektedir. Eğer maden sahası üzerindeki işletme, bu unsurları taşıyorsa, ticarî işletme olarak nitelendirilecektir. Bu nedenle, ticaret siciline tescil edilmiş⁸⁷ bir ticarî işletmenin kiralanmasını konu alan rödövens sözleşmelerinin, yazılı olarak⁸⁸ yapılması ve ticaret siciline tescil edilmesi ge-

11.HD. 4.2.1999, E.1998/8755 K.1999/461, “...müvvekkillerinin uhdesinde bulunan AR.62/371, İR. 510 ruhsat nolu maden (kömür) sahalarının 10.02.1965 günlü noterden rödövens sözleşmesi ile ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016).

⁸⁵ Kocaman / Kayar / Kocaman, s. 236.

⁸⁶ Ticari işletmenin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya / N. Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2015, s. 145-166; Rıza Ayhan / Mehmet Özdamar / Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 119-124; Oruç Hami Şener, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016, s. 4-7; Ali Bozer / Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 7-12.

⁸⁷ Ayhan / Özdamar / Çağlar'a göre, TK.m.11/III, ticaret siciline tescil edilmiş ticarî işletmeler hakkında uygulanabilir (bkz., age., 136, 139).

⁸⁸ Ticari işletmelerin kiralanmasını konu alan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması gerektiği hakkında bkz., Kendigelen (Ülgen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan), s. 199; Ayhan / Özdamar / Çağlar, s. 164; Şener, s. 19; Bozer / Göle, s. 20-21. TK.m.11/III'de öngörülen şekil şartı, geçerlilik şartıdır (Kendigelen (Ülgen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan), s. 199; Bozer / Göle, s. 20-21).

rekmetedir (TK.m.11/III)⁸⁹. Buna karşılık, ticaret siciline tescil edilmemiş olan ticarî işletmeler ve ticarî işletme mahiyetinde olmayan işletmelerin kiralınmasını konu alan rödövens sözleşmelerine borçlar hukukunda yer alan hükümler uygulanacaktır.

bb. Sözleşmenin Taraflarından Birisinin Kamu Tüzel Kişisi Olması Hâlinde

Rödövens sözleşmenin taraflarından birisinin kamu tüzel kişisi olması hâlinde, şekil serbestisi ilkesi uygulama alanı bulmaz. Zira kamu kurumları, rödövens sözleşmesinin yapımı aşamasında ihale yöntemini kullanmaktadırlar. Bu hâlde, sözleşmenin yapılması aşamasına kadar gerçekleştirilen işlemlerin tamamının birer idarî işlem olduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir deyişle, idarî sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında sözleşmenin yapımı aşamasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu durum, sözleşmenin taraflarından birisinin kamu tüzel kişi olduğu hâllerde, sözleşmenin yapılmasına kadarki aşamada idarenin işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklar için idarî yargının görevli olmasına; buna karşılık, sözleşmenin imzalanmasından sonraki dönemde çıkan uyuşmazlıklar için adli yargının görevli olmasına yol açmaktadır⁹⁰.

Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü, kurum tarafından yapılacak olan rödövens sözleşmelerinin yapılma usulünü yeknesak kullarlara tâbi tutmak amacıyla 2007 yılında Rödövens Uygulama Yönergesi çıkarmıştır. Gerçekten, söz konusu yönergenin birinci maddesinde, Yönergenin çıkarılma amacının rödövens karşılığında üretim yaptırılmasına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi olduğu ifade edilmiştir⁹¹. Buna karşılık, diğer kamu kurumları, rödövens sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin böyle bir yönerge çıkarmamıştır. Bu nedenle, bu kamu kurumlarının yaptığı rödövens sözleşmelerine Maden Kanunu ve Maden Yönetmeliği'nde düzenlenen ihale hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilebilir⁹².

⁸⁹ Topaloğlu, Şekil, s. 210; Amıkhoğlu, s. 75.

⁹⁰ Bahtiyar Akyılmaz / Sezginer Sezginer / Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 470; Atilla İnan, İhale Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 36.

⁹¹ Bkz., Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü: Rödövens Uygulama Yönergesi 2007.

⁹² Topaloğlu, Maden Hukuku, s. 259. 11.HD. 10.2.1998, E.1997/8291 K.1998/684, "...Davacı vekili, Torbalı ilçesindeki İD.91 sicil 275 ruhsat no'lu demir maddesi sahasının rödövensla işletilmesi hususunda açılan ihale sonunda en uygun teklifi veren davalı ile 19.4.1994 tarihinde 3.dönem 5 yıllık sözleşme imzalandığını ..." (Kazan

5. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının İzni

2015 yılında, 4.2.2015 tarih ve 6592 sayılı Kanun'un⁹³ 22 nci maddesiyle Maden Kanunu'nun ek yedinci maddesine birinci fıkrasından önce gelmek üzere iki fıkra eklenmiştir. Bu değişiklik sonrasında, ruhsat sahipleri ile üçüncü kişiler arasındaki rüdvans sözleşmelerinin Bakanlığın iznine tâbi olduğu ve izin alınmaksızın yapılan rüdvans sözleşmeleri ile yürütülen faaliyetlerin durdurulacağı hüküm altına alınmıştır⁹⁴.

Burada değerlendirilmesi gereken husus, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından verilen iznin, aslında bir hukukî işlem olan rüdvans sözleşmesine etkisinin ne olacağıdır. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından verilecek olan iznin rüdvans sözleşmesi bakımından bir etkinlik unsuru olduğunu söylemek mümkündür⁹⁵.

Bu durumda, rüdvans sözleşmesinin yapılmasından iznin verilmemesi veya verilmesi ânına kadar maden sahasında rüdvansçı (rüdvans veren) tarafından üretim yapılmışsa MadK.m.12/5 hükmünün kıyasen uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Zira, rüdvansçının (rüdvans verenin) maden sahasında üretim yapabilmesi için, mutlaka ruhsat sahibi ile arasında geçerli bir rüdvans sözleşmesinin olması gerekmektedir. Geçersiz olan rüdvans sözleş-

cı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016); 11.HD. 10.2.1998, E.1997/8291 K.1998/684, "...*Torbali ilçesindeki İD.91 sicil 275 ruhsat no'lu demir madeni sahasının rüdevansla işletilmesi hususunda açılan ihale sonunda en uygun teklifi veren davalı ile 19.4.1994 tarihinde 3.dönem 5 yıllık sözleşme imzalandığını, ...*" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.4.2016).

⁹³ RG. 18.2.2015, S. 29271.

⁹⁴ Maden Kanunu'nun ek yedinci maddesine, 6592 sayılı Kanun'la eklenen rüdvansla ilgili hükümlerin emredici nitelik taşıdığı söylenebilir (**Topaloğlu**, Şekil, s. 213; **Amikloğlu**, s. 79). **Sert / Şahverdioğlu**'na göre, bu değişiklikte birlikte, vergi borcu olan işletmelere rüdvans sözleşmesi için izin verilemeyecektir (bkz., **M. Sert / İ. Şahverdioğlu**, Maden Kanununda Yapılan Son Değişikliklerin Sektöre Muhtemel Olumlu ve Olumsuz Etkilerinin İrdelenmesi, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s. 199). 6592 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 18.2.2015 tarihinden önce kurulan rüdvans sözleşmelerinin durumu Geçici 23 üncü maddede düzenlenmiştir. Buna göre, bu tarihten önce kurulan rüdvans sözleşmelerinin bir örneğinin 18.2.2015 tarihinden itibaren üç ay içinde MİGEM'e verilmesi zorunludur. Aksi takdirde, rüdvansla yapılan madencilik faaliyeti durdurulur. Ancak, değişiklikten önce kurulan rüdvans sözleşmeleri için, Bakanlıktan izin alınması gerekli değildir (bkz., **Topaloğlu**, Şekil, s. 214).

⁹⁵ Buna karşılık, **Topaloğlu**'na göre, Bakanlık tarafından verilecek olan izin, BK.m.12 anlamında bir geçerlilik şartıdır (bkz., Şekil, s. 211-212). Aynı şekilde, **Topaloğlu**'na göre, Maden Kanunu'nun emredici nitelik taşıyan ek yedinci maddesinde yer alan Bakanlık iznini alamayan rüdvans sözleşmeleri, BK.m.27 uyarınca kesin hükümsüzdür (bkz., Şekil, s. 213-214).

leşmesine istinaden maden işletme izni alanında yapılan üretimin başkasına ait ruhsat alanı içerisinde yapıldığı ifade edilebilir⁹⁶.

6. Rödövens Sözleşmesinin Maden Siciline Şerh Edilmesi

Öğretide de ifade edildiği üzere, maden sicili, tapu siciline hâkim olan ilkelere göre idare edilmektedir⁹⁷. Bu nedenle, tapu siciline bir takım kişisel (şahsî) hakların şerh edilerek etkilerinin güçlendirilmesi mümkün olduğu gibi⁹⁸, maden siciline de bir takım kişisel hakların şerh edilmesi mümkündür. Rödövens sözleşmesi, tarafları arasında kişisel (şahsî) bir borç ilişkisi doğurur⁹⁹. Diğer bir ifadeyle, rödövensçinin (rödövens verenin) rödövens sözleşmesinden kaynaklanan hakkını, kural olarak, bir başka kişiye karşı ileri sürme imkânı bulunmamaktadır. O, bu hakkını ancak rödövens sözleşmesinin karşı tarafı olan ruhsat sahibine karşı ileri sürebilir. Ruhsat sahibinin, maden ruhsatını bir başka kişiye devretmesi hâlinde, rödövensçi (rödövens veren) bu hakkını kural olarak, yeni ruhsat sahibine karşı ileri süremez.

Burada tartışılması gereken husus, rödövens sözleşmesinin maden siciline şerh edilmesinin rödövensçinin (rödövens verenin) sözleşmeden doğan hakkına aynî bir etki tanıyıp tanımayacağıdır. Bu konuda, ilk olarak, rödövens sözleşmelerinin maden siciline şerh edilmesiyle, tıpkı tapu siciline şerh edilebilen kişisel (şahsî) haklarda olduğu gibi, rödövensçinin (rödövens verenin) sözleşmeden doğan kişisel (şahsî) hakkının aynî bir etkiye kavuşacağı söyle-

⁹⁶ Erdoğan, s. 89.

⁹⁷ Topaloğlu, Maden Hukuku, s. 49; Topaloğlu, Şekil, s. 217; Göger, Maden, s. 124; Özdamar, Maden Hakkının Devri, s. 126. Tapu siciline hâkim olan ilkeler için bkz., M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 152-156; Turhan Esener / Kudret Güven, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017, s. 126-132; Fikret Eren / Veysel Başpınar, Toprak Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 239-256; A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 116-119; Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 273-281; Ayan, I, s. 219-248; Ertaş, s. 93-106; Hasan Erman, Eşya Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 35; Haluk Nami Nomer / Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 5. Baskı, İstanbul 2017, s. 109-110. Diğer taraftan, maden sicilinin tutulmasında, tapu sicilinde olduğu gibi aynı yöntem kullanılmaktadır. Maden sicilinin tutulmasından kaynaklanabilecek zararlar açısından, her ne kadar kanunda herhangi bir hüküm bulunmasa da, devletin sorumlu olacağının kabul edilmesi gerekmektedir (Göger, Maden, s. 128-129).

⁹⁸ Bu konuda bkz., Aydın Aybay / Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014, s. 92-97; Mehmet Ünal / Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 284-292; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, s. 249-251; Ayan, I, s. 403-406.; Esener / Güven, s. 167-171; Sirmen, s. 205-212; Akıntürk, s. 314, 315; Ertaş, s. 169-172; Erman, s. 40; Nomer / Ergüne, s. 137-145.

⁹⁹ Topaloğlu, Maden Hukuku, s. 159 vd.; Amıkhoğlu, s. 40.

nebilir¹⁰⁰. Buna karşılık, Danıştay bir kararında¹⁰¹, rödövens sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu ve bu nedenle de maden siciline şerh verilse de üçüncü kişi ve kurumlara karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Bu bakımdan, rödövens sözleşmesinin maden siciline şerh verilmesinin, aynı etki sağlayabilmesi için kanunda bu yönde bir düzenleme olması gerektiği ifade edilebilir. Zira, sadece rödövens sözleşmesinin maden siciline işleneceğinin ifade edilmesi, sözleşmeden doğan kişisel (şahsî) hakka aynı etki sağlanıp sağlanmadığını tartışmalı hâle getirmektedir¹⁰².

Sonuç olarak, gerek maden sektöründe yatırım yapmak isteyen kişiler için güvenli bir ortam sağlanabilmesi gerekse rödövens sözleşmelerinin maden siciline kaydedileceği yönündeki ifadenin anlamsızlığını ortadan kaldırmak için, rödövens sözleşmelerinin maden siciline kaydedileceği yönündeki

¹⁰⁰ Topaloğlu, Maden Hukuku, s. 50; Topaloğlu, Şekil, s. 217; Amıkhoğlu, s. 36; Erekmekci / Süleymanoğlu, s. 141.

¹⁰¹ D.8.D. 30.1.2009, E.2008/4170 K.2009/473, “Rödövens sözleşmelerine dair hukuk sistemimizde özel düzenleme bulunmamakla beraber bu sözleşmelerini borçlar yasasının hasılat kirasına dair hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ve bu sözleşmelerin sadece sözleşme taraflarını bağlayıcı olması, üçüncü kişiler ve kurumları bağlayıcı ve sorumluluğunun bulunmadığı, bu sebeple bu sözleşme hükümlerine dayanılarak işlem tesisine olanak bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, ancak tarafları arasında bağlayıcı olan rödövens sözleşmesine dayanarak idarî işlem tesisinin mümkün olmaması sebebiyle yasal dayanağı bulunmayan davaya konu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016).

¹⁰² MY.m.82/VIII hükmünde rödövens sözleşmesi bulunan ruhsatların devir taleplerinde devir alandan, mevcut rödövens sözleşmesinin kabul edildiğine dair taahhütname isteneceği, verilmemesi halinde devir işlemi gerçekleştirilemeyeceğine dair bir düzenleme bulunmaktadır. MY.m.96/I-k hükmündeki “işlenir” fiilinin emir içermesi ile birlikte değerlendirdiğimizde, Yönetmelik yürürlüğe girdiği takdirde, her rödövens sözleşmesinin maden siciline işleneceği (şerh verileceği) ve rödövens sözleşmesine konu olan saha üzerindeki ruhsatın bir başkasına devredilmesi hâlinde maden siciline verilen şerhin aynı etki sağlayacağından söz edilebilir. Buna karşılık, MY.m.101/II hükmüne göre, “maden işletme ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmı veya tamamı için üçüncü kişilerle yapmış oldukları rödövens sözleşmelerinin ve bu sözleşmelerde yapılan değişikliklerin, devir ve intikal işlemlerinde, bilgilendirme amacıyla Genel Müdürlüğe verilmesi ve maden siciline bilgi amaçlı şerh edilmesi zorunludur. Genel Müdürlük hiçbir şekilde rödövens sözleşmelerine taraf değildir”. Maden Yönetmeliği’nde önceki Yönetmelikte bulunmamasına rağmen yeni bir düzenleme (MY.m.82/VIII) yapılarak, rödövens sözleşmesinin ruhsatı devralacak kişi tarafından kabul edilmesi zorunlu tutulmasına rağmen; bu fıkrafta “bilgilendirme amacıyla” ifadesinin yeniden kullanılması eleştiriye açıktır. Bu nedenle, MY.m.82/VIII hükmünün amacı dikkate alınarak, MY.m.101/II’de yer alan “bilgilendirme amacıyla” ifadesinin sadece “Genel Müdürlüğe verilmesi” ifadesi ile ilişkili olduğu; buna karşılık, “maden siciline şerh edilmesi” ifadesi ile ilişkili olmadığını söylemek yerinde olacaktır. Böylelikle, MK.m.1009’da yer alan kişisel hakların şerhine benzer bir durum ortaya çıkacaktır.

hükümün MK.m.1009 çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır¹⁰³. Diğer taraftan, rödövens sözleşmesinin maden siciline işlenmesi sözleşmenin kurucu, geçerlilik veya etkinlik unsurları bağlamında değerlendirilemez. Diğer bir ifadeyle, rödövens sözleşmesinin maden siciline kaydedilmemiş olması, sözleşmenin kurulmasına ve geçerliliğine herhangi bir etki etmeyecektir¹⁰⁴.

¹⁰³ **Topaloğlu**, Maden Hukuku, s. 51; **Topaloğlu**, Şekil, s. 217. Ancak, Maden Yönetmeliğinin 101 üncü maddesinin ikinci fıkrasında geçen “Maden işletme ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmı veya tamamı için üçüncü kişilerle yapmış oldukları rödövens sözleşmelerinin ve bu sözleşmelerde yapılan değişikliklerin, devir ve intikal işlemlerinde, bilgilendirme amacıyla Genel Müdürlüğe verilmesi ve maden siciline bilgi amaçlı şerh edilmesi zorunludur” şeklindeki ifadenin lafzı dikkate alındığında bu sonuca varmak güç gözükse de, amaca dayalı (gai) yorum metodu ile böyle bir çıkarım yapılması gerekli ve yerindedir.

¹⁰⁴ **Erekmecki / Süleymanoğlu**, s. 141. HGK. 11.10.2006, E.2006/ 11-617 K.2006/642, “... Mahkemeye, toplanan kanıtlara göre, maden işletme ruhsatının davalıya ait olduğu, davalının 21.12.1999 tarihinde dava dışı Feyzullah Kurtul ile harici rödövens sözleşmesi imzalandığı, davacının müdahil Tacettin ile ocaktan çıkacak kömürün % 40'ının Tacettin'e, % 30'un ise davacıya ait olacağını kararlaştırdığı, ancak, Maden İşleri Genel Müdürlüğü'nün 16.06.2003 tarihinde davalı ile diğer müdahil Duraksan Ltd. Şti. arasındaki rödövens sözleşmesini kabul ettiği, bu durumda her ne kadar davalı, davacı ve dava dışı Feyzullah Kurtul arasında yapılmış bir sözleşme var ise de bu sözleşmenin Maden Yasası'nın 38'nci maddesi gereğince maden siciline tescil ettirilmediği, bu nedenle sözleşmenin davalıyı ve Maden Dairesi'ni bağlamadığı... gereğesiyle davanın reddine karar verilmiştir. ... (Dairemizin 23.03.1998 tarih ve 1998/394-1918 sayılı ilamında da önceden imzalanan ve bilahare maden siciline tescil edilen iki ayrı sözleşmeye dayalı talepler açısından maden siciline kayıtlı sözleşme dışındaki sözleşme hükümlerinin de tarafları bağlayıcı olduğu belirtilmiştir.) Taraflar arasındaki sözleşmenin maden siciline tescili zorunluluğu bulunmayıp, tescil ancak madendeki devlet hakkının takibi açısından hüküm ifade etmektedir. O halde mahkemeye herhangi bir şekil şartına tâbi olmayan rödövens sözleşmesine dayalı davacı taleplerinin değerlendirilmesi gerekir iken, somut olayda uygulama yeri bulunmayan Maden Kanunu'nun 38. maddesine göre sözleşmenin maden siciline kaydedilmediği gereğesiyle davanın reddi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle dahi bozulması gerekmiştir. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016). Aynı yönde bkz., 11.HD. 8.12.2005, E.2004/12958 K.2005/12044, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016). Ancak, uygulamada bazı rödövens sözleşmelerine, sözleşmenin maden siciline tescil edildiğinde yürürlüğe gireceği yönünde hükümler konulmaktadır. Bu durumda, rödövens sözleşmesinin geciktirici koşula bağlı olarak yapıldığı söylenebilir. Bu nedenle, sözleşme maden siciline tescil edilinceye kadar hüküm ifade etmeyecektir. Buna karşılık, sözleşmenin maden siciline tescil edilmesiyle birlikte şart (koşul) gerçekleşecek ve sözleşme hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Bu yönde bkz., 11.HD. 23.3.1998, E.1998/394 K.1998/1918, “... Taraflar arasında 28.8.1997 tarihinde düzenlenen anlaşılan rödövens sözleşmesinin, 29.8.1987 günlü protokol gereği davacının rödövens hakkının maden siciline tescil edildiğinde yürürlüğe gireceği, tescil yapılmadığı takdirde ise sözleşmenin yapılmamış sayılacağı belirlendiği anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden Dairesi Başkanlığının 2.12.1992 tarihli yazısıyla da ilgili tescil işleminin 10.4.1992 tarihinde gerçekleştiği, gecikmeden ötürü davalı şirketin herhangi bir kusurunun bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda 28.8.1987 tarihli rödövens sözleşmesinin 10.4.1992 tarihinden önceki döneme uygulanma imkânı bulunmamaktadır. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016).

Öte yandan, rödövens sözleşmeleri bakımından kıyasen uygulama alanı bulabilecek olan BK.m.310/I hükmüne göre ise, sözleşmenin kurulmasından sonra maden sahası herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni ruhsat sahibi rödövens sözleşmesinin tarafı olur¹⁰⁵. Bu düzenleme karşısında, rödövens sözleşmelerinin maden siciline kaydının şerh olarak değerlendirilmesinin herhangi bir pratik etkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır¹⁰⁶.

V. HUKUKÎ NİTELİK

Gerek maden hakkını devir sözleşmesi gerek de rödövens sözleşmesi, her şeyden önce, birer özel hukuk sözleşmesidir. Zira her iki sözleşme de taraflarından birisinin idare olması hâlinde idareye karşı tarafın sahip olmadığı ayrıcalıklar ve üstünlükler vermemektedir¹⁰⁷. Bu iki sözleşmenin birer özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için idare hukukunda idarî sözleşmeler için öngörülen kurallar değil; medenî hukuk ve borçlar hukukunda öngörülen kurallar uygulanmalıdır.

Her iki sözleşmenin de kurulabilmesi için, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamasında bulunması yeterlidir (BK.m.1). Bu nedenle, hem maden hakkını devir sözleşmesinin hem de rödövens sözleşmesinin birer rızaî sözleşme olduğu ifade edilebilir¹⁰⁸. Rızaî bir sözleşme olan maden hakkını devir sözleşmesi, önceki ruhsat sahibi ile yeni ruhsat sahibi arasında bir borç ilişkisi kurmaktadır. Buna göre, önceki ruhsat sahibi, kendisine ait olan maden hakkını yeni ruhsat sahibine devretme borcu altına girmektedir. Rödövens sözleşmesi ise, ruhsat sahibi ile rödövensçi (rödövens veren) arasında bir borç ilişkisi doğurmaktadır. Taraflar arasında doğan bu borç ilişkisi, ruhsat sahibine maden işletme izninin kullanımını rödövensçiye (rödövens verene) terk etme yükümlülüğü yüklemesine karşın, rödövensçiyi (rödövens

¹⁰⁵ Topaloğlu, Şekil, s. 218.

¹⁰⁶ Faruk Acar, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326), 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 324.

¹⁰⁷ Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 186-187; A. Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar, 9. Baskı, Ankara 2013, s. 488; İsmet Giritli / Pertev Bilgen / Tayfun Akgüner / Kahraman Berk, İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2013, s. 1213; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 552; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 573; Akylmaz / Sezginer / Kaya, s. 477-479; Çevikçelik, s. 73. Kalabalık'a göre, idarenin sahip olduğu ayrıcalıklar ve üstünlüklere örnek olarak, tek yanlı değiştirme, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve işletmeyi satın alma yetkileri gösterilebilir (bkz., Halil Kalabalık, Kısa İdare Hukuku, Konya 2014, s. 189).

¹⁰⁸ von Tuhr, s. 141-142; Tekil, s. 44; Gönensay, s. 23-24; Eren, Genel, s. 238; Esener, s. 20; Ayan, Borçlar, s. 157; İnan / Yücel, s. 158.

vereni) sözleşmede kararlaştırılan rödövens bedelini ruhsat sahibine ödeme borcu altına sokmaktadır¹⁰⁹. Bu nedenle, her iki sözleşmenin de borç doğuran bir sözleşme olduğu söylenebilir.

Borç yüklenenlerin sayısına göre, maden hakkını devir sözleşmesi bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, sözleşmenin taraflarca belirlenen edimine göre, “*tek tarafa borç yükleyen sözleşme*”¹¹⁰ veya “*tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme*”¹¹¹ şeklinde kurulabilmesi mümkündür. Bu nedenle, Borçlar Kanunu’nda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için öngörülen hükümler, maden hakkının bir bedel veya mal karşılığında devredildiği sözleşmelerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır¹¹². Buna karşılık, rödövens sözleşmesi, tam iki tarafa veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme şeklinde kurulabilir. Gerçekten, rödövensçiya (rödövens verene) maden hakkının kullanımı bir bedel karşılığında devredilmişse, rödövens sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu; buna karşılık, bedelsiz olarak devredilmişse rödövens sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ifade edilebilir. Zira, maden hakkının kul-

¹⁰⁹ Amıkhoğlu, s. 73.

¹¹⁰ Merz, s. 35; von Tuhr, s. 139-140; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 153; Necip Bilge, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962, s. 15-16; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 15-16; Tekil, s. 43; Gönensay, s. 20, 22; Esener, s. 17-18; Eren, Genel, s. 210; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 98; Oğuzman / Öz, s. 45; Ayan, Borçlar, s. 154; Akıncı, s. 65; İnan / Yücel, s. 155-156; Yıldırım, Abdülkerim, s. 53-55. Aynı anlama gelmek üzere, öğretide “*tek taraflı borç doğuran akitler*” ve “*iki taraflı borç doğuran akitler*” (Bilge, s. 15-16), “*tek taraflı sözleşmeler*” ve “*iki taraflı sözleşmeler (synallagmatique)*” (Tekil, s. 43; Oğuzman / Öz, s. 45; Ayan, Borçlar, s.154), “*tek taraflı akitler*” ve “*iki taraflı akitler*” (Esener, s. 17-18), “*bir taraflı sözleşmeler*” ve “*iki taraflı sözleşmeler*” (Antalya, s. 153), “*karşılıksız akitler*” ve “*karşılıklı akitler*” (İnan / Yücel, s. 155) ifadeleri de kullanılmaktadır. Buna karşılık, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı’ya göre, bir taraflı sözleşme kavramını kullanmaktan kaçınmak gerekmektedir (bkz., age., s. 98).

¹¹¹ Merz, s. 35; Bilge, s. 16; Eren, Genel, s. 211; Eren, Özel, s. 16; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 98-99; Esener, s. 18; Akıncı, s. 65; Antalya, s. 153-154; Ayan, Borçlar, s. 154-155; İnan / Yücel, s. 155-156; Yıldırım, Abdülkerim, s. 54-55. Öğretide, aynı anlama gelmek üzere, “*tam olarak iki taraflı borç doğuran akitler*” ve “*eksik iki taraflı borç doğuran akitler*” (Bilge, s. 16), “*tam iki taraflı sözleşmeler*” ve “*eksik iki taraflı sözleşmeler*” (Oğuzman / Öz, s. 45; İnan / Yücel, s. 155; Ayan, Borçlar, s. 155) ifadeleri de kullanılmaktadır.

¹¹² Erekmekci / Süleymanoğlu, s. 138; Amıkhoğlu, s. 72. Dolayısıyla, ödemezlik def’i (BK.m.97), borçlu temerrüdü (BK.m.123-126) ve imkânsızlık (BK.m.36) hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, rödövens sözleşmeleri için de uygulama alanı bulur. Bkz., İnan / Yücel, s. 156.

lanımının bedelsiz olarak devredilmesi hâlinde, ruhsat sahibi her zaman aslî edim yükümlülüğü altına girmektedir; rödövanşçı (rödövanş veren) sözleşme süresinin bitimi hâlinde ruhsat sahibinin aslî edimi ile karşılıklı ilişki içerisinde olmayan geri verme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'nda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için öngörülen hükümler, maden hakkının kullanımının bir bedel karşılığında devredildiği rödövanş sözleşmelerine niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir¹¹³.

Maden hakkının kendisinin veya kullanımının mutlaka bir bedel karşılığında devredilmesi gerekliliğine ilişkin, maden hukuku mevzuatında bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, taraflar, maden hakkının kendisinin veya kullanımının bir bedel karşılığında veya bedelsiz olarak devredileceği konusunda anlaşabilirler. Bu durumda, gerek maden hakkını devir sözleşmesinin gerek de rödövanş sözleşmesinin “*ivazlı*” veya “*ivazsız*” olarak akdedilebilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

Sözleşmeler, kanunî düzenlemeye kavuşmuş olup olmamalarından hareketle, “*tipik (isimli) sözleşmeler*” ve “*atipik (isimsiz) sözleşmeler*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹¹⁴. Bir sözleşmenin kanunî düzenlemeye kavuşmuş sayılabilmesi için, sadece sözleşmenin ismen kanunda belirtilmesi yeterli değildir. Kanunda ismen geçen sözleşmenin tipik bir sözleşme olarak sayılabilmesi için, kanun hükmünün sözleşmenin objektif esaslı unsurları ile asgarî hüküm ve sonuçlarını düzenlemiş olması gereklidir¹¹⁵. Hem maden hakkını devir sözleşmesi hem de rödövanş sözleşmesine ilişkin kanunî düzenlemelere bakılacak olursa, gerek Borçlar Kanunu'nda gerek de Maden Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde yer alan hükümler, sözleşmeye tipiklik kazandırmaya yete-

¹¹³ **Erekmekci / Süleymanoğlu**, s. 138; **Amıkloğlu**, s. 72. Dolayısıyla, ödemezlik def'i (BK.m.97), borçlu temerrüdü (BK.m.123-126) ve imkânsızlık (BK.m.36) hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, rödövanş sözleşmeleri için de uygulama alanı bulur. Bkz., **İnan / Yücel**, s. 156.

¹¹⁴ Heinrich **Honsell**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Auflage, Bern 2003, s. 14-21; **Merz**, s. 47; **Bilge**, s. 3-11; Fahrettin **Aral** / Hasan **Ayrancı**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 54; Aydın **Zevkliler** / K. Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 11-23; Murat **Aydoğdu** / Nalan **Kahveci**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 23; **Saymen**, s. 13; **Eren**, Genel, s. 207; **Eren**, Özel, s. 17; **Oğuzman / Öz**, s. 46-48; **Ayan**, Borçlar, s. 158; **Antalya**, s. 150-152; **Akıncı**, s. 64.

¹¹⁵ Mustafa Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 4; **Eren**, Özel, s. 17; **Aral / Ayrancı**, s. 54; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 12; **Uyumaz / Güngör**, s. 156. Kanunda ismen belirtilmiş olmasına rağmen, isimsiz sözleşme sayılan sözleşmeler için bkz., **Aral / Ayrancı**, s. 54.

cek ayrıntıda değildir. Bu nedenle, her iki sözleşmenin kanunî düzenlemeye kavuşmamış atipik (isimsiz) bir sözleşme olduğu söylenebilir.

Önceki ruhsat sahibinin maden işletme hakkını yeni ruhsat sahibine devretmesi karşılığında yeni ruhsat sahibi bir bedel ödeme veya bir şeyin mülkiyetini karşı tarafa geçirme borcu altına girebileceği gibi; hiçbir borç altına girmemesi de mümkündür. Bu unsurlara bakılacak olursa, maden hakkını devir sözleşmesinin taşınır satışı sözleşmesine, mal değişim sözleşmesine veya bağışlama sözleşmesine benzeyebileceğini söylemek mümkündür. Ayrıca, rödövens sözleşmesinde de ruhsat sahibinin maden işletme hakkının kullanımını devretmesi karşılığında rödövensçi (rödövens veren) genellikle rödövens bedelini ödeme borcu altına girerken; bazı hâllerde herhangi bir borç altına girmeyebilir. Bu unsurlara bakılacak olursa, rödövens sözleşmesinin ürün (hasılat) kirasına veya kullanım öduncü (ariyet) sözleşmesine benzediğini söylemek mümkündür. Ancak, Maden Kanunu ve Maden Yönetmeliği, her iki sözleşmenin de taraflarına Borçlar Kanunu'nda öngörülmeleyen bir takım yükümlülükler yüklemiştir. Bu nedenle, gerek maden hakkını devir sözleşmesinin gerek de rödövens sözleşmesinin “*tipik sözleşmeye ikinci derecede başka edim eklenmesi şeklindeki karma sözleşme*”¹¹⁶ olduğunu söylemek de mümkündür¹¹⁷.

VI. UYGULANACAK HÜKÜMLER

Ne Borçlar Kanunu'nda ne de Maden Kanunu'nda özel bir sözleşme olarak düzenlenen maden hakkını devir sözleşmesi ile rödövens sözleşmesi, karma nitelikli atipik (isimsiz) sözleşmelerdendir. Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanması gerektiği hakkında ise, öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden birincisi olan “*saf dışı etme teorisi*”ne göre, bir araya getirilen çeşitli tipler birbirini götürür ve bu sebeple karma sözleşmelere

¹¹⁶ *Karma sözleşmelerin bu çeşidi* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Honsell, s. 17; Tandoğan, I/1, s. 73; Aral / Ayrancı, s. 60-61; Zevkliler / Gökyayla, s. 21; Gümüş, s. 8; Yavuz, s. 28; Ayan, Borçlar, s. 161-162; Aydoğdu / Kahveci, s. 40.

¹¹⁷ Uyumaz / Güngör, s. 156. Buna karşılık, bazı Yargıtay kararlarında, rödövens sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir. Ancak, rödövens sözleşmesinin unsurlarının kısmen kanunda öngörülen sözleşme tiplerinde mevcut olması sebebiyle, Yargıtay'ın bu yöndeki kararları yerinde değildir. Söz konusu Yargıtay kararları için Bkz., 6.HD. 17.3.2010, E.2009/13548 K.2010/2942, “... Rödövens sözleşmeleri kendine özgü bir sözleşme tipi olmakla birlikte B.K'nun 270 ve devamı maddelerinde düzenlenen hasılat kirası özellikleri göstermektedir. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); aynı yönde bkz., 11.HD. 4.3.2002, E.2001/8457 K.2002/1813, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016).

Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması gereklidir. “Soğurma (imtisas) teorisi” olarak isimlendirilebilecek olan ikinci görüşe göre, karma sözleşmenin bütünü açısından hangi tipe ait olan unsur daha önemliyse o tipe dair dair hükümler tüm karma sözleşmeye uygulanmalıdır. “Birleştirme teorisi” olarak isimlendirilebilecek olan üçüncü görüşe göre, her edime ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. “Yaratma ve kıyas görüşü” olarak isimlendirilebilecek olan son görüşe göre ise, karma sözleşmeler kanunen düzenlenmemiş olduğu için, bu sözleşmelere kanun hükümleri ancak kıyasen uygulanmalı veya hâkim Medenî Kanun’un 1 inci maddesine istinaden hukuk yaratmalıdır¹¹⁸.

Karma sözleşmelere uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla ortaya atılan bu görüşlerden son görüş, Medenî Kanun’un 1 inci maddesinin yapısına daha uygundur¹¹⁹. Bu görüş dikkate alınarak maden hakkını devir sözleşmeleri bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, öncelikle maden hakkını devir sözleşmelerine kanunda kıyasen uygulanabilecek bir hükmün olup olmadığı tespit edilmeli, kanunda kıyasen uygulanabilecek bir hüküm bulunamazsa hâkim hukuk yaratmalıdır.

Maden hakkını devir sözleşmesine, taraflarca belirlenen edimlerine göre, üç farklı sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği ileri sürülebilir. Gerçekten, maden hakkının devri karşılığında yeni ruhsat sahibi, bir bedel ödeme borcu altına giriyorsa “satış sözleşmesi”ne ilişkin hükümler; bir şeyin mülkiyetini önceki ruhsat sahibine geçirme borcu altına giriyorsa “mal değişim (trampa) sözleşmesi”ne ilişkin hükümler ve son olarak da herhangi bir borç altına girmiyorsa “bağışlama sözleşmesi”ne ilişkin hükümler somut olayda kıyasen uygulama alanı bulabilir.

Buna karşılık, rödövars sözleşmelerine kıyasen hangi hükümlerin uygulanabileceği hakkında öğreti ve yargı kararlarında, temelde iki görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkinde göre¹²⁰, rödövars sözleşmelerine İş Kanu-

¹¹⁸ Honsell, s. 20-21; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 29-29; Tandoğan, I/1, s. 73-75; Zevkliler / Gökyayla, s. 21; Aral / Ayrancı, s. 63-64; Ayan, Borçlar, s. 162; Antalya, s. 152; Aydoğdu / Kahveci, s. 40.

¹¹⁹ Tandoğan, I/1, s. 75; Yavuz, s. 29. Zevkliler / Gökyayla, Türk hukukunda bu görüşün benimsendiğini ifade etmişlerdir (bkz. age., s. 21). Aynı görüşte, Antalya, s. 152; Aydoğdu / Kahveci, s. 41.

¹²⁰ 21.HD. 26.1.2010, E.2009/12236 K.2010/620, “...Dava, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin maddî ve manevî zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki Sözleşmenin tetkikinden ruhsat sahibi TTK Gn. Müd. 'ne, rödovansçı şirket tarafından yapılacak yıllık iş programlarını her türlü rapor ve projeleri inceleme, denetleme gerek-

nunda düzenlenen alt işveren sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır. Diğer görüşe göreyse¹²¹, rödövens sözleşmelerine ürün (hasılat) kirasına ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır. Ancak, rödövens sözleşmesine alt işveren sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yönündeki görüş, iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından bir değerlendirme yapmaktadır. Buna karşılık, rödövens bedelini ifade temerrüde düşme gibi iş hukukundan kaynaklanmayan uyuşmazlıklar için alt işveren sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde bir değerlendirme yapılmamaktadır.

Konu borçlar hukuku yönünden ele alındığında, ürün (hasılat) kirası ve kullanım ödünü sözleşmelerine ilişkin hükümlerin rödövens sözleşmesine kıyasen uygulanabileceği ifade edilebilir. Somut olayda, rödövens sözleşmesi-

li değişiklikleri yapma yetkisinin verildiği, aylık ve yıllık faaliyet raporlarının davacı şirkete gönderileceği, üretilen kömür ve mevcut kömür artıklarının TTK Gn. Müd. 'nün göstereceği kantarda tartılmadan ve sevk fişi düzenlenmeden saha dışına çıkarılmayacağı, rödövensçinin işletme ruhsat sahibinin yapacağı yazılı istek uyarı ve talimatlara riayet edeceği, davacı şirketin sahadaki çalışmaları defter kayıtlarını, üretimi kontrol etmeye ve talimat vermeye yetkili olduğu, kantardan geçen miktar üzerinden rödövens tahakkuk ettirileceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu tespitler karşısında davalılar TTK Gn. Müd. ile K... Mad. San. Tic. Ltd. Şti. arasındaki ilişkinin 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesi gereğince alt işveren-üst işveren ilişkisi olarak değerlendirilmek gerektiği açık ve seçiktir. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 10.HD. 17.10.2014, E.2014/16695 K.2014/19906, “Dava, madende meydana gelen kaza sebebiyle rücuen tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece; davalılar arasındaki sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren usulüne uygun olup olmadığı irdelenerek, Maden Kanunu Ek 7. maddesinin somut olayda uygulama yerinin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, bir başka ifade ile, asıl işveren-taşeron ilişkisi olup olmadığı saptanarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir. Tüm bu hususlar göz ardı edilerek karar verilmesi doğru olmamıştır. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016). Buna karşılık, uyuşmazlığın iş hukukundan kaynaklanmadığı davalarda Yargıtay hiçbir tartışmaya girmeden rödövens sözleşmesine ürün (hasılat) kirasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağına hükmetmiştir. Bkz., 14.HD. 28.6.2010, E.2010/6528 K.2010/7372, “... Dava, ödenmeyen rödövens bedeli alacağının tahsili istemine ilişkindir. Hasılat kirasında adi kirada olduğu gibi kiralananın teslimi kiralayanın borcunu sona erdirmez. ... Davacı kamulaştırma yapmadan sahaya ruhsat aldığından ve sahanın işletilememesi sebebiyle oluşan su birikintisinden sorumlu olduğundan kiralananı sözleşmedeki amaca uygun olarak kullanmaya ve işletmeye elverişli biçimde bulundurma borcunu yerine getirmemiştir. Kira alacağının (rödövens bedelinin) tahsiline dair davanın reddi açıklanan sebeple doğrudur. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 6.HD. 21.10.2013, E.2013/1827 K.2013/13962, “...Dava, rödövens bedelinin tahsili için icra takibine yapılan itirazın iptaline ilişkindir. Rödövens sözleşmeleri, hasılat kira sözleşmelerinin bir türü olup, bütün kira ilişkilerinde olduğu gibi kural olarak hasılat kirasında da sözleşmeyle kararlaştırılan rödövens bedelinin ödendiğini ispat yükü davalı rödövensçiye düşer. ...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016).

¹²¹ Osman Güven **Çankaya**, Rödövens Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?, Kamu-İş, C. 13, S. 3, 2014, s. 19; **Özdamar**, Maden Hakkının Devri, s. 126; **Uyumaz / Güngör**, s. 164.

le maden hakkının kullanımı bir bedel kararlaştırılarak devredilmişse “ürün (hasılat) kirası sözleşmesi”ne ilişkin hükümler¹²² kıyasen uygulanmalıyken;

¹²² **Topaloğlu**, Şekil, s. 208; **Özdamar**, Maden Hakkının Devri, s. 126; **Uyumaz / Güngör**, s. 164; **Çankaya**, s. 19; **Öztürk**, s. 71; **Erekmekeci / Süleymanoğlu**, s. 137, 144; **Kocaman / Kayar / Kocaman**, s. 229; **Amıkhoğlu**, s. 19, 34. Gerçekten, bazı Yargıtay kararlarında rödövans sözleşmesinin ürün (hasılat) kirası sözleşmesinin bir türü olduğu kabul edilmiştir. Bu kararlar için bkz., HGK. 23.10.2013, E.2013/14-215 K.2013/1487, “...*Taraflar arasında varlığı çekişmesiz olan 15.03.2005 tarihli sözleşme, hasılat kira sözleşmelerinin bir türü olan rödövans sözleşmesidir. ...*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); aynı yönde bkz., 14.HD. 20.2.2007, E.2007/111 K.2007/1552, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 14.HD. 21.10.2008, E.2008/7969 K.2008/12073, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 14.HD. 28.6.2010, E.2010/6528 K.2010/7372, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 14.HD. 25.1.2012, E.2011/12203 K.2012/824, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 14.HD. 6.3.2012, E.2011/14687 K.2012/3238, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 6.HD. 18.11.2014, E.2014/2409 K.2014/12562, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 6.HD. 24.6.2015, E.2015/1298 K.2015/6363, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016). Buna karşılık, bazı Yargıtay kararlarında, rödövans sözleşmesine ilişkin özel bir düzenleme olmadığı için ürün (hasılat) kirası sözleşmesine ilişkin hükümlerin somut olaya uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kararlar için bkz., 10.HD. 17.10.2014, E.2014/16695 K.2014/19906, “...*Rödövans sözleşmesine Maden Kanununda özel bir düzenleme olmadığı için Borçlar Kanununun 270 ve devamı maddelerinde düzenlenen “hasılat kirasına” ait hükümler uygulanır. ...*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); aynı yönde bkz., 10.HD. 25.11.2013, E.2013/3807 K.2013/22156, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 10.HD. 26.5.2014, E.2013/18757 K.2014/12683, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); 10.HD. 17.10.2014, E.2014/16695 K.2014/16906, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); HGK. 11.10.2006, E.2006/11-617 K.2006/642, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016). Zira, ürün (hasılat) kirası sözleşmesinin konusunu ürün veya yarar getiren taşınır veya taşınmaz mal, ticarî işletme veya hak oluşturabilir (Bkz., Theo **Guhl** / Alfred **Koller** / Jean Nicolas **Druey**, Das Schweizerische Obligationenrecht, Achte Auflage, Zürich 1991 (Guhl / Merz / Koller), s. 375; Harm Peter **Westermann** / Paul **Jendrek**, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 11. Auflage, Köln 2004, s. 1833, 2024; **Honsell**, s. 221, 222; Halük **Burcuoğlu**, Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta (Aile – Kira – Borçlar Hukukunun Diğer Bazı Bölümleri), I Quo Vadis (Nereye), II Nihayet, İstanbul 2016, s. 56; Azra **Arkan Serim**, Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, İstanbul 2010, s. 3-5; Zeynep **Arslan**, Ürün Kirası Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kiralananın İadesi, Ankara 2016, s. 31; Erol **Cansel**, Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara 1953, s. 4; Halük **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/2, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 3; **Bilge**, s. 123; **Zevkiler / Gökyayla**, s. 200; **Eren**, Özel, s. 431-432; **Yavuz**, s. 705. HGK. 23.10.2013, E.2013/14-215 K.2013/1487, “...*hâsılat kirasında kiralayan hâsılat getiren bir malı ya da hakkı, kiracının bu malın semeresinden yararlanmasını da içerecek şekilde kiralamaktadır. Hâsılat kirasının konusunu hâsılat getiren bir taşınır veya taşınmaz yahut bir ticarî işletme veya hak oluşturabilir. ...*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016); aynı yönde bkz., 14.HD. 23.10.2009, E.2009/8474 K.2010/11535, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 3.5.2016)). Öğretide, ürün (hasılat) kirasına konu olabilecek haklara örnek olarak, ihtira hakkının işle-

bedelsiz devredilmişse “*kullanım öduncü sözleşmesi*”ne ilişkin hükümler¹²³ kıyasen uygulama alanı bulmalıdır¹²⁴. Buna karşılık, alt yükleniciliğe ilişkin hükümlerin rödövens sözleşmesine kıyasen uygulanması mümkün değildir.

VII. SONUÇ

Maden hakkını devir sözleşmesi ile rödövens sözleşmesi, birbirinden tamamen farklı iki sözleşmedir. Ancak, uygulamada, maden ruhsatının devri amacıyla rödövens sözleşmelerinin kullanıldığını görmek de mümkündür. Bu gibi durumlarda, eğer rödövens sözleşmesi, maden hakkını devir sözleşmesi için aranan geçerlilik şekline uygun olarak yapılmışsa, maden siciline yapılacak tescil için hukukî sebep olabilir. Buna karşılık, maden hakkını devir sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılmayan veya içerisinde ruhsatın rödövensçiye (rödövens verene) devredilebileceği yönünde hüküm bulunmayan rödövens sözleşmeleri maden hakkının maden siciline tescili için hukukî sebep teşkil etmez.

Bu konuda ikili bir ayırım yapmak gerektiği ileri sürülmektedir. Uygulamada görülen bazı rödövens sözleşmelerinde, maden ruhsatını devir alan kişinin ruhsatı sahiplenme kastı bulunmamaktadır. Bu tür sözleşmelere “*devirli rödövens sözleşmesi*” denilmektedir. Yargıtay, devirli rödövens sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları çözmek için, ürün (hasılat) kirası sözleşmesi hükümlerini kıyasen uygulamaktadır. Uygulamada görülen diğer rödövens

tilmesinin devri, fikir ve sanat eserleri işletme hakkının devri, deniz, göl, kara hayvanlarının avlanması hakkının devri, bir maden imtiyazının devri, kamuya ait sudan faydalanma imtiyazının devri gösterilebilir (Bkz., **Tandoğan**, I/2, s. 5-6; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 202; **Yavuz**, s. 706; **Arkan Serim**, s. 7). Hâl böyle olunca, ruhsat sahibinin sahip olduğu maden ve işletme haklarının da ürün (hasılat) kirasına konu olabileceğini söylemek mümkündür. Gerçekten, pozitif hukuk açısından bu görüş oldukça yerindedir. Ancak, ideal hukuk bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, uygulamada sıklıkla görülen rödövens sözleşmelerine ürün (hasılat) kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması yeterli görülmemelidir. Bu nedenle, rödövens sözleşmeleri kanunen düzenlenerek tipik (isimli) bir sözleşme statüsüne sokulmalı ve rödövens sözleşmesinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümüne dair özel hükümler sevk edilmelidir.

¹²³ Kullanım öduncü sözleşmesinin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Tandoğan**, I/2, s. 288-291; **Yavuz**, s. 723-725; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 394-396; **Aral / Ayrancı**, s. 312-313; **Aydoğdu / Kahveci**, s. 702-704.

¹²⁴ Buna ek olarak, **Çanga / Çanga**, rödövensçinin (rödövens verenin) rödövens sözleşmesine dayanarak maden üretimi yapmasını kira akdine dayalı vekâlet ilişkisi olarak nitelendirmektedir. Yazarlara göre, rödövensçi (rödövens veren) hak sahibine vekâleten üretim yapar. Ancak, vekâlet kurumundan farklı olarak, haklı neden olmadıkça vekâletten azil olanağı düşünülemez (bkz., age., s. 197).

sözleşmelerinde ise, maden ruhsatını devralan kişinin ruhsatı sahiplenme kastı bulunmaktadır. Bu tür rödövans sözleşmeleri, bir tür satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

Uygulamada maden ruhsatının devri amacıyla yapılan sözleşmelerin teorik olarak rödövans sözleşmesi olarak isimlendirilmesi yerinde değildir. Teorik açıdan bu tür sözleşmeler maden hakkını devir sözleşmesi olarak isimlendirilmelidir. Zira rödövans sözleşmeleri ile maden hakkını devir sözleşmeleri arasında şekil, taraflar, uygulanacak hükümler bakımından farklılıklar bulunmaktadır.

Maden hakkını devir sözleşmesi ile rödövans sözleşmesi arasındaki ilk fark, kendisini borcun tam ve gereği gibi ifası sonucunda sözleşmenin karşı tarafının kazandığı hakta göstermektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki, her iki sözleşmeyle de ruhsat sahibiyle sözleşme yapan karşı taraf bir alacak hakkı kazanmaktadır. İki sözleşme arasındaki fark, kendisini sözleşmeden doğan alacak hakkının muhtevasında göstermektedir. Gerçekten, maden hakkını devir sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafı, maden ruhsatının maden sicilinde adına tescil edilmesini talep etme hakkı elde etmektedir. Maden ruhsatının adına tescili ile birlikte, bu kişi herkese karşı ileri sürebileceği kendisine özgü ayn  bir hak elde etmektedir. Buna karşılık, r d vansı ancak maden sahasının kendisine teslim edilmesini ve rödövans süresi boyunca kullanıma uygun hâlde bulundurulmasını talep etme hakkı etmektedir. Diğer bir deyişle, r d vansı maden ruhsatının adına tescilini talep edemez. O, ancak sözleşmeden doğan kişisel hakkının maden siciline şerh edilmesini isteyebilir.

Bu iki sözleşme arasındaki ikinci fark, sözleşmenin şekli konusundadır. Maden Yönetmeliği'nin "*Genel Hükümler*" başlıklı birinci kısmının on üçüncü bölümünde devir, miras yolu ile intikal ve terk işleri düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan ve "*Devir*" başlıklı 82 inci maddenin birinci fıkrasına göre, "*Maden ruhsatları ve sertifikaları talep halinde, hukuki bir sakınca bulunmadığı takdirde, Kanunun 6 ncı maddesindeki maden haklarını kullanma ile ilgili şartları taşıyan gerçek veya tüzel kişilere Genel Müdürlükçe devredilebilir. Devir Bakanlık onayı ile gerçekleşir. Buluculuk hakkı sahibi, bu hakkını ruhsat ile birlikte devredebilir*". Hükümden anlaşılacağı üzere, maden ruhsatı devirlerinin MİGEM'de yetkili memur huzurunda yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, maden ruhsatının devrine ilişkin sözleşmeler resmî şekil şartına tâbi tutulmuştur. Buna karşılık, rödövans sözleşmeleri, kural olarak, herhangi bir şekle tâbi değildir.

Maden hakkını devir sözleşmesinin tarafları, önceki ruhsat sahibi ile yeni ruhsat sahibidir. Buna karşılık, rödövens sözleşmesinin tarafları, ruhsat sahibi ile rödövensçidir (rödövens verendir).

İki sözleşme arasındaki son fark ise, uygulanacak hükümlerle ilgilidir. Maden hakkını devir sözleşmesine, bir şeyin mülkiyetini devir amacı güden sözleşmelere (satış, trampa ve bağışlama sözleşmeleri) ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilir. Buna karşılık, rödövens sözleşmelerine ürün (hasılat) kirası ve kullanım ödöncü sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA¹²⁵

- ACAR**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326), 3. Baskı, İstanbul 2016.
- ADAMS**, Randall R.: The Implied-in-Law Covenant to Develop and Mine in Hard Mineral Leases: Archer V. Mountain Fuel Supply CO., Idaho Law Review, C. 19, S. 3, 1983, s. 633-654.
- AKINCI**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 9. Baskı, Konya 2016.
- AKINTÜRK**, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- AKKURT**, Sinan Sami / **UYUMAZ**, Alper: Registers in Turkish Civil Law and the Functions of Them, IISES, Prague 2015, p. 21-36.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar / **SEZGİNER**, Sezginer / **KAYA**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014.
- AMIKLIOĞLU**, Hüseyin: Rödövens Sözleşmesi, Ankara 2016.
- ANTALYA**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- ARAL**, Fahrettin / **AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014.
- ARKAN SERİM**, Azra: Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, İstanbul 2010.
- ARSEBÜK**, Esat: Borçlar Hukuku, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1943.
- ARSLAN**, Zeynep: Ürün Kirası Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kiralananın İadesi, Ankara 2016.

¹²⁵ Aynı yazarın birden fazla eserine atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- ATAAY**, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, C.1, 4. Baskı, İstanbul 1986.
- ATAY**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014.
- AYAN**, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, Borçlar).
- AYAN**, Mehmet: Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, I).
- AYBAY**, Aydın / **HATEMİ**, Hüseyin: Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- AYBAY**, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, İstanbul 1975.
- AYDOĞDU**, Murat / **KAHVECİ**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014.
- AYHAN**, Rıza / **ÖZDAMAR**, Mehmet / **ÇAĞLAR**, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, 9. Baskı, Ankara 2016.
- BAYCIK**, Gaye: Rödövens Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, s. 1895-1956.
- BİLGE**, Necip: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.
- BOZER**, Ali / **GÖLE**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015.
- BURCUOĞLU**, Halük: Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta (Aile – Kira – Borçlar Hukukunun Diğer Bazı Bölümleri), I Quo Vadis (Nereye), II Nihayet, İstanbul 2016.
- CANSEL**, Erol: Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara 1953.
- CARR**, William F. / **OWEN**, Paul R.: Clear as Crude: Defending Oil and Gas Royalty Litigation, Natural Resources Journal, C. 37, S. 3, 1997, s. 695-706.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2015.
- ÇANGA**, Halit Erol / **ÇANGA**, Bora: Maden Kanunu (Danıştay Kararları ile Açıklamalı), İstanbul 1996.
- ÇANKAYA**, Osman Güven: Rödövens Alt İşverenlik Sözleşmesi Midir?, Kamu-İş, C. 13, S. 3, 2014, s. 1-21.
- ÇEVİKÇELİK**, Muradiye: Türk İdare Hukukunda Maden İşletme ve Rödövens Sözleşmeleri, Ankara 2017.

- ERDOĞAN**, Kemal: Rödövens Sözleşmesi, Ankara 2017.
- EREKMEKÇİ**, Müge / **SÜLEYMANOĞLU**, Gizem: Rödövens Sözleşmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 1, 2016, s. 133-144.
- EREN**, Fikret / **BAŞPINAR**, Veysel: Toprak Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017 (Eren, Genel).
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016 (Eren, Özel).
- ERMAN**, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- ERTAŞ**, Şeref: Eşya Hukuku, 12. Baskı, İzmir 2015.
- ESENER**, Turhan / **GÜVEN**, Kudret: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017.
- ESENER**, Turhan: Borçlar Hukuku, C. 1, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK.m.1-40), Ankara 1969.
- FINDIKGİL**, Yavuz: Maden Hukuku, İstanbul 1966.
- GİRİTLİ**, İsmet / **BİLGİN**, Pertev / **AKGÜNER**, Tayfun / **BERK**, Kahraman: İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2013.
- GÖĞER**, Erdoğan: Maden Hukuku, Ankara 1979 (Göğër, Maden).
- GÖĞER**, Erdoğan: Petrol Hukuku, Ankara 1967 (Göğër, Petrol).
- GÖNENSAY**, A. Samim: Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1948.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref / **TAN**, Turgut: İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar, 9. Baskı, Ankara 2013.
- GUHL**, Theo / **KOLLER**, Alfred / **DRUEY**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Achte Auflage, Zürich 1991.
- GÜLAN**, Aydın: Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, İstanbul 2008.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- GÜNAY**, Ömer: Maden Hukuku (Kavramlar- İlkeler- Tanımlar), Ankara 2016.
- GÜNDAY**, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011.
- HATEMİ**, Hüseyin / **GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2.

Baskı, İstanbul 2012.

HONSELL, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Bosonderer Teil, 7. Auflage, Bern 2003.

İNAN, Ali Naim / **YÜCEL**, Özge: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

İNAN, Atilla: İhale Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, Ankara 2014.

KALABALIK, Halil: Kısa İdare Hukuku, Konya 2014.

KOCAMAN, R. / **KAYAR**, B. / **KOCAMAN**, B.: Rödövans Sözleşmelerine Maden Hukuku Açısından Bakış, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s. 223-238.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, 6. Baskı, İstanbul 2014.

KUŞÇU, Mustafa: Maden Hukuku ve Uygulamaları, Isparta 2007.

MERZ, Hans: Vertrag und Vertragschluss, 2. Auflage, Freiburg 1992.

MOULTON, Fred: Problems and Pitfalls Arising from Mineral and Royalty Conveyances, American Bar Association, Section of Mineral and Natural Resources Law Proceedings, C. 1956, s. 258-268.

NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015.

NOMER, Haluk Nami / **ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 5. Baskı, İstanbul 2017.

OĞUZMAN, M. Kemal / **BARLAS**, Nami: Medenî Hukuk, 21. Baskı, İstanbul 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal / **ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 16. Baskı, İstanbul 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017.

OSER, H. / **SCHÖNENBERGER**, W.: Borçlar Hukuku, Birinci Kısım, (Çev. Recai Seçkin), Ankara 1947.

ÖZDAMAR, Demet: Maden Hakkı ve Maden İrtifakı, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s. 319-334 (Özdamar, Maden İrtifakı).

- ÖZDAMAR**, Demet: Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri, Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 119-148 (Özdamar, Maden Hakkının Devri).
- ÖZTOPRAK**, Sezin: (6592 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle) Kömür Ocaklarının Özel Hukuk Kişileri Tarafından İşletilmesi, Ankara 2015.
- ÖZTÜRK**, Gülay: Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara 2010.
- RAE**, C. A.: Royalty Clauses in Oil and Gas Leases, Alberta Law Review, C. 4, S. 2, 1965-1966, s. 323-357.
- SAYMEN**, Ferit H.: Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, Umumî Hükümler, İstanbul 1950.
- SERT**, M. / **ŞAHVERDİOĞLU**, İ.: Maden Kanununda Yapılan Son Değişikliklerin Sektöre Muhtemel Olumlu ve Olumsuz Etkilerinin İrdelenmesi, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s. 175-203.
- SİRMEN**, A. Lâle: Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- ŞENER**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016.
- TANDOĞAN**, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. Baskı, İstanbul 2008 (Tandoğan, I/1).
- TANDOĞAN**, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/2, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, 4. Baskı, İstanbul 2008 (Tandoğan, I/2).
- TEKİL**, Fahiman: Borçlar Hukuku, İstanbul 1981.
- TELLİ**, Serap: İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler, Ankara 1989.
- TOKAT**, Hüseyin: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1, 2016, s. 181-245.
- TOKAT**, Hüseyin: Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S. 2, 2017, s. 523-575.
- TOKAT**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara 2018.
- TOPALOĞLU**, Mustafa: Maden Hukuku (5995 Sayılı Kanun'la Değişik Maden Kanunu ve İlgili Mevzuat), Adana 2011 (Topaloğlu, Maden Hukuku).

- TOPALOĞLU**, Mustafa: Rödövans Sözleşmelerinin Şekli ve Tescili, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s. 205-221 (Topaloğlu, Şekil).
- TUĞ**, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya 1994.
- TURHAN**, Melih: Türkiye’de Maden Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Bazı Ülkelerle Mukayesesi, Maden Hukuku Bildiriler Kitabı, Ankara 2016, s. 17-39.
- TÜRKİYE KÖMÜR İŞLETMELERİ KURUMU GENEL MÜDÜRLÜĞÜ**: Rödövans Uygulama Yönergesi 2007.
- UÇKAN**, Özkan: Türk Hukukunda Madencilğe İlişkin Haklar ve Bunların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi, Eskişehir 1983.
- UYUMAZ**, Alper / **GÜNGÖR**, Fatma: Rödovans Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 4, 2015, s. 145-185.
- ÜLGEN**, Hüseyin / **HELVACI**, Mehmet / **KENDİGELEN**, Abuzer / **KAYA**, Arslan / **NOMER ERTAN**, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2015.
- ÜNAL**, Mehmet / **BAŞPINAR**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.
- von TUHR**, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2 (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983.
- WESTERMANN**, Harm Peter / **JENDREK**, Paul: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 11. Auflage, Köln 2004.
- YAVUZ**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014 (Yavuz, Özel).
- YILDIRIM**, Abdülkerim: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2015.
- ZEVLİLER**, Aydın / **GÖKYAYLA**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2015.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

VERGİ HUKUKUNDA YORUM KURALLARININ VE EKONOMİK YAKLAŞIM İLKESİNİN KULLANILMASI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Erşah TOPRAK*

Ramazan ARMAĞAN**

ÖZ

Vergi hukuku, mükellefler ile devlet arasında vergilendirmeden dolayı ortaya çıkan ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalıdır. Vergi hukukunun kendine özgü kuralları yorum konusunda da kendini göstermekte ve yorum konularının vergi hukuku özelinde değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Vergi hukukunda yorum yapılırken yorum türlerinden ve yorum yöntemlerinden faydalanılır. Bu yöntemlerin birbirlerini destekleyici şekilde kullanılmaları hukuk kurallarının yorumlanması ve anlamlandırılması açısından önemlidir. Vergiyi doğuran olayların belirlenip yorumlanmasında ve bu olaylara uygulanacak hukuk normunun saptanmasında, yoruma yardımcı bir ilke olan ekonomik yaklaşım ilkesi kullanılmaktadır. Ayrıca, vergi hukukunda yorum yapılabilmesi için verginin kanuniliği ilkesine ve vergi hukukunda kıyas yasağına da uyulması gerekmektedir.

Bu çalışmanın amacı, verginin kanuniliği ilkesi, kıyas yasağı ve ekonomik yaklaşım ilkesi kavramlarını ele alarak, vergi hukukunda yorumu ve yorumun yasal dayanaklarını incelemek ve değerlendirmektir.

***Anahtar Kelimeler:** Vergi Hukuku, Yorum Türleri ve Yöntemleri, Verginin Kanuniliği İlkesi, Kıyas Yasağı, Ekonomik Yaklaşım İlkesi*

AN ASSESSMENT OF THE USE OF INTERPRETATION RULES AND THE PRINCIPLE OF ECONOMIC APPROACH IN THE TAX LAW

ABSTRACT

The tax law is branch of law that embodies the taxpayers-state relations that arise from taxation. The specific rules of the tax law also show itself in interpretation and require the interpretation of the tax law in particular.

* **Av.**, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, **E-Posta Adresi:** av.ersahtoprak@gmail.com

** **Prof.Dr.**, Celal Bayar Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Ekonomi ve Finans Bölümü, **E-Posta Adresi:** ramazan.armagan@cbu.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/08/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/06/2017

While interpreting the Tax Law the interpretation types and interpretation methods are utilized. The use of these methods in support of each other is important in terms of interpretation and meaning of the legal rules. In the determination and interpretation of taxable events and in the determination of the legal norm to be applied to these events, the principle of economic approach that helps to the interpretation in the Tax Law is used. In addition, in order to be able to make interpretation in the Tax Law, it is necessary to comply with the principle of the legality in Tax Law and with the prohibition of analogy in the Tax Law.

The aim of the study is to examine and assess the interpretation in the Tax Law and the legal bases of interpretation by taking the concepts of the principle of legality in taxation, the prohibition of analogy and the economic approach principle into account.

Keywords: *Tax Law, Interpretation Types and Methods, Principle of Legality in the Tax Law, Prohibition of Analogy, the Principle of Economic Approach*

GİRİŞ

Hukuk kurallarının soyut ve genel nitelikte olması, ekonomik ve sosyal hayattaki gelişme ve değişimler hukuk kurallarının yorumlanmasını gerekli kılmaktadır. Her hukuk dalının kendine münhasır belirli özellikleri vardır. Bağımsız bir hukuk dalı olan vergi hukukunun da kendi özgü kuralları mevcuttur. Vergi hukukunun kendine özgü kuralları yorum konusunda da ortaya çıkmakta ve bu durum yorum konularının vergi hukuku özelinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Vergi hukukunda yorum konusu özel olarak ele alınmalıdır. Vergi hukukunda uygulanan yorum türleri ve yorum yöntemleri diğer hukuk dallarındakilerle aynı olmasına karşın, bazı noktalarda farklılıklar içermektedir. Vergi hukukunda yorumun yasal dayanağı Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin A fıkrasının 2'nci bendinde yer alan "*Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır*" şeklindeki hükümdür. Ancak vergi hukukunda yorum yapılabilmesi için verginin kanuniliği ilkesine ve vergi hukukunda kıyas yasağına uyulması gerekmektedir. Yorum konusunda vergi hukukuna özgü olduğu kabul edilen bir başka konu ise ekonomik yaklaşım ilkesidir.

Çalışmada, öncelikle vergi hukuku kavramı ele alınarak, verginin kanuniliği ilkesi ve kıyas yasağı üzerinde durulmuştur. Sonrasında vergi hukukunda yorumun yasal dayanakları, vergi hukukunda yorum türleri ve yorum yöntemleri incelenerek; vergi hukukunda amaçsal yorumun bir uzantısı olan ekonomik yaklaşım ilkesi ele alınmıştır. Son olarak vergi hukukunda yoruma etki eden unsurlar irdelenmiş, bu kapsamda aksi ile kanıt, hâkimin takdir yetkisi, evleviyet ve kanun boşluğu doldurma konuları ele alınarak değerlendirilmeler yapılmıştır.

1. VERGİ HUKUKU KAVRAMI

Vergi, devlet veya vergilendirme yetkisine sahip kamu kuruluşları tarafından, fert ve kurumlardan hukuki cebir altında, belirli kurallara göre ve karşılıksız olarak alınan iktisadi değerlerdir. Görüldüğü üzere, vergilendirmede bir tarafta aktif vergi öznesi olan devlet, diğer tarafta pasif vergi öznesi olan fertler ve kurumlar bulunmaktadır. Devletle kişiler arasındaki bu ilişki hukukun meşru otoriteler tarafından ve usulüne uygun olarak konulmuş hukuk kurallarıyla düzenlenmiştir. Vergi hukuku, mükellefler ile devlet arasında vergilendirmeden dolayı ortaya çıkan ve bunlar arasındaki ilişkileri düzenleyen, kuralları inceleyen hukuk dalıdır¹.

Vergi hukukunun en çok ilişki ve bağıllık gösterdiği hukuk kolu özel hukuktur. Gerçekten vergi hukuku, kamu hukuku içerisinde olmakla birlikte özel hukukun sözleşme, alım-satım, ikametgâh, hukuki ehliyet, temsil, borcun nakli ve benzeri birçok kurumuna başvurur². Ayrıca vergi hukuku; anayasa hukuku, idare hukuku ve ceza hukukunun ilke ve kavramlarını da sıklıkla kullanmaktadır.

2. VERGİNİN KANUNİLİĞİ İLKESİ VE KIYAS YASAĞI

2.1. VERGİNİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN TANIMI VE KAPSAMI

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerini ancak kanunla konulması, kaldırılması ve değiştirilmesini ifade eden verginin kanuniliği ilke-

¹ Şerafettin AKSOY, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 5.Baskı., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.3; Erdoğan ÖNER, *Vergi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı, Ankara, Ağustos 2014, s.43.

² Mehmet BATUN, “Türk Vergi Hukukunda Yorum ve İspat”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2012, s.68; Osman PEHLİVAN, *Vergi Hukuku-Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi*, Celepler Matbaacılık, Trabzon, Şubat 2016, s.27.

si, Batı demokrasilerinde mücadeleler sonucunda elde edilmiş, devletin keyfi vergi uygulamalarına karşı hukuki güvence sağlayan ve pek çok ülkede anayasa ile tanınmış bir ilkedir.

Anayasamızın 7'nci maddesi uyarınca yasama yetkisi Türk Milleti adına TBMM'nindir ve bu yetki devredilemez. Dolayısıyla, verginin kanuniliği ilkesi esasında, vergi, resim, harç ve benzeri mali hükümlülüklerin konulması, kaldırılması ve değiştirilmesi konusunda, halkın temsilcilerinden oluşan TBMM'nin yetkili kılındığı anlamına gelmektedir³. Verginin kanuniliği ilkesinin kimi zaman, "Temsilsiz vergi olmaz" sözü ile ifade edilmesinin sebebi de bunda dolaydır⁴.

Kişilerden tek taraflı olarak alınan ve mükellefler açısından önemli tutarlara ulaşan vergi gibi ağır bir yükümlülüğün ne üzerinden, ne zaman, hangi esasa göre, ne kadar alınacağı ve bu verginin kimi ilgilendireceği hususları birey özgürlüğü ve güvenliği açısından çok hassas noktalar. Bu nedenle vergi kanunlarının vergilerin başlıca ana kavramlarını, ana unsurlarını içermesi, vergi ile ilgili temel özellikleri açıkça bünyesinde barındırması gerekmektedir⁵.

Bu kapsamda verginin kanuniliği ilkesi, vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülükleri yanında, bu yükümlülüklerin ana öğelerinin de kanun ile belirlenmesi gereğini ifade eder. Düzenlemeye ilişkin sınırlar kanunla belirlenmedikçe, yürütme organı, tüzüklerle ve yönetmeliklerle vergilendirmenin ana öğelerine ilişkin düzenlemelerde bulunamaz⁶.

Dolayısıyla bir verginin kanun ile konulmuş sayılabilmesi için onun ana öğelerinin kanun ile belirlenmiş, saptanmış olması gerekir. Böylece, verginin konusu, mükellefi, vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarife, istisnalar, muafiyetler, indirimler ile vergi ödevine ve vergi yöntemine ilişkin tüm düzenlemelerin hep kanunlarda yer alması gereklidir. Kanunlarla belirlenecek

³ Yusuf KARAKOÇ, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı 2013, Basım Yılı: 2014, ss.1259-1308, s.1264-1267; Onur EROĞLU, "Vergi Ceza Hukuku Açısından Kanunilik İlkesi", **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi**, Aralık 2013, 8(3), ss.157- 179, s.159.

⁴ Mehmet BATUN, "Döviz Kazandırıcı Faaliyetlere İlişkin Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Anayasa'ya Aykırıdır", **Vergi Dünyası**, Sayı:336, Ağustos, 2009, s.152.

⁵ Gülşen GÜNEŞ, **Verginin Yasallığı ilkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 117.

⁶ GÜNEŞ, s.120; Nami ÇAĞAN, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s. 133.

bu ana ögelere ilişkin olarak yürütmeye ve vergi yönetiminin takdirine ilişkin hiçbir açık nokta bırakılmamalıdır⁷.

2.2. VERGİNİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN İSTİSNALARI

2.2.1. BAKANLAR KURULU'NUN DÜZENLEME YETKİSİ

Verginin kanuniliği ilkesinin anayasada düzenlenmiş bazı istisnaları mevcuttur. Anayasa'nın 73'üncü maddesinin dördüncü fıkrası ile Bakanlar Kurulu'na, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi verilebileceği belirtilmiştir. Bu yetki sadece Bakanlar Kurulu'na verilmiştir.

Bakanlar Kurulu'na belirli sınırlar dâhilinde yetki veren bu hüküm sayesinde hızla değişen ekonomik koşullara vergisel açıdan daha uyum sağlanmasına olanak tanınmıştır. Yasama organının yavaş çalışmasının yol açabileceği dezavantajlar verginin yasallığı ilkesi bu şekilde esnetilmek suretiyle giderilmeye çalışılmıştır⁸.

2.2.2. SIKIYÖNETİM VE OLAĞANÜSTÜ HALLERDE YÜRÜTMENİN VERGİLENDİRME YETKİSİ

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hal ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulur. Anayasa'nın 91'inci maddesine göre sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde siyasal haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebilir. Vergi ödevi, Anayasa'da siyasal haklar ve ödevler bölümünde yer almaktadır. Dolayısıyla, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim ilan edilmesi halinde vergilendirmeye ilişkin yürütme organı tarafından kanun hükmünde kararnamelerle düzenleme yapılabilmesi mümkündür.

Anayasa'nın 148'inci maddesine göre sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz. Dolayısıyla, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde

⁷ Mualla ÖNCEL / Ahmet KUMRULU / Nami ÇAĞAN, **Vergi Hukuku**, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 31.

⁸ BATUN, **2012**, s.71-72.

kararnameler Anayasa'ya açıkça aykırı olsa bile yargısal denetime tabi olmayacaktır⁹.

Dolayısıyla, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde Anayasa'nın 73'üncü maddesinde düzenlenen verginin yasallığı ilkesi olağanüstü hâl ve sıkıyönetim zamanında çıkarılan kanun hükmündeki kararnameler ile adeta esnetilebilmektedir. Bu durum ise verginin kanuniliği ilkesi ters düşmektedir.

2.3. VERGİNİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN SONUÇLARI

Verginin kanuniliği ilkesinin iki temel sonucu vardır; geriye yürümezlik ve kıyas yasağı.

Geriye yürümezlik ilkesi, kanunların zaman bakımından uygulanması konusunda geçerli olan bir ilkedir. Hukukun temel ilkelerinden olan kanunların yürürlüğe girdikten sonraki olaylara uygulanması, vergi hukuku alanında da uygulanmaktadır. Kanunların geriye yürümemesi esasında hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Ancak, verginin kanuniliği ilkesi, vergilendirmeye ilişkin temel konuların kanunla belirlenmesini gerektirdiğinden, geriye yürüme yasağı vergi hukukunda kanunilik ilkesi ile de ilişkilendirilmektedir¹⁰.

2.4. VERGİ HUKUKUNDA KIYAS YASAĞI

Verginin kanuniliği ilkesi vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin hükümleri koyma, değiştirme veya kaldırma konusunda sadece yasama organının yetkili olduğunu anlatan bir ilkedir. Dolayısıyla, vergi hukukunda kanun boşluklarını doldurmak için kıyas yoluna başvurulması, öncelikle verginin kanuniliği ilkesine ters düşer¹¹. Buna rağmen, kıyas yoluna başvurulduğunda kanun koyucunun düzenlemediği ancak düzenlemesi gereken hukuki olay, durum ve ilişkilere de benzer olaylar için konulmuş kuralların uygulanması söz konusu olabilecektir. Vergi koyma açısından yetkisiz olan yürütme ve yargı organları tarafından vergi doğurucu yeni olaylar yapılabilecek veya mevcut vergi yükleri değiştirilebilecektir. Bu durumda, kanun koyucu tarafından konulmamış yeni vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin hükümler ortaya çıkacaktır. Bu durum verginin kanuniliği ilkesi

⁹ BATUN, 2012, s.73.

¹⁰ BATUN, 2012, s.74-75.

¹¹ PEHLİVAN, s.42.

bakımından olmaması gereken bir durumdur¹².

Türk vergi hukukunda kanunun açıkça izin verdiği haller dışında vergiyi doğuran olay, konu, matrah, istisna, muafiyet, oran, tarife, indirim gibi verginin özünü etkileyen ve vergilemenin temel öğelerini düzenleyen hükümlerde kıyasa başvurulamaz.

3. VERGİ HUKUKUNDA YORUMUN YASAL DAYANAĞI

Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin A fıkrasının 2'nci bendinde yer alan "*Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır*" şeklindeki hüküm, vergi hukukundaki yorumun yasal dayanağıdır. Bu hüküm kanun metnine 2365 sayılı Kanun'un¹³ 1'inci maddesiyle eklenmiştir.

Kanunun lafzı (sözü), kanunun açık metni ve kanun metnindeki maddelerin açık anlamı demektir. Kanunun ruhu (özü) ise kanunun bütününe egeyen olan esaslara göre belirli bir maddenin ifade ettiği anlamdır. Kanunun ruhunu ortaya çıkarabilmek için onu yorumlamak gerekir¹⁴. Kanunun lafzından ilk bakışta bir anlam çıkarılamıyorsa ya da çıkarılan anlam ciddi bir kuşku ve duraksamaya yol açıyorsa kanunun ruhu araştırılmalıdır¹⁵.

Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin A fıkrasının 2'nci bendinde lafzın açık olmadığı hallerde, diğer ifade ile lafzi yorumla bir sonuca ulaşılmadığı durumlarda izlenecek yol belirtilmiştir. Madde metninde yer alan "*konuluştaki maksat*" ibaresi tarihi yoruma gönderme yaparken; "*hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı*" şeklindeki ifade sistematik yoruma işaret etmektedir. Böylelikle, Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin A fıkrasının 2'nci bendi ile vergi hukukunda; lafzi yorum, tarihi yorum ve sistematik yorum yöntemleri yasal dayanağa kavuşturulmuşlardır¹⁶.

¹² ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 29-30.

¹³ 31.12.1980 tarihli ve 17207 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁴ Turgut AKINTÜRK, **Medeni Hukuk**, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 69-70.

¹⁵ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 23.

¹⁶ Nurettin BİLİCİ, **Vergi Hukuku-Genel Hükümler-Türk Vergi Sistemi**, 18.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.46.

Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin B fıkrasında; vergilendirilmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetinin esas olduğu hükmüne bağlanmıştır. Bu madde, kanun hükmünün zamanla oluşan anlamına ve değişen içeriğine göre yorumlanmasına veya başka bir deyişle amaçsal yorumun vergi hukukunda uygulanmasına olanak tanımaktadır¹⁷.

Vergi kanunlarının lafzı ve ruhu ile hüküm ifade edeceğini belirtilen Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin A fıkrasının 2'nci bendinin ilk cümlesi, esasında Medeni Kanun'un 1'inci maddesinde yer alan; "*Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır...*" hükmü ile benzer şekildedir. Vergi Usul Kanunu'ndan farklı olarak Medeni Kanun'da yorum yöntemleri tek tek sayılmamıştır. Bununla birlikte lafzi, tarihi, sistematik ve amaçsal yorumdan oluşan yorum yöntemleri Medeni Kanun'un yorumlanmasında da uygulanmaktadır.

4. VERGİ HUKUKUNDA YORUM TÜRLERİ

4.1. YORUMU YAPANLAR YÖNÜNDE YORUM TÜRLERİ

Yasama organı tarafından yapılan yoruma yasama yorumu denir. Yasama yorumu, "teşrii" ya da "resmi" yorum olarak da adlandırılmaktadır. Yasama yorumu, bir kanun hükmünün anlamını, en iyi şekilde kanun koyucunun bileceği varsayımına dayanmaktadır¹⁸. Bu yorum türünde, yürürlükte bulunan kanun hükümlerinden ne anlaşılması gerektiği yasama organı tarafından karara bağlanılmaktadır¹⁹.

Mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlık konusu olayla sınırlı olarak bir hukuk kuralını yorumlamasına yargısal yorum denilmektedir²⁰. Yargısal yorum, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak yapıldığından yalnız ilişkin bulunduğu olay açısından bağlayıcıdır; sonraki benzer olaylardan başka mahkemeleri ne de aynı mahkemeyi bağlar²¹. Ancak, yüksek mahkemelerin içtihadı birleştirme kararı ile ilgili olarak yapmış oldukları yargısal yorum yargı organlarını ve idareyi bağlar²².

¹⁷ S. Ateş OKTAR, **Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 54.

¹⁸ Adnan GÜRİZ, **Hukuk Başlangıcı**, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 61.

¹⁹ PEHLİVAN, s.39.

²⁰ M. Emin ARTUK / Ahmet GÖKÇEN / A. Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 140.

²¹ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s.18.

²² PEHLİVAN, s.39.

Doktrin yorumu olarak da isimlendirilen bilimsel yorum, bilim adamları, hukukçular tarafından yapılan yorumdur. Bu çeşit yorumlar genellikle yargısal yorumların aksine, olay dolayısıyla yapılmaz. Hukukçular mevzuatın anlaşılması ve uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi için çeşitli ihtimalleri düşünürler ve mevzuatı bu bakımdan yorumlarlar²³.

Bir kanunun hükümlerini uygulamakla görevli idari birimler tarafından yapılan yoruma “idari yorum” denilmektedir. Vergi hukuku açısından; vergi idaresinin, vergi ile ilgili kanun hükümlerine verdikleri anlam ve bu hükümleri uygulama biçimleri idari yorum kapsamındadır²⁴. Vergi idaresinin yorumu, oluşturduğu genel tebliğ, iç genelge, sirküler, özgelge (mukteza) gibi kaynaklarla ortaya çıkmaktadır. Bu yorum türü yargı mercileri için bağlayıcı değildir²⁵.

Diğer hukuk dallarında olduğu gibi bugün itibariyle yasama yorumuna, vergi hukukunda da başvurulması olanaklı değildir. Diğer yorum türleri olan yargı yorumu, idari yorum ve bilimsel yorum ise vergi hukukunda uygulama alanına sahiptir. Diğer hukuk dallarından farklı olarak, vergi kanunlarının uygulanmasına ilişkin düzenlemelere ve görüş bildiren yazılara vergi idaresi tarafından çokça başvurulmakta ve dolayısıyla sıklıkla idari yorum yapılmaktadır.

4.2. NİTELİĞİ BAKIMINDAN YORUM TÜRLERİ

4.2.1. AÇIKLAYICI YORUM

Sadece vergi normunun anlamının ortaya çıkarılmasına yönelik yapılan yoruma açıklayıcı yorum denilmektedir. Açıklayıcı yorum, lafzi, tarihi, sistematik veya amaçsal yorum yöntemlerinden herhangi biriyle veya birkaçıyla yapılabilir. Vergi hukukuyla ilgili bilimsel ve idari yorum yapılırken genellikle bu yorum türü kullanılmaktadır. Vergi idaresinin, vergi kanunlarının uygulamalarına ilişkin yayımladığı ve vergi kanunlarından ne anlaşılması gerektiği konusunda, vergi idaresinin görüşlerinin bulunduğu açıklayıcı genel tebliğler ile sirkülerlerde bu yorum türünün örneğine rastlanabilir²⁶.

²³ ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 141.

²⁴ Abdurrahman AKDOĞAN, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 8. Baskı., Gazi Kitabevi, Ankara, 2008, s.32.

²⁵ OKTAR, s. 51.

²⁶ BATUN, 2012, s.83.

4.2.2. GENİŞLETİCİ YORUM

Genişletici yorum, kıyas oluşturmayacak şekilde kullanılırsa verginin kanuniliği ilkesiyle ters düşmeyecektir. Ancak, bu durum, her vergi normunun genişletici bir şekilde yorumlanabileceği sonucuna ulaştırmaz. Genişletici yorum, kanun metninin izni ölçüsünde ve kanun metninin sınırları dâhilinde yapılmalıdır. Hukuk metinlerinde yer alan ve özellikle “gibi” edatı kullanılarak kaleme alınmış olan “örnek verici hükümler” metnin geniş yorumlanacağını gösterir. Zira örnek verme kavramında zaten genişletme düşüncesi, arzusu vardır²⁷.

Genişletici yoruma Vergi Usul Kanun’undan bir örnek verilebilir. Vergi Usul Kanunu’nun 13’üncü maddesinde mücbir sebep halleri dört bent halinde sayılmış ve maddede “gibi hallerdir” ibaresine yer verilmesiyle mücbir sebeplerin maddede sayılan bu hallerle sınırlı olmadığı, bunlara benzer diğer durumların da bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir. Örnek verici tarzda kaleme alınmış olan bu madde hükmünü genişletici bir şekilde yorumlamak gerekir.

4.2.3. DARALTICI YORUM

Bir kanun metninin lafzına çok bağlı kalmadan, kanunun amacına uygun şekilde kanun metnini yorumlanmasına daraltıcı yorum denir²⁸. Bu yorum türü vergi hukukunda da uygulanır.

Örneğin; Gelir Vergisi Kanun’unun 23’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan ve toprak altı işletmesi halinde bulunan madenlerde çalışanların ücretlerinin gelir vergisinden istisna tutulmasına yönelik hükme ilişkin kararında, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, maddenin amacından hareketle daraltıcı bir yorumla, mühendislerin ücretlerinin bu istisnadan yararlanamayacağına hükmetmiştir²⁹.

Daraltıcı yorumda dikkat edilmesi gereken husus, bu yorum yapılırken vergi normunun işlemez hale getirilmemesidir. Daraltıcı yorumla kanun hükmü amacına uygun olarak daraltılmaktadır; ancak kaldırılmamaktadır. Aksi taktirde, kanun koyucunun kanun yapma ve kanunları ilga etme gücünü yo-

²⁷ Nevzat SAYGILIOĞLU, **Vergi Hukukunda Yorum**, Maliye Bakanlığı APK Yayınları, Ankara, 1987a, s. 41.

²⁸ Ali Nazım SÖZER, **Hukukta Yöntembilim**, Beta Yayınları, İzmir, 2008, s. 77.

²⁹ DANIŞTAY İBK’nın 14.06.1979 tarihli ve E. 1970/7, K. 1979/9 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 52-53, s.98.

rum yapan kendi tekeline almış anlamına gelir ki, hukuk devletinde bu işlemlerin yorum yoluyla değil yasama faaliyeti içerisinde yapılması gerekir³⁰.

5. VERGİ HUKUKUNDA YORUM YÖNTEMLERİ

5.1. LAFZİ YORUM

Vergi hukukunda kanunilik ilkesinin geçerli olması sebebiyle, yorum yapılırken öncelikle kanunun lafzından hareket etmek gerekir. Nitekim Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin A fıkrasının 2'nci bendinde; önce lafzi yoruma, lafzın açık olmadığı hallerde diğer yorum yöntemlerine başvurulacağı belirtilmiştir³¹. Bu hüküm, vergi hukukunda yorum yöntemleri kullanılırken, ilk sıraya lafzi yorumu koymakta ve lafzi yorumla kesin bir sonuca ulaşılamaması halinde diğer yorum yöntemlerinin uygulanmasına olur vermektedir. Bu ilke, Danıştay'ın bir kararında “...*madde hükmünden de anlaşılacağı üzere kanunun ruhuna gitmek, kanunun lafzının açık olmaması halinde mümkündür*” şeklinde ifade edilmiştir³².

Vergi kanunlarında diğer hukuk dallarına ait birçok kavram ve deyim kullanılır. Bu kavram ve deyimler ait oldukları hukuk dallarındaki anlamlarına göre değerlendirilir. Ancak, vergi kanunları bazı kavramlara farklı tanımlar vermiş ise lafzi yorum yapılırken bu kavramlara artık farklı tanımlar çerçevesindeki dikkate alarak yorum yapılmalıdır³³. Örneğin gayrimenkul kavramı Gelir Vergisi Kanun'unun 70'inci maddesinde Medeni Kanun'daki hükümlerden farklı olarak düzenlenmiştir. Gelir vergisi uygulamasında bu düzenleme esas alınacaktır.

Vergi kanunlarında yer alan kavramlar sadece hukuk kavramları değildir. Üretim, tüketim, yatırım, öz sermaye, amortisman, değerlendirme vb. kavramlar ekonomi ve muhasebenin kavramlarıdır. Lafzi yorum sırasında bu kavramlar kendi bilimsel ve teknik anlamlarına göre değerlendirilmelidir³⁴.

Noktalama işaretleri, dilbilgisi kuralları ve cümle yapısının analizi lafzi yorumda çok önemli hususlardır. Bazen bir virgül, cümlenin ve dolayısıyla

³⁰ BATUN, 2012, s.87-88.

³¹ M. Kâmil MUTLUER, **Vergi Genel Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.60.

³² DANIŞTAY 7. D.'nin 13.11.1984 tarihli ve E. 1984/509, K. 1984/1718 sayılı kararı, (Çevrimiçi <http://www.danistay.gov.tr>, 10.06.2016).

³³ ÖNER, s.43.

³⁴ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 19.

kanun hükmünün anlamını değiştirebilme gücüne sahiptir. Bunun yanında maddede “ve” bağlacı kullanılmışsa başka bir anlam “veya” bağlacı kullanılmışsa başka bir anlam ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla vergi kanunları kaleme alınırken çok dikkatli olunmalı ve yüksek derecede özen gösterilmelidir³⁵.

5.2. TARİHİ YORUM

Vergi hukukunda tarihi yorum, Vergi Usul Kanunu’nun 3’üncü maddesinde yer alan ifadeyle vergi kanunlarının, konuluşundaki maksadın ortaya konulmak suretiyle anlamlandırılması olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla tarihi yorumda; kanunların hazırlık çalışmaları yani, kanunların gerekçeleri ve kanunların görüşülmesi sırasındaki meclis tutanakları sıklıkla kullanılmaktadır³⁶.

Kanunların gerekçeleri lafızlarına göre genellikle daha uzundur. Gerekçelerde kanun değişikliğinin hangi sebepten yapıldığı, bu kanun değişikliğiyle amaçlanan hususlar, bazen hangi ülke kanunundan esinlendiği ve ilgili ülkedeki uygulamanın ne olduğu, dünyadaki gelişmelerin nasıl gittiği, mükelleflerin önceki kanun hükmünü nasıl kötüye kullandıkları ve bunun ortaya çıkardığı sakıncaların neler olduğu gibi hususlar, bazen de somut bir örnek yardımıyla anlatılır. İşte tüm bu hususlar ilgili kanun maddesinin niçin çıkarıldığını, nasıl uygulanması gerektiğini, neyi amaçladığını ve neyi amaçlamadığını ortaya koyar³⁷.

Belli bir hükmün yorumunda o hükmün zaman içinde geçirdiği değişikliklerin incelenmesi, bu değişikliklerin amacından belli sonuçlara varılması da tarihi yorum yönteminin kapsamına girmektedir³⁸.

Genel olarak hukukun tüm dallarında belirli ölçüde geçerli olan bu yorum yöntemi, vergi hukukunda da geçerlidir. Dolayısıyla Vergi Usul Kanunu’nun 3’üncü maddesinin A fıkrasının 2’nci bendinde, kanunun lafzının açık olmadığı durumlarda vergi kanunlarının yorumlanmasında tarihi yoruma gidilmesine imkân tanımıştır. Ancak, vergi kanunlarını sadece tarihi yorum yöntemiyle yorumlamak doğru sonuçlar vermeyebilir. Tarihi yorum yöntemini diğer yorum yöntemleriyle destekleyerek sonuca ulaşmak hukuki açıdan

³⁵ BATUN, 2012, s.89-90.

³⁶ PEHLİVAN, s.40.

³⁷ T. Tolga KALKAN, “Yargı Kararları Işığında Vergi Hukukunda Yasa Gerekçelerinin İşlevi (I)”, *Vergi Dünyası*, Sayı: 310, Haziran 2007, s. 79.

³⁸ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 21.

daha doğru olacaktır³⁹.

5.3. SİSTEMATİK YORUM

Vergi hukukunda sistematik yorum, dar anlamda kanun hükmünün ait olduğu kanundaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısının araştırılmasına dayanır. Daha geniş anlamda ise hükmün, vergi kanunları içindeki yeri ve en geniş anlamda ise hukuk bütünü içindeki yeri ve diğer hukuk kurallarıyla olan bağlantısının ortaya konulması ve böylece ilgili kanun hükmünün anlamlandırılmasıdır⁴⁰.

Sistematik yorumda yararlanılan en önemli araçlardan birisi kitap, kısım ve bölümlerin başlıkları ile maddelerin kenar başlıklarıdır. Zira bunlar, maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı göstermektedirler.

Sistematik yorumda, ilgili hükmün, kanunun neresinde düzenlendiğinin tespitinin yanında, kanun maddelerinin birbirleriyle olan bağlantısı da önemlidir.

Yargı kararlarında sıklıkla yer alan “*kanun hükümlerinin birlikte incelenmesi sonucunda...*” ifadesi sistematik yorum yöntemine başvurulduğunu göstermektedir. Bu durumda mahkeme, olaya uygulanacak kanun hükmünün anlamını belirlerken, birden fazla kanun maddesi arasındaki bağlantıyı dikkate almaktadır.

Vergisel bir normun Anayasa’ya uygunluk açısından ele alınarak anlamlandırılması; diğer bir ifadeyle, bir kanun maddesinin, üst norm niteliğindeki Anayasa hükümleri ile olan bağlantısı dikkate alınarak ve ona aykırı olmayacak şekilde yorumlanması da geniş anlamda sistematik yoruma örnek teşkil etmektedir. Benzer şekilde vergisel konuları düzenleyen tüzük, yönetmelik ve düzenleyici nitelikteki genel tebliğlerin, üst hukuk normu olan vergi kanunlarına uygun bir şekilde yorumlanması da sistematik yorum olarak değerlendirilmelidir⁴¹.

Sistematik yorumun özel bir türü olarak konumlandırılan anayasaya uygun yorum yönteminde; diğer hukuk dallarında olduğu gibi vergi hukukunda da gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse diğer mahkemeler ve hatta tüm yo-

³⁹ BATUN, 2012, s.91-97.

⁴⁰ PEHLİVAN, s.41.

⁴¹ BATUN, 2012, s.97-100.

rumcular, vergisel bir normu yorumlarken, ilgili normun birden fazla yoruma elverişli olması ve bu yorumlardan bazılarının anayasa ile bağdaşmaması halinde, anayasaya uygun yoruma itibar etmek durumundadırlar. Bunun nedeni; normlar hiyerarşisinin gereği anayasanın üstünlüğüdür.

Anayasaya uygun yorum yöntemine vergi hukukunda bir örnek olarak Anayasa Mahkemesi'nin 20.05.2010 tarihli ve E. 2009/51, K. 2010/73 sayılı kararı⁴² gösterilebilir.

5.4. AMAÇSAL YORUM

Vergi hukukunda amaçsal yorum denildiğinde, vergisel bir normun anlamının, bugünün şartlarında hizmet ettiği amaç dikkate alınarak yorumlanmasıdır. Amaçsal yorum yönteminde ekonomik şartlara bağlı olarak değişen olay ve durumlara uygulanan vergi kanununun, değişen ekonomik ve sosyal şartlar altında kazandığı objektif anlam anlaşılmaktadır⁴³. Bu yorum yönteminde kanun ile ulaşılmak istenen sonuçlar ve amaçlar, günün şartlarına ve toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak değerlendirilmektedir⁴⁴.

Hukukun dinamik olması ve değişen ihtiyaçlara cevap vermesi vergi hukukunda da geçerlidir. Sürekli değişen ve gelişen ekonomik yaşamın ihtiyaçlarına cevap verebilmesi için vergi hukuku da amaçsal yorumdan yararlanmalıdır. Vergi hukukunda amaçsal yorum yöntemi benimsense de kanun sınırları dışına çıkılması mümkün değildir; zira vergi hukukunun temel özelliklerinin başında verginin kanuniliği gelmektedir. Amaçsal yorum ile sadece kanun metninin ifadesi açılıp, açıklanmak istenmektedir⁴⁵.

Yargı kararlarında zaman zaman amaçsal yoruma başvurulduğuna şahit olunmaktadır. Danıştay 9. Dairesinin bir kararında, amaçsal yorumun vergi hukukundaki önemi ve gerekliliği “...*vergi kanunlarının en genel amacı öde-me gücünü tespit etmektir. Dolayısıyla herhangi bir vergi normunun yorumlanmasında bu temel ilke göz önünde tutulmalıdır*” ifadesiyle anlatılmıştır⁴⁶.

⁴² 02.12.2010 tarihli ve 27773 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴³ Yusuf KARAKOÇ, **Genel Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 72-73.

⁴⁴ PEHLİVAN, s.39, KARAKOÇ, 2002, s. 72-73.

⁴⁵ Nevzat SAYGILIOĞLU, “Türk Vergi Hukukunda Yorum Biçimi”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 70, Haziran 1987b, s.12.

⁴⁶ DANIŞTAY 9. D.’nin 02.04.2003 tarihli ve E. 2002/6234, K. 2003/1083 sayılı kararı, (Çevrimiçi <http://www.danistay.gov.tr>, 26.05.2016).

6. VERGİ HUKUKUNDA EKONOMİK YAKLAŞIM

6.1. VERGİ KANUNLARININ YORUMLANMASINDA EKONOMİK YAKLAŞIM İLKESİNİN KULLANILMASI

Vergi hukukunda, amaçsal yorumun bir uzantısı olan ekonomik yaklaşım ilkesi vergi kanunlarının amaca göre uygulanması sağlar⁴⁷. Ekonomik yaklaşım, vergi kanunlarının yorumlanmasında ve vergiyi doğuran olayların tespitinde vergisel normlardaki hukuki tanımlardan ve biçimlerden ayırarak gerçek ekonomik nitelik ve niceliklerin esas alınması anlamındadır. Dolayısıyla vergiyi doğuran olay tespit edilip nitelendirilirken ekonomik anlamda gözün yani iktisadi boyutun esas alınması gerekmektedir⁴⁸.

Ekonomik yaklaşımın yasal dayanağı Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin B fıkrasında yer alan "*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*" şeklindeki hükümdür. Bu hüküm, bir ispat kuralının haricinde; vergiyi doğuran işlem, olay ve hukuki durumların sadece dış görünüşleri, hukuki biçim ve isimleri ile değil, aynı zamanda bunların ekonomik anlam ve içerikleri ile değerlendirileceğini ifade eden ve böylelikle ekonomik yaklaşıma izin veren bir hükümdür⁴⁹.

Bir üst kavram olan ekonomik yaklaşımın "ekonomik irdeleme" ve "ekonomik yorum" olmak üzere iki alt kavramı vardır. Vergiyi doğuran olayın ekonomik niteliği ve işlerliğine göre tespit edilmesine ve değerlendirilmesine ekonomik irdeleme; vergiyi doğuran olayın esas ekonomik mahiyetinin bulunmasına ve uygulanacak hukuk kuralının vergiyi doğuran olayın esas ekonomik mahiyete göre belirlenip yorumlanmasına ise ekonomik yorum denir⁵⁰.

Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin görünen şekli ile bu işlemlerin ekonomik özü arasında uyumsuzluk varsa ekonomik yaklaşım ilkesi önem kazanmakta ve bu olaya ilişkin işlemlerin ötesine geçilerek gerçekleşen ekonomik sonuca göre vergilendirme yapılmasına imkân vermektedir. Dolayısıyla ekonomik yaklaşım ilkesi, vergi kanunlarının, kendisini korumaya yönelik geliştirmiş olduğu bir refleks veya savunma mekanizması olarak değerlendirilebilir. Ekonomik yaklaşım ilkesi, vergi kanunlarını muvazaalı iş-

⁴⁷ Doğan ŞENYÜZ, "Vergi Hukukunda Yorum Normları ve Ekonomik Yaklaşım", **İstanbul Barosu Dergisi Vergi Hukuku Özel Sayısı**, ss.17-22, Özel Sayı 7, Mart 2008, s.20.

⁴⁸ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 24.

⁴⁹ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 25; PEHLİVAN, s.41.

⁵⁰ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 24.

lemlerle veya özel hukuktaki şekil serbestisi ilkesinden faydalanmak suretiyle vergi kanunlarının bertaraf edilmesini engeller.

Dolayısıyla ekonomik yaklaşımın vergi hukukundaki asıl işlevi, mali güce göre vergilendirme temel ilkesinin özel hukuk işlemleriyle işlemez hale getirilmesini önlemek ve aynı iktisadi güce sahip olanları aynı biçimde vergilendirerek vergilendirmede eşitliği sağlamaktır⁵¹.

Vergi hukukunda ekonomik yaklaşımın gerek idare tarafından gerekse yargı organları tarafından göz önüne alındığını gösteren örneklerden biri de “para faizsiz-ev kirasız” sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler, tarafların gelir vergisi yükümlülüklerine ilişkin muvazaa yaptıklarına bir örnektir. Bu sözleşme ile taraflardan biri, diğerine bir gayrimenkulün kullanılmasını kirasız olarak devretmekte, karşı taraf ise ona faizsiz ödünç para vermeyi üstlenmektedir. İki taraf da vergiyi doğuran olayın meydana gelmesini önlemektedirler ve iki tarafın amacı da vergiden kaçınmaktır. Ancak sözleşmenin tarafları, Gelir Vergisi Kanunu hükümleri çerçevesinde birbirlerine karşılıklı olarak para ile ölçülebilir çıkar sağlamaktadır. Tarafların özel hukukun karma sözleşme biçimini kullanmaları, gerçek ekonomik durumun gizlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak; idare ve yargı organları paranın faizsiz evin kirasız olduğunu kabul etmeyerek taraflar adına gelir vergisi tarh edilmesine karar vermektedirler⁵².

Türk vergi yargısı mercilerinin kararlarında açıkça ekonomik yaklaşım ilkesinden hiç bahsedilmemiştir. Ancak, yargı kararlarının metinlerinde, mahkemelerin vergilendirmeye ilişkin olayları ve vergi kanunlarını yorumlarken dolaylı da olsa ekonomik yaklaşım ilkesini benimseyen çok sayıda kararlarına rastlamak mümkündür. Ekonomik yaklaşıma örnek teşkil etmesi bakımından önemli bir karar da Danıştay 4. Dairesi tarafından verilen E. 1970/6217, K. 1970/6217 sayılı karardır. Bir ticari işletmeye ait kamyonun mülkiyeti muhafaza kaydıyla noterde satılması, ancak fatura düzenlenmemesi nedeniyle yargı kararına konu olan uyuşmazlıkta, vergi idaresi, fatura düzenlenmemiş olması nedeniyle vergi cezası kesmiş; kamyonu satan ticari işletme sahibi de mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışın özel hukuk anlamında kesin satış sayılamayacağı, dolayısıyla da fatura kesilmesini gerektiren bir işlem olmadığı gerekçesiyle kesilen cezaya itiraz etmiştir. Danıştay 4. Dairesi kararında, mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satışın özel hukuk anlamında kesin bir satış

⁵¹ Mustafa AKKAYA, **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 35; BATUN, 2012, s.107.

⁵² ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 25.

olmadığını kabullenmekle beraber, bu tür satışın ticari ve mali bilanço üzerindeki etkilerini de dikkate alarak, mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satış vergi hukuku açısından kesin satış olarak değerlendirmiş ve cezayı onamıştır. Karar, bir özel hukuk kavramının vergi hukukunda, özel hukuktaki anlamından bağımsız olarak iktisadi içeriği ile anlaşılacağını vurgulaması bakımından önemlidir⁵³.

6.2. YASAL VE ANAYASAL SINIRLARIYLA EKONOMİK YAKLAŞIM İLKESİ

Anayasa'nın 73. Maddesinde düzenlenen vergilerin kanuniliği ilkesi gereğince vergi, resim, harç gibi mali yükümlülükler kanunla konulur, kaldırılır veya değiştirilir. Vergi hukukunda vergiyi doğuran olaylar yorum yöntemleri kullanılarak değerlendirilir. Ancak, bu durumda kanunun belirttiği sınırın dışına çıkılmamalıdır. Ekonomik yaklaşım ilkesinin yorum sırasında kullanıldığı durumlarda da yine kanunun belirttiği sınırın dışına çıkılmaması gerekir. Ekonomik yaklaşım ilkesi, verginin kanuniliği ilkesi ile sınırlandırılmış bir ilkedir⁵⁴. Dolayısıyla ekonomik yaklaşım ilkesinin verginin kanuniliği ilkesi ile arasındaki sınırın çok iyi belirlenmesi gerekmektedir⁵⁵. Ayrıca, vergi hukukundaki kıyas yasağı da ekonomik yaklaşım ilkesini sınırlandıran diğer bir ilkedir⁵⁶.

6.3. EKONOMİK YAKLAŞIM İLKESİNİN PEÇELEME İŞLEMLERİNİN TESPİTİNDE KULLANILMASI

Vergi hukuku alanında; mükellefler, iktisadi sonucunu istemedikleri bir vergiyi doğuran olay karşısında vergiden kaçınmak veya vergi kanunlarınca tanınan olanaklardan yararlanmak yerine, vergisel avantajlara ulaşmak için vergi kanunlarının konuluşundaki amaçlarla uymayacak şekilde özel hukuk sözleşme ve biçimlerini kullanmaktadırlar ve ortaya çıkan bu durum hem bizim vergi sistemimizde hem de tüm dünyadaki vergi sistemlerinde kabul görmemektedir⁵⁷.

⁵³ AKKAYA, s. 71; BATUN, 2012, s.109.

⁵⁴ AKKAYA, s.33; Yasemin TAŞKIN, "Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesine Genel Bakış," **Mali Çözüm Dergisi**, Sayı: 109, ss. 69-76, Ocak-Şubat 2012, s.72.

⁵⁵ TAŞKIN, s.72; Mualla ÖNCEL / Ahmet KUMRULU / Nami ÇAĞAN, **Vergi Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s.30.

⁵⁶ OKTAR, s.57; TAŞKIN, s.72.

⁵⁷ TAŞKIN, s.74; AKKAYA, s.95, Şerif Emre GÖKÇAY, "Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Kapsamı, Niteliği ve Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler**

Vergi mükelleflerinin vergiyi kaçırma amacıyla özel hukuk sözleşme ve biçimlerini olağan kullanımları dışında kötüye kullanmaları sonucunda yapılan sözleşmelere, peçeleme sözleşmeleri denilmektedir⁵⁸. Peçeleme işlemiyle vergi kanunlarının lafzı ve amacı arasındaki görünüşteki farktan yararlanılması ve vergiyi doğuran olayda bu durumun uygulanarak verginin kaçırılması söz konusu olmaktadır⁵⁹.

Yapılan peçeleme işlemi ile gerçek iktisadi ilişki gizlenmeye çalışılmakta ve vergiyi doğuran olayın da gizlenmesi amaçlanmaktadır. Ancak vergileme açısından, gizlenen iktisadi sonuçlar dikkate alınmaktadır⁶⁰. Gizlenmek istenen gerçek iktisadi ilişkiler, ekonomik yaklaşım ilkesi ile yorumlanarak, peçeleme işlemi yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır⁶¹. Vergi kanunlarının amacına göre yorumlanması sonucunda vergiyi doğuran olay ve işlemlerde ekonomik yaklaşım ilkesinin dikkate alınması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Peçeleme işleminde, gerçek iktisadi ilişkinin vergilemede kullanılmasının nedeni, yapılan işlemdeki iktisadi içerik ve özün hukuksal biçimden üstün tutulmasıdır⁶².

Kanuna karşı hilenin vergi hukukundaki yansımaları olan peçeleme işlemleri, vergilendirmedeki temel ilkelerden olan mali güç ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü, peçeleme işlemleriyle aynı mali güce sahip kişilerin aynı ekonomik ilişkiyi yapmaları sonrasında birinin vergilendirilmemesi, diğerinin ise vergilendirilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum vergi hukukundaki mali güç ve eşitlik ilkelerine aykırıdır⁶³.

Ekonomik yaklaşım ilkesiyle idare ve yargı organları, vergilendirme işlemlerinde gerçek ekonomik durumu dikkate alacaklar ve peçeleme işlemi tespit edeceklerdir. Peçeleme işleminde ispat yükü idareye aittir ve idare, yemin hariç her türlü delil ile bu durumu ispat edebilecektir⁶⁴.

Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2017, s.149-151.

⁵⁸ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, **2010**, s.26; TAŞKIN, s.74; GÖKÇAY, s.149-151.

⁵⁹ GÖKÇAY, s.151.

⁶⁰ TAŞKIN, s.74; Doğan ŞENYÜZ, “Peçeleme ile Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar”, **Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 185, Mayıs 2008.

⁶¹ TAŞKIN, s.74; Selim KANETİ, “Vergi Hukukunda Yorum ve Nitelendirme”, **Makaleler**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, ss.257-266, s.257.

⁶² KANETİ, s.263; TAŞKIN, s.74.

⁶³ TAŞKIN, s.75; AKKAYA, s.96; GÖKÇAY, s.149.

⁶⁴ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, **2010**, s.26-27; TAŞKIN, s.75.

7. VERGİ HUKUKUNDA YORUMA ETKİ EDEN UNSURLAR

Vergi hukukunda yoruma etki eden unsurlar; aksi ile kanıt, hâkimin takdir yetkisi, evleviyet ve kanun boşluğu doldurmaktır. Bu unsurlardan evleviyet ve aksi ile kanıt vergi hukukunda yoruma yardımcı olarak kullanılabilirken, kanun boşluğu doldurma ve hâkimin takdir yetkisi ise vergi hukukunda yoruma yardımcı olarak kullanılamamaktadır.

• Aksi ile Kanıt:

Vergi kanunlarının uygulanmasında kanunun lafzının dolaylı olarak yorumlanmasında kullanılan aksi ile kanıt, namı diğer mefhumu muhalif, vergi hukukunda geniş bir uygulama alanına sahiptir.

Vergi hukuku hükümlerinin, meydana gelen her somut olaya uygulanabilmesi için genel ve soyut nitelikli düzenlemeler yapılması gerekir. Bu düzenlemeler içinde, mefhumu muhalif yolu geniş bir uygulama alanı bulabilmektedir. Dolayısıyla az sayıda hüküm ile çok sayıda olayın yorumlanması kolaylaşır. Ancak, aksi ile kanıt yoluna her konuda başvurmamak ve çok dikkatli olmak gerekir. Zira vergilerin kanuniliği ilkesi temel kuraldır ve yorum yaparken bu kural ile çelişmemek gerekir.

Katma Değer Vergisi Kanun'unun 1'inci maddesine göre Türkiye'de sınai, ticari, zirai ve mesleki faaliyet çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler katma değer vergisine tabidir. Dolayısıyla maddenin mefhumu muhalifinden, Türkiye'de yapılmış olsa bile sınai, ticari, zirai veya mesleki nitelik taşımayan işlemlerin verginin konusuna girmediği anlaşılmaktadır. Bu sonuca ulaşmak için kanunun verginin konusuna girmeyen işlemleri tek tek sayması gerekli değildir. Zaten böyle bir durum mümkün de değildir. Maddenin zıt hükmünden bu sonuca varılmaktadır⁶⁵.

Aksi ile kanıt kuralı, özellikle vergilerin kanuniliği ilkesini ihlal etmemelidir. Dolayısıyla, yeni vergiyi doğuran olaylar ya da vergide muaflık, istisna, indirim ve benzerleri oluşturmamalıdır.

• Hâkimin Takdir Yetkisi:

Günün değişen şartlarını ve toplumun ihtiyaçlarını karşılayabilmek için vergi kanunlarının bazı hükümlerinde, bu hükümlerin uygulanmasından doğan uyumsuzlukları çözen hâkimlere belirli konularda takdir yetkisi veril-

⁶⁵ BATUN, 2012, s.127.

miştir⁶⁶. Vergi kanunlarının bazı hükümlerindeki bu belirli konular dışındaki diğer konularda vergilerin kanuniliği ilkesi gereğince hâkimin takdir yetkisi mevcut değildir.

Hâkimin takdir yetkisine Vergi Usul Kanunu'nun özellikle vergi cezalarına ilişkin hükümlerinde yer verildiği görülmektedir. Örneğin, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Bu maddede düzenlenen kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında hükmolunacak hapis cezası, maddede alt ve üst sınırlar belirlenmek suretiyle hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır⁶⁷.

• Evleviyet:

Çoğun içinde azın da bulunacağı, bütün için doğru olanın parçalar için de doğru olacağı ilkesine dayanan evleviyet yolu, daha önemli bir durum için kabul edilen bir hükmün daha az önemli olan bir durum için de uygulanabilmesi anlamına gelir. Görüldüğü gibi burada birisi kanunla düzenlenmiş, diğeri ise kanunla düzenlenmemiş birbirine benzer iki ilişki söz konusudur⁶⁸.

Vergi hukukunda evleviyet yolu vergilerin kanuniliği ilkesine ters düşmesi sebebiyle uygulanması mümkün olmayan bir yoldur. Vergiyi doğuran iki benzer olayın varlığı vergi hukukunda yeterli değildir, her işlem ve olayın açık bir şekilde kanuna dayanması gerekmektedir. Dolayısıyla verginin kanuniliği ilkesi ve vergi kanununun amacı gereğince kıyasla veya evleviyet yoluyla bir verginin konusu ve yükümlülüğü genişletilemez veya daraltılamaz⁶⁹. Vergi idaresinin ve vergi yargısının kararları ve uygulamalarında bu yola başvurulmadığı görülmektedir⁷⁰.

• Kanun Boşluğu Doldurma:

Kanun boşluğu kavramı özel hukukta çokça bulunan bir kavramdır. Özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde başta Medeni Kanun'un 1'inci maddesinde belirtilen temel ilkeden yararlanmak üzere, çeşitli yollarla kanun boşluğunun doldurulması yoluna gidilmektedir⁷¹. Vergi

⁶⁶ KARAKOÇ, 2002, s. 85.

⁶⁷ BATUN, 2012, s.125.

⁶⁸ SAYGILIOĞLU, 1987a, s.103.

⁶⁹ SAYGILIOĞLU, 1987a, s.104, ÇAĞAN, s.175-176.

⁷⁰ SAYGILIOĞLU, 1987a, s.104.

⁷¹ KARAKOÇ, 2002, s. 84.

hukukunda ise vergilerin kanuniliği ilkesi gereğince vergilendirme alanında düzenleme yapma ve norm koyma yetkisinin münhasıran yasama organına aittir. Dolayısıyla, vergi hukukunda kanun boşluklarının yargı tarafından doldurulması mümkün değildir⁷².

SONUÇ

Hukuk kuralları yorum faaliyeti sonucunda anlam bakımından uygulanabilir hale gelmektedir. Hukuk kurallarının soyut ve genel nitelikte olması, zaman içerisinde dilde yaşanan değişimler, ekonomik ve sosyal hayattaki gelişmeler hukuk kurallarının yorumlanmasını gerekli kılmaktadır.

Yorumu yapana göre yorum türleri; yasama yorumu, yargı yorumu, idari yorum ile bilimsel yorum şeklinde belirtilebilir. Yapılan yorumun niteliği esas alınarak yapılan sınıflandırmaya göre ise yorum türleri; açıklayıcı, genişletici ve daraltıcı yorum olarak sıralanmaktadır.

Vergi hukukunda yorum yöntemlerinin belirlenmesi bir ihtiyaçtır. Yorum yöntemleri; lafzi, tarihi, amaçsal ve sistematik yorum olarak genel kabul görmektedir. Her yorum yöntemi, hukuk kurallarının farklı yönlerini esas alarak onu anlamlandırmayı amaçlamaktadır. Bu yorum yöntemlerinin hepsi belirli sınırlamalar içinde her hukuk dalında uygulanabilmektedir. Bu yöntemler birbirlerine alternatif değillerdir. Bu yöntemlerin birbirlerini destekleyici şekilde kullanılmaları hukuk kurallarının yorumlanması ve anlamlandırılmasında daha iyi sonuçlar verecektir.

Hukukta yorum ile boşluk doldurma kavramları zaman zaman karıştırılabilmektedir. Bunun nedeni, bu kavramların bazı özelliklerinin ortak olmasıdır. Mevcut olan yani, var olan bir kanun hükmü yorumlanabilir. Ancak, kanun boşluğu varsa yani bir konuda kanunda herhangi bir hüküm ve düzenleme mevcut değilse yorum yapılamaz. Hâkimin takdir yetkisi de yorumla karıştırılmamalıdır. Yorumdan farklı olarak takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı kural içi boşlukların doldurulmasında kullanılır.

Vergi hukukunda yorum konusu özel olarak ele alınmalıdır. Vergi hukukunda uygulanan yorum türleri ve yorum yöntemleri diğer hukuk dallarındakilerle aynı olmasına karşın, bazı noktalarda farklılıklar içermektedir. Vergi hukukunda yoruma imkân sağlayan Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü madde-

⁷² İdris Hakan FURTUN, **Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 173.

sinin A fıkrasının 2'nci bendinde yorum yöntemlerinin uygulanmasında bir sıralama öngörülmüştür. Buna göre vergisel norm yorumlanırken önce lafzi yoruma başvurulmalıdır. Vergisel normun anlamlandırılması ve somut olaya uygulanması, lafzi yorumla sağlanamaz ise diğer yorum yöntemlerinin (tarihi, sistematik ve amaçsal yorum) uygulanması gerekmektedir. Bu sıralama vergi hukukuna özgüdür. Yorum konusunda vergi hukukuna özgü olduğu kabul edilen bir başka konu ise “ekonomik yaklaşım ilkesi” ve bu ilkenin alt kavramları olan “ekonomik yorum” ve “ekonomik irdeleme”dir.

Ekonomik yaklaşım ilkesi, vergi kanunlarının uygulanmasında ekonomik gerçeklerin esas alınmasını savunan, amaçsal yorumun vergi hukukuna özgü bir türü olarak kabul edilen bir yöntemdir. Bu yöntemde başvurulurken kanunun lafzı aşılmamalı ve kıyasa gidilmemelidir. Zira kıyas yasağı ekonomik yorumun sınırını teşkil etmektedir. Ekonomik irdeleme, vergiyi doğuran olayın nitelendirilmesinde biçimsel içeriğin değil ekonomik özün esas alınmasını savunmaktadır. Bu açıardan bakıldığında ekonomik yaklaşım ilkesi, özel hukuktaki dürüst davranma kuralını düstur edinmiştir ve kanuna karşı hile durumunda vergi hukukunun kendisini koruma mekanizması olarak işlev görmektedir.

Vergi kanunlarının yorumlanması çeşitli açılardan güçlükler arz etmektedir. Vergi kanunları kaleme alınırken kullanılan dil ve noktalama işaretleri konusunda gerekli özen gösterilmemektedir. Bunun neticesinde, lafzi yorumla sonuca ulaşmak zorlaşmaktadır. Bunun yanında, gerekçelerin çoğu zaman kanun maddesinin tekrarı şeklinde olması veya gerekçelerde sadece belirli matbu ifadelerin bulunması veyahut kanun ile gerekçede birbiriyle çelişen ifadelerle yer verilmesi, tarihi yoruma başvurulması imkânını sınırlamaktadır. Vergi kanunlarının sık sık değişmesi ve bu değişikliklerin kanunun sistematikliğini ve terminolojisini gözetmeksizin yapılması da sistematik yorumla sonuca ulaşmada engel teşkil etmektedir.

Vergi hukukunda geçerli olan verginin kanuniliği ilkesinin sonuçlarından birisi, kıyas yasağıdır. Kanun boşluklarının doldurulmasında kullanılan kıyasa başvurma yolu vergi hukukunda geçerli değildir. Kanun boşluklarının doldurulmasında kullanılan diğer bir yol ise evleviyet yoludur. Fakat vergi hukukunda, bu yola da başvurulamamaktadır. Ancak, hukuk metinlerinin yorumlanmasında kullanılan aksi ile kanıt yani mefhumu muhalif kavramı, vergi hukukunda geniş sayılabilecek bir uygulama alanına sahiptir.

KAYNAKÇA

- 02.12.2010 tarihli ve 27773 sayılı Resmi Gazete.
- 31.12.1980 tarihli ve 17207 mükerrer sayılı Resmi Gazete.
- AKDOĞAN, Abdurrahman, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, 8. Baskı., Gazi Kitabevi, Ankara, 2008.
- AKINTÜRK, Turgut, **Medeni Hukuk**, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- AKKAYA, Mustafa, **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- AKSOY, Şerafettin, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, 5.Baskı., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- BATUN, Mehmet, “Döviz Kazandırıcı Faaliyetlere İlişkin Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Anayasa’ya Aykırıdır”, **Vergi Dünyası**, Sayı:336, ss.148-157, Ağustos, 2009.
- BATUN, Mehmet, “Türk Vergi Hukukunda Yorum ve İspat”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2012.
- BİLİCİ, Nurettin, **Vergi Hukuku-Genel Hükümler-Türk Vergi Sistemi**, 18.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- ÇAĞAN, Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982.
- DANIŞTAY 7. D.’nin 13.11.1984 tarihli ve E. 1984/509, K. 1984/1718 sayılı kararı, (Çevrimiçi <http://www.danistay.gov.tr>, 10.06.2016).
- DANIŞTAY 9. D.’nin 02.04.2003 tarihli ve E. 2002/6234, K. 2003/1083 sayılı kararı, (Çevrimiçi <http://www.danistay.gov.tr>, 26.05.2016).
- DANIŞTAY İBK’nın 14.06.1979 tarihli ve E. 197017, K. 1979/9 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 52-53.
- EROĞLU, Onur, “Vergi Ceza Hukuku Açısından Kanunilik İlkesi”, **Eskişehir**

Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Aralık 2013, 8(3), 157- 179.

FURTUN, İdris Hakan, **Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

GÖKÇAY, Şerif Emre, “Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Kapsamı, Niteliği ve Sınırları”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Doktora Tezi**, İstanbul, 2017.

GÜNEŞ, Gülsen, **Verginin Yasallığı ilkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.

KALKAN, T. Tolga, “Yargı Kararları Işığında Vergi Hukukunda Yasa Gerekçelerinin İşlevi (I)”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 310, Haziran 2007.

KANETİ, Selim, “Vergi Hukukunda Yorum ve Nitelendirme”, **Makaleler**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, ss.257-266.

KARAKOÇ, Yusuf, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı 2013, Basım Yılı: 2014, ss.1259-1308.

KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

MUTLUER, M. Kamil, **Vergi Genel Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

OKTAR, S. Ateş, **Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2010.

ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

ÖNCEL, Mualla/ KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.

ÖNER, Erdoğan, **Vergi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı, Ankara, Ağustos 2014.

PEHLİVAN, Osman, **Vergi Hukuku-Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi**, Celepler Matbaacılık, Trabzon, Şubat 2016.

SAYGILIOĞLU, Nevzat, **Vergi Hukukunda Yorum**, Maliye Bakanlığı APK

Yayımları, Ankara, 1987a.

SAYGILIOĞLU, Nevzat, “Türk Vergi Hukukunda Yorum Biçimi”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 70, Haziran 1987b.

SÖZER, Ali Nazım, **Hukukta Yöntembilim**, Beta Yayınları, İzmir, 2008.

ŞENYÜZ, Doğan, “Peçeleme ile Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar”, **Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 185, Mayıs 2008.

ŞENYÜZ, Doğan, “Vergi Hukukunda Yorum Normları ve Ekonomik Yaklaşım”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Vergi Hukuku Özel Sayısı, ss.17-22, Özel Sayı 7, Mart 2008.

TAŞKIN, Yasemin, “Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesine Genel Bakış,” **Mali Çözüm Dergisi**, Sayı: 109, ss. 69-76, Ocak-Şubat 2012.

1924 ANAYASASI'NDA YARGI YETKİSİ VE ŞURA-YI DEVLET'İN FONKSİYONU

Onur KAPLAN*

ÖZ

Toplumun sosyolojik açıdan temel yapısını teşkil eden ve devletlerin yönetim biçimlerinin çerçevesini çizen Anayasa, genellikle siyasi bir belge olarak telakki edilmektedir. Bununla birlikte devlet kavramıyla sıkı bir bağlantı içinde olsa da Anayasa kavramının sadece bir siyasi bir belge olarak ele alınması eksik bir yaklaşım olacaktır. Bu kapsamda Anayasanın sahip olduğu siyasi değerinin yanında 1924 Anayasası'nın aktarmış olduğu kavramların da tanımlanması gerekmektedir. Özellikle kamu hukukunun belli başlı meselelerinden biri, devlet organlarının her birinin neyi yapıp yapamayacağına tespit edilmesidir. Çalışma konusu kapsamında –yasama ve yürütme kuvveti hariç tutulmamak kaydıyla– kazaî vazifenin maddi tasavvurunun neden ibaret olduğunun mantıklı bir açıklamasını yapmak gerekmektedir. Bu bakımdan Türk Anayasacılık hareketleri kapsamında yargı yetkisinin nasıl geliştiği ortaya konulmalıdır. Bunun yanında Cumhuriyet döneminde çıkarılan kanunlar ile birlikte idari yargının görev alanının belirginleşmesi ve Şura-yı Devlet'in yargısal görevlerinin artması idari yargı rejiminin gelişim sürecini hızlandırmıştır. Bu gelişim sürecinde Şura-yı Devlet'in hukuk devleti nosyonunun oluşması bakımından oynadığı rol büyük önem arz etmektedir. Çalışmada bu kapsamda 1924 Anayasası'nda yargı yetkisinin ne şekilde düzenlendiği ifade edilecek; daha sonra Türk idari yargı sistemi, Şura-yı Devlet başta olmak üzere temel özellikleri ile değerlendirilecek ve Şura-yı Devlet'in o dönemde vermiş olduğu bazı kararlarda hukuka uygunluğun sağlanması noktasındaki farklı yaklaşımları irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: 1924 Anayasası, Cumhuriyet Devri, Yargı Yetkisi, Şura-yı Devlet, İdari Rejim.

JUDICIAL AUTHORITY IN THE 1924 CONSTITUTION AND THE FUNCTION OF THE COUNCIL OF STATE

ABSTRACT

The Constitution, which constitutes the sociological basis of the society and draws the framework of the governance forms of the states, is generally considered as a political document. However, even if it is closely related to the concept of the state, it will be an incomplete approach to consider the Constitution concept as a political do-

* **Arş. Gör.**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. **E-Posta Adresi:** onur.kaplan@bilgi.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/12/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/07/2018

document only. In this context, besides the political value of the Constitution, it is necessary to define the concepts that the 1924 Constitution refers to. Particularly one of the major issues of public law is to determine what each of the state organs can and can not do. Within the scope of the work, it is necessary to make a reasonable explanation that the material conception of accidental occupation is the cause, not to mention the presiding and executive power. In this respect, how the judicial authority developed within the context of Turkish constitutionalism movements should be put forward. In addition, with the laws enacted during the Republican period, the role of the administrative judiciary became more apparent and the increase of the judicial functions of the Council of State accelerated the development of the administrative judiciary regime. In this development process, the role played by the Council of State in the formation of the rule of law state is of great importance. In this context, in this context, the way in which the judicial authority was organized in the 1924 Constitution will be expressed; then the Turkish administrative judiciary system will be evaluated with its basic characteristics and will examine the different approaches to ensuring compliance with the law in some of the decisions the Council of State has made at that time.

Keywords: 1924 Constitution, Republican Revolution, Jurisdiction, Council of State, Administrative Regime.

I. Giriş

Yazılı anayasacılık hareketi diğer bir deyişle “liberal anayasacılık hareketi”, genel olarak, 18. yüzyıldan başlayarak ilk önce monarşik yöntemlerle daha sonraları da demokratik olarak adlandırılan yöntemlerle yapılmaya devam etmiştir¹. Toplumsal, siyasal, hukuki süreçlerin değişmesine koşut biçimde anayasa yapma süreçleri de zaman içinde değişmekte ve evrim geçirmektedir². Nitekim Osmanlı Devleti'nde “anayasa” kelimesinin yerine “kanun-ı esasî” ifadesi kullanılmakta iken; Anadolu hareketinin başlaması neticesinde belki de devletin temelden değişeceği ve saltanatın yıkılacağı düşüncesini zihinlerde uyandırmamak için ayrı bir “kanun-ı esasî” yapar gibi görünmek istemeyenler, “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu” demeyi daha elverişli bulmuşlar ve bu ismi kullanmışlardır³. Söz konusu ifade, 20 Ocak 1921 tarihli Anayasa'da

¹ Süheyl BATUM, **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.19.

² BATUM, s.201.

³ Mümtaz SOYSAL, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 6. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s.7.

yer aldığı gibi, cumhuriyetin ilanından sonra 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1924 Anayasası) için de kullanılmıştır⁴.

1921 Anayasası, savaş döneminde Anadolu’da beliren yeni siyasal odağın demokratik inşasını konu edinmekle birlikte Büyük Millet Meclisi’nin kurumsallaşmasını ve Osmanlı/İstanbul hükümetinin fiilen sınırlandırılmasını sağlamıştır⁵. O dönemdeki yönetim tarzını düzenleyen ilk anayasa 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu olup bundan sonra, Cumhuriyetin ilanı ve arkasından meclis hükümeti sistemi ile parlamenter sistemi bir araya getirmeye çalışan 1924 Anayasası kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Cumhuriyet modernleşmesinin taşıyıcısı olan 1924 Anayasası bu anlamda, içerdiği hak ve özgürlük kataloğu sebebiyle liberal demokratik anayasacılık modeline yaklaşmış ve fakat bu model de Türkiye özelinde anayasanın sınırlı iktidar hedefinin gerçekleşmesini tam manasıyla sağlayamamıştır⁶. 1921 Anayasası’nın olağanüstü koşulların ürünü olan eksik bir metin olması; geçiş sürecinden başarıyla çıkılmasının ardından devletin temel kuruluşunu, bireylerin konumunu belirleyecek bir anayasanın varlığına ihtiyaç duyulmasına sebep olmuştur⁷. Bu nedenle iki anayasalı duruma bir son verilmesi gereği söz konusu olmuştur. Bu doğrultuda, 1924 Anayasası, 1876 tarihli Kanun-ı Esasi’yi ve 1921 Anayasası’nı md.104 uyarınca açıkça kaldırmıştır⁸.

II. 1924 Anayasası’nın Genel Özellikleri ve Yargı Yetkisi

1924 Anayasası’nın mantıksal temellerinin anlaşılması için Türk Devrimi’nin ne olduğunun kısaca ifade edilmesi icap edecektir. Atatürk’ün ifade ettiği üzere Türk Devrimi, kelimenin ilk anda akla getirdiği ihtilâl manasından daha başka ondan daha geniş bir anlam ifade etmektedir⁹. Bu kap-

⁴ Bu çalışmada gerek 1921 tarihli gerekse 1924 tarihli Anayasalar için kullanılan “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu” ifadesi yerine *normun* genel geçer bir ifadesi olarak “Anayasa” kavramı tercih edilmiştir.

⁵ Bertil Emrah ODER, “Türkiye Anayasacılık Bakımından Nasıl Değerlendirilebilir?”, **Anayasa Gündemi** (Ed. İbrahim Ö. KABOĞLU), İletişim Yayınları, Ankara, 2016, s.19.

⁶ Bu kapsamda anayasa önce cumhuriyet reformcularının uygulayıcı hukuksal çerçevesi olmakla sınırlı kalmış daha sonra çok partili yaşama geçişle çoğunluklu modelin ve çoğunluğun baskıcı uygulamalarının dayanağı gibi kullanılmıştır. ODER, s.19.

⁷ Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 30.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017, s.290.

⁸ Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Birinci Baskıdan Tıpkı 3.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s.28.

⁹ Murat SARICA, **100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s.196.

samda “Devletin şekli ve nitelikleri”, asırlardan beri süregelen eski şekilleri bertaraf edecek şekilde en gelişmiş biçimi olmuştur¹⁰. Nitekim söz konusu durum, kendisini 1924 Anayasası'nın birinci bölümünde de göstermiştir. 1924 Anayasası'nın¹¹ (“1924 AY”) “*Ahkâmı Esasiye*” başlığını taşıyan Birinci Bölümünde Türkiye Devleti'nin bir Cumhuriyet olduğu¹² ve Devletin özelliklerinin neler olduğu vurgulanmıştır^{13, 14}. Devletin niteliklerinin belirtildiği birinci bölüme bakıldığında, kuvvetler ayrılığı yerine kuvvetler birliği prensibine yer verildiği görülmektedir. 1924 Anayasası'nın 5. maddesine göre, “*Teşri salâhiyeti ve icra kuvveti Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder*”. Yine 1924 Anayasası md.7 uyarınca, “*Meclis, icra salâhiyetini, kendi tarafından münthap Reisicumhur ve onun tayin edeceği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder*”^{15, 16}. Dolayısıyla 1921 Anayasası'na benzer

¹⁰ Murat SARICA, s.196-197.

¹¹ Tanilli'nin de ifade ettiği üzere, bu kanunun yerine hükümlerinin esasında hiçbir değişiklik yapılmamak kaydıyla ve anlamına tamamen bağlı kalınmak suretiyle 1945 tarih ve 4695 sayılı Anayasa ikame edilmiş ise de sonradan çıkarılan 1952 tarih ve 5997 sayılı kanunla mezkûr Anayasa yürürlükten kaldırılarak Teşkilat-ı Esasiye Kanunu mevcut tadilleriyle birlikte aynen yürürlüğe konulmuştur. Bkz. Server TANİLLİ, **Anayasal ve Siyasal Belgeler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.68.

¹² 1924 AY md.1 “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir”.

¹³ 1924 AY md.2 “Türkiye Devleti, cumhuriyetçi, milliyetçi, halkçı, devletçi, laik ve inkılapçıdır. Resmî dili Türkçedir. Makararı Ankara şehridir”.

¹⁴ İfade edilecek olursa, 1924 Anayasası'nda Devletin nitelikleri arasında “sosyal bir hukuk devleti” ifadesinin yer almadığı görülmektedir. Bu ifadenin hem sosyal devlet hem de hukuk devleti kavramlarını ilgilendirmesinden bahisle; 1924 Anayasası'nın temel felsefesinde bu kavramlara yer verilmemesi, o dönemde henüz hukuk devleti ve sosyal devlet kavramlarının hukuk düzeninde tam olarak yerleşmediğinin bir göstergesidir. Özellikle insan hakları bildirilerinde ve anayasalarda klasik hak ve hürriyetlerin yanında sosyal haklara yer verilmesi daha sonraları olmuş, devlet o güne değin üzerine almadığı yeni görevleri üstlenmiştir. Bu bağlamda negatif yükümlülüklerinden ziyade devletin pozitif yükümlülükleri de var olmaya başlanmıştır. Bkz. Güngör TURAN, “Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Gelişimi ve Yorumu”, *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, Sayı:17-18/1, 1996, s.106-107; M. Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt-II**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.669-670.

¹⁵ Burada Meclis'in “yasama yetkisi” ve “yürütme yetkisi”ni kuvvetler birliği ilkesi kapsamında elinde bulundurduğu görülmektedir. Madde metnine bağlı kalındığında Anayasa koyucu “görev veya vazife” ifadesinin yerine “salâhiyet” kelimesini tercih etmiştir. Ancak İkinci ve Üçüncü Fasılların başlıklarında “vazife” ifadesine yer verildiği görülmektedir. Görülmektedir ki, “vazife” ve “salâhiyet” kavramları birbirine eşdeğer biçimde kullanılmıştır.

¹⁶ Doktrinde Özbudun, 1924 Anayasası'nın Türkiye Büyük Millet Meclisini yürütme gücünün asli sahibi gibi göstermiş olmasına rağmen ona bu gücü “bizzat kullanma” yetkisini vermediğini ifade etmektedir. Gerçekten 1924 Anayasası'na göre TBMM, yürütme yetkisini ancak kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanabilmektedir. Bkz. Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 17.Baskı, Yetkin

biçimde¹⁷, Meclis'e yasama kuvvetinin yanında¹⁸ yürütme ilişkin olarak da yetki verildiği ifade edilebilecektir. 1921 Anayasası'nda güçler (yasama-yürütme-yargı) yatay planda bölünmemiş ve fakat merkezi yönetim kendi içerisinde yerel bölümlere ayrılmıştır¹⁹. 1924 Anayasası'nda ise, güçler yasama organında toplanmış²⁰, bununla birlikte fonksiyon ayrılığının varlığı söz konusu olmuştur²¹. Nitekim yasama organının yasama yetkisini bizzat kullanırken, yürütme yetkisini kendi seçtiği cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu aracılığıyla kullanacağı öngörülmüş ve yasama bölümü (md.9-30) arasında, yürütme bölümü ise (md.31-52) arasında düzenlenmiştir²².

1924 Anayasası'nın genel gerekçesinde de ifade edildiği üzere, "*Meclis her türlü kuvayı zatında cem ve hakkı hâkimiyeti bizzat ve bilfiil istimal ettiğinden mahiyeti müstemirdir*"²³". Bu doğrultuda meclis hükümeti sisteminin benimsenmesi ve Meclisin gerek yasama gerekse yürütme yetkisini elinde bu-

Yayımları, Ankara, 2017, s.199.

¹⁷ "1921 Anayasası, erkler ayrılığını içermeyen merkezîyetçi bir milli egemenlik tanımı yapar. Bu geçici metne göre; egemenlik, sadece, sırf yasama gücüyle değil, aynı zamanda yürütme gücü ve hatta yargı gücüyle de donatılan tek yapı bir meclis olan TBMM'ye aittir". Jean MARCOU, "Anayasacılık ve Türkiye'de Anayasal Hareketler", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 2012, s.8.

¹⁸ 1924 AY md.6 "Meclis, teşri salâhiyetini bizzat istimal eder".

¹⁹ Sultan TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, "Osmanlı-Türk Anayasal Geleneğinde Başkanlık Rejimine Yer Var mı?", **Anayasa Gündemi** (Ed. İbrahim Ö. KABOĞLU), İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s.202.

²⁰ 1924 Anayasası genel gerekçesinde belirtildiği üzere, "Bütün kuva meclis canibinden istimal olunur. Hakkı teşride asla vekalet caiz değildir. İcra hakkı ise esasen meclise aittir. Tefriki kuva yoktur". Bkz. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/ Zekâi SEZGİN, **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1957, s.2.

²¹ "Hükümet sistemi sorunuyla devletin hukuki fonksiyonlarının ayrımı farklı konulardır. Kuvvetlerin (veya fonksiyonların) birliği ya da ayrılığı, organlar arasındaki ilişkileri veya karşılıklı etkileşim araçlarını değil, hangi organın ne tür hukuki işlemler yapabileceğini ilgilendirir. Eğer yasama ve yürütme fonksiyonları şu veya bu biçimde birbirinden ayrılmış ve farklı organlara verilmişse; yani yasama organı yürütme fonksiyonuna giren işlemleri, yürütme organı da yasama fonksiyonuna giren işleri yapamıyorsa, iki organ arasındaki karşılıklı etkileşim araçları ne şekilde olursa olsun fonksiyonlar ayrılığı var demektir". ÖZBUDUN, s.198.

²² TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, s.202-203.

²³ Bununla birlikte gerekçede belirtildiği üzere; meclisin Anayasa'da sayılan salâhiyetleri tahdidi değildir. Zira 1924 Anayasası anlayışına göre Meclisin yetkilerinin sınırlandırılması mümkün olmamaktadır. Bunun için söz konusu vazifelerle ilgili olarak "gibi" edatı konulmuştur. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/SEZGİN, s.3.

lundurduğu²⁴ ifade edilebilirse de “yargı” bakımından bir farklılık söz konusudur. Nitekim 1924 AY md.8'e göre, “*Hakkı kaza, Millet namına, usulü ve kanunu dairesinde müstakil mehakim tarafından istimal olunur*”. Görülmektedir ki, yasama ve icradan farklı olarak yargının nitelendirilmesinde “salahiyet” değil “hak” kavramı kullanılmıştır. Bu durumda “yargı”nın kendi sahası içerisinde serbest bırakıldığı düşünülebilir. Ancak, kazaî salahiyeti haiz organlar da kendi sahaları içinde tamamen serbest ve müstakil bırakılmış değerlerdir²⁵.²⁶ Hâkimlerin icra organı tarafından göreve seçiliyor oluşu, mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararlarına karşı belirli hallerde en büyük icra organına verilen af, tahvil etmek gibi yetkiler bunun bir göstergesidir²⁷. Yine dönemin anlayışına ilişkin olarak bazı müelliflerin yargı kudretini kanunların tatbiki ile eşdeğer görmesinden ötürü ayrı bir “kazaî kuvvetin” varlığı tartışma konusu olmuştur²⁸. Bu görüşlerin belirli ölçüde haklılık payı olduğu ifade edilebilirse de 1924 Anayasası'nın 8. ve 54. maddeleri²⁹ çerçevesinde yargı kuvvetinin ayrı bir varlığının bulunduğu ve yargı yetkisinin kullanımının usul ve kanunlar çerçevesinde tesis olunacak mahkemelere verildiği söylenebilecek-

²⁴ Bu durum karşısında doktrinde Kubalı, Esas Teşkilat Hukuku sahasındaki birçok kaidenin zorlayıcı ve kazaî müeyyidelerden mahrum olduğunu ifade etmektedir. Nitekim müellif, Anayasaya aykırı kanunlar çıkaran Meclise veya Meclisten veya mensubu olduğu parti grubundan güvensizlik oyu aldığı halde istifa etmeyen bir Başvekil karşı zorlayıcı ve kazaî müeyyidelerin ekseriya bulunmadığını ifade etmiştir. Hüseyin Nail KUBALI, **Esas Teşkilât Hukuku**, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1959 s.10.

²⁵ R. Galip OKANDAN, “Âmme Hukukunda Kuvvetler Bölümü Meseleleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:2, Sayı:1-4, 1936, s.516.

²⁶ Doktrinde Gözler'in isabetle ifade ettiği üzere, 1924 Anayasası'nda yargı ile ilgili eksiklikler bulunmaktadır. Nitekim 1924 Anayasası olağanüstü mahkeme kurulmasını yasaklamamaktadır. Bu bakımdan suç işlendikten sonra oluşturulan ve TBMM kararı ile kurulan İstiklal Mahkemeleri uygulamalarıyla doğal hakim ilkesi ihlal edilebilir hale gelmektedir. Bunun yanında Anayasada ifade edilen belirli sayıda güvence de yasama organına karşı etkili değildir. Zira, 1924 Anayasası'nın getirmiş olduğu güvenceler ancak kanun dairesinde söz konusu olabilmektedir. Bkz. GÖZLER, s.32. Dolayısıyla yargı kuvvetine tanınan güvencelerin kanun koyucu tarafından ortadan kaldırılması yolunun da açık olduğu söylenebilecektir.

²⁷ OKANDAN, s.517-518. Bunun yanında 1924 Anayasası kapsamında hakimlerin bağımsızlığı (md.54) düzenlenmişse de söz konusu bağımsızlık durumunun sağlanması bakımından gerekli güvenceler öngörülmemiş bunun yanında Hakim ve Savcılar Kurulu benzeri bir yapıya yer verilmemiştir. Bkz. GÖZLER, s.32.

²⁸ OKANDAN, s.519.

²⁹ 1924 AY md.54 “Hâkimlerin bilcümle dâvaların muhakemesinde ve hükmünde müstakil ve her türlü müdahalattan âzade olup ancak kanunun hükmüne tâbidirler. Mahkemelerin mukarreratını Türkiye Büyük Millet Meclisi ve İcra Vekilleri Heyeti hiçbir veçhile tebdil ve tağyir ve tehir ve infazı ahkâmına mümanaat edemez”.

tir³⁰. Bu doğrultuda 1924 Anayasası'nda hem meclis hükümeti hem parlamenterizm modellerine yer veren karma bir modelin benimsendiği ve kuvvetler birliği ilkesinin yumuşatılarak uygulandığı sonucuna ulaşmak mümkündür³¹.

1924 Anayasası, insan hakları teorisi bakımından klasik hak ve hürriyetleri düzenlemiştir. Ne var ki, bu hakların ihlali halinde haiz oldukları güvenceler yeterince ifade edilmemiştir³². Gerçekten 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde yer alan doğal haklar doktrinini yansıtan 1924 Anayasası, sınırlama bağlamında ise yalın bir yol izleyerek sınırlama nedenlerini kanun koyucunun takdirine bırakmıştır³³. Bununla birlikte kanunları denetleyecek bir yargı sistemi olmadığından; adi çoğunlukla kanun çıkarılabilmesi mümkün olabilmekte idi³⁴. Bu durum şüphesiz Anayasanın sertliğine ilişkin hükümlerin etkinliğini büyük ölçüde zedelemiştir³⁵.

Hukuki açıdan, erkler arasındaki ilişkiler, Batı'da 17. ve 18. yüzyılda gelişen siyasi felsefeye bağlı olarak kuvvetler ayrılığı ilkesine göre tanımlanmaya başlamış olup temelde bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumayı amaçlar³⁶. Yukarıda değinilen liberal anayasacılık hareketleri çerçevesinde, "kişi" amaç olunca, temel hak ve hürriyetlerin güvencesi de kuvvetler ayrılı-

³⁰ Özdeş, 8 ve 54'üncü maddelerin devlet erkleri arasında yetki ve hakların ayrımlanmasının yargı bakımından ifadesi olduğunu; bu kapsamda "hak" diye vasıflandırılan yargı işinin 8. madde uyarınca mahkemelere verildiğini ve 54. maddede açıklandığı üzere bu hakkın TBMM veya İcra Vekilleri Heyeti'nce ihlal edilemeyeceğini ifade etmektedir. ÖZDEŞ, Orhan, "Danıştay'ın Tarihçesi", **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s.103. Aynı yönde; DERBİL, Süheyp, **İdare Hukuku Cilt-I**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1955, s.80.

³¹ "Türkiye'de önce 1920'de Büyük Millet Meclisinin açılmasıyla, arkasından 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunuyla kuvvetler birliği ilkesi benimsenmiştir. Bu doğrultuda yasama, yürütme yetkileri, hatta İstiklal Mahkemelerinin görev alanına giren konularda yargı yetkisi Türkiye Büyük Milleti'nde toplanmıştır. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunuyla (Anayasası) ile biraz yumuşatılmışsa da yine kuvvetler birliği ilkesi esas alınmıştır". YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.17.

³² FENDOĞLU, H. Tahsin, **Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.264.

³³ Mehmet AKAD/Bihterin VURAL DİNÇKOL/Nihat BULUT, **Genel Kamu Hukuku**, 12.Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s.364.

³⁴ Gözler'in ifade ettiği üzere bu dönemde kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir Anayasa Mahkemesi bulunmadığından ve Yargıtay ve Danıştay'ın da kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini kendilerinde görmemesinden dolayı anayasanın üstünlüğü ilkesi pratikte zayıf kalmıştır. GÖZLER, s.28.

³⁵ ÖZBUDUN, s.31.

³⁶ Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, 13.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.407.

ğında aranmıştır³⁷. İfade edilecek olursa hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir³⁸. Bu çerçevede hukuk devletinden bahsedilecek ise, organik ve maddi anlamda ayrı bir yargı yetkisinin de varlığı gerekmektedir³⁹. Yargı yetkisi tam gelişmemiş ve büyük ölçüde ihtilafların kanuna uygunluğu denetiminden –tespitten– öteye gidememiş olması durumu aynı zamanda “hukuk devleti” ilkesinin o dönemde tam manasıyla uygulanamamasına da yol açmıştır. Zira Onar'ın da ifade ettiği üzere, hukuk devleti kavramının soyut bir prensip olmaktan ziyade gerçek manada bir değer arz etmesi; devletin hukuki tasarruflarının denetlenebildiği ve sonu itibarıyla hukuka aykırılık durumunu ortadan kaldıracak bir kazai teşkilat ve denetimin varlığına bağlıdır⁴⁰.

Bu doğrultuda denilebilir ki, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin bulunduğu bir hukuk sisteminde yargı bağımsızlığı temel unsurdur⁴¹. Gerçekten yasama ve yürütme organlarının tesis etmiş oldukları işlemler sonucu temel hak ve hürriyetleri muhtel olan kişilerin sahip olduğu bu temel hak ve hürriyetleri tam anlamıyla kullanabilmesi yargı kuvvetinin varlığına bağlıdır. Bu kapsamda 1924 Anayasası'nda kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisi bulunduğu gibi⁴², yürütme işlevinin gerçekleştirilmesi de Meclis elinde bulunduğundan; yargı esasen, birey-birey ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar hariç⁴³

³⁷ TEZİÇ, s.407-408.

³⁸ AYM. E.2017/48, K.2017/129, T.26.07.2017, RG.26.09.2017-30192.

³⁹ Cemil OKTAY, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:1, 1984, s.225.

⁴⁰ ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt-I**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1952, s.120.

⁴¹ OKTAY, s.225-226.

⁴² Belirtilecek olursa, 1924 Anayasası mad.26 uyarınca kanunların yorumlanması (tefsiri) hususu; mahkemelere değil, yasama organına vermiştir. Doktrinde bu durum “yasama yorumu” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. GÖZLER, s.32.

⁴³ Bireyler arasında gerçekleşen münasebetler ile iki yahut bir tarafı devlet kamu tüzelkişisi olan münasebetlerde tatbik edilen hukuk kaideleri arasındaki fark Âdil tarafından şu şekilde izah edilmektedir: “*Fert, devlete itaat bağı ile bağlıdır. Devlet, izhar ve tespit ettiği Hukuk kaidelerini ferde teklif ve ona riayeti icbar eder. Fakat hakimiyeti haiz olmak itibarıyla devlet, Hukuk kaidesi teklif ve tatbikını icbar edecek bir kuvvet yoktur. Devletin kendisi ise kudret ve nüfuzunu kendi aleyhine istimal etmez. Şu halde ferde tatbik olunacak Hukuk kaidesinin devlete tatbik olunacak Hukuk kaidesinden ayrı olması zaruridir*”. Musliheddin ÂDİL,

Devlet-birey ilişkilerinden doğan uyumsuzlukları hukuka uygunluk bakımından yeterince değerlendirebilme imkânından mahrum kalmıştır⁴⁴.

III. Şura-yı Devlet'in Kısa Tarihçesi ve 1924 Anayasası'ndaki Yeri

Batı Avrupa ülkelerinde ve bilhassa Fransa'dakine benzeyen müesseseler, Osmanlı Devleti'nde 19. yüzyılda kurulmaya başlamış olmakla beraber, Danıştay⁴⁵ oldukça eski bir maziye sahiptir. Osmanlı Devleti'nin yeniden yapılandırıldığı sırada oluşturulan bir müessese olarak Şura-yı Devlet, öteki müesseseler ile birlikte kapsamlı bir reform girişiminin ürünü olarak ifade edilebilir⁴⁶. Bu anlamda esasen Tanzimat Dönemi, Osmanlı Devleti'nde modern bürokrasinin ve idareden ayrı bir yargı işlevinin kuruluşudur⁴⁷. 1839 yılında Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun neşredilmesinden sonra kanunlara uygunluğun nizam içinde gerçekleşmesi amacıyla Meclis-i Âli Hükümet tesis edilmiş idi⁴⁸. 1854 yılında ise, Islahat Fermanı'nın yayımlanmasından önce Reşit Paşa'nın vaktiyle teşkil etmiş olduğu Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye ikiye ayrıldı; Kanun layihalarını hazırlama yetkisini haiz Meclis-i Tanzimat ve Meclis-i Ahkâm-ı Adliye⁴⁹. 1861'de ise bu iki meclis tekrar birleştirilerek İdare, Tanzimat ve Adliye şeklinde üç bölüme ayrılmıştır⁵⁰. Sonraki süreçte Şura-yı Devlet'in açıkça kuruluşuna ilişkin belge olan Mabeyn

Mukayeseli Hukuku İdare Cilt-I, Güneş Matbaası, İstanbul, 1933, s.8.

⁴⁴ Turan GÜNEŞ, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965, s.5.

⁴⁵ 1924 Anayasası'nın Türkçeleştirilmesi neticesinde Şura-yı Devlet, Devlet Şurası gibi isimler yerini Danıştay'a bırakmıştır. Nitekim doktrinde bazı yazarlarca da bu döneme ilişkin olarak "Danıştay" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. İsmail Hakkı GÖRELİ, **Devlet Şurası (Şurayı Devlet)- (Danıştay)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1953, s.101 vd.; Lütfi DURAN, "Atatürk Döneminde Danıştay", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt:2, Sayı:3, 1981, s.19; ÖZDEŞ, s.53; Sadık ARTUKMAÇ, **Bizde İdarenin Mürakabesi**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950, s.55. Bu çalışmada ise, konu bakımından 1924 Anayasası'nın ilk halinde belirtilen "Şura-yı Devlet" ifadesi tercih edilmiş ve fakat çalışmanın bütününde tarihsel sürece bağlı olarak aynı anlama gelen Devlet Şurası ve Danıştay ifadelerine de yer verilmiştir.

⁴⁶ Fethi GEDİKLİ, "Somut Olay Örnekleri ile Şura-yı Devletin Tarihsel Süreci İçerisindeki İnceleme ve Danışma İşlevinin Önemi", **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu 149. Yıl**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2017, s.66.

⁴⁷ Onur KARAHANOGULLARI, **Türkiye'de İdarî Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.65.

⁴⁸ ÖZDEŞ, s.56.

⁴⁹ ÖZDEŞ, s.56; KARAHANOGULLARI, s.126.

⁵⁰ ÖZDEŞ, s.57.

Başkatipliği'nden Babıali'ye yazılı tezkere ve bu tezkere gereğince hazırlanan “Şura-yı Devlet Nizamname-i Esasi”, Sultan Abdülaziz tarafından irad edilen bir nutukla açıklanmıştır⁵¹. İşte bu çerçevede, bugünkü adıyla “Danıştay”, 1868 tarihinde “Şura-yı Devlet” adıyla açıkça ortaya çıkmış bulunmaktadır⁵².⁵³ İdare hukukunda bir teşkilatın kurulması neticesinde bu teşkilatın yerine getirmekle mükellef bulunduğu bazı görevlerin de mevcudiyeti söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda Şura-yı Devlet'e de kurulmasını binaen bazı görevler verilmiştir. Şura-yı Devlet Nizamname-i Esasi'ye göre Şura-yı Devlet başta kanun ve nizamnameleri tetkik etmek ve tasarılarını hazırlamak olmak üzere, idare ile vatandaşlar arasında çıkan davaları çözümlmek, Hükümet ve muhtelif Devlet daireler tarafından sorulan her türlü konu hakkında düşüncesini bildirmek, memurların yargılanması gibi konularda görevli kılınmıştır⁵⁴. Ne var ki, Şurayı Devlet Nizamnamesi kapsamında, davaların Şura-yı Devlet'e sadaret makamından havale edilmesi ve yargı kararlarının da aynı makama sunulması söz konusu olmuştur⁵⁵. Bu durum, Şura-yı Devlet'in kuruluş tarihini izleyen ilk yıllarda yargılama faaliyeti yönünden tutuk adalet (kayıtlı yargı⁵⁶) anlayışının benimsendiğinin bir göstergesidir.

Cumhuriyet devrinde ise, idari kaza ile adli kazanın ayrılığı; bir Anayasal prensip olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Özellikle toplum içinde yaşayan kişiler gerek birbirleri ile gerekse idare ile münasebetlerde bulunmakta ve bu ilişkiden birtakım anlaşmazlık ve uyuşmazlık doğması söz konusu olabilmektedir. Eğer uyuşmazlık kişi ile idare arasında veya kamu topluluklarının –idarelerin- kendi aralarında çıkmış bulunuyorsa idari yargı rejimini benimsemiş ülkelerde kaide olarak uyuşmazlığın halli idari yargı organlarından istenebilir⁵⁷. 1924 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği dönem bakımından TBMM'nin millet adına egemenlik hakkını kullanması, kuruculuk, yasama ve

⁵¹ Güven DİNÇER, “Danıştay ve Tarihçesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı:3, 1968, s.447.

⁵² ÖZDEŞ, s.51.

⁵³ “Mülkiye ve Muhakemat adıyla üç bölüme ayrılmak suretiyle faaliyette bulunan “Meclisi Vâlâyı Ahkâmı Adliye”, 1868'de “Divanı Ahkâm-ı Adliye” ve “Şura-yı Devlet” olmak üzere ikiye ayrıldı. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye bugünkü adli yargı teşkilatına; Şura-yı Devlet ise, idari kaza mercilerine esas oldu”. ARTUKMAÇ, s.56.

⁵⁴ DİNÇER, s.448.

⁵⁵ Ali Sıtkı GÖKALP, *İptal Dâvaları*”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s.471.

⁵⁶ GÖKALP, s.471.

⁵⁷ Aydın H. TUNCAY, “Giriş”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s.5.

yürütme yetkisi açısından olup yargı yetkisini içermemektedir. Yargı yetkisi, 1924 AY md.8’de ifade edildiği üzere, bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmişse de bunun mutlak anlamda bir serbestlik yaratamadığına değinmiştik. Anayasanın Dördüncü Fasilında yer verilen “Kuvvei Kazaiye” deyiimi ile md.8 hükmünden farklı olarak “kuvvet” kavramı kullanılmış olmaktadır. Bu bağlamda Anayasa koyucunun diğer yetkilerden farklı olarak yargı yetkisine saygınlık kazandıran anlamlı bir seçimde bulunduğu değerlendirilebilir⁵⁸. Böylece yargı TBMM’den belirli ölçüde ayrı ve bağımsız, yetkisini “Millet” adına kullanan bir organ konumuna yükseltilmiştir⁵⁹.

1924 Anayasası sistemi, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi esasını kabul etmemiştir⁶⁰. Bunun yanında idari işlemlere karşı yargısal denetim yoluna başvurulabilmektedir⁶¹. Bilindiği üzere, idarenin tesis etmiş olduğu eylem ve işlemler, hukuka tabidir. Başka bir deyişle idare, gerçekleştirmiş olduğu faaliyetlerinde hukuk kaidelerine uygun hareket etmek zorundadır. Buna idarenin hukuka tabiliği ilkesi denir⁶². Bununla birlikte idarenin hukuk kurallarına tabiliği prensibinin ortaya konulmuş olması tek başına yeterli değildir. İdarenin uymak zorunda olduğu kaideleri riayet etmediği noktada bunun bir müeyyidesinin bulunması ve bu kapsamda denetimin yapılması icap eder⁶³.

1924 AY md.51’e göre, “*İdari dâva ve ihtilafları rüyet ve hal, Hükmütçe izhar ve tevdi olunacak kanun layihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalâa, gerek kendi kanunu mahsusu ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaiifi ifa etmek üzere bir Şûrayı Devlet rüesa*

⁵⁸ TANÖR, s.296.

⁵⁹ TANÖR, s.306.

⁶⁰ Bununla birlikte o dönemde bazı ülkelerin kanunların ayrı bir mahkeme önünde denetimi maksadıyla “anayasa mahkemesi” oluşturduğu görülmektedir. 1920 Avusturya AY, 1931 İspanya AY, 1947 İtalyan AY bunlardandır. Bkz. KUBALI, s.83.

⁶¹ Rüştü ARAL, “Yargı Yönünden Danıştay’ın Gelişimi”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s.334.

⁶² Ragıp SARICA, **İdari Kaza**, Kenan Basımevi, İstanbul, 1942, s.5.

⁶³ “Filhakika, idare herhangi bir faaliyette bulunurken hukuk kaidelerine uymamış olabilir. Yahut bir şahıs, idarenin hukuk kaidelerine aykırı hareket ettiğini iddia edebilir. Bu takdirde bu iddiasını bir mercie serdedebilmesi, dinletebilmesi lâzımdır. Bunun için de bir şikâyet, bir müracaat imkânı söz konusu olmalıdır. Kısaca idareye karşı müracaat imkânı mevcut olmalıdır. Nitekim idari rejimi kabul eden memleketlerde, bu gibi müracaat yolları mevcuttur: a. Bunlardan biri idari müracaat yolu; b. Diğeri de kazai müracaat yoludur”. Ragıp SARICA, s.6.

ve âzası vezaifi mühimmede bulunmuş, ilim, ihtisas ve tecrübeleri ile müte-meyyiz zevat meyanından Büyük Millet Meclisince intihab olunur^{64, 65}". Bu doğrultuda Şura-yı Devlet'in idari dava ve uyuşmazlıkların çözümünde yet-kili bir mahkeme olarak oluşturulduğu ve idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetlenebildiği söylenebilecektir. Ne var ki, Şura-yı Devlet, bir yargı yeri olmasına rağmen Kuvvei Kazaiye Bölümünde değil, Vazife-i İcraiye Bölümünde düzenlenmiştir⁶⁶. Şüphesiz bu durum idari yargı hesabına görülen bir zayıflıktır⁶⁷. Bu zayıflık kendisini bireylerin temel hak ve hürriyet-lerinin teminatı noktasında da göstermektedir⁶⁸. Nitekim bu konuda Başgil'in ifadeleri bunu doğrular niteliktedir. Başgil'e göre,

"Bundan otuz iki sene evvel çok büyük tarihi ve siyasi vukuatın ertesin-de çarçabuk yapılmış olan şimdiki Anayasamız, bugünün ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır ve vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini koruma ted-

⁶⁴ Maddenin Türkçeleştirilmiş hali şöyledir: "İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, Hükümetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartnameleri üzerine düşüncesini bildirmek gerek kendi özel kanunu gerek başka kanunlarda gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay kurulur. Danıştay başkanları ve üyeleri daha önce önemli görevlerde bulunmuş, uzmanlıkları, bilgileri ve görgüleriyle belirgin kimseler arasından Büyük Millet Meclisince seçilir". Ayrıca bkz. Suna KİLİ/A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifak'tan Günümüze)**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1985, s.121.

⁶⁵ Madde metninde yapılan vurgular tarafımca yapılmıştır.

⁶⁶ 1924 AY md.52 "İcra Vekilleri Heyeti kanunların suveri tabikiyesini irae veyahut kanunun emrettiği hususati tesbit için Şûrayı Devletin nazarı tetkikinden geçirilmek şartı ile nizamnameler tedvin eder. Nizamnameler, resisicumhurun inza ve isdari ile mamulünbih olur. Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukta, bunun mercii hali Türkiye Büyük Millet Meclisidir". Görüldüğü üzere icra kuvvetine teşri olmayan kaide tasarruf tesis etme yetkisi verilmiştir. Ancak, icra kuvveti tarafından nizamname dışında talimatname vs. adlar altında da düzenleyici işlem tesis edilmektedir. Bkz. Ragıp SARICA, **Türkiye'de İcra Uzununun Tanzim Salahiyeti**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943, s.38. Bu kapsamda nizamname dışında tesis edilen düzenleyici işlemlerden doğan uyuşmazlıkların hallinin nerede çözümleneceği akla gelmelidir. Zira 1924 Anayasası'nda "nizamnamelerin" kavanine mugayereti hususunda *çözüm mercii TBMM olduğu* ifade edilmiş ve fakat adsız düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılığı hususunda özellikli bir çözüm merci öngörülmemiştir. Bu durumda *idari uyuşmazlıkların hallinde genel görevli merciiyi düzenleyen md.52 hükmüne* bakmak gerekecektir.

⁶⁷ TANÖR, s.307.

⁶⁸ "Fert, kanundan ayrılırsa, her vakit kanuna riayete, hakim tarafından icbar olunabilir. Fakat kanundan ayrılan devlet, hakim tarafınsan her zaman kanun dairesine irca edilemez. Nitekim neşir, içtima, tedris hürriyetleri, tasarruf hakkı gibi ferdin teşkilatı esasiyelerle tasdik olunan hakları, bazı memleketlerde devletin sultasına istinaden adı kanunlarla ihlal edilebilmektedir. Bu hususta hakim –ekser yerlerde– devleti teşkilatı esasiye kanununa rücu icbar edecek salahiyeti haiz değildir". ÂDİL, s.9.

birlerinden hemen hemen tamamıyla mahrumdur. Şimdiki Anayasamız, hak ve hürriyet için teçhizatlı ve müesseseli bir demokrasi değil, çok basit ve âdeta çıplak denecek kadar sade bir rejim kurmuştur. Ve vatandaşın ziyade yeni teessüs eden bir devletin otorite ve merkezîyet ihtiyacını göz önünde tutmuş, yaşayan nesli mabudlaşan bir devlet fikrine feda etmiştir⁶⁹”.

IV. Şura-yı Devlet’in Görev Alanı ve İdari Yargı Rejiminin Gelişim Sürecindeki Rolü

1868’de ihdas ve İstiklâl Savaşı’ndan sonra ilga edilen İmparatorluk devri Devlet Şûrası yerine, 1924 Anayasası’nın 51. maddesinde bu müesseseye tekrar yer verildiği ve 1925 tarihli 669 sayılı Kanunla kurularak 1927 yılından itibaren faaliyete geçtiği görülmektedir⁷⁰. 669 sayılı Kanun’un 15. maddesinde Danıştay’ın görevleri; i. Hükümet tarafından ihzar ve tevdi edilecek olan kanun lâyhaları hakkında beyanı mütalâa ve bilumum nizamname lâyhalarını tetkik etmek, ii. Kavanin ve nizamata icabınca mevdu hususâtı rüyet eylemek, iii. Hükümetçe havale olunan her nevi mesail hakkında beyanı mütalâa etmek, iv. İdari davaları rüyet ve fasleylemek olarak ifade edilmiştir. Yine 669 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran ve Devlet Şurası teşkilatını yeniden düzenleyen 3546 sayılı Danıştay Kanunu⁷¹,’nda da benzer bir hükme yer verildiği görülmektedir⁷². Dolayısıyla Şura-yı Devlet’in idarenin tesis ettiği işlem ve eylemlerden kaynaklı uyuşmazlıklara bakmakla görevli olduğu bunun yanında kanun ve nizamata hakkında görüş vermek veya hükümetçe sorulan her türlü konuda mütalâa vermek gibi idari görevlerinin de bulunduğu görülmektedir.

1789 Fransız Devrimi’nden sonra 1799 tarihli Anayasa’nın 52. maddesi ile birlikte Danıştay’ın kurulması öngörülmüşse de⁷³; Danıştay müessesesininin

⁶⁹ Ali Fuad BAŞGİL, **Vatandaş Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Meselesi ve Anayasamız**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1956, s.11.

⁷⁰ İsmet GİRİTLİ, “Anayasa Hukuku Mevzuat Kroniği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:31, Sayı:1-4, 1965, s.245. Bununla birlikte 669 sayılı Kanun’un 48. maddesinde idari davalar hakkında Şura-yı Devletten sadır olan hükümler hiçbir makamın onayına gerek kalmaksızın icrai kabiliyeti haiz olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda idari yargı alanında tutuk adalet anlayışından güçlü adalet sistemine bir geçiş yaşanmıştır. GÖKALP, s.475.

⁷¹ RG.30.12.1938-4098.

⁷² 3546 sayılı Danıştay Kanunu md.11’e göre, “Devlet Şûrası: A-Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lâyhaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri hakkında mütalâa beyan ve nizamname lâyhalarını tetkik; B- Kanunların ve nizamnamelerin gösterdiği işleri rüyet; C- Hükümet tarafından havale olunan her türlü meseleler hakkında mütalea beyan; D- İdari dâvaları rüyet ve halleder”.

⁷³ Gürsel KAPLAN, **Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru**

nihai fonksiyonunu yerine getirebilmesi 19. yy. ortalarına doğru olmuştur⁷⁴. Gerçekten 24 Mayıs 1872 tarihli Kanun ile Conseil d'État'ın teşkilat yapısı ve görevleri yeniden düzenlenmiş ve bunun neticesinde yargı fonksiyonu bakımından da hüküm ihdas edilmiştir⁷⁵. Bunun yanında Tribunal des Conflits'in (*Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi*) 1873 yılında vermiş olduğu ünlü Blanco kararı ile birlikte idari faaliyetlerin görülmesi sırasında meydana gelen zararlar-
dan doğan ihtilafların çözümünün adli yargı yerinden farklı olarak idari yargı yeri olarak gösterilmesi, idari yargı yetkisi ile idare hukuku arasındaki bağın ortaya çıkmasına vesile olmuştur⁷⁶. Bunu izleyen süreçte Conseil d'État'ın da bu doğrultuda kararlar verdiği görülmektedir. Nitekim Conseil d'État'ın 1899 tarihli Cadot kararında "*Danıştay'ın aksi kanunlarda belirtilmedikçe idari işlemlerin tamamının hukuka uygunluğunu denetlemek bakımından yetkili olduğu*" hususu ilk kez vurgulanmıştır^{77, 78}. İdari yargı rejimindeki yeri açısından değerlendirildiğinde Şura-yı Devlet'in teşkilatında esasen Fransa'nın örnek

Yolları, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s.4.

⁷⁴ Yayla'nın ifade ettiği üzere, kurulduğu tarihi izleyen süreçte Conseil'in verdiği kararlar daha çok tasarı durumunda olup ancak, yürütmenin başı tarafından onaylanınca yürürlük kazanmakta idi. Bu anlamda Conseil d'État'ın bağımsız bir yargı yeri olduğunun kabulü 1872 tarihinde olmuştur. YAYLA, Yıldızhan, "Conseil d'Etat (Yapısı, İşlevi ve Yaklaşımı Üstüne), **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 1980, s.81. Ayrıca bkz. Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.45.

⁷⁵ 1872 tarihli Kanun md.9'a göre, Conseil d'État idari yargıya giren bütün davaları ve muhtelif idari makamların tasarrufları aleyhine yetki aşımı sebebiyle vaki olacak bütün iptal taleplerini *kesin olarak* çözüme bağlama yetkisini haiz kılınmıştır. Charles E. FREEDEMAN, **Modern Fransa'da Danıştay** (çev. Işık GÖKTAN), Danıştay Yayınları, Ankara, 1971, s.35.

⁷⁶ "*L'apport de l'arrêt concerne autant la compétence de la juridiction administrative (1) que le contenu même du droit administratif (2); il établit un lien entre la première et le second (3).*" TC. 8 février 1873, Blanco, aktaran; Marceau LONG/Prosper WEIL/Guy BRAIBANT/Pierre DELVOLVÉ/Bruno GENEVOIS, **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**, 20e éd., Dalloz, Paris, 2015, s.6.

⁷⁷ "*Par l'arrêt Cadot le Conseil d'État s'est reconnu le juge de Droit commun en premier et dernier ressort des recours en annulation des actes administratifs et des recours en indemnité formés contre les collectivités publi-ques*". CE. 18 décembre 1899, Cadot, aktaran; LONG/WEIL/BRAIBANT/DELVOLVÉ/GENEVOIS, s.37.

⁷⁸ Devlet Şurası da bu hususu bir kararında "kaideten her idari tasarrufun kazaî murakabeye tâbi olduğu" şeklinde ifade etmiştir. DDUH, E.38/141, K.38/178, Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, Sayı:6, s.18; aktaran, Ragıp SARICA, s.9. Belirtilecek olursa, bu kararda belirtilen temel hususun 1982 Anayasası'nda Danıştay'ın görev alanının düzenlendiği hükme de temel oluşturduğu görülmektedir. 1982 AY md.155/1 "Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar".

alınması söz konusu olmuştur⁷⁹. Nitekim Conseil d'État'ın kuruluşu ve idari yargı rejiminde oynadığı rol, Türk hukuku bakımından da örnek teşkil etmiştir. Kurulduğu tarihi izleyen ilk yıllarda Fransa'dakine benzer biçimde inceleme ve danışma görevini üstlenen Şura-yı Devlet⁸⁰, Cumhuriyet Devri'nden itibaren mahkeme hüviyetine bürünmüştür⁸¹. Bununla birlikte Şura-yı Devletin yüksek mahkemeye dönüşmesi aşamasında Conseil d'État'dan farklı olarak idari görevleri aynı oranda muhafaza edemediği görülmektedir⁸². Bu anlamda söz konusu durumun dolaylı olarak Şura-yı Devlet'in daha çok yargısal denetimin yapıldığı bir müessese haline gelmesini sağladığı ifade edilebilir.

İdarenin tesis etmiş olduğu faaliyetlerin denetlenebilmesi muhteviyatı itibariyle belirli bir hukuk düzeninin var olmasına bağlıdır. Söz konusu hukuk düzeninin kaynakları ise, idarenin uymak zorunda olduğu önceden konulmuş ve kendi aralarında hiyerarşisi bulunan kurallar bütünüdür⁸³. Bu kapsamda normlar hiyerarşisi ilkesi bu düzenin oluşturulmasında temel unsurdur⁸⁴. Nitekim 1924 Anayasası'nda da kaide olarak kanunların anayasaya uygun olması esas alınmış; ardından kanunlara uygun biçimde çıkarılan nizamnameler⁸⁵ ve dolaylı olarak idarenin diğer genel düzenleyici işlemlerinden bahsedilmiştir. Bu açıdan 1924 Anayasası sistematüğinde normlar hiyerarşisi ilkesinin varlığı görülmektedir. Türkiye'de idarenin bu anlamda yargısal denetime tabi olması

⁷⁹ 1924 Anayasası'nı ve bir yıl sonra da 669 sayılı Danıştay Kanunu'nu çıkaranların Danıştay'ı yeniden kurarken Fransız Devlet Şurası'nı örnek aldıklarının hazırlık çalışmalarından anlaşıldığı yönünde; bkz. DURAN, s.23.

⁸⁰ “Şura-yı Devletin esas görevi inceleme ve danışmadır, zaten “şura” kelimesinin anlamı içinde de bu vardır. Gerçekten Şura, kelime anlamıyla işaret etmek, imlemek, danışmak, görüşünü istemek, istişare etmek, göstermek, öğüt vermek, nasihat istemek gibi anlamlara gelen bir kökten türemiştir”. GEDİKLİ, s.69.

⁸¹ DURAN, s.19; Murat SEZGİNER, “Dünden Bugüne Conseil D'etat ve Danıştayın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu 149. Yıl**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2017, s.114.

⁸² SEZGİNER, s.114.

⁸³ Pertev BİLGİN, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.105.

⁸⁴ ONAR, s.163.

⁸⁵ Günümüz idari yargı sisteminden farklı olarak nizamnamelerin hukuka aykırı olup olmadığının incelenmesi Şura-yı Devlet'e (Danıştay) değil; Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bırakılmıştır. Bu kapsamda yürütme organından sadır olsa dahi bazı idari işlemlerin Şura-yı Devlet tarafından incelenemediği görülmektedir. İsmet GİRİTLİ, **Türkiye'de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları**, Sulhi Garan Matbaası, Ankara, 1958, s.5. Ayrıca bkz. Jacques SUDRE, **Mukaveleler Hususunda Devlet Şurasının Salâhiyeti** (çev. H. Hüsnü BERKER), Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1942, s.13.

esas teşkil etmekle birlikte⁸⁶, yargı mercilerinden verilen son hükümlerin birer kesin hüküm (kaziye-i muhakeme) sayılmaları içtimaî düzenin korunması bakımından gereklidir.

Bunun yanında Şura-yı Devlet'in Türk hukuku bakımından -Fransa'ya benzer biçimde- idari yargının görev alanının belirlenmesinde önemli bir rol oynadığını belirtmek gerekir. Özellikle adli yargı ve idari yargının görev alanlarının belirlenmesi noktasında Danıştay'ın konuya titizlikle yaklaştığı görülmektedir⁸⁷. Nitekim Danıştay'ın vermiş olduğu bir karara göre,

“İdari kaza tesisleri ancak idari muamele ve kararlar hakkında fertlerin dâvalarına bakar. Davacı mevkiinde olan Hususî Muhasebe ise kendi yapacağı muamele hakkında Devlet Şurasından karar talebinde bulunmaktadır. Bu mâhiyette bir talep kazaî karar vermek Şuranın esas vaz'ıyla zıddiyet hâsıl eder⁸⁸”. Bu kapsamda Danıştay'ın özel hukuk alanına giren ihtilafların çözümünü kendi görev alanında görmediği, 1924 AY md.8 ve md.51 hükmüne uygun olarak faaliyet gösterdiği ifade edilebilir. Nitekim bu duruma koşut olarak Şura-yı Devlet, belediyenin akdetmiş olduğu icar sözleşmesi⁸⁹, ruhsat harçları⁹⁰, tapu harçları⁹¹, haksız iktisabın varlığı gibi hususlardan⁹² doğan ihtilafların çözümü bakımından kendisini görevli görmemiştir⁹³. Bunun dışında

⁸⁶ İdarenin tesis ettiği faaliyetler neticesinde sorumluluğuna gidilebilmesi veya idari işlemlerin ve sözleşmelerin denetlenebilmesi idari veya siyasi yollarla da olabilmektedir. İdari yoldan denetleme yalnızca müratebe müracaatı (hiyerarşik başvuru) ile mümkün olmakta iken; siyasi yoldan başvuru meratip silsilesinin en son kademesi olan Bakanların kendilerine bağlı bulunan bütün memurlarının hareket ve işlerinden parlamentoya karşı sorumlu olduğundan hareketle 1924 AY md.82 kapsamında Dilekçe Komisyonu'na yapılan başvuruları kapsar. Bkz. ARTUKMAÇ, s.28 vd.

⁸⁷ Görev hususunun kamu düzenini ilgilendirdiğinden resen nazara alınması gerektiği hakkında D5D. E.1938/2747, K.1939/594, T.22.12.1939, Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, Sayı:12, s.55.

⁸⁸ D4D. E.1939/2527, K.1941/770, T.16.01.1941, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:17, s.72.

⁸⁹ D5D. E.1944/1522, K.1945/1199, T.30.06.1945, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:31, s.35-36.

⁹⁰ D4D. E.1944/2242, K.1945/1864, T.21.05.1945, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:29, s.37.

⁹¹ DİBK. E.1949/739, K.1951/272, T.18.05.1951, RG.25.10.1951-7941.

⁹² D4D. E.1938/2792, K.1940/3388, T.25.05.1940, Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, Sayı:13, s.40.

⁹³ Bununla birlikte doktrinde görev ayırımının varlığından bahisle kamu hukuku ile özel hukukun mutlak surette ayrılmasının doğru olmadığı da ileri sürülmüştür. Nitekim Duguít'e göre “Kamu hukuku ile özel hukuku mutlak olarak birbirinden ayırmak yanlıştır. Çok yaygın olan bu yanlışlıktan sakınmak lâzımdır. Şüphesiz ki hukukun bu iki kısmını ayırd

Şura-yı Devlet'in konu bakımından yetkisiz olduğunu öncel olarak kabul ettiği bazı işlem veya eylemler de bulunmaktadır⁹⁴. Gerçekten hükümet tasarrufları ve siyasi alana dair işlem ve eylemlerden doğan ihtilaflar, Şura-yı Devlet tarafından yetkisiz olduğundan bahisle reddedilmiştir⁹⁵. Şura-yı Devlet'in kuruluş yıllarında durum bu şekilde tezahür etse de zaman içerisinde hükümet tasarrufları alanının giderek daralması ve hükümet tasarrufu teorisinin terk edilmesi karşısında Şura-yı Devlet'in yargısal yetkilerinin arttığı ifade edilebilecektir.

Şura-yı Devlet'in idari yargılama bakımından fonksiyonu değerlendirilirken ele alınması gereken bir diğer husus “kanunilik” kavramının nasıl yorumlandığı ve uygulamanın ne şekilde yapıldığı ile ilgilidir. Gerçekten yasama ve yürütme yetkisinin Meclis'in elinde toplanması ve kanunların uygunluğunun denetlenememesi yalnızca kanunilik denetimine yol açmıştır. Nitekim aynı durum Fransa'da da gözlenmektedir⁹⁶. Dikkat edilecek olursa burada hukuka uygunluktan değil yalnızca kanunilikten bahsedilmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesinin hakim olduğu bu anlayış esas alındığında kanunilik ve hukuka uygunluk kavramları adeta eşdeğer tutulmaktadır. Hâlbuki hukuk devleti kavramı kanun devleti kavramından farklılık arz etmekte olup kanunun Anayasaya veya hukukun genel ilkelerine aykırı olması halinde hukuk devletinden bahsedilemeyeceği de bir gerçektir⁹⁷. Nitekim temel hakların kanunlarla sınırlanabilmesi ve ayrıntılı olarak kanunlarda düzenlenmesi ilkesi, idarenin

etmelidir, ama bunlar arasında geçilmez bir duvar varmış gibi davranmak doğru değildir: bir hukuk anlamı kamu hukukunda olduğu kadar özel hukukta da bir hukuk anlamıdır”. Léon DUGUIT, **Kamu Hukuku Dersleri**, (çev. Süheyp DERBİL), İstiklâl Matbaacılık, Ankara, 1954, s.16.

⁹⁴ D5D. E.1938/2381, K.1939/386, T.07.04.1939, Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, Sayı:9, s.74; D5D. E.1939/2277, K.1940/1911, T.19.11.1940, Devlet Şurası Kararlar Mecmuası, Sayı:21, s.18.

⁹⁵ Gerçekten hükümet tasarrufları teorisi ile hükümetin bir kısım tasarruflarının mahiyet ve bünyeleri itibariyle önceden konulmuş hukuk kurallarına tabi olmayacağı kabul edilmiş ve Devlet Şurası da bu tasarrufların yargısal denetimi noktasında çekimser kalmıştır. Bkz. GİRİTLİ, Hükümet Tasarrufları, s.14.

⁹⁶ “Fransız Devlet Şurası, hukuk ilminin esaslı bir kısmı mahiyetini almış olan idari davaları, batı bir tekâmül ile yaratmış ve onu en yüksek seviyeye çıkarmıştı. O, birçok memleketlerin mevzu olan kanunlarında bilhassa Türkiye’de, kanuniliği kontrolün teknik bir vasıtası gibi geniş bir yer işgal etmiş olan (salâhiyet tecavüzünden dolayı müracaat) denilen orijinal aleti tesis etmişti”. B. CROZAT, **Fransız Devlet Şurasının Son İçtihat Temayülleri**, Hukuk İlmini Yayma Kurulu, Ankara, 1937, s.5.

⁹⁷ İl Han ÖZAY, “Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:8, 1991, s.103.

tasarruflarının hukuka uygunluğu bakımından anayasanın temel haklara ilişkin felsefesi ve ilkelerine uygunluğu sorununu da gündeme getirecektir⁹⁸.

Kanunlar yetki, şekil ve usul, konu, sebep ve maksat unsurları bakımından hukuken mevcut olması gereken şartları muhteva eder ve bu hususlar bir kanunun hukuka uygunluğunun gerekli şartlarıdır. Yani söz konusu şartlardaki sakatlıklar kanunun anayasaya aykırı olması bakımından iptalini gerektirir. İşte böyle bir kanunun varlığı halinde nasıl hareket edilmelidir? Belirtmek gerekirse bu sorun doktrinde sıklıkla tartışılan bir sorun olmuştur⁹⁹. O dönemde Anayasa Mahkemesi'nin mevcut olmayışı¹⁰⁰, idari ve adli yargı mercilerinin kanunun anayasaya aykırılığı iddiası ile açılacak bir davayı bu yönden tetkik edememesine yol açmıştır. Anayasal kuralların idare hukukunun kaynağı olduğu fikri, bu kuralların idari yargı yerleri tarafından normal hiyerarşisindeki yeri de dikkate alınmak suretiyle uygulanabileceği halinde bir anlam taşıyacaktır¹⁰¹. Başka bir deyişle, idari yargı mercilerinin anayasal kuralları doğrudan uygulaması bakımından bir engel bulunmaması yani yasa ekranı hipotezinin

⁹⁸ A. Ülkü AZRAK, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:9, 1992, s.328.

⁹⁹ Doktrinde Özçelik, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi bakımından kullanılabilecek tedbirlerin mahiyetleri itibarıyla büyük farklılıklar arz ettiğini ifade ederek; denetim sistemlerinin *i.siyasi murakabe sistemleri*, *ii.kazaî organ tarafından gerçekleştirilen murakabe sistemleri* olarak iki kategoride toplamaktadır. A. Selçuk ÖZÇELİK, **Esas Teşkilât Hukuku Dersleri Cilt-I**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.224. Bu doğrultuda 1924 AY md.16 hükmünden hareketle Meclisi oluşturan milletvekillerinin Anayasa'da öngörülen temel esaslara aykırı hareket etmeyeceği düşünülebilir. Ne var ki, nihayetinde bu murakabe ancak, bireyin "sadakat düzeyine bağlı" zayıf bir denetim türü olarak ifade edilebilir. Bunun yanında 1924 Anayasası md.35/2'de Reisicumhur'un Anayasa ve bütçe kanunları hariç olmak üzere kanunların tekrar görüşülmek üzere geri gönderebilmesi hatıra gelebilir. Ancak, Meclis'in aynı kanunu yeniden kabul etmesi halinde söz konusu kanunun ilanı bir zorunluluk haline geldiğinden; bu denetimin de etkililiği zayıftır. Galip Kemal BALKAR, "Teşkilat-ı Esasiye Kanununa Aykırı Kanun Karşısında Mahkemenin Durumu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:10, Sayı:1, 1952, s.218-219.

¹⁰⁰ "Aslında bugün gelinen aşamadan bakıldığında 1924 Anayasası'ndaki çoğunlukçu demokrasinin bir gereği olarak anayasa yargısına yer verilmemiş olması önemli bir eksiklik olarak görmek mümkündür. Ancak, unutulmamalıdır ki o dönemde Avrupa ülkelerinin hemen hemen hiçbirinde anayasa mahkemelerine ihtiyaç duyulmamaktaydı. Çoğunlukçu demokrasinin yıkıcı ve özgürlükler üzerindeki olumsuz sonuçları kendisini açık biçimde gösterdikten sonra hazırlanan anayasalarda buna yönelik hukuksal fren mekanizmalarına yer verilmeye başlanmıştır. İşte bu nedenle 1961 Anayasası ile Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne yer verilmesi, zamanlama açısından Batı Avrupa ülkeleri ile hemen hemen paralellik arz etmektedir". Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "Anayasal Demokrasi İçinde Türk Anayasa Mahkemesi'nin Konumu", **Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (19-20 Mayıs 2011)**, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Lefkoşa, 2011, s.17.

¹⁰¹ BİLGİN, s.110.

kaldırılması gerekmektedir¹⁰². 1924 Anayasası bakımından kanun normlarını denetleyecek herhangi bir müessese bulunmadığı için “perdelemenin olanaksızlığı¹⁰³” gündeme gelmektedir. Bu doğrultuda idari tasarrufların incelenmesi ve denetlenmesi görevinin Şura-yı Devlet’e bırakılmış olması, kıyas yolu ile TBMM’nin çıkardığı kanunların Anayasaya aykırılığının da Şura-yı Devlet tarafından incelenebilmesi neticesini sonuçlamamaktadır¹⁰⁴. Bununla birlikte Şura-yı Devlet, önüne gelen bazı davalarda farklı yaklaşımlar sergilemiştir.

Nitekim Danıştay, karşısına gelen bir ihtilafta farklı bir değerlendirme yaparak kanunun anayasaya aykırılığının tespit edilmesi halinde kanunun ihmal edilmesi veya anayasaya uygun yorum¹⁰⁵ yapılması suretiyle bu durumun aşılabileceğini göstermiştir¹⁰⁶. Danıştay’ın bu konudaki kararına göre,

“(...) idari tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması, hukuka bağlı Devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından olmasına ve bu ilmi esas, hiyerarşi itibariyle mevzu hukukun en üst kademesini teşkil eden Anayasanın 51. maddesi ile müeyyide altına alınmış bulunmasına ve 5250 sayılı kanunu Danıştay’a müracaat edilemeyeceği hakkındaki hükmü idari tasarrufun takdir unsuruna taalluk eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde mânalandırmak gerek nazari gerek mevzu hukukun esaslarına daha uygun düşeceğine binaen, davanın iptidaen adem-i mesmüiyetine karar verilmesi yolundaki iddia kabule şayan olamaz¹⁰⁷”.

¹⁰² Erdoğan BÜLBÜL, “Perde-Yasa Kuramının Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.195-196.

¹⁰³ “Bir yasa veya denk bir kuralın, dava konusu edilmiş bir idari işlemle Anayasa arasına girerek, dava konusu işlemin Anayasa’ya uygunluğu denetimini engellemesi ya da bu anlamda perdeleme yapması, belli durumlarda mümkün görünmemektedir. Bu durumlar esas itibariyle, dava konusu idari işlemin dayanağı olan ve perdeleme yapabilecek konumdaki bir kuralın bir yasa veya olağanüstü hallerde veya sıkıyönetim halinde çıkarılan bir kanun hükmünde kararname olması olasılıklarını ilgilendirmektedir. Bir idari işlemin idare tarafından ali düzenleme yetkisi çerçevesinde çıkarılması ihtimalinin de perde-yasa kuramının uygulanamayacağı durumlar kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir”. BÜLBÜL, s.197.

¹⁰⁴ BALKAR, s.217.

¹⁰⁵ “Anayasaya uygun yorum maddi anayasa kavramının ve normlar hiyerarşisi ilkesinin güç kazanmasını sağlar. Böylece anayasanın normatif içeriğinin yasalar üzerinde optimal etkinliği sağlanmış olur”. AZRAK, s.334. Ayrıca bkz. Bertil Emrah ODER, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.139.

¹⁰⁶ Halil ALTINDAĞ, **İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.127.

¹⁰⁷ DDGK. E.1940/320, K.1950/1528, T.30.03.1950, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:50-53, s.118.

Bu kapsamda Danıştay, idari tasarrufu amaç ve şekil-usul yönünden değerlendirerek; tasarrufun, esasa etkili şekil ve usul sakatlığı sebebiyle iptaline karar verebilmiştir. Bunun yanında Danıştay kanun baş sözcüsü Galip Kemal Balkar'ın kararla ilgili düşüncesine göre, “bir kanunun anayasaya aykırı bulunduğu iddiası ile o kanunun iptali için açılan dava mesmu değildir. Çünkü teşri organların anayasaya aykırı olup olmadığını tetkike salahiyetli bir mahkeme memleketimizde henüz kurulmamıştır. Bugün mevcut mahkemelerden Danıştay'a 3546 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi C bendine göre 'idari kararlar hakkında esas, maksat, salahiyet ve şekil cihetlerinden biri ile kanunlara veya nizamnamelere aykırı olduklarından dolayı menfaatleri haleldar olanlar' dava açabilirler. Bu açık hüküm dışında kalan teşrii tasarrufların iptali için dava açılmaz. Ancak bu metinde mevcut bir kelime ziyadesiyle dikkati çekmektedir: kanunlar kelimesi. (...) bundan bizim çıkardığımız anlam bütün memleket mevzuatını içine alacak bir genişlik ve şümul ifade etmek için cemi olarak kullanılmış olmasıdır. Bu anlayış tarzı kanunu hakimiyeti esasına göre teşkilatlandırılmış bir devlet sistemine pek uygun düşer. Bu esas tekerrür edince anayasanın da bir kanun olmak ve haysiyeti ile C bendindeki kanunlar arasında yer alması zaruri olur¹⁰⁸”.

Netice itibariyle karardan çıkan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür: Bir kanunun, Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptali hakkında açılacak davalara bakmak Danıştay'ın görevi kapsamında bulunmasa da Danıştay'ın hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli olduğu idari kararlar aleyhine idari yargı yoluna müracaat edilemeyeceği hakkında herhangi bir kanun bir hüküm koyarsa; bu hükmün ihmal olunması¹⁰⁹ veya anayasanın üstünlüğü ilkesine koşut olarak¹¹⁰- ona yargı yolunu tamamen kapamayan bir mana verilmek suretiyle yorumlanması gerekmektedir. Danıştay'ın yasa ekranı hipotezi olarak ifade edilen bir denetimden ziyade Anayasaya uygun yorum ilkesini uygulaması bu anlamda hukuk devletinin gelişimi bakımından önemli bir adım

¹⁰⁸ Bkz. ONAR, s.250.

¹⁰⁹ BALKAR, s.225. Bununla birlikte doktrinde anayasaya aykırı olduğu tespit edilen bir kanunun ihmal edilmek suretiyle hukuka uygunluğun sağlanabileceği belirten başka yazarlar da mevcuttur. Kubalı'nın ifade ettiği üzere, uygulanmak üzere hakim önünde bulunan kanunla anayasa arasında bir çatışma vaki olursa, ikisinin birden uygulanması söz konusu olamayacağına göre, adi kanunun ihmal edilerek daha kuvvetli, üstün olan kanunun uygulanması gerekmektedir. Bu doğrultuda katı anayasa sisteminde anayasa ile adi bir kanunun çatışması durumunda -adi kanunlarla anayasada değişiklik yapılamayacağına göre- anayasayı uygulayıp kanunun bir yana bırakılmaktan başka çare yoktur. KUBALI, s.85.

¹¹⁰ Anayasaya uygun yorumun dayandığı teorik temelin normlar hiyerarşisi ve anayasanın üstünlüğü ilkesi olduğu yönünde bkz. AZRAK, s.334.

olmuştur. Aksine kararların var olmasına karşın, gerek doktrin gerekse yargı organlarının kanunların anayasaya aykırı olabileceğinin kabulü¹¹¹ genel anlamda yargı yetkisini etkilemiş ve bu anlamda bir Şura-yı Devlet'in bu gibi durumlarda adeta yedek anayasa yargıçlığı yapmasına sebebiyet vermiştir¹¹².

V. Sonuç Yerine

Ülkemizde idari yargı sisteminin tam manasıyla oluşum evresi bakımından 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemin önemi yadsınamaz olmakla beraber, Şura-yı Devlet 'in incelenmesi yöntem sorunları taşımaktadır. Bu bakımdan öncelikle tarihsel bir bakış açısıyla konuya eğilerek 1924 Anayasası bağlamında bir değerlendirme yapmak gerekir. 1789 Fransız İhtilali'nden itibaren gelişmeye başlayan idarenin denetlenmesi düşüncesi 1790'da kendisini göstermiş ve nihayetinde 1799 yılında Fransa'da bu çerçevede bir idari yargı mercii oluşturulmuştur. Fransa'dakine benzer biçimde Osmanlı Devleti'nde de idari işlerden kaynaklanan ihtilafların çözümünün ayrı bir yargı yerinde görülmesine ilişkin temayülü tam olarak 1868'de kendisini göstermiş ve bu doğrultuda "Şura-yı Devlet" adı altında yüksek idari yargı organı teşkilatlandırılmıştır.

Cumhuriyet dönemi Şura-yı Devlet analiz edilecek olursa, öncelikle temel norm niteliğini haiz olan 1924 Anayasası'nın ilgili hükümlerine bakmak gerekecektir. 1924 Anayasası'nda yasama ve yürütme Meclis'in elinde bulunmakta olup, yargı yetkisi bağımsız mahkemeler aracılığıyla kullanılmaktaydı. Bunun yanında Kuvvei Kazaiye bölümünde yargının bağımsız mahkemeler aracılığıyla kullanılacağına dair hükümlere de yer verilmiştir. Ne var ki, Şura-yı Devlet'in Anayasa'nın "Kuvvei Kazaiye" bölümünde değil ve fakat İcra bölümünde düzenlenmesi gibi hususlar idari yargının bu anlamda zayıf kaldığının bir göstergesidir. Bunun yanında 1924 Anayasası'nda, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyecek herhangi bir Anayasa Mahkemesi bulunmadığı için; Şura-yı Devlet, idari tasarrufların hukuka uygunluğunu kanunlara uygun olup olmadığı hususu ile sınırlı olarak irdeleyebilmiştir¹¹³. Ancak,

¹¹¹ ALTINDAĞ, s.47.

¹¹² AZRAK, s.332.

¹¹³ Doktrinde Karahanoğulları, Şura-yı Devlet'in idarenin denetiminde üstlendiği rol dışında, kurulduğu andan itibaren yasama organı gibi çalıştığını ifade etmiştir. Müellif bu vargıya Şura-yı Devlet'in tüm kanun ve nizamnameler tasarılarını hazırlayacağından bahisle ulaşmıştır. Bkz. KARAHANOGULLARI, s.147. Belirtmek gerekirse, Şura-yı Devlet'in bu tasarıları hazırlama görevi "maddi anlamıyla" yorumlanmalıdır. Dolayısıyla burada "organik anlamda" yasamadan değil ve fakat "maddi anlamda" yasama faaliyetinden bahsedilmektedir.

zaman içerisinde Danıştay'ın yargısal görevlerinin artması ve kanunilik prensibini geniş biçimde yorumlaması, idari tasarrufların hukuka uygunluğunun gerçek manada denetiminin yapılabilmesini sağlamıştır. Bu bakımdan Şura-yı Devlet'in önüne gelen ihtilafları çözümlenmedeki farklı yaklaşımlarının bugünkü idari yargı sisteminin oluşmasında önemli rol oynadığı ve bu gelişim sürecinin aynı zamanda hukuk devletinin de temellerini attığı ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

- ÂDİL, Musliheddin : **Mukayeseli Hukuku İdare Cilt-I**, Güneş Matbaası, İstanbul, 1933
- AKAD, Mehmet/
VURAL DİNÇKOL,
Bihterin/BULUT, Nihat : **Genel Kamu Hukuku**, 12. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016
- ALTINDAĞ, Halil : **İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Bloğunun Genişlemesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016
- ARAL, Rüştü : “Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, (ss.225-439)
- ARTUKMAÇ, Sadık : **Bizde İdarenin Mürakabesi**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1950
- AZRAK, A. Ülkü : “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı:9, 1992, (ss.323-340)

- BALKAR, Galip Kemal : “Teşkilat-ı Esasiye Kanununa Aykırı Kanun Karşısında Mahkemenin Durumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:10, Sayı:1, 1952, (ss.212-226)
- BAŞGİL, A. Fuat : **Vatandaş Hak ve Hürriyetlerinin Korunması Meselesi ve Anayasamız**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1956
- BATUM, Süheyl : **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010
- BÜLBÜL, Erdoğan : “Perde-Yasa Kuramının Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, (ss.195-210)
- CROZAT, B. : **Fransız Devlet Şurasının Son İçtihat Temayülleri**, Hukuk İlmini Yayma Kurulu, Ankara, 1937
- ÇAĞLAYAN, Ramazan : **İdari Yargılama Hukuku**, 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017
- DERBİL, Süheyp : **İdare Hukuku Cilt-I**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1955
- DİNÇER, Güven : “Danıştay ve Tarihçesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:3, 1968, (ss.446-452)
- DURAN, Lütfi : “Atatürk Döneminde Danıştay”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt:2, Sayı:3, 1981, (ss.19-39)
- DUGUIT, Léon : **Kamu Hukuk Dersleri**, (çev. Derbil, Süheyp), İstiklâl Matbaacılık, Ankara, 1954

- FENDOĞLU, H. Tahsin : **Anayasa Hukuku**, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017
- FREDEMAN, Charles E. : **Modern Fransa'da Danıştay** (çev. Gökten, Işık), Danıştay Yayınları, Ankara, 1971
- GEDİKLİ, Fethi : “Somut Olay Örnekleri ile Şura-yı Devletin Tarihsel Süreç İçerisindeki İnceleme ve Danışma İşlevinin Önemi”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu 149. Yıl**, Danıştay Yayınları, Ankara, 2017, (ss.65-100)
- GEMALMAZ, M. Semih : **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt-II**, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012
- GİRİTLİ, İsmet : **Hükümet Tasarrufları**, Sulhi Garan Matbaası, Ankara, 1958, (ss.245-258)
- GİRİTLİ, İsmet : “Anayasa Hukuku Mevzuat Kroniği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:31, Sayı:1-4, 1965, (ss.244-258)
- GÖRELİ, İsmail Hakkı : **Devlet Şûrası (Şûrayı Devlet)- (Danıştay)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1953
- GÖKALP, Ali Sıtkı : “İdarî Dâva Türleri”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, (ss.440-480)
- GÖZLER, Kemal : **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Birinci Baskıdan Tıpkı 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011

- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ SEZGİN, Zekâi : **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1957
- GÜNEŞ, Turan : **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki : “Anayasal Demokrasi İçinde Türk Anayasa Mahkemesi’nin Konumu”, **Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (19-20 Mayıs 2011)**, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Lefkoşa, 2011, (ss.11-76)
- KAPLAN, Gürsel : **Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016
- KARAHANOGULLARI, Onur : **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005
- KİLİ, Suna/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref : **Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifak’tan Günümüze)**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1985
- KUBALI, Hüseyin Nail : **Esas Teşkilât Hukuku**, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1959
- LONG, Marceau/WEIL, Prosper/BRAIBANT, Guy/DELVOLVÉ, Pierre/GENEVOIS, Bruno : **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**, 20e éd., Dalloz, Paris, 2015
- MARCOU, Jean : “Anayasacılık ve Türkiye’de Anayasal Hareketler”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 2012, (ss.1-50)

- ODER, Bertil Emrah : **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013
- ODER, Bertil Emrah : “Türkiye Anayasacılık Bakımından Nasıl Değerlendirilebilir?”, **Anayasa Gündemi** (Ed. Kaboğlu, İbrahim Ö.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, (ss.18-21)
- OKANDAN, R. Galip : “Âmme Hukukunda Kuvvetler Bölümü Meseleleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:2, Sayı:1-4, 1936, (ss.502-523)
- OKTAY, Cemil : “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:1, 1984, (ss.215-242)
- ONAR, Sıddık Sami : **İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt-I**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1952
- ÖZAY, İl Han : “Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:8, 1991, (ss.103-116)
- ÖZBUDUN, Ergun : **Türk Anayasa Hukuku**, 17.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017
- ÖZÇELİK, A. Selçuk : **Esas Teşkilât Hukuku Dersleri Cilt-I**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982
- ÖZDEŞ, Orhan : “Danıştay’ın Tarihçesi”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, (ss.40-224)
- SARICA, Murat : **100 Soruda Siyasî Düşünce Tarihi**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987

- SARICA, Ragıp : **Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti**, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1943
- SARICA, Ragıp : **İdari Kaza**, Kenan Basımevi, İstanbul, 1942
- SEZGİNER, Murat : “Dünden Bugüne Conseil D’etat ve Danıştayın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu 149. Yıl**, Danıştay yayınları, Ankara, 2017, (ss.101-132)
- SOYSAL, Mümtaz : **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 6.Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986
- SUDRE, Jacques : **Mukaveleler Hususunda Devlet Şûrasının Salâhiyeti** (çev. Berker, H. Hüsnü), Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1942
- TAHMAZOĞLU
UZELTÜRK, Sultan : “Osmanlı-Türk Anayasal Geleneğinde Başkanlık Rejimine Yer Var Mı?”, **Anayasa Gündemi** (Ed. Kaboğlu, İbrahim Ö.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, (ss.182-185)
- TANİLLİ, Server : **Anayasal ve Siyasal Belgeler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976
- TANÖR, Bülent : **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, 30. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017
- TEZİÇ, Erdoğan : **Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009
- TUNCAY, A. Can : “Giriş”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, (ss.1-40)

- TURAN, Güngör : Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Gelişimi ve Yorumu”, **İnsan Hakları Yıllığı Dergisi**, Sayı:17-18/1, 1996, (ss.103-120)
- YAYLA, Yıldızhan : “Conseil d’Etat (Yapısı, İşlevi ve Yaklaşımı Üzerine), **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 1980, (ss.79-86)
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi : **Anayasa Hukukuna Giriş**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017

VATANDAŞLIK HAKKININ KAPSAMI VE EGEMENLİK İLİŞKİSİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Bilge BiNGÖL SCHRİJER*

ÖZ

Vatandaşlık anayasalarda bir hak ve ödev olarak yer almakta ve bir kişiyi devlete bağlayan hukuki, siyasi bağ olarak tanımlanmaktadır. Küresel göç dalgası ve mülteci “krizi” ise vatandaşlığın farklı bir açıdan, bir “insan hakkı” olabilme açısından irdelenmesini gündeme getirmiştir. Çalışma, bir hak olarak vatandaşlık ile egemenlik arasındaki ilişkinin irdelenmesi üzerine yoğunlaşmakta ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 15. maddesinde düzenlenen “vatandaşlık hakkını” normatif ve kuramsal açıdan incelemektedir. Vatandaşlık hakkının kapsamı öncelikle uluslararası ve ulusal normatif düzenlemeler ile çeşitli yargı kararları açısından incelenmiştir. Hukuki düzenlemelerde göze çarpan, vatandaşlığın devlet egemenliğini sınırlandıracak biçimde tek başına bir hak olarak ele alınmadığı, ancak vatansızlığın önlenmesi ve çocuğun yüksek yararı gibi bir takım durumlar üzerinden somutlaştırıldığıdır. Ardından vatandaşlık hakkının kapsamına ilişkin kuramsal tartışmalar yer verilmiştir. Bunlar, ius nexi olarak da adlandırılan etkili bağın kişi açısından bir hak doğurup doğurmadığı, günümüzde göç ve mülteci yazınındaki hak merkezli bir yaklaşımın yaygınlaşmış olması ve idare hukukunda tartışılan “haklı beklenti” ölçütünün bir yabancının yaşadığı devletin vatandaşlığını kazanmasında etkili olup olamayacağıdır.

***Anahtar Kelimeler:** vatandaşlık hakkı, egemenlik, vatansızlar, mülteciler, haklı beklenti.*

AN ASSESSMENT ON THE RELATION OF “CITIZENSHIP AS A HUMAN RIGHT” AND SOVEREIGNTY

ABSTRACT

Citizenship is often treated both as a right and as an obligation in constitutions and it is described as a legal and political link between the state and its people. Global migration waves and refugee “crises” brought up the idea of citizenship as a human

* **Dr.,** Öğretim Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, (E-posta: kuzeyb@gmail.com ; bilgebingol@akdeniz.edu.tr)

Bu çalışmayı yaparken kütüphanesini bana açan ve vatandaşlık hukuku alanındaki bilgi ve görüşlerini benimle paylaşan ve halen Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı’nda doktora çalışmalarını başarı ile yürütmekte olan değerli **Araş. Gör. Güven Yazar**’a teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/01/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/06/2018

right in legal doctrines. The study examines the relation between the sovereignty of a state and citizenship as a human right by first analyzing article 15 of the United Nations Declaration of Human Rights (1948) normatively and theoretically. The normative analysis is framed by international and national legal documents and selected international and national court decisions. It will show that citizenship as a human right is not seen as a distinct matter in the legal documents; rather, it is always related to other issues like preventing statelessness or protecting children. In the second part, a theoretical analysis discusses whether the ius nexi principle could generate an entitlement to the right to citizenship, furthermore the effects of migration studies' discourses in the legal field and finally, whether the administrative law measure of legitimate expectation could be used in citizenship cases or not.

Keywords: *right to citizenship, sovereignty, stateless persons, refugees, legitimate expectations.*

GİRİŞ

Robert Venturi 1966 yılında yazdığı *Mimarlıkta Karmaşıklık ve Çelişki* isimli eserinde, modern mimarinin tutarlılığına karşılık post-modern olarak adlandırılabilen mimarinin dayandığı çeşitlilik ve farklılıkların önemini vurgulamıştı: "...Modern deneyimin zenginliğine ve muğlaklığına dayalı karmaşık ve çelişkili mimariden söz ediyorum, sanatın içinde de gizli olan bu deneyimden.

...

Saf olandansa melez, düz olandansa uzlaşmacı, dışlayıcı olandansa bağdaştırıcı olan öğeleri seviyorum. Açık bir birliktense karman çorman bir canlılığı tercih ediyorum. 'Ya bu ya da o' yerine, 'her ikisi de' demeyi, 'siyah ya da beyaz' demektense 'siyah ve beyaz ve bazen de gri' demeyi tercih ediyorum.

...

Karmaşıklık ve çelişkilere dayalı bir mimari, dışlayıcılığın kolay birliği yerine kapsayıcılığın zor birliğini ortaya çıkartmalıdır¹."

Tıpkı bir yaşam alanı tasarlarken tasarımcı mimarın dayandığı ilkeler olduğu gibi, devletlerin de aslında anayasa ve yasaları aracılığıyla bir mimar-

¹ Robert VENTURI, **Complexity and Contradiction in Architecture**, The Museum of Modern Art, 2nd Edition, New York, 1992, s. 16.

dan farklı davranmadığına şahit olmaktayız. Devlet, elinde sıkıca tuttuğu egemenliğini, insan ve toprak unsurlarının en küçük birimine kadar hissettirmektedir². 21. yüzyılda küresel nüfus hareketleri -gerek terör ve savaş nedeniyle zorunlu olarak, gerekse ticari, sanat, bilim ve spor vb. nedenlerden ötürü gönüllü olarak- yoğun biçimde yaşanmakta; hiç olmazsa teknoloji ile birlikte bu yoğunluk sosyal bilimler alanlarında ve sosyal teoride eskiye kıyasla oldukça hızlı karşılığını bulmaktadır. Bu açıdan, siyasi bütünlük ile ulusal bütünlük arasında bağ kuran ve devlet egemenliğinin açık bir biçimde görüldüğü alan olan vatandaşlık kavramının³, hukuki açıdan ve temel bir insan hakkı olma yönünden irdelenmesi önem arz etmektedir. Bugün özellikle Avrupa ülkelerinde, Robert Venturi'nin post-modern mimari hakkındaki tanımına kıyasla, *karmaşıklık ve çelişkilerin zor kapsayıcılığına dayalı* bir anayasal vatandaşlık bağının, günümüz toplumlarının dışlayıcılığı karşısındaki başarısızlığına vurgu yapılarak tartışmaya açıldığına şahit olmaktayız. Anayasal vatandaşlık idealinin 21. yüzyılın “mobil” ya da “hareketli” dünyasında gerçekten mümkün olup olamayacağına ilişkin sorularla karşılaşmaktayız. Türkiye de, göç alanında transit ülke olmaktan çıkmış, hedef ülke olmuş ve son olarak Suriye savaşı ile birlikte bölgesinde ağır bir sorumluluk üstlenmiştir. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin titiz bir biçimde vatandaşlık vereceği insanları seçmeye özen göstermesi, Türkiye'nin bölgesinde üstlendiği sorumluluk gereği ülkelerinden ayrılmak zorunda kalan Suriye vatandaşlarına Türk vatandaşlığı verilmesini gündeme getirmesi, vatandaşlık ve egemenlik üzerine bir kere daha düşünmemizi gerektirmektedir.

O halde devletin insan unsurunun niteliği problemi olarak karşımıza çıkan vatandaşlık bir başka açıdan, *bir insan hakkı* olabilme açısından irdelenebilir mi? Egemenlik ile vatandaşlık arasındaki ilişki 21. yüzyılın hareketli dünyasında gerçekten dönüşüm geçirmekte midir ve eğer dönüşüm geçirmekte ise nasıl bir dönüşüm geçirmektedir? Vatandaşlığın temel bir insan hakkı olduğuna dair ilke BMİHEB'de yer almakla birlikte, söz konusu hakkın kapsamı nedir? Vatandaşlık hakkı, gerek uluslararası hukukta gerekse Türk

² Christopher PIERSON, **Modern Devlet**, 2. Baskı, Çiviyazıları Yayınevi, (Çev: Neşet Kutluğ-Burcu Erdoğan, İstanbul 2014, s. 19; bu açıdan Türkiye ve Yunanistan arasında 1996 yılında gerçekleşen Kardak Kayalıkları krizinin hatırlanması gerekir. Ekonomik açıdan hiçbir değeri olmayan küçük bir kayalığın nasıl da ciddi bir savaşın eşiğinden dönülmesine varacak kadar sorun çıkarttığını gözlemleyebiliriz.

³ Ozan ERÖZDEN, **Ulus-Devlet**, Dost Kitabevi, Ankara 1997, s. 118; Vatandaşlık ile ilgili terim problemi hakkında bkz. Nihal ULUOCAK, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Filiz Kitabevi, 1984, s. 15-17; İrem KARAKOÇ, **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü**, Yetkin Yayınları, 2012, s. 27-38.

vatandaşlık hukuku alanında nasıl ele alınmakta ve değerlendirilmektedir? Gelecekte vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi alanında, devletin egemenlik hakkının ötesinde bir başka kaynak mümkün olabilir mi?

Çalışmamız, yukarıda yer alan sorulara yanıt ararken, egemenlik ve vatandaşlık arasındaki ilişkiye dikkat çekmeyi ve konu ile ilgili çeşitli yargı kararlarına da değinerek, vatandaşlığın *temel bir insan hakkı olması* ile *egemenlik* arasındaki ilişki üzerine bir okuma ve değerlendirme yapmayı amaçlamaktadır⁴.

I. Devletin İnsan Unsurunun Niteliği Problemi ve Vatandaşlık İlişkisi

Kimlerin bir insan topluluğuna, bir ulusa ya da bir devlete kabul edilip kimlerin edilmeyeceği, hangi kişilerin nasıl kabul edileceği ve bu konularla ilgili olarak ortaya çıkan entegrasyon ve asimilasyon gibi diğer sorunlar ulus olgusuna ilişkin kuramsal tartışmalardan bağımsız düşünülemez. Daha açık bir ifadeyle, günümüzde vatandaşlık, yabancılar, göçmenler ve mülteciler hukukuna ilişkin sorunların hemen hepsi, egemenlik kuramı ve onun dönüşümü ile ilgili olduğu kadar, devletin insan unsurunun niteliği tartışmaları ile de ilgilidir: Ulus nedir?

Ulus⁵, modern teritoryal (toprak esasına dayanan) bir devlet olan *ulus-*

⁴ Vatandaşlık hakkı ile bağlantılı uluslararası sorunlara örnek olarak, uluslararası toplumun ve egemen devletlerin, savaş veya terör gibi yaygın şiddet eylemlerinin var olduğu ülkelerdeki insanların “vatandaşlık hakkı” açısından sorumluluklarının kapsamı verilebilir. Örneğin vatansızların diplomatik koruma hakkı açısından egemen devletlere bir sorumluluk yükleyebilir miyiz? Bu alandaki en çarpıcı örnek Myanmar ve Rohingyalardır. Myanmar’ın 1982 yılında kabul ettiği vatandaşlık düzenlemeleri, ülkelerinde etnik bir azınlık grup olan Rohingyaalara vatandaşlık vermeyerek, onları vatansız konumuna getirmiştir. Öte yandan Myanmar, BM 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmeye de taraf olmadığından Rohingyaaların durumu uluslararası toplumda oldukça ses getirmiştir. Rohingyaalar, yabancı veya mülteci statüsünü de haiz olamadıklarından, bu topluluğa ait kişilerin yaşadıkları trajedi halen bir çözüm beklemektedir. Bu doğrultuda Rohingyaalar gibi vatansız kişilerin diplomatik korumasının BM tarafından gerçekleştirilmesi yönünde fikir beyan edilmekte; bu kişilerin herhangi bir devletin vatandaş olması dahi, nihayetinde birer dünya vatandaşı oldukları belirtilmekte ve vatandaşlığın insan hakkı olma yönüne vurgu yapılmaktadır. Haber için bkz. Farhaan Uddin AHMED, “Diplomatic Protection for the Stateless Rohingya-The UN’s Capability to Defend Citizens of the World”, 22 Mart 2017; erişim adresi: <https://www.policyforum.net/diplomatic-protection-for-the-stateless-rohingya/>; erişim tarihi: 22.01.2018.

⁵ Çalışmamızda ulus, yalnızca nitelikleri açısından değerlendirilmiştir. Vatandaşlık hukuku alanındaki meseleler ulusun anlamı ve nitelikleri problemiyle ilişkili olmaktadır ve söz konusu hususlar bir topluluğa üye kabul edilmesinin meşruiyeti problemini de incelemektedir.

devletle ilişkilendirilebilen *toplumsal bir olgudur*⁶. Bölünmezlik ve süreklilik niteliklerine sahip olan ulus⁷, bölünmez ve sürekli olan egemenliğin görünmez bir bileşenidir ve belli bir siyasi örgüt üzerinde yer alır⁸. Bu siyasi örgüt modeli belli bir ulusun, sınırları belli bir toprak parçası üzerinde kendini tanımladığı ulus-devlettir. Bir başka ifade ile ulus-devlet, egemenliğinin sürekliliği ve bölünmezliği için, süreklilik arz edecek olan soyut nitelikte, bölünmez bir “ulus” olgusuna dayanan devlet modelidir. Bu açıdan ulus, toplumu oluşturan bireylerin toplamından daha üst düzeyde yer almakta, süreklilik ve bölünmezlik içeren bütünsel bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu bölünmüşlükten arınmış olmak ise “ortak bir yasayla yönetilen ve aynı yasa koyucu tarafından temsil edilen bireyler topluluğu” şeklinde ifade edilmektedir⁹. Bu şekilde kral-devletten ulus-devlete geçişte kralın yerini alan ulus, 1789 Fransız Devrimi’ne kadar evrensel bir içerikte ele alınmıştı¹⁰. Ancak Fransız Devrimi ile birlikte ulus olgusuna bir “yabancı” kavramının eklendiğini görmekteyiz¹¹. Devrim döneminde “özgürlük, eşitlik, kardeşlik” ülküsüne inanan herkesi Fransız sayan evrenselci anlayış, 1792 yılından itibaren Avrupa’da başlayan karşı devrim ile yeniden sorgulanmış ve “kendisindeki değerleri benimseyen herkesi kendisinden sayma” düşüncesi, “kendisini, kendisinden olmayana doğru” tanımlama şeklinde yön değiştirmiştir¹². Brubaker, modern anlamdaki vatandaşlığın Fransız Devrimi ile birlikte tanımlanmaya başladığını belirtmekte ve bu açıdan vatandaşlığın sosyal bir içe kapanma olduğunu, içte kapsayıcı ancak dışta ise son derece dışlayıcı, hukuki bir bağ olmanın ötesinde sosyal ve kültürel bir aidiyet ortaya çıkarttığını savunmaktadır. Bu açıdan ulus-devlet yalnızca dünya topraklarını katı sınırlarla birbirinden ayırmamış; üzerinde yaşayan insanları da birbirinden katı sınırlarla ayıracak bi-

⁶ ERÖZDEN, s. 53; Erich J. HOBSBAWM, **1780’den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik, “Program, Mit, Gerçeklik”**, 1. Baskı, Ayrıntı Yayınları, Temmuz 1993, s. 23; Rogers BRUBAKER, **Citizenship and Nationhood in France and Germany**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1994, s. 22-23.

⁷ Abdurrahman SAYGILI, “Modern Devletin Beden İdeolojisi Üzerine Bir Deneme”, **AÜHFD**, Yıl: 2005, s. 324.

⁸ Reinholdt ZİPPELIUS, **Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft)**, Elfte neubearbeitete Auflage, C.H. Beck’che Verlagsbuchhandlung, München, 1991, s. 70.

⁹ ERÖZDEN, s. 55; SAYGILI, s. 324.

¹⁰ Münci KAPANİ, **Politika Bilimine Giriş**, 11. Baskı, Bilgi Yayınevi, Kasım 1999, s. 70-71; BRUBAKER, s. 35 vd.

¹¹ KARAKOÇ, s. 41 vd.; Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Şubat, 2006, s. 331: “

¹² ERÖZDEN, s. 58;

çimde bölmüştür¹³. İçte kapsayıcı, dışta dışlayıcı bir niteliğe sahip, sosyal bir içe kapanma olarak değerlendirilen vatandaşlık, belli bir ulusa aidiyet üzerinden tanımlanmakta; ancak aynı zamanda *ulusal aidiyet* duygusunu, siyasi mekanizma olan *devlet* ile birleştirerek, *aidiyet duygusuna siyasi bir nitelik ve hukuki bir boyut da kazandırmaktadır*¹⁴.

Klasik kamu hukuku doktrinde ulus, objektif ve sübjektif nitelikleri üzerinden incelenmekte ve devletin insan unsurunun niteliği problemine ilişkin bir olgu olarak ele alınmaktadır. Ulusun objektif nitelikleri, dil birliği, din birliği, soy (ırk) birliği, kültür ve tarih birliği¹⁵ olarak ele alınırken; birlikte yaşama arzusu ulusun sübjektif niteliği olarak değerlendirilmektedir¹⁶. Ulusun objektif nitelikleri olan dil, din, soy birliği, ortak bir kültür gibi özelliklerin belli bir insan grubunun dış sınırlarını çizmeleri açısından yalnız başlarına belirleyici olmadıkları söylenebilir¹⁷. Söz konusu sınırın çizilmesinde, sübjektif nitelik olan birlikte yaşama arzusu ve irade ön plana çıkmaktadır. Renan, ulus olmak için mutlaka dil, din ve soy birliğinin gerekli olmadığını, insanların arasında “birlikte yaşama arzusu” biçimindeki bir iradenin ulus oluşumunda daha önemli olduğunu vurgular. Bu açıdan bir ulusun temelindeki birleştirici özellik bir *iradedir*. Renan bu iradeyi, insanların her gün birlikte yaşama yönünde gösterdiklerini belirtmektedir. “Millet, her gün tekrarlanan bir plebisittir.”¹⁸ Bu her gün tekrarlanan plebisit için, geçmişte yaşanan acılar ve katlanılan ortak fedakârlıklar, duyulan hazlardan daha fazla etkili olmaktadır. İnsanları

¹³ BRUBAKER, s. 23-29; Brubaker’e göre, Fransız Devrimi’nin ortaya çıkartmış olduğu vatandaşlığın belirgin bir takım nitelikleri bulunmaktadır. Bunlar, vatandaşlığın şekli bir sınırlılığa sahip olması, vatandaşlık aracılığıyla bir sivil eşitliğin oluşması, belli hak ve yükümlülüklerin vatandaşlık üzerinden bireye bağlanması, siyasi hakların kurumsallaşması, vatan-daş-yabancı ayırımının hukuki bir içeriğe ve ideolojik bir savunmaya kavuşması, ulusal egemenlik doktrini ile ulus ve vatandaşlık arasındaki bağın açıkça ortaya konulması ve devlet ile birey arasındaki ilişkinin doğrudan bir nitelik kazanmasıdır; BRUBAKER, s. 35.

¹⁴ ERÖZDEN, s. 118.

¹⁵ Tarih birliği ölçütünü Renan, birlikte yaşama isteği açısından, sübjektif ölçütün bir özelliği olarak ele almaktadır.

¹⁶ Ernest RENAN, **Nutuklar ve Konferanslar, “Millet nedir?”**, Çev: Ziya İhsan, Sakarya Basımevi, Ankara 1946, s. 103-124; Yahya Kazım ZABUNOĞLU, **Kamu Hukukuna Giriş, Devlet Tanım-Kaynak-Unsurlar**, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 82.

¹⁷ Günümüzde ortak objektif niteliklere sahip olmamasına rağmen bir devlette birlikte yaşayan ve bütüncül bir siyasi irade oluşturmuş hatırı sayılır sayıda ülke bulunmaktadır. Örneğin Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası bu açıdan incelenebilir. “There is a common South African Citizenship” ifadesi ile birden fazla dil ve çok sayıda etnik yapı, üst bir Güney Afrikalılıkta birleşmektedir.

¹⁸ RENAN, s. 103-124.

birtakım acılar birleştirir ve gelecekte de birlikte büyük işler yapma isteği ortak geçmiş ve duygularla oluşur. Bir başka ifade ile insanlar sahip oldukları ortak geçmişle ve ortak değerlerle gelecekte de bu birlikliliği devam ettirmek isteği içerisinde girerler. İnsanlarda bir şekilde “birbirine ait olma hissi” mevcuttur ve bu mevcudiyet, onların geçmişte ortak işler başarmış olmalarından ve gelecekte de ortak başarılar kazanmak istemelerinden kaynaklanır¹⁹.

Birlikte yaşama isteğindeki *iradi durum* üzerinde Gellner da durmuştur, ancak o söz konusu iradi durumun yetersizliğini vurgulamıştır; iradi duruma kültürel durumu eklemiş ve bunların ancak ulusçuluk çağı bakımından bir anlam ifade edebileceğini belirtmiştir. Gellner’a göre bir ulusta, kültürel ve iradi durum olmak üzere iki yön bulunmaktadır²⁰. Kültürel durum bakımında, “iki insan, ancak ve ancak aynı kültürü paylaşıyorlarsa aynı ulustan sayılırlar. Burada kültür, bir düşünceler, işaretler ve çağrışımlar, davranış ve iletişim biçimleri sistemi anlamına gelmektedir”. İradi durum bakımından ise, “iki insan ancak ve ancak birbirlerini aynı ulusun üyesi olarak kabul ediyorlarsa aynı ulusa mensup demektir.”²¹ Gellner’a göre bu iki yön, ulusun belirleyici özellikleri olsa da tek başlarına ulusu açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Ona göre hem iradi, hem de kültürel yön ancak ulusçuluk çağı bakımından bir anlam ifade edebilir. Şöyle ki, ortak *kültür* ve *birlikte yaşama iradesi* yalnızca “siyasal meşruiyetin barınağı olarak görüldüğü” *ulusçuluk çağı*nda –ki Gellner bunun insanlığın sanayi aşamasına denk geldiğini vurgulamaktadır²²- bir ulusun niteliği olarak ortaya çıkabilir²³.

Alman hukukçu Zippelius da ulus olgusundaki psikolojik-duygusal öğenin önemini vurgulamış ancak insanlarda var olan “birlikte yaşama isteğinin” ve “birbirine ait olma hissinin -*Zusammenghörigkeitsgefühl*” ortaya

¹⁹ RENAN, s. 122; İlginç bir örnek olarak hatırlanacak olursa Alman Şansöylesi Angela Merkel Alman milli futbol takımında Türkiye karşısında oynayan Türk kökenli Alman vatandaşı Mesut Özil’e özellikle teşekkür etmişti.

²⁰ Ernest GELLNER, *Uluslar ve Ulusçuluk*, 3. Baskı, Hil Yayın, Çev: Büşra Ersanlı-Günay Göksu Özdoğan, Mayıs 2013, s. 78.

²¹ “...Bir başka deyişle, ulusları insanlar yaratır; uluslar insanların kendi inanç, sadakat ve dayanışmalarının ürünüdür. Bir grup insan, diyelim ki, bir ülkenin sakinleri ya da belli bir dili konuşan insanlar, ancak aynı gruba mensup olmalarından dolayı birbirlerine karşı bazı ortak hak ve görevleri olduğunu kesinlikle kabul ettikleri takdirde bir ulus olabilirler. Onları bir ulus yapan birbirilerini bu şekilde aynı grubun üyeleri olarak kabul etmiş olmalarıdır, yoksa kendilerini grubun dışında kalanlardan ayıran bazı ortak özellikleri değil.”, GELLNER, 2013, s. 139.

²² GELLNER, s. 139.

²³ GELLNER, s. 137-138.

çıkmasında dil, din, soy, kültür birliği gibi objektif niteliklerin az da olsa etkisinin olduğunu belirtmiştir²⁴. Belli bir insan topluluğunda var olan süreklilikte birlikte yaşama isteği, ortak bağlara ve bir takım ortak özelliklere dayanır. İnsanların sahip olduğu ortak bağlar insanlar arasında bir dayanışmayı da beraberinde getirir²⁵. Günümüzde ABD, Kanada gibi geleneksel olarak göç ülkesi olan devletlerin dışında birçok devletin vatandaşlık kanununda vatandaşlığın sonradan kazanıldığı hallerde, ülkenin “anayasal düzenine itaat etmeye istekli olmasının” yanı sıra, belli ölçüde ilgili “toplumun kültürü, gelenekleri ve yaşam biçimine uyum göstermiş olma” bir şart olarak yer almaktadır²⁶.

Vatandaşlık statüsüne ilişkin araştırma ve incelemeler açısından “ulusun ne olduğu” sorusuna verilecek yanıt bizi aslında günümüz egemen devletlerinin kendi üyelerini belirleme koşullarına karşılık gelen entegrasyon politikaları ve bu politikalar doğrultusunda oluşturdukları yasal düzenlemelere götürür. Bir başka ifade ile ulus tanımı için vatandaşlık olgusunun analizi, vatandaşlık tanımı için de ulus olgusunun analizi birbiri ile bağlantılı hususlardır. Siyasi iktidarın meşruluk temeli ve egemenliğin sahibi “ulus”, kapalı bir çerçeve olarak ya da fikir olarak varlığını korumaya devam ederken, aslında yalnızca onun içi, çerçevenin içindeki renkler değişmektedir. Bu açıdan herhangi bir devletin vatandaşlık, göç, mülteci ve yabancılar ile ilgili hukuki düzenlemeleri, kurumsal yapıları ile uluslararası anlaşmalara yaklaşımı, o devletin ulus anlayışını ortaya koymaktadır. Spiro vatandaşlığı, devletin egemenliği açısından elinde tuttuğu son kale olarak nitelendirmekte ve her ne kadar uluslararası hukukta vatandaşlığın bir hak olarak tanınmasına yönelik gelişmeler yaşansa da, devletlerin gelecekte de egemenlikten kaynaklanan yetkilerinin çoğuna sahip olacağını belirtmektedir²⁷. Vatandaşlığa alınma konusunda çoğu ülke kendi koşullarına göre ekonomik, sosyal ve kültürel bir takım standartlar öngörmektedir. Buradaki temel tartışma, her ülkenin kendi ekonomik, sosyal, kültürel ve coğrafi koşullarına göre *topluluğuna üye kabul etmenin ulusal ölçütlerini geliştirebilme hakkı* ile; refah seviyesi ve temel haklara erişim açısından

²⁴ ZIPPELIUS, s. 74.

²⁵ Turgay UZUN, “Ulus, Milliyetçili ve Kimlik üzerine Bir Değerlendirme”, **Doğu-Batı Düşünce Dergisi**, “Kimlikler”, Yıl: 6, Sayı: 23, Mayıs, Haziran, Temmuz 2003, s. 135.

²⁶ Özellikle Avrupa devletlerinin hemen hepsinde benzer şekildedir. Örnek olarak; Türk Vatandaşlığı Kanunu 11/1-e, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md. 15/1-d, e; Alman Vatandaşlık Kanunu md. 10; İsviçre Vatandaşlık Kanunu md. 14.

²⁷ Peter J. SPIRO, “A New International Law of Citizenship”, **The American Journal of International Law**, Vol. 105, No.4, Kasım 2011, s. 694-746; s. 746.

dan oldukça dengesiz ve adaletsiz olan bir dünyada, böyle bir *topluluğuna üye kabul etmeme kararının meşruiyeti sorunu* arasındaki gerilimdir.

Devletin insan unsurunun niteliği problemi açısından vatandaşlar, asgari düzeyde de olsa içinde bulunduğu toplulukla uyum içinde birlikte yaşama arzunu ortaya koyan bireylerdir. Söz konusu birlikte yaşama isteği belli değerlere dayalı olabilir. Bu husus sosyoloji ve psikoloji biliminin araştırma ve inceleme alanı olarak çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Konumuz açısından önemli olan, devletlerin de çoğu zaman belli objektif nitelikler ile desteklenmiş (hiç olmazsa ortak bir dil, ortak bir gelecek ülküsü veya ortak bir takım yaşam değerleri gibi) bir birlikte yaşama isteği zemininden ayrılmadığıdır²⁸. Bireysel açıdan baktığımızda ise, kültürel nedenlerden ve aidiyet hissinden çok ekonomi ve refah düzeyinin yüksekliği ile bireylere tanınan temel hak ve hürriyetlerin genişliği açısından belli ülkelerin vatandaşı olmanın tercih edildiği hemen fark edilecektir.

II. İnsan Hakkı Olarak Vatandaşlığın Tarihi Gelişimi ve Kapsamı

Devletlerin egemenlikten kaynaklanan yetkilerini sınırlandıracak ölçüde vatandaşlığın bir insan hakkı olarak ele alınması yönelimi, birbirinden bağımsız farklı alanlardaki gelişmelerle gündeme gelmiştir. Bunlar gerek uluslararası belgeler, gerek bu alandaki doktrin, gerekse bir takım ulusal ve uluslararası yargı kararlarıdır. Ancak bu yönelim tek bir tartışmaya dayanmamakta, karmaşık ve birbirinden bağımsız olan farklı tartışma zeminlerinde belirlenmektedir²⁹.

A. Vatandaşlık Hakkının Uluslararası Hukuk Kaynakları

Vatandaşlık statüsü ile devlet egemenliği arasındaki ilişki uluslararası hukukun karşılaştığı en karmaşık ve zor ilişkilerden bir tanesidir. Vatandaşlıkla ilgili konular, Milletler Cemiyeti'nin kurulduğu 1920 yılından itibaren uluslararası bir sorun olarak hep odak noktası olmuştur. Bu kapsamda 1928 yılında uluslararası hukuk açısından önemli bir gelişme yaşanmıştır. 1928 yılı Amerikan Uluslararası Hukuk Dergisi'nde³⁰, Harvard Üniversitesi Hukuk

²⁸ Bu hususta örneğin Türk Vatandaşlık Kanunu'nda Türk soylu olanlara istisnai vatandaşlık verilmesi, ülkelerin belli dil, kültür vb. ölçütler araması bir örnek olabilir. Ayrıca çoğu ülkenin vatandaşlık kanununda objektif niteliklerin de belli oranda öneme sahip olduğu görülmektedir.

²⁹ Gonçalo MATIAS, *Citizenship as a Human Right-The Fundamental Right to a Specific Citizenship*, Palgrave Macmillan, 2016, s. 230.

³⁰ American Journal of International Law 1928 yıllı sayısında.

Fakültesi öncülüğünde, uluslararası hukuka ilgi duyan bir grup Amerikalının, 1929 yılı Milletler Cemiyeti'nin uluslararası hukukun kodifiye edilmesi ajandasında yer alan üç önemli başlığı hakkında – vatandaşlığın belirlenmesi, devletin sorumluluğu ve bölgesel sular- araştırma ve akademik çalışma yürütmeyi üstlendiğine ilişkin bir yazı yer almaktaydı³¹. Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi öncülüğünde yürütülen bu araştırma proje grubu tarafından 1927 ile 1939 yılları arasında yukarıda belirtilen uluslararası sorunlara ilişkin olarak üretilen bilgi, yorum ve on üç adet taslak sözleşmenin, 20. yüzyıl uluslararası hukukuna ciddi bir biçimde yön verdiği belirtilmektedir³². Harvard Üniversitesi Uluslararası Hukuk Araştırması, 12 Nisan 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorular Hakkında Sözleşmeye de öncülük etmiştir³³. Söz konusu araştırmanın sonunda yer alan Vatandaşlık Hukuku Hakkında Tasarı Sözleşmede³⁴ açıkça “vatandaşlık verme konusunda devletlerin gücü uluslararası hukuk kapsamında sınırsız değildir (md. 2)” ifadesine yer verilmişti. Ancak bu ifade 1930 tarihli Sözleşme’de (md. 1) yer almadı³⁵. Burada yalnızca, Harvard taslağında da yer alan, devletlere ait olduğu kabul edilen vatandaşını belirleme “mahfuz yetkisinin”, uluslararası hukuka (antlaşmalara, uluslararası teamüle ve hukukun genel ilkelerine) uygun olarak kullanılması yer aldı³⁶. Spiro, bu dönemdeki tartışmaların arka planında bir insan hakkı olarak vatandaşlığı tartışma amacının olmadığını, daha çok bir devletin kendi vatandaşlık kanunu ile bir takım sebeplere dayalı olarak –örneğin ilgili devlette ikamet etme, mülk sahibi olma, belli meslekleri icra ediyor olma gibi- vatandaşlık talep etmeyen kişilere keyfi olarak vatandaşlık vermesi uygulamalarının önüne geçilmesi ve ülkelerin vatandaşlık kanunları-

³¹ John P. GRANT / J. Craig BARKER, “The Harvard Research: Genesis To Exodus And Beyond”, içinde: **The Harvard Research In International Law: Contemporary Analysis And Appraisal**, Editörler: John P. Grant, J. Craig Barker, 2007, s. 1-40; s. 1; erişim adresi: <http://s1.downloadmienphi.net/file/downloadfile4/206/1392182.pdf> ; erişim tarihi: 22.01.2018.

³² GRANT / BARKER, s. 1.

³³ SPIRO, s. 701.

³⁴ Draft Convention On The Law Of Nationality.

³⁵ GRANT / BARKER, s. 434.

³⁶ Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html> ; erişim tarihi: 29.12.2017; Her devletin vatandaşlarını kendisinin belirlemesi yetkisi ile devletlerin birbirlerinin mahfuz yetkisine saygı göstermesi, uluslararası bir teamül hukuk kuralı olarak değerlendirilmektedir. Gülin GÜNGÖR, **Tabiiyet Hukuku-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 12-13; benzer yönde Rona AYBAY, **Vatandaşlık Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2006 s. 22, 23, 24.

nın uyumlaştırılması olduğunu belirtmektedir³⁷. Bir başka ifade ile II. Dünya Savaşı'nın ardına kadar uluslararası hukukun vatandaşlık meselelerine yaklaşımı hak temelli bir kaygı gütmekten çok, oluşabilecek kanunlar ihtilafı sorunlarına çözüm üretme çerçevesinde olmuştur.

1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorular Hakkında Sözleşme'nin ardından günümüze değin tabiiyet ve vatandaşlık meselelerine ilişkin uluslararası sözleşmeler incelendiğinde, vatandaşlık hakkının belli konular ve gruplar açısından tartışılmaya başlandığı, belli hususların özellikle güvenceye kavuşturulmak istendiği görülmektedir. Bunlar, vatansızlık meselesi, diplomatik koruma meselesi, çifte vatandaşlık meselesi ve bu bağlamda vatandaşlığın kaybettirilmesi, kadınlara karşı ayrımcılık meselesi, uluslararası hukukta ayrı bir grup olarak korunan çocuklar ve medeni ve siyasi hakların güvenceye kavuşturulmasıdır³⁸. Bu alanlardaki düzenlemeler belli açılardan devletlere yükümlülükler yüklemiştir. Hak merkezli bakış açısı özellikle II. Dünya Savaşı'nın ve o dönemdeki nasyonal sosyalizmin yıkıcılığının ardından insan haklarının evrensel olarak korunması için somut bir takım uluslararası önlemler alınmaya başlanmasıyla gündeme gelmiştir³⁹. Öte yandan, 1923 yılında Milletler Cemiyeti'nin Milletlerarası Adalet Divanı, vatandaşlığın düzenlenmesi konusunu, uluslararası hukukun devlet egemenliğini sınırladığı bir alan olarak ele almıştı⁴⁰.

Vatandaşlık bir hak olarak, 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (BMİHEB) 15. maddesinde⁴¹ “her

³⁷ SPIRO, s. 699-703.

³⁸ İlgili sözleşmelerin listesi bkz. GÜNGÖR, s. 15-18; gruplandırma için bkz. SPIRO, s. 703-714.

³⁹ Rainer BAUBÖCK / Eva ERSBØLL / Kees GROENENDIJK / Harald WALDRAUCH (Ed.), **Acquisition and Loss of Nationality-Volume 1: Comparative Analyses- Policies and Trends in 15 European Countries**, Amsterdam University Press, 2006, s. 15.

⁴⁰ Bu konuda Milletler Cemiyeti Adalet Divanı'nın o dönemdeki kararlarına ilişkin detaylı bir analiz ve vatandaşlığın bir uluslararası hukuk meselesi olarak anılmaya başladığı fikri için bkz. Paul WEIS, **Nationality and Statelessness in International Law**, Second Edition, Sijdhoff & Noordhoff, 1979, s. 71 vd.

⁴¹ Vatandaşlık ilk olarak Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin kabulünden sekiz ay önce bölgesel bir düzenleme olan, Amerikan İnsan Hak ve Yükümlülükleri Deklarasyonu md. 9 uyarınca açıkça tanınmıştı; (American Declaration of the Rights and Duties of Man, O.A.S. Res. III, Ninth International Conference of American States, Bogota, 2 Mayıs 1948); Mónica GANCZER, “The Right to a Nationality as a Human Right?”, İçinde: **Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2014**, Eleven International Publishing, The Hague, 2015, s. 15-33; s. 16; bu belge daha sonra

ferdin bir vatandaşlık hakkı” olduğu ve “hiç kimsenin keyfi olarak vatandaşlığından ve vatandaşlığı değiştirme hakkından mahrum edilemeyeceği” şeklinde açık bir biçimde hükme bağlanmıştır. Vatandaşlık meselelerine ilişkin düzenlenecek maddenin kapsamı konusunda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si’ni hazırlayacak Tasarı Komisyonu’nun ve İnsan Hakları Komisyonu’nun 1947-48 dönemi tartışmaları ile ülkelerin ortak taslak metne ilişkin raporları ilgi çekicidir⁴². Komisyonlarda, 15. maddede düzenlenen vatandaşlık hakkı, daha çok ülkelerdeki azınlıklar⁴³, yabancılar ve vatansızlık üzerinden tartışılmıştı⁴⁴. Nihai Beyanname ilan edildiğinde vatandaşlık hakkı ilk defa oldukça geniş çaplı uluslararası bir belgede düzenlenmiş oldu. Bu metinlerdeki tartışmalar üç ana eksenle ilerlemiş ve nihai metin de benzer biçimde kaleme alınmıştır:

-Herkesin bir vatandaşlık hakkı vardır;

-hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığını bırakmaya zorlanamaz;

-herkes vatandaşlığını değiştirme hakkına sahiptir⁴⁵.

BMİHEB hazırlama sürecinde de atıf yapılan bir metin olmuştur; belge metni için bkz: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/2 ; erişim tarihi: 30.12.2017.

⁴² BMİHEB’nin oluşturulma süreci ve komisyonların taslak raporlar için bkz: “Drafting of the Universal Declaration of Human Rights”, erişim adresi: <http://research.un.org/en/undhr/draftingcommittee> ; erişim tarihi: 30.12.2017.

⁴³ Türk hukukunda azınlıklar Türk vatandaşı oldukları için yabancı kapsamında değerlendirilmez.

⁴⁴ Commission on Human Rights, Drafting Committee International Bill of Rights, Documented Outline, Part I, E/CN.4/AC.1/3/Add.1, 11 Haziran 1947, s. 273-274;

Commission on Human Rights, Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, First Session

Report Of The Drafting Committee To The Commission On Human Rights, E/CN.4/21, 1 Temmuz 1947, 7. Bölüm, md. 32, 33, 34, s. 61, burada da özellikle vatansızlığın önlenmesinin her ulusun görevi olduğu ve yabancılar açısından keyfi olarak ve yargıya başvuru hakkı tanımadan sınır dışı etme yasağı düzenlenmiştir; 1947-48 dönemi BMİHEB hazırlık sürecinin analizi hakkında bkz. GANCZER, s. 15-17.

⁴⁵ Söz konusu hakkın kapsamı “herkesin yalnızca bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi ile birlikte “vatandaşlığın direktif ilkeleri” ya da “vatandaşlığın üç temel ilkesi” olarak da yorumlanmaktadır: Herkesin vatandaşlığı olmalıdır; herkesin yalnızca bir vatandaşlığı olmalıdır; bireyler vatandaşlığını seçmede ve değiştirmede özgür olmalıdır. Öte yandan “herkesin yalnızca tek bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesinin günümüz koşullarında geçerliliğini yitirmekte olduğu da savunulmaktadır. AYBAY, s. 59-66; GÜNGÖR, s. 20-40; Ergin NÖMER, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 5 vd.; Bahadır ERDEM, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 6. Baskı, Beta, 2017, s. 12-15.

15. madde insanların “bir vatandaşlığa sahip olma hakkını”, “vatandaşlığını değiştirebilme hakkını” ve özünde “bu iki haktan mahrum bırakılmama hakkını” tanımaktadır⁴⁶. Söz konusu maddede iki problemlili yön bulunmaktadır:

1) Vatansızları korumayı amaçlayan “herkesin bir vatandaşlık hakkı vardır” ilkesinin hangi devlet açısından bir yükümlülük doğurduğu belli değildir.

2) Kimsenin “keyfi” olarak vatandaşlığını bırakmaya zorlanamayacağı ve kimsenin “keyfi” olarak vatandaşlığını değiştirme hakkından mahrum bırakılmayacağı ilkelerinde yer alan “keyfiliğin” ölçütünün ne olduğu belli değildir⁴⁷.

Devletlerin egemenlikten kaynaklanan vatandaşlık bağı üzerindeki yetkilerini keyfi olmayan biçimde kullanmalarının ölçütü olarak, hiç olmazsa vatandaşlıktan çıkarılma kararına karşı etkili bir itiraz ya da başvuru yolu tanınmış olması gerekliliği savunulmaktadır⁴⁸. Ancak keyfi davranma yasağındaki belirsizlikle “milli güvenlik” söz konusu olduğunda daha da gün yüzüne çıkmakta, ilgili kişinin vatandaşlık hakkı yine aynı devletin egemenlik alanı içerisinde yer alan ulusal yargı yerlerince bir değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır⁴⁹. Örneğin ileride değinileceği gibi Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi açıkça, “hileli davranışlar ile vatandaşlığı kazanan”, “devletin hayatı çıkarları bakımından ciddi bir tehlike oluşturan davranışlarda bulunan” veya “yabancı askeri kuvvetlere gönüllü olarak hizmette bulunan” kişilerin vatandaşlıktan yoksun bırakılabileceğini kabul etmiştir (md. 7/b, c, d)⁵⁰. Bu açıdan BMİHEB’nin 15. maddesinde açıkça düzenlenen hakkın kapsamı ve devletler açısından somut hukuki yükümlülükler getirip getirmediği konusu belirsiz kalmaktadır. İlgili 15. maddenin etkin hale getirilmesi ve somutlaştı-

⁴⁶ GANCZER, s. 18.

⁴⁷ GANCZER, s. 18.

⁴⁸ AYBAY, s. 66.

⁴⁹ Özellikle 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu açısından Vahit Doğan’ın eleştirisine yer vermek yerinde olacaktır. TVK’da vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanılmasında idareye verilen takdir yetkisinin kapsamı son derece geniştir. Kanunda vatandaşlığa kabul için aranan şartların içeriğinin belirsiz olması, özellikle bu hususlar açısından yargı denetimini de zorlaştıracaktır. Vahit DOĞAN, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2015, s. 23.

⁵⁰ Feriha Bilge TANRIBİLİR, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, **MHB**, Yıl: 2002, Sayı: 22, s. 791-818; s. 805 vd.

rılması yönünde çeşitli tarihlerde Birleşmiş Milletler tarafından başka sözleşmeler akdedilmiştir. 15. maddede düzenlenen vatandaşlık hakkının kapsamı ve devletlerin bu hak açısından yerine getirmek zorunda oldukları hukuki yükümlülükler, vatansızlık, çocuk hakları, diplomatik koruma, göçmen işçiler, her türlü ayrımcılık yasağı ve kadın hakları ile ilgili uluslararası belgeler ile birlikte değerlendirilmekte ve bir anlam ifade edebilmektedir. Bu açıdan ilk olarak Birleşmiş Milletler bünyesinde ortaya çıkartılmış uluslararası belgele-re, ardından da bölgesel düzeydeki çeşitli belgelere konumuz açısından kısaca değinmekte fayda vardır.

1. Birleşmiş Milletler ve Vatandaşlık Hakkını Düzenleyen BMİHEB'nin md. 15'in Etkinlik Kazanması

Vatansızlar

Birleşmiş Milletler'in vatandaşlık hakkını *vatansızlığın önlenmesi üzerinden somutlaştıran*⁵¹ çeşitli belgeleri bulunmaktadır. Vatansızlığın önlenmesine yönelik 1954 tarihli *Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme* ve onu tamamlayan 1961 tarihli *Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme* açıkça, 1948 tarihli BMİHEB'nin 15. maddesinde düzenlenen vatandaşlık hakkını "vatansızlığın önlenmesi" üzerinden somutlaştırmaktadır. 1961 tarihli Sözleşme'de bu husus açıkça ifade edilmekte ve BMİHEB'nin 15. maddesindeki vatandaşlık hakkına açıkça atıf yapılmaktadır⁵². 1961 tarihli Sözleşme, herhangi bir devlete bireylere doğrudan vatandaşlık hakkı tanınması yönünde bir yükümlülük getirmemekte; daha çok doğum, evlilik, boşanma, soy bağı meseleleri, ülkelerin vatandaşlık kanunlarının ihtilafından kaynaklanan vatansızlık halleri gibi çeşitli yollarla vatandaşlığın kaybedilip vatansız kalma ihtimallerinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁵³. 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme, taraf devletlere vatansız kalacak çocuklar açısından ülke sınırları içinde doğan çocuklara vatandaşlık hakkı tanınmasını (md. 1); vatansız kalacaksa bir kişinin vatandaşlıktan çıkartılmayacağını (md. 8/1); tabiiyet hukuku alanında düzenleme hakları olmakla birlikte, devletlerin bu haklarını uluslararası hukukun tabiiyete ilişkin normları ve özellik-

⁵¹ Tevfik ODMAN, *Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku*, 1. Baskı, Çağ Üniversitesi, Çukurova Ofset, Adana, 2011, s. 32.

⁵² 1961 tarihli Sözleşme'de bu husus açıkça ifade edilmiştir, s. 1: http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-Statelessness_ENG.pdf; erişim tarihi: 29.12.2017.

⁵³ ODMAN, s. 42, 44, 46.

le vatansızlığın önlenmesi normları ile uyumlu olarak kullanmaları *gerektiğini* belirtmektedir⁵⁴. 1961 tarihli Sözleşme'nin 8. maddesinin 4. paragrafı, yaşadığı devlete sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan (md. 8/3-a) eylemlerinden⁵⁵ ötürü bir kişinin vatandaşlıktan çıkartılabileceğini de düzenlemektedir. Ancak Sözleşme hiç olmazsa, devletlerin bir kişiyi sadakat ile bağdaşmayan eylemlerinden ötürü vatandaşlıktan çıkartırken hukuka uygun davranma yükümlülüklerini ve devletler tarafından vatandaşlıktan çıkartılan kişiye bu karara karşı başvurabileceği etkili ve adil bir yargı yolunun erişilebilir kılınması zorunluluğunu düzenleyerek vatandaşlık konusu bakımından bir takım güvenceler öngörmüştür. Öte yandan 1961 tarihli Sözleşmede öngörülen güvenceler *de facto* değil *de jure* vatansızlara ilişkindir⁵⁶.

Mülteciler

Vatandaşlığın doğrudan bir hak olarak olmasa da, taraf devletlere belli şartlar altında bir yükümlülük getirecek biçimde düzenlendiği diğer belge, Birleşmiş Milletler'in mültecilerin hukuki durumunun belirlenmesi ve haklarının güvenceye kavuşturulması amacı ile düzenlediği 1951 tarihli Mülteci Sözleşmesi'dir⁵⁷. II. Dünya Savaşı'nın etkileri nedeniyle uluslararası arena da bir "mülteci sorununun" gündeme gelmesi, 1947 yılında bir Milletlerarası Mülteciler Teşkilatı'nın kurulmasını sağlamış; ardından 28 Temmuz 1951 tarihinde de Cenevre'de Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme kabul edilmiş ve sözleşmede kimlerin mülteci sayılacağı açıklanmıştır⁵⁸. Konumuz

⁵⁴ http://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-Statelessness_ENG.pdf ; erişim tarihi: 29.12.2017.

⁵⁵ Söz konusu eylemler: vatandaşlık hakkının yalan beyan ve hileli yollarla elde edilmesi, kişinin sadakat yükümlülüğünü bozacak şekilde vatandaş olduğu devletin izni olmaksızın diğer bir devlete hizmette bulunması veya bulunmaya devam etmesi veya başka bir devletten hizmet karşılığında parasal çıkar sağlaması veya sağlamaya devam etmesi, kişinin devletin hayatı önemdeki çıkarlarına ciddi olarak zarar verici biçimde hareket etmesi; kişinin başka bir devlete bağlılık yemini etmesi veya resmi beyanda bulunması ve bunun kanıtlarla saptanmış olmasıdır; ODMAN, s. 45-46.

⁵⁶ UNHCR, Legal And Protection Policy Research Series Unhcr and De Facto Statelessness Hugh Massey Senior Legal Adviser, UNHCR Geneva, LPPR/2010/01 April 2010, s. 23;

⁵⁷ Sözleşme ile ilgili detaylı bilgi için bkz. <http://www.unhcr.org/1951-refugee-convention.html> ; erişim tarihi: 04.01.2018.

⁵⁸ Aysel ÇELİKEL, **Yabancılar Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997 s. 18; mültecilerin vatandaşlığa alınmalarına ilişkin ilkeleri öngören 34. madde ve devamında yer alan ülke delegelerinin görüşleri kısmı vatandaşlık teorisi açısından ilginç tartışmalar içermekte ve döneme ilişkin anlayışı ortaya koymaktadır; bkz. Sözleşme'nin web linki: <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf> ; erişim tarihi: 03.04.2017.

açısından Sözleşme'nin "vatandaşlığa alınma" başlıklı 34. maddesi önem arz etmektedir. Buna göre taraf devletler, mültecilerin vatandaşlığa alınmaları ve asimile edilmeleri konusunda mümkün olan tüm tedbirleri almakla ve olanakları sağlamakla yükümlüdür; taraf devletler, vatandaşlığa alınma işlemlerini mümkün olduğunca hızlandırmak ve masraflarını azaltmakla yükümlüdür. 34. madde üzerindeki tartışmalarda dikkate değer hususlar, vatandaşlığın kimseye zorla verilemeyeceği; bir mülteci uzun yıllar ilgili ülkede yerleşik olsa dahi, bir takım siyasi, ekonomik ayrıcalıklar anlamına gelen vatandaşlığın verilmesi hususunda devletlerin hiçbir şekilde zorlanamayacağıdır. Sözleşme, klasik egemenlik yaklaşımına dair izler taşımaktadır⁵⁹. Müzakere metinlerinde dikkati çeken diğer bir husus ise, İtalya'nın, mültecilere vatandaşlık verme konusunda herhangi bir yükümlülük kabul etmemesinin gerekçesidir. İtalya, mültecilere vatandaşlık verilmesi yönünde ve hatta mültecilerin gelir getirici işlerde çalışması için gerekli imkânların yaratılması konularında, devletlerin zorunlu tutulmaması gerektiğini savunmuş; özellikle yüksek nüfus ve işsizlik nedeniyle kendilerinin böyle bir yükümlülük altına giremeyeceğini vurgulamıştır⁶⁰.

Kadın Hakları ve Ayrımcılık Yasağı

BMİHEB'nin 15. maddesinin etkin hale getirildiği bir diğer sözleşme 1957 tarihli Birleşmiş Milletler Evli Kadınların Vatandaşlığı Hakkında Sözleşme'dir⁶¹. Söz konusu Sözleşme kadınların evlilik, boşanma ya da evlilik devam ederken eşinin vatandaşlığının değişmesi hallerinde ve kanunlar ihtilafı konusu açısından vatandaşlığını düzenlemektedir. Sözleşme başlangıç kısmında BMİHEB'nin 15. maddesinde düzenlenen vatandaşlık hakkına da açıkça atıf yapmaktadır. Sözleşme kadının yukarıda anılan hallerde vatandaşlığının doğrudan etkilenmemesi yönünde taraf devletlere bir takım yükümlülükler öngörmektedir (md. 1). Bununla birlikte taraf devletler evlilik yolu ile de kadınların kocasının vatandaşlığını alabilmeleri yönünde bir takım ayrıcalıklar öngöreceklendir (md. 3/1). Ancak burada da yine ulusal güvenlik

⁵⁹ Bkz. Sözleşme tartışma metni: <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf> ; s. 246, 247; The Refugee Convention, 1951; The Travaux Preparatoires Analysed With A Commentary By Dr. Paul Weis; erişim adresi: <http://www.unhcr.org/protection/travaux/4ca34be29/refugee-convention-1951-travaux-preparatoires-analysed-commentary-dr-paul.html> ; erişim tarihi: 04.01.2018.

⁶⁰ Bkz. Sözleşme tartışma metni: <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf> ; s. 249.

⁶¹ Convention on the Nationality of Married Women, New York, 20.02.1957; <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20309/v309.pdf> ; s. 65'te açıkça 15. maddeye atıf bulunmaktadır.

ve kamu politikaları doğrultusunda devletlerin bir takım sınırlamalar öngörebileceği düzenlenerek (md. 3/1), vatandaşlığın devlet egemenliğinin belirgin şekilde ortaya çıktığı bir alan olması yönündeki anlayışın değişmediği görülmektedir. Yine BM bünyesinde 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi de⁶² taraf devletlere, kadınların vatandaşlığın değiştirilmesi ve kazanılması açısından erkeklerle eşit haklara sahip olmaları ve evlilik, boşanma ve benzeri nedenlerden ötürü kadınların vatandaşlığının doğrudan etkilenmemesi yönünde çeşitli yükümlülükler öngörerek (md. 9), 1957 tarihli Sözleşme’yi pekiştirmektedir. Kadınların vatandaşlığını düzenleyen söz konusu Sözleşmeler, vatandaşlık hakkının uluslararası alanda tanınmaya başlanması olarak değil, daha çok kadın haklarının ve o dönem itibarıyla dünyada değişen “kadın” algısının uluslararası hukuka yansımalarının bir sonucu olarak değerlendirilmelidir⁶³. Yine burada evlenmenin kadının vatansız kalmasına sebep olmamasının sağlanmak istendiği de ifade edilebilir⁶⁴.

Birleşmiş Milletler 21 Aralık 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’nde⁶⁵, taraf devletlerin hiçbir ayrımcılık gözetmeden herkese çeşitli medeni, sosyal, ekonomik ve siyasal bir takım hakları tanıyacakları düzenlenmiştir. Vatandaşlık hakkı da açıkça Sözleşmede (md. 5/d-iii) yer almaktadır. Söz konusu Sözleşme bir kimseye vatandaşlık hakkı tanınmasını değil; yalnızca taraf devletlerin vatandaşlık verirken ırka dayalı ayrımcılık yapmalarının (örneğin Güney Afrika’daki apartheid rejimi gibi) önlenmesi amacını gütmekteydi⁶⁶. Sözleşme’nin 1. maddesinin 3. paragrafı açıkça sözleşmenin hiçbir hükmünün devletlerin vatandaşlık ile ilgili düzenlemelerini etkilemeyeceğini, ancak sözleşmede yer alan güvencelerin söz konusu vatandaşlık düzenlemelerinin belli bir ırka ayrımcılık öngörmesi halinde etkili olacağını belirtmiştir.

⁶² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women; <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#intro> ; erişim tarihi: 04.01.2018.

⁶³ SPIRO, s. 713.

⁶⁴ ODMAN, s. 66.

⁶⁵ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ; <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx> ; erişim tarihi: 04.01.2018.

⁶⁶ SPIRO, s. 716.

Çocuk Hakları

Vatandaşlık hakkının vatansızlığın önlenmesi konusundan sonra belki de en somut biçimde ele alındığı alan *çocuk haklarıdır*. Çocuklar hakkında uluslararası hukukta “çocuğun yüksek yararını koruma ve gözetme ilkesi” temel bir ilke olarak birçok belgede düzenlemiştir⁶⁷. Çocuk hakları üzerinden tartışılan çocuğun vatandaşlığı hakkında özellikle hem vatandaşlığın kazanılması, hem de vatandaşlığın kaybedilmesinin önlenmesi konularında güvenceler öngörülmektedir⁶⁸.

BM 20 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Deklarasyonu⁶⁹ çocuğun doğumdan itibaren bir isim ve vatandaşlık hakkı olduğunu düzenlemektedir (ilke 3); ancak bu düzenleme daha çok bir ilke biçiminde ifade edilmektedir. 20 Kasım 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi⁷⁰ çocuklar açısından vatandaşlık hakkını daha belirgin düzenlemektedir. Sözleşmeye göre uluslararası hukuk tarafından özel bir önem ile korunması gereken çocuklar, doğumdan itibaren bir isim ve vatandaşlık hakkına sahiptir (md. 7/1). Taraf devletler Sözleşme’de düzenlenen çocuk haklarının gereklerini yerine getirmek üzere ulusal hukukları ile uyumlu ve bu alandaki ilgili uluslararası belgelerden kaynaklanan yükümlülükleri çerçevesinde tüm önlemleri almak zorundadır. Özellikle vatansızlık hallerinin önlenmesi konusunda gereken tüm önlemleri de almakla yükümlüdürler (md. 7/2)⁷¹. BM Çocuk Hakları Komitesi çocuğun vatandaşlık hakkıyla ilgili Sözleşme’nin 7. Maddesinin, çocuğa vatandaşlık

⁶⁷ Ronald K. BULLIS, “The Convention on the Rights of the Child: A Young Legal Regime for the World’s Youngest Citizens”, **Child and Adolescent Social Work**, Volume 8, Number 3, June 1991, s. 239-251; s. 243 vd.

⁶⁸ Gerard-René DE GROOT, “Children, Their Right to a Nationality and Child Statelessness”, İçinde: **Nationality and Statelessness under International Law**, Editörler: Alice Edwards, Laura van Waas, Cambridge University Press, 2014, s. 144 vd.

⁶⁹ Declaration of the Rights of the Child; <http://www.cirp.org/library/ethics/UN-declaration/>; erişim tarihi: 04.01.2018.

⁷⁰ Convention on the Rights of the Child; <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>; erişim tarihi: 04.01.2018.

⁷¹ Bununla birlikte 03.12.1986 tarihinde BM Genel Sekreterliği’nin (A/RES/41/85, 3 December 1986, 95th plenary meeting) Çocuğun Esenliği ve Korunması Hakkında Sosyal ve Hukuki İlkeler Deklarasyonu da bir ilke olarak 8. maddesinde her çocuğun bir isim ve vatandaşlık hakkı olduğunu düzenlemektedir (Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children). Ancak burada asıl üzerinde durulan yer değişikliği ve evlat edinme yoluyla çocukların vatandaşlığını güvence altına almak ve çocukları korumaktır; <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r085.htm>; erişim tarihi: 04.01.2018.

verilmesi hususunda ulusal devletlerin yetkisini tanıdığını ancak bu yetkinin “devletlerin uygun uluslararası mekanizmalardan kaynaklanan yükümlülükler çerçevesinde kullanılabileceğini” ve “vatansızlık hallerine ise özel bir önem atfedilmesi gerektiğini” belirtmektedir⁷². Buna ek olarak taraf devletler, çocuğun kimliğini ve vatandaşlığını koruma hakkına saygı gösterme (md. 8/1) ve özellikle çocuğun hukuk dışı yollardan vatandaşlığını kaybettiği durumlarda ona uygun bir destek ve koruma sağlama (md. 8/2) yükümlülüğü altındadır.

Çocuklar üzerinden vatandaşlık hakkını somutlaştıran bir diğer düzenleme 16 Aralık 1966 tarihli BM Medeni ve Sivil Haklar Uluslararası Sözleşmesidir⁷³. Söz konusu sözleşme açıkça her çocuğun bir vatandaşlık hakkı olduğunu (md. 24/3), doğumdan itibaren bir isim ve kayıt altına alınma hakkı olduğunu düzenlemektedir (md. 24/2). Sözleşme vatandaşlık hakkını yalnızca çocuklar açısından düzenlemektedir. Birleşmiş Milletler 18 Aralık 1990 tarihli Tüm Göçmen İşçilerinin ve Ailelerin Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme⁷⁴ de vatandaşlık hakkını göçmen işçilerin çocukları açısından, yukarıda bahsedilen çocuk haklarına ilişkin diğer uluslararası belgelerle uyumlu ve aynı doğrultuda düzenlemiştir (md. 29). Vatandaşlık hakkı, 2006 tarihli BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme⁷⁵ de yine çocuklar açısından yer almaktadır. Sözleşme, engelli çocukların doğum sonrasında derhal nüfusa kaydedilmelerini ve doğuştan isim edinme ile uyrukluk kazanma hakkına sahip olmalarını düzenlemiştir (md. 18/2).

Çocuk hakları ve vatansızlığın önlenmesine yönelik uluslararası belgeler birlikte değerlendirildiğinde, hiç olmazsa vatansız kalacak olan bir çocuğun doğum yeri (ius soli) ilkesi uyarınca, doğduğu ülkenin vatandaşlığını ka-

⁷² Ineta ZIEMELE, “Article 7, The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents”, **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Editorler: André Alen, Johan Van de Lanotte, Eugeen Verhellen, Fiona Ang, Eva Berghmans and MiekeVerheyde, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, s.24; ODMAN, s. 69.

⁷³ International Covenant on Civil and Political Rights; <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> ; erişim tarihi: 04.01.2018.

⁷⁴ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families; <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx> ; erişim tarihi: 04.01.2018.

⁷⁵ Türkçe metin ilgili bağlantıda yer almaktadır: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html> ; erişim tarihi: 04.01.2018.

zanması yönünde bir uluslararası teamül ilkesi olduğu savunulmaktadır⁷⁶. Bu açıdan her devletin vatansız kalacak çocuklar açısından, topraklarında doğmuş olanlara vatandaşlık vermesinin bir zorunluluk olduğu; devletin egemenlikten kaynaklanan mahfuz yetkisinin, vatansız çocuklar açısından söz konusu olmayacağı ileri sürülebilir⁷⁷. BM'nin çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi ile vatansızlığın önlenmesi açısından gereklerin yerine getirilmesi ahlaki bir sorumluluk doğursa da, yine de hukuki bir sorumluluk doğurmaktan uzaktır.

2. Vatandaşlık Hakkını Düzenleyen Diğer Sözleşmeler

Evensel düzenlemelerin yanında çeşitli bölgesel sözleşme ve düzenlemeler de kimi zaman hak merkezli bir vatandaşlık yaklaşımı sergilemektedir⁷⁸. Avrupa'da 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça bir vatandaşlık hakkına yer verilmemiştir; ancak Avrupa Konseyi özellikle vatandaşlık konusuna çeşitli toplantılarında değinmiştir⁷⁹. 1988 yılında Avrupa Konseyi İnsan Haklarının Geliştirilmesi Uzmanlar Komitesi raporunda vatandaşlığın bir hak olarak ele alınması gündeme gelmiş ve taraf devletlere, vatandaşlık meselelerine ilişkin soruların yer aldığı bir anket yöneltilmiştir: *Her vatansız bireyin, doğduğu ülkenin vatandaşlığını kazanmaya hakkı var mıdır? Herkese vatandaşlığını değiştirme hakkı tanınabilir mi? Bireylerin vatandaşlıktan keyfi olarak çıkarılma yasağı herkese uygulanabilir mi? Vatansız bir yetişkin bireyin, ikamet etmekte olduğu ülkenin vatandaşlığını elde etme hakkı ne derece tanınabilir? Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne çekince koyan devletlerin çekincelerinin sebepleri nelerdir? Sözleşmeye taraf devletler ilgili hükümleri iç hukuklarına uyarlarken ne gibi sorunlarla karşılaşmışlardır?*⁸⁰ Bununla birlikte genel olarak Avrupa bölgesinde, gerek Avrupa Konseyi'nin, gerekse Avrupa Birliği'nin mülteci-

⁷⁶ Johannes M. M. CHAN, "The Right to a Nationality as a Human Right", **Human Rights Law Journal**, Vol.12, No. 1-2, 1991, s. 1-14; s. 11.

⁷⁷ Bununla birlikte, Hersch Lauterpacht, vatansızlar açısından uluslararası hukuk doktrininde yalnızca çocuklar açısından değil, her vatansızın nihayetinde doğum yerinin vatandaşlığını kazanmasının bir zorunluluk olduğunu ileri sürmektedir. Lauterpacht, vatandaşlıktan çıkartmanın bir yaptırım olarak uygulanmamasını ve bir kişinin ancak başka bir devletin vatandaşlığını kazanacağı durumlarda vatandaşlığından mahrum bırakılabileceğini belirtmektedir; Hersch LAUTERPACHT, **International Law and Human Rights**, Archon Books, London, 1968, s. 346'dan aktaran: GANCZER, s. 33.

⁷⁸ Söz konusu bölgesel düzenlemeler hakkında bkz. GANCZER, s. 22-29; ODMAN, s. 70, 71, 75 vd.

⁷⁹ CHAN, s. 7; GANCZER, s. 22.

⁸⁰ CHAN, s. 7.

ler, vatansızlar, sığınmacılar ve göçmenler ile ilgili çeşitli sözleşmeleri, ilke kararları, konsey kararları, açıklamaları, direktifleri, tüzük ve yönetmelikleri bulunmaktadır⁸¹. II. Dünya Savaşı'nın ardından Avrupa entegrasyonundan sorumlu Uluslararası Medeni Hal Komisyonu (International Commission on Civil Status-ICCS) tarafından oluşturulan 13 Eylül 1973 tarihli Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Bern Sözleşmesi⁸² yine Avrupa ölçeğinde vatandaşlık meselelerine değinmektedir. Öte yandan Sözleşme açıkça amacının vatansızlığın azaltılması olduğunu belirtmiştir. Sözleşme taraf devletlere, vatansız kalacak çocuklar açısından çocuğun taraf devletlerden birisinin vatandaşı olan annenin vatandaşlığını alacağı yönünde (md. 1) bir yükümlülük öngörmektedir. Ancak burada dikkati çeken husus, annenin de vatansız olması durumunda çocuğun durumunun ne olacağının belirsiz olmasıdır⁸³. 1973 tarihli belge vatandaşlık hakkının kapsamı açısından herhangi bir düzenleme getirmemekte; devletlerin kimi çekinceleri⁸⁴ de Avrupa temelinde vatandaşlık meselesinin halen katı biçimde devletin mahfuz yetkisinin kapsamında yer aldığını göstermektedir.

Avrupa'da vatandaşlık hakkına ilişkin en somut belge Avrupa Konseyi tarafından oluşturulan 6 Kasım 1997 tarihli Vatandaşlık Hakkında Avrupa Sözleşmesi'dir⁸⁵. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi vatandaşlık hakkının kapsamını açısından önemli bir takım ilkeler öngörmektedir. Söz konusu Sözleşme'nin de temel hedefinin vatansızlığının önlenmesi ve Avrupa entegrasyonu çerçevesinde AB üyesi devletlerin vatandaşlık hukuku alanına ilişkin mevzuatının uyumlaştırılması olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte Sözleşme'de, diğer BM belgelerinde olduğu gibi ayrımcılığın önlenmesi ve çifte vatandaşlık gibi hallerde askerlik hizmeti ile kanunlar ihtilafının çözülmesini sağlayacak düzenlemelere yer verilmiştir. Sözleşme, taraf devletlerin vatandaşlık düzenlemelerini oluştururken gözetmek durumunda oldukları bir takım ilkeler öngörmektedir (md. 4). Bunlar BMİHEB'nin 15. maddesinde öngörülen vatandaşlık

⁸¹ ODMAN, s. 73,74-81 ; http://www.goc.gov.tr/icerik6/sozlesmeler_327_340_341_icerik ; erişim tarihi: 05.01.2018.

⁸² Convention to Reduce the Number of cases of Statelessness, Bern, 13.09.1973.

⁸³ Sözleşme metni için bkz. <http://www.refworld.org/publisher,ICCS,,,3dec5ce4,0.html> ; erişim tarihi: 05.01.2018.

⁸⁴ Kimi devletler Sözleşme'nin 1. maddesine çekince koymuştur. Örneğin Almanya 1. maddeye çekince koyarak yalnızca annesi Alman vatandaşı olan çocuklar açısından söz konusu maddeyi uygulayacağını belirtmiştir.

⁸⁵ European Convention on Nationality ; <https://rm.coe.int/168007f2c8> ; erişim tarihi: 05.01.2018; bundan sonra Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi olarak anılacaktır.

hakkı ile benzer yöndedir: Herkesin bir vatandaşlık hakkı vardır; vatansızlık önlenmelidir; hiç kimse vatandaşlığını keyfi olarak terk etmeye zorlanamaz; evlenme, boşanma ya da evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin vatandaşlığını değiştirmesi, diğer eşin vatandaşlığını doğrudan etkileyemez.

Vatandaşlık Hakkında Avrupa Sözleşmesi, kimlerin vatandaş olacağını belirleme yetkisinin devletlere ait olduğunu belirtmiştir (md. 3/1). Ancak tıpkı 1961 tarihli BM Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme'nin 8. maddesine benzer biçimde, devletlerin vatandaşlık düzenlemelerinin, “vatandaşlığa ilişkin uluslararası hukuk normlarına, teamüllere ve hukukun genel ilkelerine uyumlu olarak kullanmaları halinde” diğer devletlerce tanınabileceğini öngörmüştür (md. 3/2). Ancak Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporunda vatandaşlık hakkının, mahfuz yetkiyi ortadan kaldıracak biçimde yorumlanamayacağı, burada asıl amacın vatansızlığın önlenmesi olduğu ve vatansızlığın önlenmesinin bir uluslararası teamül hukuku ilkesi olduğu da belirtmiştir⁸⁶. Öte yandan, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi taraf devletlerin, vatansız kalmalarını engellemek şartıyla, kişilerin kendi rızalarıyla vatandaşlıktan çıkmalarına da izin vereceklerini düzenlemektedir (md. 8/1)⁸⁷.

Sözleşme'nin 7. maddesi vatandaşlığın iradi olmayan kayıplarını düzenlemektedir. İlgili düzenlemede dikkati çeken husus ise, taraf devletlerin vatandaşlığın kaybettirilmesi konusunda iç hukuklarını düzenlerken vatansızlığın önlenmesini dikkate almaları gerekliliğidir (md. 7/3). Ancak aynı hüküm, vatandaşlığın bazı hususların gizlenmesi, hileli davranışlar ya da yanlış bilgi verilmesi yoluyla kazanıldığı durumlarda, kişinin vatansız kalıp kalmasına bakılmaksızın vatandaşlığının iptal edilebileceğini düzenlemektedir⁸⁸. Öte yandan Sözleşme, -her ne kadar Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda artık yer almasa da⁸⁹- devlet ile mutata mesken olarak yurt dışında oturan vatandaş arasında “etkili bağın” kalmamasını da bir kayıp nedeni olarak ele almıştır (md. 7/1-e).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Vatansızlık Hallerinden Kaçınmaya ve Vatansızlık Hallerinin Azaltılmasına Dair 15 Eylül 1999 tarih ve R

⁸⁶ Explanatory Report to the European Convention on Nationality, paragraf 32, 33, 34; <https://rm.coe.int/16800ccde7> ; erişim tarihi: 05.01.2018.

⁸⁷ Bu husus özellikle askerlik, vatani hizmet gibi vatandaşlığın ödev boyutu ile ilgili olarak gündeme gelmektedir.

⁸⁸ TANRIBİLİR, s. 806 vd.

⁸⁹ 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. Maddesinin (f) ve (h) bentlerinde düzenlenmekteydi.

(1999) 18 sayılı Tavsiye Kararı'nda, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin vatansızlık hallerinin önlenmesi açısından işbirliği içerisinde çalışması gerekliliği öngörülmektedir. Kararda özellikle BM'in yukarıda incelenen vatansızlık, kadın hakları ve çocuk haklarına ilişkin sözleşmelerine de atıf yapılarak, taraf devletlerin kendi topraklarında yaşayan vatansızlara vatandaşlık verilmesi yönünde çalışmalar yapmalarının ve kendi topraklarında doğup vatansız duruma düşecek çocuklara da vatandaşlık vermelerinin gerekliliği belirtilmektedir⁹⁰. Yine aynı kararda taraf devletlerin vatandaşlığa ilişkin iç hukuklarını da, bir an önce 1997 tarihli Vatandaşlık Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin ilkeleri doğrultusunda düzenleyecekleri belirtilmiştir.

Avrupa dışındaki diğer bölgelerde de vatandaşlık hakkı çeşitli belgelere konu olmaktadır. Ancak ilgili belgeler de vatansızlığın önlenmesi ve özellikle çocuk hakları bakımından vatandaşlık hakkını düzenlemekte; BM'in ilke ve direktiflerinden çok ayrık bir durum öngörmemektedir⁹¹. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi⁹², açık biçimde herkesin bir vatandaşlığa hakkı olduğunu (md. 20/1), bir kimsenin başka bir vatandaşlığa sahip olamayacağı durumlarda doğduğu ülkenin vatandaşlığına sahip olma hakkı olduğunu (md. 20/2) ve hiç kimsenin vatandaşlığından veya vatandaşlığını değiştirme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamayacağını (md. 20/3) düzenlemektedir. Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı⁹³, taraf devletlerin Anayasal düzenlemelerini, vatansız kalacak olmaları durumunda, topraklarında doğan her çocuğa vatandaşlık tanınması yönünde oluşturmaları gerektiğini belirtmiştir (md. 6/4).

Vatandaşlık hakkını düzenleyen uluslararası belgelerin genel yapıları itibariyle vatandaşlık hakkını vatansızlığın önlenmesi, çocukların yüksek yararının gözetilmesi ve ayrımcılığın önlenmesi üzerinden ele aldığını görmekteyiz. Bununla birlikte belgelerin hemen hepsi vatandaşlık alanında kanunlar ihtilafı nedeniyle ortaya çıkabilecek durumlarda uluslararası bir standart oluşturmayı amaçlamaktadır. Vatandaşlık hakkı, belli bir devleti, bir kişinin talebi doğrultusunda ona vatandaşlık verilmesi açısından hukuki bir yüküm-

⁹⁰ Recommendation R (1999) 18 of the Committee of Ministers to Member States on the Avoidance and Reduction of Statelessness ; <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3964.html> ; erişim tarihi: 05.01.2018.

⁹¹ Bu bölgelerdeki düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. GANCZER, 2015, s. 25 vd.

⁹² American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica; <http://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html> ; erişim tarihi: 07.01.2018.

⁹³ African Charter on the Rights and Welfare of the Child ; <http://www.achpr.org/instruments/child/#a4> ; erişim tarihi: 07.01.2018.

lülük altına sokacak biçimde ele alınmamıştır. Hatta vatansızlığın azaltılması ve önlenmesi amacını güden sözleşmelerde dahi vatandaşlıktan mahrum bırakmanın, vatandaşlığın hileli yollar ile ve kötü niyetli olarak elde edilmesi veya devletin aleyhine bir takım eylemlerde bulunuyor olmak gibi, meşru ve hukuki gerekçelerine yer verilmiştir. Bu gibi durumlarda bireyin vatansız kalması halinde dahi devletlerin bir kişiyi vatandaşlıktan çıkartabileceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler'in özellikle mülteciler, çocuklar ve vatansızlığın önlenmesi konularındaki titiz çabaları, bu alandaki uluslararası belgelerin hukuki yorumu konusunda herhangi bir uluslararası kuruluşun devletler üstünde bir otoritesi bulunmadığından gölgelenebilmektedir. Böyle bir otoritenin yokluğunda devletler, var olan hukuki kurumların kapsamını daraltmakta, yeni ve sınırlayıcı bir takım hukuki kurumlar getirmekte ve katı vize uygulamaları öngörmektedir⁹⁴. Benzer yönde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de söz konusu vatandaşlık olduğunda devlet egemenliği karşısında bir adım geride durmaktadır. Bu durum dünya genelinde “sosyal bir içe kapanma olarak vatandaşlık” anlayışının tamamen değişmediğini de gözler önüne sermektedir. Yine de hiç olmazsa günümüzde vatandaşlık adına ilişkin bir ifade değişiminden söz edilebilir. Güngör, vatansızlığın önlenmesi açısından 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin daha öncekilerden farklı olarak vatansızlığın azaltılmasındansa, “önlenmesine” vurgu yaptığını belirtmektedir⁹⁵. Uluslararası sözleşme ve belgelerdeki ifadeler, özellikle hakların kapsamını belirleyen ve hakların gerçekleşmesini sağlayan yargı yerlerinin tutumlarını etkileyebilmektedir⁹⁶.

⁹⁴ Bente Puntervold BØ, “Asylum and Refugees”, **The Philosophy of Law, Encyclopedia**, Editör: Christopher Berry Gray, Vol. I, Garland Publishing, Inc., New York & London, 1999, s. 57-59; s. 59; Bø burada özellikle “güvenli ülke” kavramı konusundaki ülkelerin idari makamlarının yorumu konusundaki farklılıklara dikkati çekmektedir.

⁹⁵ GÜNGÖR, s. 36; benzer şekilde Bauböck ve Paskalev de, vatandaşlık hukuku ile ilgili uluslararası sözleşmelerin diline ilişkin bir değişikliğe dikkati çekmektedir. BMİHEB'nin 15. maddesi “vatandaşlığın kaybı” ifadesini kullanırken, 1961 tarihli Vatansızlık Hallerinin Azaltılmasına Dair Sözleşme, irade dışı ile iradi kayıp durumlarını ayıracak şekilde kaleme alınmıştır. Sözleşme, kayıp (loss) sözcüğünü genel olarak tüm kayıp hallerini kapsayacak biçimde kullanmıştır; vatandaşlığın kaybettirilmesi halleri için de “deprivation” sözcüğünü kullanmıştır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ise, yalnızca kayıp (loss) sözcüğünü kullanmıştır. Rainer BAUBÖCK / Vesco PASKALEV, “Citizenship Deprivation A Normative Analysis”, **CEPS Papers in Liberty and Security in Europe**, No. 82/March 2015, CEPS, 2015, s. 4.

⁹⁶ Jorunn BRANDVOLL, “Deprivation of Nationality: Limitations on Rendering Persons Stateless under International Law”, İçinde: **Nationality and Statelessness under International Law**, Editörler: Alice Edwards, Laura van Waas, Cambridge University Press, 2014, s. 202-203; örneğin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça bir vatandaşlık hakkı düzenlendiğinden, Uluslararası Amerikan Mahkemesi'nin benzer nitelikteki

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Vatandaşlık Hakkı

Çeşitli uluslararası sözleşmelerden başka özellikle Avrupa bölgesi açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) ilişkin yorumu insan haklarının gelişimi açısından oldukça önemli bir role sahiptir. AİHS doğrudan bir vatandaşlık hakkı öngörmemektedir. Vatandaşlık ile ilgili meseleler Mahkeme'nin önüne, çoğu zaman Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde güvenceye kavuşturulmuş özel hayata ve aile hayatına saygı ilkesi ile 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı çerçevesinde, özellikle vatansızlığın önlenmesi ile bağlantılı olarak gelmektedir⁹⁷. AİHM'nin bu açıdan karşısına gelen ve 8. madde üzerinden değerlendirdiği ilk başvuru Kafkaslı-Türkiye davasıdır⁹⁸. Şefket Kafkaslı ajanlık faaliyetleri yürüttüğü için Türk vatandaşlığından çıkartılmış yeniden vatandaşlığa alınma başvurusu da reddedilmiştir. Vatansız kalan Kafkaslı, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen aile hayatına ve özel hayata saygı ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuştur. Başvurusu 1997 yılında reddedilse de, bu davada Mahkeme, vatansızlık hallerinin Sözleşme ile güvence altına alınan haklar açısından bir ihlal ortaya çıkartıp çıkartmayacağı sorusuyla karşılaşmıştır. Mahkeme ardından 1999 yılında Karassev ve Ailesi-Finlandiya davasında ise, vatandaşlık hakkı AİHS'de ve ek Protokollerinde açıkça yer almasa da, keyfi olarak vatandaşlığı kaybettirmenin 8. madde ile güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali sonucunu doğurabileceğini açıkça belirtmiştir⁹⁹.

Mahkeme'nin 2011 yılında karara bağladığı ve evlilik dışı çocuğun vatandaşlığı sorununun gündeme geldiği Genovese-Malta davasında, 8. madde ile birlikte ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin de tartışıldığı görülmektedir. Genovese babası Malta vatandaşı, annesi ise Birleşik Krallık vatandaşı olan ve evlilik birliği dışında doğmuş bir kimsedir. Malta vatandaşlık düzenlemeleri gereği annesi Malta vatandaşı olmadığından ve evlilik birliği dışında doğmuş olduğundan Malta vatandaşlığını almaya hakkı bulunmamaktadır. Genovese, bu durumun hem cinsiyet eşitsizliği hem de hukuki statüye

uyuşmazlıklarda AİHM'in aksine, vatandaşlık hakkını tanıdığı göze çarpmaktadır.

⁹⁷ Özellikle vatandaşlıktan çıkarma ve vatandaşlığa alınma başvurusunun reddi meselelerinde AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı ile de gündeme gelmektedir.

⁹⁸ Başvuru No. 21106/92; BRANDVOLL, s. 204.

⁹⁹ Başvuru No. 31414/96.

dayanan bir eşitsizlik olduğunu ve AİHS'nin 14. maddesine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte kendisi Malta vatandaşı olmadığını için, Malta vatandaşı olan babası ile uzun süre görüşemediğinden 8. maddede düzenlenen aile hayatına saygı hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme burada evlilik birliği dışında doğmuş olması nedeniyle Genovese'nin bir ayrımcılığa uğradığını kabul etmiş, vatandaşlığın bir hak olarak AİHS'de düzenlenmemekle birlikte, vatandaşlık başvurusunun reddi ya da vatandaşlığı kaybettirme hallerinin kimi durumlarda aile hayatına saygı hakkını ihlal edebileceğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, bir kimseye vatandaşlık verilmesi yönünde bir talep doğurmadığını da açıkça belirtmiştir¹⁰⁰.

Mahkeme, 2016 yılında karara bağladığı Ramadan-Malta davasında¹⁰¹,

¹⁰⁰ Başvuru No. 53124/09.

¹⁰¹ Söz konusu dava, 21. yüzyılda vatandaşlık ve milliyet kavramları üzerine düşünmemizi sağlaması açısından oldukça ilgi çekicidir. 1964 yılında Mısır'da doğan Mısır vatandaşı Ramadan, 1991 yılında turist vizesi ile Malta'ya gelmiş ancak vize süresi dolmasına rağmen, hukuka aykırı bir biçimde Malta'da yaşamaya devam etmiş, 1993 yılında Malta vatandaşı birisiyle resmi olarak evlenmiştir. 1994 yılında kendi başvurusu üzerine evlilik yolu ile Malta vatandaşlığını kazanmıştır. Bunu takiben aynı yıl Mısır vatandaşlığından çıkma başvurusunda bulunmuş ve başvurusu kabul edilmiştir ancak bunu Malta'nın ilgili kuruluşlarına bildirmemiştir. 1994 yılında eşi hamileyken ona şiddet uygulayarak yaralamış, bunun üzerine eşi evi terk etmiştir. Ramadan ceza almış ancak cezası ertelenmiştir. 1995 yılında Malta vatandaşı olarak çocukları doğmuştur ancak ailevi sorunlar devam ettiğinden eşi 1995 yılında boşanma davası açmış ve resmi olarak 1998 yılında boşanmışlardır. Mahkeme burada evliliğin Malta vatandaşlığının kazanılması için göstermelik olarak yapıldığı gerekçesine de yer vermiştir ve karara itiraz olmadığından karar kesinleşmiştir. Ramadan biten evliliği hakkında ilgili kuruluşları bilgilendirmemiş, 2003 yılında bu sefer bir Rus vatandaşı ile Malta'da evlenmiştir. Bu evliliğinden de 2004 ve 2005 yıllarında iki Malta vatandaşı çocuğu olmuştur. Rus vatandaşı eşini Malta vatandaşı yapmak için işlemleri başlattığında ise ilgili resmi kurumlar Ramadan'ın ilk evliliğinin sonlanma gerekçelerinden haberdar olmuşlardır. Bunun ardından 2006 yılında Ramadan'a, Malta Vatandaşlık Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca (söz konusu madde, hile ve hukuka aykırı yollar ile vatandaşlığın kazanıldığı durumlarda kişinin vatandaşlıktan çıkarılabileceğini öngören bir düzenleme içermektedir.) vatandaşlıktan çıkartma işlemlerinin başlatıldığı bildirilmiştir. 2007 yılında işlemler sonuçlanmış ve ilgili Bakanlık kendisine Malta vatandaşlığından çıkartıldığını, derhal pasaport ve kimliğini iade etmesi gerektiğini bildirmişlerdir. Bu karara itiraz eden Ramadan hali hazırda 3 tane Malta vatandaşı çocuğunun olduğunu ve evliliğinin hileli ve sahte olmadığını belirtmiş ve son çare olarak Malta Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Vatandaşlıktan çıkartma işlemlerinin aile yaşantısını ve çocukları ile bağı etkilediğini ileri sürmüştür. Buna karşılık Malta Anayasa Mahkemesi de, vatandaşlık statüsünün kamu hukuku karakterini vurgulayarak, devletin bu alanda mutlak egemenlikten kaynaklanan yetkilerini kullandığını belirtmiş ve davayı reddetmiştir. Tüm iç hukuk yollarını tüketen Ramadan ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının" Malta Devleti tarafından ihlal edildiği gerekçesi ile başvurmuştur.

vatandaşlığı hileli yollardan elde ettiği ileri sürülen Malta vatandaşı çocukları da olan eski Mısır vatandaşı Ramadan'ın vatansız kalacak olmasına rağmen vatandaşlıktan çıkartılması kararına ilişkin başvurusunda, ulusal vatandaşlık yasaları karşısında bir adım geride durarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Karar oldukça talihsiz olarak değerlendirilirken¹⁰², kararın karşı oyunda, vatansızlığın ağır bir insan hakları ihlali olduğu ve vatandaşlığın bir hak olarak tartışılması gerektiği, devlet egemenliğinin bu konuda, özellikle vatansızlık hallerinde sınırsız olmadığı belirtilmektedir¹⁰³.

B. Vatandaşlık Hakkının Ulusal Hukuk Kaynakları

Türk vatandaşlık hukukunda kanunilik ilkesi esastır. Bu husus açıkça, 1982 Anayasası'nın 66. maddesinin 3. paragrafında “vatandaşlığın ancak kanunla kazanılacağı ve kanunun gösterdiği şartlar altında kaybedebileceği” ifadesi ile belirtilmiştir. Bununla birlikte Anayasanın 90. maddesinin son paragrafı temel hak ve hürriyetlere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu belirtmekte ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını hükme bağlamaktadır. Diğer yandan, vatandaşlık, yabancılar, mülteciler ve çocuk hakları konularında Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası anlaşma bulunmaktadır.

Bu arada Malta 1954 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne taraf değildir ve BM'in 2014 yılında Malta iç hukukunun vatansızlığın önlenmesi konusundaki yetersizliğine dikkati çeken bir raporu da bulunmaktadır; BM, Malta'ya bu konuda en kısa sürede iç hukukunu vatansızlığın önlenmesine yönelik önlemlerle donatmasını ve bu konudaki uluslararası sözleşmeleri imzalamasını tavsiye etmiştir. AİHM birçok gerekçenin yanında konumuz ile ilgili olan kısmına ilişkin, bir kimsenin kendi isteği ile *bir devletin vatandaşlığından feragat etmesinin diğer devletler açısından bir vatandaşlığa alma yükümlülüğü doğurmayacağını* belirtmiştir. Öte yandan somut olaya ilişkin de Ramadan'ın vatandaşlıktan çıkartılması durumunda somut bir tehlike ile karşı karşıya olmadığını ve Malta'nın sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmediğine hükmetmiştir. Söz konusu yargılamada iki tane karşı oy bulunmaktadır. Karşı oyların temel argümanı ise, devletlerin kimlerin vatandaşı olacağı konusundaki yetkilerinin mutlak olmadığı ve birtakım uluslararası düzenlemelerle ve gelişmelerle bağlı olduğu, vatandaşlığın bir insan hakkı olduğu ve “vatansızlığın” şiddetli bir insan hakları ihlali ortaya çıkarttığı şeklindedir.

¹⁰² Marie-Bénédicte DEMBOUR, “Ramadan v. Malta: When will the Strasbourg Court understand that nationality is a core human rights issue?”; erişim adresi: <https://strasbourgothers.com/2016/07/22/ramadan-v-malta-when-will-the-strasbourg-court-understand-that-nationality-is-a-core-human-rights-issue/> ; erişim tarihi: 07.01.2018.

¹⁰³ Başvuru no. 76136/12; AİHM'nin vatandaşlık hakkı ve vatansızlık konularında vermiş olduğu kararların listesi için bkz. <http://www.refworld.org/topic,50fbce524d,50fbce525c,,0,ECHR,,.html> ; erişim tarihi: 07.01.2018.

Türkiye için her ne kadar 1954 tarihli BM Vatansız Kişilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme bağlayıcılık kazanmadıysa da, vatansızların korunması konusunda Türk hukuk sisteminin oldukça çağdaş olduğu söylenebilir. Türkiye, vatansızlara, yabancılar ile aynı muameleyi yapmaktadır ve vatansızlara karşılıklılık esasını da uygulamamaktadır¹⁰⁴. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda (YUKK) ilk defa vatansız tanımı (md. 3/ş) ve vatansızlara ilişkin ayrı düzenlemeler (md. 50, md. 51) yer almıştır. Ancak Türk hukuku vatansızlar hakkında yalnızca *de jure* vatansızlık hallerini kabul etmektedir (YUKK, md. 3/ş¹⁰⁵). *De facto* vatansız kişiler ise daha çok mülteciler, şartlı mülteciler ve ikincil koruma statüsünden yararlanarak korunmaktadır. Öte yandan söz konusu kişilerin hepsi genel olarak da *yabancı*¹⁰⁶ statüsündedir¹⁰⁷. Anayasa'nın 16. maddesinde yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında da kanunilik şartı öngörülmüştür. Yabancıların vatandaşlık kazanmaları hakkında YUKK'ta özel bir hüküm bulunmamaktadır. Yabancıların vatandaşlık kazanmaları Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda düzenlenen "Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kazanılması" hükümlerine tabi olmaktadır.

Türk vatandaşlık hukukunda¹⁰⁸ BMİHEB'nin 15. maddesine uygun olarak vatandaşlık hakkının kapsamını kısaca iki alt başlıkta inceleyebiliriz: *Vatansızlığın önlenmesi ve vatandaşlığın kazanılması* (herkesin bir vatandaşlığı olması ilkesi) ile *vatandaşlığını muhafaza hakkı ve vatandaşlıktan çıkma hürriyeti* (kimsenin keyfi olarak vatandaşlığını bırakmaya zorlanamayacağı ve kimsenin vatandaşlığını değiştirme hürriyetinden mahrum bırakılamayacağı).

Vatansızlığın Önlenmesi ve Vatandaşlığın Kazanılması

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK) vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi hükümlerinde "milli güvenlik" bir gerekçe olarak

¹⁰⁴ Nuray EKŞİ, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, Ekim 2014, s. 42, 67; örneğin yalnızca vatandaşların yararlanabileceği dilekçe hakkından yabancılar ancak karşılıklılık esasına göre yararlanabilmektedir. Ancak vatansızlar açısından bu husus da aranmamaktadır.

¹⁰⁵ YUKK, md. 3/ş): Vatansız kişi: Hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişi.

¹⁰⁶ YUKK, md. 3/ ü): Yabancı: Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi.

¹⁰⁷ EKŞİ, s. 44-56; s. 50, 51.

¹⁰⁸ Özellikle 25 Mayıs 2009 tarih 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (R.G. 6 Nisan 2010, Sayı: 27544) temel hukuk kaynaklarıdır.

göze çarparsa da vatansız kalacak çocuklar açısından *ius soli* prensibine uygun olarak Türkiye’de doğan çocukların vatansız kalacak olmaları durumunda Türk vatandaşlığını doğum ile kazanabileceği hükme bağlanmıştır (md. 8/1). Bununla birlikte Türkiye’de bulunmuş olan çocukların da aksi kanıtlanmadıkça Türkiye’de doğmuş oldukları kabul edilmektedir (md. 8/2). Söz konusu hükmün, uluslararası hukukta vatansızlığın önlenmesi için vatansız kişiler açısından *ius soli* ilkesinin uygulanması çözüm önerisini dikkate alan ve uygulamaya geçiren hak merkezli bir hüküm olduğu söylenebilir¹⁰⁹. Öte yandan TVK, doğum yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında evlilik birliği içinde doğan çocuklar ile evlilik birliği dışında Türk ana veya babadan doğan çocukların vatandaşlık kazanmasını da ayrı tutmamıştır. TVK’nın 10. maddesinde açıkça ilgili şartları taşıyan kişilerin sonradan Türk vatandaşlığını kazanabileceği ancak tüm şartları taşıyıcılar dahi, söz konusu durumun kişiye *vatandaşlığın kazanılması yönünde mutlak bir hak tanımayacağı* açıkça düzenlenmektedir.

Vatansızlığın önlenmesi konusunda 2004 yılında İç İşleri Bakanlığı bir genelge¹¹⁰ yayınlamış ve vatansızlığın vatandaşlık hukukunun temel ilkelelerinden birisi olduğunu bu nedenle vatansız kişilerin (Türk soylu olanlar için 2 yıl; diğerleri için 5 yıl kesintisiz ikamet şartını yerine getirmek koşuluyla) vatandaşlık başvurularının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine aynı Genelge’de, vatandaşlık başvurularında aile birliğinin sağlanmasının temel bir ilke olduğu ve aile birliğinin korunmasına özen gösterilmesi gerekliliğine dikkat çekilmektedir¹¹¹.

TVK, vatansızlığın önlenmesine belli hâllerde ayrı bir önem vermektedir. Kanun, 12. maddesinde istisnai olarak vatandaşlık kazanma yollarını

¹⁰⁹ Bir örnek teşkil etmesi açısından Alman Vatandaşlık Kanunu’na bakılması önerilir. Alman Vatandaşlık Kanunu’nun vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen 4. maddesinin 4. paragrafı, 31 Aralık 1999 yılından sonra Almanya dışında doğan ve mutad meskeni Almanya dışında olan kişilerin çocuklarının doğum ile Alman vatandaşlığını kazanamayacakları; ancak vatansız kalacak iseler Alman vatandaşlığını kazanabilecekleri hükme bağlamıştır; Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG). Öte yandan aynı kanununun 35. Maddesinin 2. paragrafında da Alman vatandaşlığını hile ve hukuka aykırı yollar ile kazanmış olan kişilerin vatandaşlığının iptal edilmesini öngören hükmün, kişileri vatansızlıktan korumayacağını düzenlenmiştir. Ancak aynı maddenin 3. paragrafında vatandaşlığın iptali açısından 5 yıllık bir süre öngörülmüştür. Buna göre, hileli ve hukuka aykırı yollarla dahi olsa vatandaşlığın kazanımından itibaren 5 yıl geçtikten sonra vatandaşlığın iptal edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

¹¹⁰ 12.07.2004 tarih, 2004/112 sayılı A.P.K. 8 N.V.G. Nolu Genelge.

¹¹¹ Hatırlanacak olursa AİHM vatandaşlık hakkını, AİHS’nin 8. maddesinde güvenceye kavuşturulan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde ele almaktaydı.

düzenlemiştir. Burada dikkati çeken husus 12. maddenin 1. paragrafının c bendidir; söz konusu hüküm ile Türk hukukunun *de facto* vatansızların korunmak istediği düşünülebilir. Burada Bakanlar Kurulu'nun¹¹² vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişileri vatandaşlığa alma konusunda, vatandaşlığa alınma genel şartlarını (TVK md. 11; TVK Uygulama Yönetmeliği md. 17, 18, 19) taşımaları dahi yetkili olduğu düzenlenmektedir. Bu açıdan *de facto* olarak vatansız sayılan kişiler ya da bu kişilerden doğan çocuklar 12. madde kapsamında vatandaşlığa alınabileceklerdir¹¹³. Ancak burada vatandaşlığa alma yetkisinin kullanımına yönelik bir eleştiri getirilebilir. Şöyle ki, vatandaşlığa alma konusu nihayetinde bir toplumun demografik yapısıyla da ilgilidir. Demografik yapının korunması ya da yeniden düzenlenmesi konusunda vatandaşlık hukuku kapsamında idarenin sahip olduğu yetki 'kötüye' kullanılmaya müsaittir. Bu hükmü Nomer, "hikmet-i hükümet" olarak değerlendirmekte ve hükmün "maksadı aşan bir biçimde kullanılabileceğini" belirtmektedir¹¹⁴. Ülkemizdeki Suriye vatandaşlarının toplu vatandaşlığa alınmaları konusunda da benzer çekinceler ileri sürülmektedir. Suriyelilerin yoğun yaşadıkları illerde demografik yapıyı değiştirmelerinin en ciddi toplumsal etkilerden biri olduğu görüşü ileri sürülmüştür¹¹⁵. Ancak yine de TVK'nın 12/1-c hükmünün gerek vatansızlığın önlenmesi açısından, gerekse kanunun eksiklerinin giderilmesi açısından işlevsel bir hüküm olduğu söylenebilir¹¹⁶.

Yetkili makam kararıyla (olağan yolla) vatandaşlığa alınmanın şartlarını düzenleyen TVK'nın 11. maddesindeki şartların Türk toplumu ile etkili

¹¹² Güncel 5901 sayılı TVK, "Bakanlar Kurulu" ibaresini kullandığı için metinde de bu ibare kullanılmaya devam edilmiştir; ancak 21.01.2017 tarih, 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun gereğince Bakanlar Kurulu bir kurum olarak hukuk sistemimizde yer almayacaktır.

¹¹³ TVK md. 12'de düzenlenen istisnai vatandaşlığa alınma yolunun hangi durumlarda işlevsel olabileceğine ilişkin bkz. GÜNGÖR, s. 99-104.

¹¹⁴ NOMER, s. 90.

¹¹⁵ Bu konuda sayısız haber ve araştırma yapılmıştır. Genel bir değerlendirme için bkz. Suriyeli Sığınmacıların Türkiye'ye Etkileri, Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, Rapor No. 195, Ocak 2015; http://tesev.org.tr/wp-content/uploads/2015/11/Suriyeli_Siginmacilarin_Turkiyeye_Etkileri.pdf; erişim tarihi: 11.01.2018; Orhan OYTUN, "Suriyeli Sığınmacıların Türkiye'ye Etkileri", erişim adresi: <http://www.aljazeera.com.tr/gorus/suriyeli-siginmacilarin-turkiyeye-etkileri>; erişim tarihi: 11.01.2018.

¹¹⁶ TVK md. 12/1-b'ni işlevi için bkz: GÜNGÖR, s. 98-104; bir başka görüş için bkz. DOĞAN, s. 78; Doğan, bu hükmün vatandaşlık hukukuna esas teşkil eden "kanunilik" ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ve idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı denetimini de oldukça güçleştireceğini belirtmektedir.

bir bağ kurma yolunda belirli emareler aradığı görülmektedir. Bununla birlikte, yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınmada küçük çocuklar anne ve babalarının vatandaşlık başvurularında birlikte değerlendirilmekte ve aksine bir durum söz konusu olmadığında anne ve babaları ile birlikte Türk vatandaşlığını kazanmaktadırlar (md. 20/2). TVK'nın vatandaşlığa alınmada 11. maddenin 1. paragrafında aranan şartlara ilave olarak, takdiri bir biçimde Bakanlar Kurulu'nca çeşitli devletler açısından ya da genel olarak, ek bir "vatandaşlığından çıkma" şartı öngörülebileceğini düzenleyen 2. paragrafı bulunmaktaydı. Devletin politikaları gereği çeşitli ülkelerin vatandaşlarına Türk vatandaşlığına alınmadan önce vatandaşlıktan çıkma şartı öngörebilmesi konusunda Bakanlar Kurulu'na takdir yetkisi tanıyan hüküm, öngörülebilirlik ilkesini ihlal ettiği ve Bakanlar Kurulu'na bu konuda muğlak yetkiler tanıdığı yönünde eleştirilmiştir¹¹⁷. Güngör, vatandaşlığın kazanılmasında diğer devletin vatandaşlığından çıkma şartının, "devletin güvenliği ile uzun vadeli temel politikaları gereği Türk vatandaşlığı ile birleşmesi sakıncalı olarak değerlendirilen bir yabancı devletin vatandaşlığının taşınması fikrine" dayandığını belirtmekte; Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 16. maddesinde düzenlenen kişinin vatandaşlığından çıkma imkânının olmadığı durumlarda böyle bir şartın aranmayacağı yönündeki ilkeye dikkat çekmekte ve Türk vatandaşlığını kazanan kişinin, yabancı devletin vatandaşlığından çıkmaması yönünde bir hileli davranışta bulunmasının, "Türk vatandaşlığını kazanma kararının iptali" başlığında düzenlenebileceğini, bu hususta TVK'nın 31. maddesine bir hüküm eklenebileceğini önermiştir¹¹⁸. Nitekim söz konusu hüküm 19.10.2017 tarih ve 7039 Sayılı Kanun Nüfus Hizmetleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 34. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun ikamet şartı aranmaksızın yeniden vatandaşlığı kazanmayı düzenleyen 13. maddesi, daha önceden Türk vatandaşı olanlara ve onlara bağlı olarak vatandaşlığını kaybeden çocuklarına vatandaşlık verilebilmesi açısından, "milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir durumlarının olmaması" halinde, diğer kişilerde aradığı ikamet şartını aramamaktadır. Ancak burada da yine Bakanlar Kurulu'nun takdir yetkisi söz konusudur.

¹¹⁷ Rıfat ERTEN, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı: 4, Güz 2008, s. 36-61; s. 44, 45.

¹¹⁸ GÜNGÖR, s. 94-95 ve 332 no'lu dipnot.

Vatandaşlığa alınma konusunda Türk hukukunun, vatansızlığın önlenmesine özellikle çocuklar açısından büyük önem atfettiği görülmektedir. Öte yandan Türk hukukunda Türk soylu olanlara da ayrı bir önem atfedilmiştir. TVK'nın 12/1-d hükmü göçmenleri istisnai olarak vatandaşlık verilebilecek bir grup olarak değerlendirmektedir. Kanun, bir göçmen tanımı yapmadıysa da, uygulama yönetmeliğinde göçmen (md. 3/1-g), "Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip 5543 sayılı İskân Kanunu uyarınca göçmen olarak kabul edilen kişi" olarak tanımlanmıştır.

Türk hukukunda "kalıcı" olarak görülmeyen mültecilerin, talep ettikleri takdirde vatandaşlığa alınma süreçleri göçmenlerden farklıdır. Göçmenler açısından 5543 sayılı İskân Kanunu hükümleri geçerli olurken; ilgili kanun ayrıca mültecilerin vatandaşlığa alınması hususunu düzenlemediğinden, mültecilerin vatandaşlığa alınma süreci "genel olarak vatandaşlığa alınma" şartlarına bağlıdır (TVK md. 11)¹¹⁹. Bu durum mülteciler açısından vatandaşlığı, yine idarenin takdir yetkisi ve devletin egemenliği alanına sıkıştırmaktadır. Çünkü genel olarak vatandaşlığa alınmada ilgili kişi her türlü şartı taşısa bile vatandaşlığa alınması idarenin takdir yetkisine bağlı olacaktır. Her ne kadar idare takdir yetkisini kullanırken objektif davranmakla yükümlü ve vatandaşlık alanındaki uluslararası hukuk ilkeleri ile bağlı ise de, etkin bir yargısal korumanın olmadığı zamanlarda vatandaşlık hakkı anlamsızlaşmış olacaktır. Öte yandan Türk hukukunda idari yargı yerlerinin ve özellikle Danıştay'ın, vatandaşlığa alınma talebinin reddi ile ilgili davalarda oldukça "titiz ve hassas" davrandığı dikkati çekmektedir¹²⁰.

Vatandaşlığını Muhafaza Hakkı ve Vatandaşlıktan Çıkma Hürriyeti

Vatandaşlık hakkının kapsamı açısından, vatandaşlığın kaybı konusunda iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kişinin keyfi olarak vatandaşlığını kaybettirilmemesidir; ikincisi ise, kişinin keyfi olarak vatandaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılmamasıdır. Bunlara ek olarak vatandaşlık hakkına etkileri bakımından sonradan edinilen vatandaşlıkta, vatandaşlığa alınma kararının iptali veya geri alınmasının hukuki sonuçları da kısaca değerlendirilmelidir.

¹¹⁹ Necla ÖZTÜRK YILMAZ, "5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması", **TBB Dergisi**, Sayı 68, 2007, s. 241-264; s. 255, 256.

¹²⁰ Nuray EKŞİ, **Danıştay Kararları Işığında Türk Vatandaşlığı Kanununa İlişkin İdari Davalar**, Arıkan Basım Yayın, 2008, s. 122.

Vatandaşlığın kaybına ilişkin hükümlerde Türk hukukunun kısmen hak merkezli bir bakış açısı sergilediği söylenebilir. Şöyle ki, TVK iradi ve iradi olmayan kayıp halleri olmak üzere iki farklı usul düzenlemektedir (md. 23 - md. 35 arası). Söz konusu hükümler incelendiğinde yine vatansızlığın önlenmesine yönelik bir takım tedbirlerin alındığı fark edilecektir. Örneğin vatandaşlıktan çıkma talebinde bulunan kişilerin başka bir devletin vatandaşlığını kazanmış olma ya da kazanma yönünde güçlü belirtilerin olması şartlarına bağlanmıştır (md. 25/1-b). Vatandaşlığını kaybeden bir kişinin eşi veya reşit çocuklarının vatandaşlığı söz konusu kayıptan doğrudan etkilenmemektedir. Reşit olmayan çocuklar açısından da yine vatansız kalmaları halinde etkilenmemeye hükme bağlanmıştır (md. 27/2). Seçme hakkı ile vatandaşlığın kaybedilmesinde vatansızlık bir ölçü olarak düzenlenmiştir. Kişi vatansız kalacak ise bu hakkını kullanamayacaktır (md. 34/2). Bir başka ifade ile, vatansızlık bir hak olarak kabul edilmemekte, kişiye vatansız kalacağı durumlarda Türk vatandaşlığını terk etme özgürlüğü tanınmamaktadır. Ancak, TVK'nın Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığını "kaybettirmenin" koşullarını düzenleyen 29. maddesinde vatansızlığın önlenmesine ilişkin herhangi bir ifade ya da tedbir yer almamaktadır¹²¹. Yani devletin egemenlikten kaynaklanan yetkilerini kullanarak bir kişinin vatandaşlığını kaybettirmesi durumunda ise, ilgili kişinin vatansız kalıp kalmamasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. 29. madde de, idarenin, ilgili şartlar oluştuğunda, vatandaşlığı kaybettirme konusundaki yetkisini takdiri olarak düzenlemektedir. 29. madde aslında kamu düzeni, milli güvenlik ve devletin menfaatlerine aykırı davranışları düzenleyen, bir başka ifade ile vatana bağlılıkla bağdaşmayacak eylemleri düzenleyen bir hükümdür¹²². Bu hükme 02.01.2017 tarih ve 680 sayılı KHK'nin 75. mad-

¹²¹ GÜNGÖR, s. 162.

¹²² TVK md. 29'da, vatandaşlığın kaybettirilmesi sonucunu doğuran eylemler 680 sayılı KHK ile getirilen değişiklikten önce üç başlıkta sayılmıştı: a) *Yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülki idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar.* b) *Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Bakanlar Kurulunun izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler.* c) *İzin olmaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar.* 406 sayılı eski Tür Vatandaşlık Kanunu'nda vatandaşlığın yetkili makam kararı ile kaybettirilmesini düzenleyen 26. maddesinde sayılan hallerin bir çoğu –örneğin devletin hayati çıkarlarına aykırı ciddi olarak zarar veren eylemlerde bulunmak ve devlet ile yurtdışında yaşayan vatandaşı arasında ciddi bağlantının bulunmaması- 5901 sayılı TVK'da yer almamaktadır. Doğan, 5901 sayılı TVK'nın "vatana bağlılıkla bağdaşmayacak

desi ile ikinci bir paragraf eklenmiştir ve devletin birliği ile ülke bütünlüğünü bozan *suçlardan* dolayı haklarında soruşturma veya kovuşturma yürütülen ve yabancı ülkelerde bulunmalarından ötürü kendilerine ulaşılamayan vatandaşlar hakkında vatandaşlıklarının kaybettirilmeleri konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmiştir¹²³. Bu hükmü Anayasa'nın 66. maddesinin 4. paragrafında yer alan hiçbir Türk'ün¹²⁴ vatana bağlılıkla bağdaşmayacak eylemler haricinde vatandaşlıktan çıkartılamayacağı düzenlemesiyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Anayasa'nın 66. maddesinde yer alan "vatana bağlılıkla bağdaşmayacak eylem" kavramının vatansızlığın önlenmesi açısından dar yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁵. Vatandaşlığın kaybettirilmesine gerekçe teşkil edecek vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemlerin dar yorumlanması, vatandaşlığın hak boyutunu da ortaya koymaktadır. Öte yandan vatandaşlığın yetkili makam tarafından kaybettirilmesinde idarenin "keyfi davranmış" olmaması için vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemlerin önceden objektif bir biçimde belirlenmiş olması da gerekmektedir¹²⁶. TVK'nın 29. maddesine, 680 sayılı KHK ile eklenen 2. paragrafında açıkça Türk Ceza Kanunu'nun ilgili suçları düzenleyen maddeleri sayılmıştır. Bunlar, 302. maddede düzenlenen devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak ve 309. ile 315. maddeler arasında düzenlenen Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardır. Söz konusu suçların çoğunun cezası "ağırlaştırılmış müebbet hapis" olarak belirlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, vatandaşlığın kaybettirilmesinin bir cezalandırma aracı olarak uygulanıp uygulanmadığını anlamaktır¹²⁷. Nitekim hukuki olarak vatandaşlığın kaybettirilmesi idari bir karardır.

eylemlerin" kapsamını oldukça daralttığını hata maddede neredeyse bu türden eylemlere hiç yer verilmediğini ifade etmektedir. DOĞAN, s. 156.

¹²³ "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302 nci, 309 uncu, 310 uncu, 311 inci, 312 nci, 313 üncü, 314 üncü ve 315 inci maddelerinde yazılı suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen ve yabancı ülkede bulunması nedeniyle kendisine ulaşılamayan vatandaşlar, bu durumun soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı veya kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde vatandaşlıklarının kaybettirilmesi amacıyla Bakanlığa bildirilir. Bakanlıkça Resmî Gazetede yapılan yurda dön ilanına rağmen üç ay içinde yurda dönmemeleri halinde, bu kişilerin Türk vatandaşlıkları Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla kaybettirilebilir."

¹²⁴ Burada Türk sözcüğü, etnik kimlik anlamında değil, Anayasa'nın 66. maddesinin 1. paragrafı gereği, Türkiye Cumhuriyeti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi ifade edecek biçimde kullanılmıştır; Cem EROĞUL, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ekim 1999, s. 86.

¹²⁵ EROĞUL, s. 87.

¹²⁶ DOĞAN, s. 149.

¹²⁷ Alexander T. ALEINIKOFF, "Theories of Loss of Citizenship", Michigan Law Review, Vol.

Ancak Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında vatandaşlığın kaybettirilmesinin, cezanın klasik amaçlarından olan *acı verme ve caydırma* özelliklerini taşıması nedeniyle bir ceza niteliğinde olduğu vurgulanmıştır¹²⁸.

Brandvoll, -vatandaşlığı kaybettirilen kişinin ailesi ve çocukları ile görüşebilmesi olanağından fiili olarak yoksun kalabilmeleri gibi- oldukça kişisel, ciddi ve ağır sonuçları olan vatandaşlığın kaybettirilmesi kararlarında, kişinin vatandaşlığını kaybettirmeye gerekçe olan eylemlerin tespiti açısından “yüksek standartta bir kanıt sisteminin” uygulanması gerekliliğine dikkati çekmektedir¹²⁹. Bu konuda Amerikan Federal Yüksek Mahkeme'nin Schneiderman – ABD (Schneiderman v. United States) davasında, vatandaşlığın kaybının kişi açısından oldukça ağır sonuçları olması nedeniyle, idarenin ancak vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemlerin tespitinde “açık, tartışmasız ve hiçbir şüpheye yer bırakmayacak derecede ikna edici kanıtların” varlığı halinde hareket edebileceği belirtilmiştir¹³⁰. Gross, terör eylemleri gibi kamu güvenliğini tehdit eden ve bir bütün olarak devletin varlığını yok etmeye yönelik

84, No. 7, June, 1986, s. 1471-1503'den aktaran: BRANDVOLL, s. 212; İnsan haklarının evrenselliği, uluslararası ve ulus-üstü kuruluşlarca insan haklarını korumaya yönelik belgelerde sürekli ifade edilmektedir. Ancak evrensel insan hakları anlayışı, taraf olan devletler için egemenliğin kullanımı açısından bir sınırlama ortaya koysa da, tüm haklarının etkin bir biçimde kullanımı için insan, bir vatandaşlık hukuki statüsüne ihtiyaç duymaktadır. Arendt bu durumu, “ulusların oluşturduğu büyük bir aile olan dünyada, sıkı bir biçimde örgütlenmiş kapalı toplulukların –ulusların- herhangi birinden dışarı atılan bir kişinin, kendisini tüm uluslar ailesinden dışarı atılmış olarak bulması” olarak değerlendirmektedir; Hannah ARENDT, **The Origins of Totalitarianism**, A Harvest Book Harcourt Brace & Company, San Diego, New York, London, 1979, s. 293-294; dolayısıyla vatandaşlıktan çıkartma hukuki açıdan olmasa da ahlaki açıdan ağır bir ceza olarak da değerlendirilebilir.

¹²⁸ Shai LAVI, “Citizenship Revocation As Punishment: On The Modern Duties Of Citizens And Their Criminal Breach”, **The University of Toronto Law Journal**, Vol. 61, No. 4, Constitutionalism and the Criminal Law, Fall, 2011, s. 783-810; s. 789-790; ABD Federal Yüksek Yargı kararları ve genel olarak vatandaşlıktan çıkartmanın bir ceza niteliğinde olması görüşü için Lavi'nin incelemesine bakılması önerilir. Vatandaşlıktan çıkarılmanın bir ceza olarak öngörülmesi halinde vatandaşlığı sonradan edinen kişinin vatandaşlıktan çıkartılması ile birlikte eşinin ve özellikle çocuklarının da bundan etkilenmesinin cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil edebileceği tartışılmaktadır; benzer yönde Türk hukukunda vatandaşlığı kaybettirmenin cezai niteliği haiz olduğu yönündeki görüşler için bkz. Osman Fazıl BERKİ, “Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kaybı”, **AÜHFD**, S. 1-4, 1975, s. 117-134; GÜNGÖR, s. 169; NOMER, s. 142; AYBAY, s. 250; DOĞAN, s. 158.

¹²⁹ BRANDVOLL, s. 210-211.

¹³⁰ Charles H. HOOKER, “The Past as Prologue: Schneiderman v. United States and Contemporary Questions of Citizenship and Denationalization”, **Emory International Law Review**, Vol. 19, 2005, s. 305-382, 2005, s. 309; özellikle terör eylemleri nedeniyle vatandaşlığın kaybettirilmesi konusunda iyi bir analiz için bkz. HOOKER.

eylemler sonucunda vatandaşlığın kaybettirilmesinin, bir ceza olarak hiç olmazsa ceza kanunlarında öngörülebileceğini ve bu türden eylemler sonucunda vatandaşlığın kaybettirilmesinin bir idari karar ile değil, bir ceza olarak, etkin bir yargılama sonucunda yargı yerlerince verilebileceğini önermekte, bu şekilde kişi hak ve özgürlükleri ile egemenlik arasındaki dengenin daha iyi sağlanabileceğini savunmaktadır¹³¹. Türk vatandaşlık hukukunda ise, genel olarak 29. maddede düzenlenen vatandaşlığın kaybettirilmesi sebeplerini oluşturan eylemlerin, söz konusu kanun zamanında başlamış ve devam eden eylemler olabilecekleri gibi, söz konusu kanundan önce başlayıp, kanun zamanında devam eden eylemler de olabileceği belirtilmektedir¹³². Eylem suç oluşturuyorsa, ilgilinin o eylem sebebiyle yargılanıyor ya da mahkum olması şartı da 29. maddede aranmamaktadır¹³³. Bununla birlikte Doğan, kişinin eylemi ne kadar ağır olursa olsun, eylemi nedeniyle devletin yetkili organları tarafından kişiye yaptırım uygulama olanağı bulunduğu, vatandaşlığın kaybettirilmesi yoluna gidilemeyeceğini belirtmektedir¹³⁴.

Vatandaşlığın idari makamlarca kaybettirilmesi konusuna ilişkin kısaca önemli bir hususa daha değinmek yerinde olacaktır. Vatandaşlığın kaybettirilmesiyle sağlanmak istenen nedir? Şayet bu amaç, vatana sadakat ödevini yerine getirmeyen vatandaşların, politik bir topluluğa üye olmalarından kaynaklanan bir takım demokratik haklarının –oy kullanma ve kamu hizmetine girme hakkı gibi- ellerinden alınması ise; özellikle vatandaşlığı kaybettirilen kişilerin sınır dışı edilmeleri de mümkün değilse, söz konusu kişileri, vatandaşlıklarını kaybettirmek yerine, oy kullanma ve kamu hizmetine girme haklarından yoksun bırakılmanın tercih edilebileceği savunulmaktadır¹³⁵. Aleinikoff, vatandaşlığı kaybettirmenin genel gerekçelerini üç grupta toplamaktadır. Bunlar, sadakatle ilgili gerekçeler; cezalandırma amacı taşıyanlar ve kamu düzenini sağlamayı öngören gerekçelerdir¹³⁶. Brandvoll de vatandaşlığın kaybettirilmesinde çoğu zaman bu gerekçelerin bir arada bulunduğunu belirtmektedir. Örneğin yabancı bir ülkeye ya da ordusuna hizmet edenlerin

¹³¹ Emmanuel GROSS, “Defensive Democracy: Is it Possible to Revoke the Citizenship, Deport, or Negate the Civil Rights of a Person Instigating Terrorist Action against his own State”, *UMKC Law Review*, Vol. 72, Fall 2003, s. 51-122; s. 121.

¹³² GÜNGÖR, s. 162.

¹³³ GÜNGÖR, s. 162.

¹³⁴ DOĞAN, s. 149.

¹³⁵ GROSS, s. 92-94.

¹³⁶ ALEINIKOFF, s. 1473-1476’dan aktaran: BRANDVOLL, s. 212.

vatandaşlığının kaybettirilmesinde sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış ile cezalandırma amacı ağır basarken; terör eylemleri hallerinde vatandaşlığın kaybettirilmesinde sadakat bağının ortadan kalkmış olması gerekçesinin yanı sıra cezalandırma ve özellikle kamu güvenliğini sağlamak da bir amaç olarak ortaya çıkmaktadır¹³⁷.

Vatandaşlığın kaybettirilmesi kararının ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi, vatandaşlığın kaybettirilmesi ile istenilen amaca ulaşıp ulaşılmadığının belirlenmesidir; bir başka ifade ile kişinin suç teşkil eden eyleminin ortaya çıkarttığı zarar ile vatandaşlığın kaybettirilmesi ile uğrayacağı zararların orantılı olması gerekmektedir¹³⁸. Nitekim Bauböck ve Paskalev, kişilerin vatansız kalıp kalmamasına bakılmaksızın vatandaşlığı kaybettirme kararı verilmesinin, bir devletin kendi 'kötü' vatandaşlarının sorumluluğunu, diğer devletlerin üzerine yıkması anlamına geldiğini, bunun da devletler arasındaki dostane ilişkileri sürdürme ilkesine aykırılık teşkil ettiğini tartışmaktadır¹³⁹. Brandvoll de, vatandaşlığı kaybettirme işlemlerinde, vatandaşlıktan çıkartılan ve vatansız konuma düşen bireylerin özellikle sınır dışı edildiği hallerde –ki ilke olarak vatandaş zaten sınır dışı edilemez¹⁴⁰-, başka devletlerin toprakları üzerindeki egemenlik haklarının ihlalinin söz konusu olduğunu belirtmektedir¹⁴¹. Öte yandan, vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemlerden ötürü, vatansız kalıp kalmalarına bakılmaksızın kişiler hakkında vatandaşlığın kaybettirilmesi kararı verilmesi, devletlerin "keyfi" davrandığı anlamına gelmemekte, vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler uluslararası belgelerde de çoğu zaman "haklı / meşru" birer gerekçe olarak sayılmaktadır. Ancak aksi yönde, vatansızlığın önlenmesinin bir uluslararası teamül ilkesi olması nedeniyle, vatansız kalmaya yol açacak *her türlü*

¹³⁷ BRANDVOLL, s. 212.

¹³⁸ BRANDVOLL, s. 215; AİHM'nin 2010 yılında gördüğü Janko Rottmann-Bavyera Eyaleti Davasında Mahkeme, vatandaşlıktan çıkartmanın söz konusu kişi açısından ortaya çıkartacağı sonuçlar ile kişinin hukuka aykırı eyleminin ağırlığının ulusal mahkemeler tarafından hassas bir biçimde değerlendirilmesini ve orantılı olması gerektiğini belirterek, bu hususta ölçülülük ilkesinin, devletin keyfi davranıp davranmadığını değerlendirmede bir ölçü olacağını ortaya koymaktadır. C-135/08 Janko Rottmann v Freistaat Bayern, 2 Mart 2010; paragraf 55. Öte yandan bu davada söz konusu vatandaşlıktan çıkartma devlet aleyhine işlenen bir suçtan ötürü değil; hileli yollardan vatandaşlığın elde edilmesi nedeniyle gerçekleştirilmiştir. Bu konuda hileli yollardan vatandaşlığın elde edilmesi nedeniyle vatandaşlıktan çıkartmanın genel olarak ölçülü olmadığı ileri sürülebilir.

¹³⁹ BAUBÖCK / PASKALEV, s. 13-14.

¹⁴⁰ Anayasa md. 23/6

¹⁴¹ BRANDVOLL, s. 215.

kaybettirme kararının “keyfi davranma” olarak değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁴². Bunla birlikte ulusal güvenliğe tehdit ve devlet aleyhine davranışlar nedeniyle vatandaşlığın kaybettirilmesi durumlarında, vatandaşlığı kaybettirilen kişiler, özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılmadıysa çoğu zaman ulusal güvenliğe ve kamu düzenine tehdit olmaya devam ederler; bir başka ifade ile kaybettirme kararları çoğu zaman amacına hizmet etmekten de uzaktır¹⁴³. Söz konusu gerekçelerle vatandaşlıktan çıkartılan kişilerin ülkeye girişlerinin yasaklanmasının uluslararası hukuka aykırılık teşkil edeceği de savunulmaktadır¹⁴⁴. TVK’nın 14. maddesi, 29. maddede öngörülen şartlar altında vatandaşlığı kaybettirilen kişilerin sonradan, milli güvenliğe aykırılık teşkil edecek bir durumlarının olmaması ve üç yıl kesintisiz ülkede ikamet etmeleri halinde yeniden Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alınabileceğini düzenlemektedir. TVK’nın 30. maddesinin 2. paragrafı da açıkça “kaybettirme kararının” şahsi olduğunu ve eş ile çocukların Türk vatandaşlığının bundan etkilenmeyeceğini düzenlemiştir.

Vatandaşlıktan çıkartılma kararına karşı yargı yolu açıktır (Anayasa md. 66/5). Ülkemizde, idarenin keyfi davranıp davranmadığı konusundaki en etkin değerlendirmeyi yapacak olan ve bu doğrultuda vatandaşlık hakkının bir anlam ifade etmesini sağlayacak olan kurumlar idari yargı yerleri, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi’dir¹⁴⁵. Bununla birlikte TVK’nın 31. maddesinde vatandaşlığın, ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda kazanılmış olması halinde, kararı *veren makam tarafından iptal edileceği*, 32. maddesinde de hileli ve hukuka aykırı yollardan vatandaşlığı kazanan ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocukların da Türk vatandaşlığını kaybedeceği hükme bağlanmıştır. Ancak, söz konusu kişinin Türk vatandaşlığını edindikten sonra doğan çocukları -Türk vatandaşlığını aslen kazandığı için- ile eşine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmamış olan eş, vatandaşlığın kaybından etkilenmeyecektir¹⁴⁶. İptal kararları geleceğe etkili olarak sonuç doğurmaktadır

¹⁴² GANCZER, s. 31.

¹⁴³ BRANDVOLL, s. 215.

¹⁴⁴ BRANDVOLL, s. 215.

¹⁴⁵ Özellikle 1961 Anayasası döneminden önce vatandaşlık ile ilgili meseleler birer “hükümet tasarrufu” olarak değerlendirilmekteydi. İlk olarak 1943 tarihinde Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu bir içtihadı birleştirme kararı vererek vatandaşlıktan çıkartma kararlarının Danıştay denetimine tabi olduğunu karara bağlamıştır. Oğuzhan GÜZEL, “Danıştay Kararları Işığında Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.25, S.2, 2017, s.217-247; s. 235.

¹⁴⁶ GÜNGÖR, s. 176.

(md. 32). Ancak TVK'nın 31. ve 32. maddeleri uyarınca vatandaşlığın kaybı açısından vatansızlığa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁴⁷. Her ne kadar vatandaşlığını 31. madde uyarınca kaybetmiş eş ve çocuklar 33. maddenin 1. paragrafı gereği Türkiye'de yabancı statüsünde ikamet edebilse de¹⁴⁸, TVK'nın hiç olmazsa ebeveynin hileli davranışı nedeniyle vatansız kalma olasılığı olan küçük çocukların durumuna ilişkin –çocuğun yüksek yararı ilkesi uyarınca- bir düzenleme öngörmesi gerekmektedir. Öte yandan vatandaşlığa alınma kararının iptalinde kanun koyucu belirli bir süre öngörmemiştir. İdari makam, kanunda iptal kararı için aranan şartlar gerçekleştiğinde iptal kararını vermekle yükümlüdür. İptal kararı açısından sürenin belirsiz olması, süre uzadıkça yaşadığı devlet ile güçlü bağlar kuran kişinin devamlı olarak vatandaşlığını kaybetme endişesi içinde yaşaması sonucunu doğuracağından, bu durum hem kişinin devlete olan güvenini sarsacak, hem de vatandaşlığın sürekliliği ilkesini zedeleyecektir¹⁴⁹. Örneğin Alman Vatandaşlık Kanunu'nun 35. maddesinde, vatandaşlığı hileli yollarla elde edenlerin vatandaşlığa alınma kararının geri alınabileceği düzenlenmekte ise de, aynı madde beş yıl geçmesinin ardından artık vatandaşlığa alınma kararının geri alınamayacağını hükme bağlamaktadır.

TVK'nın 40. maddesinde vatandaşlığın kazanılması ya da kaybı kararlarının geri alınması düzenlenmektedir. Güngör, kişinin yalan beyanı ve vatandaşlığa alınmada önemli hususları gizlemesi hallerinde verilmiş olan bir vatandaşlığa alınma kararlarının TVK'nın 31. ve 32. maddelerine tabi olacağını; bunların geri almaya tabi olmayacağını; 40. maddenin, ilgiliden kaynaklanmayan ancak *idari makamlardan kaynaklanan bir hatadan ötürü* uygulanabileceğini belirtmektedir¹⁵⁰. Vatandaşlıktan çıkarma kararı hukuki niteliği itibariyle bir idari karar olduğundan bu karar geçmişe etkili olarak geri alınabilir. Ancak vatandaşlığı kazanma kararlarının geri alınması, vatandaşlığın bir insan hakkı olması, vatansızlığın önlenmesinin bir uluslararası hukuk teamül ilkesi olması nedenleriyle vatandaşlık hukukuna uygun bir yöntem olarak değerlendirilmemektedir¹⁵¹.

¹⁴⁷ Vatansızlığın önlenmesi amacıyla ilgili hükümlere ilave bir düzenleme mutlaka yer almalıdır; ODMAN, s. 138.

¹⁴⁸ YUKK, md. 46/1-a: İnsani İkamet.

¹⁴⁹ DOĞAN, s. 141; Hümeyra Zeynep NALÇACIOĞLU ERDEN, "Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptalinde Süre", *MHB*, Yıl 36, Sayı 1, 2016, s. 25.

¹⁵⁰ GÜNGÖR, s. 173, 187.

¹⁵¹ GÜNGÖR, s. 189.

Vatandaşlığını özgürce değiştirme hakkı açısından TVK incelendiğinde, 25. maddede düzenlenen şartlar dikkati çekmektedir. Anılan maddenin dili, yine “Bakanlıkça çıkma izni verilebilir” biçiminde, “tüm şartlar sağlanırsa dahi çıkma izni konusunda devletin münhasır yetkisi vardır” vurgusuna sahiptir. Kişi vatansız kalacak ise çıkma izni verilmeyeceği düzenlenmiştir (md. 25/b). Bununla birlikte herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak (md. 25/c) ve hakkında herhangi bir cezai ve mali tahdit bulunmamak (md. 25/ç) vatandaşlıktan çıkma izni için aranan şartlardır. 2013 yılında TVK’nın 25/c hükmünün askerlik ile ilgili olan kısmının Anayasa’nın 10, 13 ve 66. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek itiraz yolu ile bir iptal davası açılmıştı¹⁵². Söz konusu davayı ilginç kılan özellik, vatandaşlığın ödev boyutuyla ilgili olan vatan hizmeti (AY md. 72) ile vatandaşlığını serbestçe değiştirme hakkı arasındaki ilişkinin ortaya konulmuş olmasıdır. Kararda TVK’nın ilgili hükmünün, vatandaşlığın ödev boyutuna vurgu yapılarak Anayasaya aykırı olmadığı hükme bağlanmış olmakla birlikte¹⁵³, kararın karşı oyunda¹⁵⁴ vatandaşlığını değiştirmenin bir hak olduğu vurgulanarak, TVK’nın 25/b hükmünün (güncel 25/c), temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hususunda AY md. 13’te öngörülen sınırlar açısından Anayasaya aykırı olduğu belirtilmiştir.

¹⁵² Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2013/10, K. 2013/130, T. 14.11.2013, R.G. Tarih-Sayı: 17.12.2014-29208.

¹⁵³ “...Vatandaşlığın kişiler için öncelikle bir hak olmasının yanında bir takım ödevleri de barındırdığı kuşkusuzdur. Anayasa’nın “Vatan hizmeti” başlıklı 72. maddesinde, vatan hizmetinin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için bir hak ve ödev olduğu kuralı yer almış ve bu hizmetin silahlı kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği ya da yerine getirilmiş sayılacağına kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu madde, kanuni düzenlemelerle birlikte ele alındığında, vatan hizmetinin bugün için fiilen askerlik yükümlülüğü şeklinde yerine getirildiği görülmektedir. **Kanun koyucunun, Anayasa’nın 72. maddesine göre bir vatan hizmeti olan askerlik görevinin ifası amacıyla hak ve özgürlüklerde sınırlama yapması mümkündür.**”

¹⁵⁴ “...Özellikle, yurt dışında doğup orada yaşayan kişilerin yaşadıkları ülkenin vatandaşlığına geçtiklerinde veya geçmek istediklerinde, Türk vatandaşlığından çıkma taleplerinin askerlik hizmeti nedeniyle aranyor olmama şartına bağlanması ölçsüz bir sınırlama niteliğindedir. Nitekim, itiraz başvurusuna konu olan davada Türk vatandaşı olup aynı zamanda Alman vatandaşlığını da kazanan davacının Türk vatandaşlığından çıkma talebinin reddine ilişkin işlemin iptali istenmiştir. Vatandaşlıktan çıkma izni veya belgesi verilmemesinin sonuçları, talep eden kişi açısından ağır olabilir. Bunun “aynı anda iki vatandaşlığa sahip olma” ya da vatandaşlığını almak istediği devletin vatandaşlığından çıkarılma ya da vatandaşlığı alamama gibi sonuçları olacağı açıktır. **Bu haliyle, vatandaşlıktan çıkma hakkına getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olduğu söylenemez.**”

Sonuç olarak bir insan hakkı olarak vatandaşlık ile egemenlik arasındaki ilişkinin, *egemenlik-insan hakkı karşıtlığı* yaklaşımı ile çözülmesi pek de kolay görünmemektedir. Bu nedenle vatandaşlık hakkının kuramsal açıdan; bir topluluğa üye kabul etme kararının meşruiyeti problemi üzerinden açıklanması gerekmektedir.

III. Vatandaşlık Hakkının Kuramsal Temelleri (Vatandaşlık Hakkını Tartışan Doktrin)

Vatandaşlık, kişilerin devlet ile arasındaki hukuki ilişki olmanın yanı sıra, kişiler için birer kimlik sorunudur. İnsanların, “bizden olan” fikrindeki “biz”e attığı anlamın ne olduğuna ilişkin sorgulamalar vatandaşlık statüsünün diğer boyutu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu boyutu özellikle ülkelerin entegrasyon politikalarında ya da vatandaşlık sınavları gibi uygulamalarında görebilmekteyiz¹⁵⁵.

Bir devletin vatandaşı olmak neyi ifade etmektedir? Bununla birlikte bir devletin vatandaşı olmamak, yabancı olmak neyi ifade etmektedir? Kim vatandaş, kim değildir? Bu kadar rastlantısal bir biçimde ortaya çıkan bir durumun, insanın tüm hayatı bakımından etkili olması nasıl kabul edilmektedir? Bu soruları yanıtlamak için, hukuki-siyasi-sosyolojik-psikolojik-ahlaki yönleri olan vatandaşlık olgusunu, örgütlü bir siyasi yapıyla (devletle) arasındaki ilişkinin niteliği tartışmalarıyla birlikte ele almak gerekmektedir.

Topluluğa üye kabul etme kararının meşruiyeti nereden gelmektedir? Bauböck ve Paskalev, birey ile devlet arasındaki ilişkiyi ortaya koyan ve vatandaşlığın iradi ve iradi olmayan kayıplarına ilişkin durum ve normlar üzerinden gerçekleştirdikleri incelemede dört ana yaklaşımdan söz etmektedirler. Onlara göre, her devlet vatandaşlık hukukunu az çok dört yaklaşım çerçevesinde oluşturmuştur. Bir devlet ile birey arasındaki ilişki özel bir nedene mi dayanmaktadır? Yoksa genel iradi bir durum mudur?

1) Devlet ile vatandaşı arasındaki ilişki özel bir durumdan kaynaklanmıyorsa ortaya iki yaklaşım çıkmaktadır:

¹⁵⁵ Almanya'nın vatandaşlığa alınırken 2009 yılından beri uyguladığı vatandaşlık sınavında Alman kültürü, tarihi, siyasi tarihi, Almanya'daki toplumsal normlar, vb. birçok konuda soru sorulmaktadır. Einbürgerungstest: <http://www.sueddeutsche.de/thema/Einb%C3%BCrgerungstest> erişim tarihi: 08.03.2017.

a) Devlet egemenliği yaklaşımı;

b) Birey iradesi yaklaşımı.

İlkinde, devlet vatandaşlığı kendi egemenliğinden kaynaklanan münhasır yetkisine dayanarak istediği kişiye istediği zaman vermektedir. İkincisinde ise, birey, az çok –devletler yine de belli ölçütler öngörebilir- istediği devletin vatandaşlığını seçmekte özgürdür. Devlet iradesi-birey iradesi çatışmasını çözmek ve bu açıdan vatandaşlık hakkını tartışmak, söz konusu egemenliğin doğasında bulunan üstünlük, bölünmezlik ve süreklilik nitelikleri gereği mümkün olmamaktadır. Devlet egemenliği-birey iradesi çatışmasında egemenlik ancak hukukilik ve ölçülülük ilkeleri ile sınırlandırılmaya çalışılır.

2) Devlet ve vatandaşlık arasındaki ilişki özel bir durumdan kaynaklandığında da ortaya iki yaklaşım çıkmaktadır:

a) Vatandaşlığın doğum ile edinilmesi özel durumu;

b) Vatandaşlığın etkili olarak kurulan bir bağa dayanması durumu.

İşte Bauböck ve Paskalev, bir birey açısından, herhangi bir devlet karşısında vatandaşlık hakkının doğumu ve ileri sürülebilmesinde diğer üç yaklaşımın yanında *etkili bağın* da belirleyici olması gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁶. Bireyin devlet ile kurduğu etkili bağın bir hak doğurması iddiasının yanında, göç alanındaki kuramsal dönüşüm ve yargılama hukukunda kimi zaman başvurulan “haklı beklenti ölçütünün” vatandaşlığın bir insan hakkı olarak kuramsal temellerini oluşturduğu görülmektedir.

A. Nottebohm Davası Bakımından Farklı Bir Yorum: Etkili Bağ İlkesi - *Ius Nexi*

Günümüzde vatandaşlığın bir hak olarak, devletlerin egemenlik haklarını sınırlandıran bir içerikte anlaşılması elbette tarihteki olumsuz deneyimlere dayanmaktadır. Avrupa Birliği üyesi ülkelerin yoğun göçmen sayıları, misafir işçilerin kalıcı olması¹⁵⁷, bu alanda kuramcılar ve hukukçuları çözüm yolları aramaya sevk etmiştir¹⁵⁸. Özellikle doktrindeki bu tartışmalara, Nottebohm kararının da belli bir açıdan etki ettiği görülmektedir.

¹⁵⁶ BAUBÖCK / PASKALEV, s. 1.

¹⁵⁷ Buna ilişkin İsviçreli yazar Max Frisch'in sözü hatırlanmalıdır: “Biz misafir iş gücü çağırıştık, ama insanlar geldi!” (*Wir riefen Arbeitskräfte, es kamen Menschen.*)

¹⁵⁸ Vatandaşlığın bir hak olarak talebi özellikle Afrika ülkelerinde yaşanan ve genellikle vatansızlık ile sonuçlanan yoğun anlaşmazlıklar nedeniyle sıklıkla dile getirilmektedir. Web: <https://www.opensocietyfoundations.org/press-releases/lack-citizenship-rights-major-cause-conflict-africa>, erişim: 21.03.2017; son olarak ülkemizde Suriyelilere vatandaşlık verilmesi hususunu da “bir insan hakkı olarak vatandaşlık” perspektifinden değerlendirilebiliriz.

Nottebohm kararının vatandaşlık hukuku alanında, vatandaşlığın niteliğine ilişkin “etkili bağ / etkili vatandaşlık” ilkesini tartışmaya açmasının yanında devletlerin egemenliği açısından da önemli bir anlamı bulunmaktadır. Olay, 1881 yılında Hamburg’da doğan ve ardından 1905 yılında Guatemala’ya giden ve orada iş kuran, sonradan da 1939 yılında Liechtenstein vatandaşlığını edinen Friedrich Nottebohm isimli kişinin vatandaşlığına ilişkin bir uyuşmazlıktır. Guatemala’ya yerleştiği 1905 yılından sonra Nottebohm, iş için ara ara Almanya’ya ve başka ülkelere gitmektedir; ancak Nottebohm’un işi, ikametgâhı, gerçekleştirdiği bankacılık faaliyetleri Guatemala’da yer almaktadır; 1931 yılından itibaren de ara ara kardeşini ziyarete Liechtenstein’a gitmektedir. Nottebohm’un çevresinin bir kısmı Almanya’da bir kısmı ise Guatemala’dadır. Uyuşmazlığın eksenini olan önemli nokta ise, 1943 yılına kadar Nottebohm’un sabit ikametgâhının Guatemala olmasıdır. Öte yandan Nottebohm’un 1939 yılında Liechtenstien vatandaşlığını kazama usulü de tartışmalara konu olmuştur. 1939 yılında II. Dünya Savaşı devam ederken Almanya’nın Polonya’ya saldırmasının ardından Nottebohm Liechtenstein vatandaşlığına başvurmuştur. O dönemde Liechtenstein vatandaşlığını sonradan kazanmanın şartları arasında üç yıl kesintisiz ikamet bulunmaktadır ancak Nottebohm bu şarttan müstesna olmuş, Liechtenstein’ın vatandaşlığını edinmek üzere, ikamet şartı olmaksızın Liechtenstein yasalarına uygun olarak yalnızca belli miktar para ödeyerek Liechtenstein’ın vatandaşlığını kazanmıştır.

1939 yılında Liechtenstein vatandaşlığını kazanan Nottebohm, 1940 yılında da Liechtenstein pasaportunu alıp Guatemala’ya dönmüştür. Nottebohm, daha sonra ABD otoritelerinin talebi üzerine Guatemala hükümeti tarafından Nazi rejimine yönelik faaliyetleri gerekçesiyle 1943 yılında tutuklanmış ve ardından ABD’ye gönderilerek 2 yıl 3 ay süreyle orada alı konulmuştur. Bütün mallarına el konulmuş ve Guatemala’ya dönmesi de yasaklanmıştır. Ardından 1946 yılında serbest bırakılınca Guatemala’ya dönmek istemiş ancak bu talebi reddedilmiş, bu nedenle Liechtenstien’a dönerek orada ikamet etmeye başlamıştır. Liechtenstein vatandaşlığı Nottebohm için, Nazi rejimi ile ilgili suçlamalardan kaçınmak açısından önemliydi. Bu doğrultuda, 1951 yılında Liechtenstein, meseleyi Uluslararası Adalet Divanı’na taşıyarak, Guatemala’nın Nottebohm’un Liechtenstein vatandaşlığını tanımadığını ve buna uygun davranmadığını iddia etmiştir¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Kararın özeti, web: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=215&p1=3&p2=3&case=18&p3=5> ; erişim tarihi: 21.03.2017; kararın gerekçenin yer aldığı ikinci kısım için: International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions And Orders, Nottebohm Case, (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase Judgment of April 6th, 1955,

Bu kararında Uluslararası Adalet Divanı, Nottebohm ile Liechtenstein arasında *etkili bir bağ*¹⁶⁰ bulunmadığını, Nottebohm'un Liechtenstein vatandaşlığını keyfi bir şekilde kazandığını ve bu nedenlerden ötürü Guatemala karşısında etkili olmadığını belirtmiştir. Divan'ın kararı, devletin –olayda Liechtenstein- vatandaşlığa ilişkin egemenlikten kaynaklanan yetkilerinin bir takım sınırlarının olduğunu ortaya koyması açısından da önemlidir. Şöyle ki, devletlerin vatandaşlık hukuku alanında sahip oldukları yetkiyi uluslararası hukuka uygun kullanmamaları, o vatandaşlığın başka devletler tarafından dikkate alınmaması ve uluslararası mahkemeler önünde etkili kabul edilmemesi sonuçlarıyla karşılaşmaktadır¹⁶¹. Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorular Hakkında Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesinde bu durum açıkça ifade edilmiştir: "...Bir devletin vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerinin, bir diğer devlet nezdinde etkili olabilmesi ancak, o devletin vatandaşlık alanındaki uluslararası sözleşmelere, uluslararası örf adete ve hukukun genel ilkelerine uyması halinde söz konusu olur."¹⁶²

Nottebohm kararı doktrinde yoğun biçimde eleştirilmiş olsa da, söz konusu kararın tarihi göz önünde bulundurulmalıdır. Adalet Divanı'nın kararında, kuşkusuz o dönemdeki siyasi olayların etkisi bulunmaktadır. Öte yandan Divan, söz konusu etkili bağ ilkesini vatandaşlığın geçerliliği için bir ön koşul olarak belirlememiştir. Divan'ın yorumu Guatemala açısından sadece uyumsuzluğu çözmek üzere işlevsel nitelikte kurgulanmıştır. Tam da bu işlevsellik, "etkili bağ ilkesi"nin vatandaşlığın bir insan hakkı olarak kapsamının tartışılması açısından doktrine yol gösterici olmuştur. Bu bağlamda, "etkili bağ ilkesi"nin devletler için "pozitif bir yükümlülük" doğuracak şekilde de kullanılabileceği ve vatandaşlık hakkının kapsamının belirlenmesi açısından bunun gerekliliği dile getirilmiştir. Matias'a göre, bir devlet ile "etkili bir bağ" kuran kişi açısından vatandaşlık bir hak olarak doğmuş sayılmalıdır¹⁶³. Matias, Nottebohm kararından yola çıkarak, etkili vatandaşlık ilkesinin daha geniş bir an-

web: <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> .

¹⁶⁰ Etkili bağ ilkesi daha sonradan Avrupa Vatandaşlık sözleşmesinde vatandaşlığın direktif ilkeleri arasında da sayılmamıştır.

¹⁶¹ Jozef KUNZ, "The Nottebohm Decision", **American Society of International Law**, Vol.54, No.3, 1960, s. 550-551; GÜNGÖR, s. 20.

¹⁶² Sözleşme metni için kaynak web: <http://eudocitizenship.eu/InternationalDB/docs/Convention%20on%20certain%20questions%20relating%20to%20the%20conflict%20of%20nationality%20laws%20FULL%20TEXT.pdf> ; erişim tarihi: 21.02.2017.

¹⁶³ MATIAS, s. 55.

lama sahip olduğunu ve bir kimsenin, bir devlet ile etkili vatandaşlık ilkesinin öngördüğü biçimde sıkı bir ilişki içinde olması halinde, o kişiye ilişki içinde olduğu ülke tarafından vatandaşlık hakkının bahşedilmesinin zorunlu olması gerektiğini savunmaktadır. Bu durum, Matias’a göre, etkili bağ ilkesinin daha geniş ve olumlu anlamda uygulanmasını işaret etmektedir¹⁶⁴.

Etkili bağ ilkesinin yorumuna benzer şekilde Latin Amerika ülkelerinden gelen göçmenler hakkında bir araştırma gerçekleştiren Lopez, yazılı hukuk kuralları her ne kadar açık şekilde karşı çıksa da, insanların uzun yıllar bir toplulukta yaşamaları, çalışmaları ve o topluluğa katılmalarının, o kişilere istedikleri takdirde vatandaşlık verilmesini zorunlu hale getireceğini, *söz konusu deneyimden bir hak doğacağını* savunmaktadır¹⁶⁵. Bu görüş, “hakkın kaynağı nedir?” sorusu ile bizi baş başa bırakması açısından oldukça dikkate değerdir.

Shachar, Birthright Lottery (*Doğuştan Hak Lotosu*) isimli eserinde, vatandaşlığın ve vatandaşlıkla insanların kazandığı hakların doğuştan rastgele edinildiğini, insanların vatandaşlığını doğarken seçmede özgür olmadıkları ve bu eşitsizliği kalıcılaştırmanın haksızlığını tartışmaktadır¹⁶⁶. Shachar, vatandaşlığın kazanımında klasik ölçütler olan toprak (ius soli) ve kan esası (ius sanguinis) bağının vatandaşlığı rastlantısal olarak kavramsallaştırdığı için eleştirmekte, bu iki ilkenin vatandaşlığın özünde yer alan “bir topluluğun üyesi olma” fikrini dışladığını savunmaktadır. Bu fikri en iyi yansıtan ilke ona göre, ius nexi (etkili / özgün bağ) ilkesidir ve bu ilke “vatandaşlık” kavramı ile sosyolojik bir olgu olan “üyelik” kavramı arasında bir bağ kurmaktadır. Shachar’a göre diğer iki ilke ise “vatandaşlık” kavramını bir tür rastlantısalığa bağlamaktadır¹⁶⁷. Oysa vatandaşlıkta daha derin, demokrasi ilkesine yönelik bir anlam gizlidir. Shachar’ın vatandaşlığın kaynağına ilişkin olarak savunduğu ius nexi ilkesi, ona göre, diğer iki klasik ilkeye alternatif olarak ya da onların yanında bir üçüncü yol olarak ulusal hukuk sistemlerinde yerini almalıdır. Bu ilkeye dayanılarak vatandaşlık verilmesi, içinde yaşadığı toplulukla gerçek bir bağ kuran kişinin, kurduğu gerçek bağın yasal olarak da tanınması anlamına gelmektedir. Bir başka ifade ile kişi, “güvenli bir üyelik

¹⁶⁴ MATIAS, s. 55.

¹⁶⁵ Gerald LOPEZ, “Undocumented Mexican Migration: In Search of a Just Immigration Law and Policy” *UCLA LawReview*, Vol. 28, 1981, s. 615–714; s. 696.

¹⁶⁶ Ayalet SHACHAR, *The Birthright Lottery, Citizenship and Global Inequality*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2009.

¹⁶⁷ SHACHAR, s. 165.

statüsü” anlamına gelen vatandaşlığa, eğer yaşadığı toplulukla gerçek bir bağ kurmuşsa sahip olmalıdır¹⁶⁸. Burada Shachar’ın *ius nexi* ölçütüne, vatandaşlığın sonradan yetkili makam kararı ile kazanılmasından daha farklı bir anlam yüklediği görülmektedir. Vatandaşlığın sonradan değişik sebeplerle kazanılmasında, ilgili şartları ve yolları belirlemek açısından devletlerin tam serbestiye sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁹. Shachar’ın ise *ius nexi* ilkesi ile önerdiği, bir devlet ile etkili bağ kuran kişinin talebi doğrultusunda devlet tarafından vatandaşlığa alınması gerekliliği ve en azından kişide bu yönde *haklı şekilde oluşan beklentinin* hukuk düzenleri tarafından dikkate alınması gerekliliğidir. Shachar bu türden bir etkili bağ anlayışının genişletilip, toplumla etkili bağ kuran kişilere vatandaşlık hakkının verilmesi gerekliliğini tartışmaktadır. Ancak etkili bağ ilkesine dayanılarak vatandaşlık hakkı verilmesinde ise bir zorluk bulunmaktadır. Bu zorluk, bir bağın ne zaman gerçek / etkili sayılacağıının belirlenmesindeki zorluktur. Bu açıdan bir bağın etkili ya da gerçek bir bağ olarak nitelendirilmesinde süre önemli bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bir kişinin bir toplulukta yaşadığı süre arttıkça, o toplulukla arasında kurduğu bağın da giderek daha gerçek, daha güçlü bir bağ halini aldığı ileri sürülmektedir¹⁷⁰. Shachar, *ius nexi* için bir takım ölçütler önermektedir. Her şeyden önce *ius nexi*, ikameti mutlaka bir şart olarak içermemekte ve daha çok kişinin vatandaşlık bağı kurmayı talep ettiği toplumu bir “yaşam merkezi” haline getirip getirmediğine önem vermektedir¹⁷¹.

Ius nexi’yi önemli kılan, onun daha çok *demokratik katılım* ve *siyasi eşitlik* üzerinden bir vatandaşlık tanımı oluşturmasıdır. Demokrasi ilkesi ve si-

¹⁶⁸ SHACHAR, s. 169.

¹⁶⁹ KARAKOÇ, s. 33.

¹⁷⁰ SHACHAR, s. 178;

Vatandaşlığın genel olarak kazanılması şartlarını düzenleyen, Türk Vatandaşlık Kanunu’nun 11/1-c hükmünde, vatandaşlığı kazanmak için başvuru yapacak kişinin “Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmesi” gerekliliği yer almaktadır. Bu hüküm, bir ölçüde de olsa Türk vatandaşı olmak isteyen kişinin yukarıda bahsedildiği şekilde toplum ile etkili bir bağ kurması gerekliliği olarak yorumlanabilir. Öte yandan, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik de (m. 15/1-c) kişinin Türkiye’de yerleşme niyetini gösteren bazı örnek davranışları saymıştır. Ancak bu davranışları gerçekleştiren bir kişide dahi Türkiye’ye yerleşme niyetinin oluşup oluşmadığının tespit edilmesi kolay olmamaktadır. Etkili bağ ilkesine ilişkin temel bir sorun da tam bu noktada, bu bağın ne zaman oluşmuş, ne zaman oluşmamış sayılacağıının belirlenmesi açısından objektif bir takım ölçütler getirilmesinin zorluğunda ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle gerek idari organların, gerekse yargı yerlerinin söz konusu bağı ararken her duruma ilişkin dikkatli ve titiz bir şekilde davranması gerekecektir. GÜNGÖR, s. 86-87.

¹⁷¹ SHACHAR, s. 179.

yasi eşitlik ilkesi, bir devletin yasal otoritesinden doğrudan etkilenen kişilerin, o devletin yasalarının oluşum sürecine de katılmasını gerektirir. Bu nedenle bir ülkede yaşayan, temel hakları açısından o devletin korumasına muhtaç olan¹⁷² ve o devletin yasal otoritesinden doğrudan etkilenen vatandaş olmayan yabancılar için, o devlete tam üyelik hakkının tanınması *demokrasi ilkesinin* bir yansıması olarak değerlendirilmektedir. Ius nexi bu içerikle, kişinin talebine bağlı olarak ona vatandaşlık hakkının tanınmasını gerektirmektedir¹⁷³.

Vatandaşlık hakkını devlet egemenliğinin demokratik meşruiyeti açısından tartışan başka bir yazar da Seyla Benhabib'dir. Benhabib'e göre, bir ülkede kalıcı olarak ikamet eden kişilerin o ülkenin siyasi haklarından ve siyasi hayatından kalıcı olarak dışlanması demokratik meşruluk açısından bir sorun yaratacaktır¹⁷⁴. Şöyle ki, demokrasi belli bir bölgede yaşayan insanların kendi kendisini yönetecek kuralları belirlemesi gücüne dayanıyorsa, yönetim işine katılmanın, o kuralların etki edeceği herkes açısından mümkün olması gerekmektedir¹⁷⁵. Benzer doğrultuda Bauböck de, vatandaş olmayan insanların, içinde yaşadıkları topluluğa siyasi katılımını öngören bir anlayışı tartışmaya açmakta ve o da bu konuyu demokrasi teorisi ile ilişkilendirmektedir. Ona

¹⁷² Özellikle kişi hakları açısından bizim Anayasamız da “herkes” ifadesini kullandığı için, ülkede bulunan bir yabancıнын temel hak ve hürriyetlerini yine o ülke koruyacaktır.

¹⁷³ SHACHAR, s. 180.

¹⁷⁴ Benzer yönde Matias da bir değerlendirmede bulunmuştur: Vatandaşlık, yalnızca haklarla ilişkilendirilmemeli aynı zamanda siyasi bir topluluğun üyeleri olarak kendi kendini yönetme / özyönetim ilkesi ile de birlikte değerlendirilmelidir. Bu açıdan vatandaşlığın (ius nexi ilkesinin bir gereği olarak), içinde yaşadıkları topluluğa gelecekteki refahlarını bağlamış olan insanlar açısından bir hak olarak belirmesi söz konusu olmaktadır. Çünkü bir kişi refahını o topluluğa bağlamışsa etkili ya da gerçek bir bağ kurulduğundan söz edilebilir. MATIAS, s. 232.

¹⁷⁵ Seyla BENHABIB, **The Rights of Others, Aliens, Residents and Citizens**, Cambridge University Press, 2004, s. 19-20; “*Demokratik insanlar kendilerini, başkalarının haklarını düzenlerken değil, onlara aynı zamanda bu hakların yazarları olmaları imkanı tanıdıklarında kendilerini gösterir... Halk egemenliği, tarihi ve normatif olarak her ne kadar sıkı ilişki içinde olsalar da, bölgesel egemenlikle eş anlamlı değildir. Halk egemenliği, demos'un (halkın) kendi kendini yönettiği yasaları yaparken, tüm demos'un tüm tam üyelerinin katılımını gerektirmektedir. Demokratik bir yönetim, ancak bu şekilde kendi yasama yetkisini, onun kurallarını aktif olarak belirleyenler üzerinde kullanabilir. Ancak hiçbir zaman, bu yasalara uymak zorunda olanlar dairesi ile yasaları yapan tam üyelerin dairesi tam olarak örtüşmemiştir. Her demokratik demos'ta (halkta) hep bazıları tam üye olarak kabul edilmiştir. Bölgesel egemenlik ile demokratik söylem hiçbir zaman tam olarak örtüşmemiştir. Bir kişinin devamlı olarak sınırları belirli bir bölgede ikamet etmesi, o kişiyi egemenin otoritesi altına getirir –ister demokratik olsun ister olmasın. Bu açıdan yeni üyelik politikaları, tam üyelik hakları, demokratik talepler ve belli bir yerde ikamet arasındaki bu karmaşık ilişkiyi tartışmaktadır.*”

göre, “bir kişinin yaşam koşulları, o kişinin gelecekteki refahını bir siyasi topluluğun zenginleşmesine bağlıyorsa, o kişi, içinde bulunduğu siyasi topluluğun geleceğini belirleyen kolektif karar alma süreçlerine katılabilen bir paydaş olmalıdır.”¹⁷⁶

Siyasi topluluğun tam üyesi olmayanların siyasi yaşamdan dışlanması 18. ve 19. yüzyıllardaki ulus-devlet anlayışının gelişimi ile paraleldir. İnsanların, 18. ve 19. yüzyıllarda devlet işlerine katılmayı talep etmeye başlaması ve ulus-devlet fikrinin gelişmesi, *kimlerin o ulustan olup olmadığını belirleme gerekliliğini* ortaya çıkartmıştır¹⁷⁷. Bu nedenle oy kullanma hakkı, kamu hizmetlerine girme ve askeri yükümlülüklerin belirlenmesi gibi siyasi katılım hakları yalnızca vatandaşlara tanınan geleneksel haklar olarak anılmaktadır¹⁷⁸. Bu alan, kuvvetli sınırlarla çevrelenmiş bir egemenlik alanı olarak günümüzde varlığını büyük oranda sürdürmekte gibi görünse de uluslararası arenada gidecek daha fazla sorgulanmaya başlanmıştır. Bu sorgulamalar özellikle vatandaş olmayan ancak belli bir ülkede uzun süreden beri yaşayan insanlara siyasal bir takım hakların da tanınması yönünde fikirlere kaynaklık etmiş, hatta bazı ulusal hukuk sistemlerinde yerini almıştır. Örneğin, Birleşik Krallık, İrlanda vatandaşlarına oy hakkını tanımaktadır. Avrupa’da çeşitli ülkeler belli bir bölgede ya da belediye sınırları içinde yaşayan göçmenlere yerel seçimlerde oy hakkı tanımaktadır¹⁷⁹. Söz konusu yerel oy hakkı olgusu, *ulusal vatandaşlıktan* bağımsız olarak, ikamet şartlarını yerine getirmiş bütün yabancılara yerel seçimlerde oy kullanma hakkını tanıyan *yerel/ikamete dayalı vatandaşlık*¹⁸⁰ olgusunun gündeme gelmesine yol açmıştır¹⁸¹. Buna ek olarak, AB Parlamen-

¹⁷⁶ Rainer BAUBÖCK, “Stakeholder Citizenship and Transnational Political Participation: A Normative Evaluation of External Voting”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, Issue 5, 2007, s. 2393-2448, s. 2422.

¹⁷⁷ Albrecht RANDELZHOFFER, “Nationality”, *Encyclopedia Of Public International Law-8-Human Rights and the Individual In International Law, International Economic Relations*, Newyork, 1991, s. 416.

¹⁷⁸ ÖZTÜRK, Necla, “Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı”, *MHB*, Yıl 33, Sayı 1, 2013, s. 127-129; siyasi haklar kategorisine hangi hakların dahil edilebileceği ve yabancıların bu haklardan hangilerine sahip olabileceği konusundaki tartışmalar için bkz. ÖZTÜRK, a.g.m.

¹⁷⁹ Ülkeler temelinde siyasi katılım hakları analizi ve siyasi katılım için öngörülen şartlar hakkında bilgi için bkz. ÖZTÜRK, s. 141-149.

¹⁸⁰ Residential citizenship.

¹⁸¹ Rainer BAUBÖCK, “Citizenship and Migration-Concepts and Controversies”, *Migration and Citizenship, Legal Status, Rights and Political Participation*, (Editör: R. Bauböck), Amsterdam University Press 2006, s. 24-25.

tosu seçimlerinde, herhangi bir üye devletin vatandaşının da başka bir üye devletin sınırları içinde oy kullanabilmesi gibi gelişmeler, Avrupa'yı bir bölge olarak ele almak, "bölgesel nitelikteki vatandaşlığın", "ulusal vatandaşlıktan" kademeli olarak ayrı bir kavram olarak ortaya çıkması anlamına gelmektedir¹⁸². Yabancılar seçme hakkının –hiç olmazsa yaşadıkları yer açısından yerel seçimlere katılma şeklinde de olsa- tanınması bir ayrıcalık olarak değil, bir hak olarak değerlendirilmektedir¹⁸³.

Yabancılar gerek siyasi haklar, gerekse ekonomik ve sosyal haklar tanınması tartışmalarının arka planını, bir devletteki *sosyal korumacılık* ile *yeni gelenlere açıklık* arasındaki dengenin nasıl sağlanacağı sorusu oluşturmaktadır. Özellikle yoğun göç alan refah düzeyi yüksek Avrupa devletleri açısından *yüksek sosyal koruma düzeyi* ile *topluma yeni gelenlere açık olma* arasındaki çatışmanın nasıl giderileceği sorununa çözüm olarak, değişik hak kategorilerinin yaratıldığı çoğulcu bir hukuksal rejim oluşturulması ve farklılaşmış bir vatandaşlık statüsü önerilmiştir¹⁸⁴. Bu türden ampirik çalışmalar vatandaşlık literatürüne büyük katkı yapsa da, vatandaşlığa hala rastlantısal olarak doğumla edinilen bir statü olarak değer vermekte ve "yabancılar da vatandaşlara tanınan hakların tanınması" şeklinde bir anlayışı yansıtmaktadır. Ancak yine de bu türden gelişmeler, vatandaşlığın bir insan hakkı olarak ele alınmasının ve bir hak olarak onun kapsamının belirlenmesinin önünü açmakta, günümüz hareketli toplumlarında, bir devlet ile insan arasındaki bağı tanımlayan vatandaşlık, göçmenlik, yabancılık, mültecilik gibi yasal statüler arasındaki sınırları da eritmektedir.

B. Göç Hareketleri ve Vatandaşlık Hakkına Etkisi

Günümüzde, göç hareketleri ve mülteciler sosyal bilimlerde ayrı bir araştırma ve uzmanlaşma konusu olarak hem nitelik hem de nicelik olarak dikkate değer çalışmaların üretildiği bir alandır¹⁸⁵. Ülkelerin, bölgesel ve ulus-

¹⁸² BAUBÖCK, (2006), s. 25.

¹⁸³ ÖZTÜRK, s. 163-164.

¹⁸⁴ Ewald ENGELN, "How to Combine Openness and Protection? Citizenship, Migration, and Welfare Regimes", *Politics&Society*, Vol. 31 No. 4, Aralık 2003, s. 503-536; s. 504, 505 vd.; bu açıdan değişik statüleri ifade etmek için "quasi-citizenship", "denizenship" gibi kavramlar kullanılmaktadır. Bunlar hakkında bilgi için bkz. BAUBÖCK, (2006), s. 23 vd.; özellikle s. 26.

¹⁸⁵ Nitelikli göç çalışmaları açısından iki örnek için bkz: Koç Üniversitesi, <https://mirekoc.ku.edu.tr/tr/>; Oxford Üniversitesi, COMPASS yayınlarına bkz.; <https://www.compass.ox.ac.uk/>; Frei Üniversitesi "Emotional-societies" projesi, tamamen göçmenler üzerine disiplinler arası bir proje.

lararası politika belirleyici kuruluşların üzerinde dikkatle durduğu bu alandaki gelişmeler, belki de devletlerin hala egemenlikten kaynaklanan yetkilerini ellerinde sıkıca tutma çabası olarak da okunabilir. Avrupa Birliği ülkeleri göçmen ve mülteciler konusunu politik ajandalarının birinci sırasına koymuştur. Özellikle mülteciler konusu G20 2017 ve 2018 zirvelerinin ana temalarındandır¹⁸⁶. Bu alana ilişkin politika belgeleri ve akademik çalışmalarda göze çarpan husus ise mülteciler konusunun *dönüşen yüzü*dür.

Klasik tanımıyla mülteci, vatandaşı olduğu ülkede meydana gelen şiddet, savaş, doğal afetler, siyasi olaylar, ayrımcılık gibi olaylar nedeniyle -kendi iradesiyle ya da irade dışı olarak- kendi ülkesini terk etmek zorunda kalan, başka bir devletin vatandaşlığına geçmemiş ve bu nedenle herhangi bir devletin diplomatik korumasına da tabi olmayan kişileri ifade etmektedir¹⁸⁷. Mülteci statüsünde “yerleşme niyetine sahip olmamak” vurgusu bulunmaktadır. Bu vurgu, mülteci statüsünü göçmen statüsünden ayırmaktadır¹⁸⁸. Göçmenler ise, mültecilerden farklı olarak, siyasi, ekonomik, dini bir takım sebeplerle vatandaşı olduğu ülkeyi terk ederek, yerleşme niyeti ile başka bir ülkeye giden kişiler olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁹. Özellikle II. Dünya Savaşı ve sonrasında, mülteci ve göç hareketlerinin büyük oranda siyasi nedenler, savaş gibi belki de “geri dönebilecek” bir takım toplumsal olaylardan kaynaklanmaktaydı. Nitekim, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’nin vatandaşlığı düzenleyen 34. maddesine yönelik tartışmalarda, on beş yıl sonra bile bir mültecinin bağlı olduğu kendi ülkesine geri dönebileceği ve daima geri dönüşü konusunda içinde bir umut besleyebileceği ileri sürülmektedir. Örneğin, 1922 yılında faşist rejim kurulduktan sonra ülkelerini terk etmek durumunda kalan İtalyanlar, bu rejim yıkılınca, yirmi yıl sonra tekrar ülkelerine dönmüşlerdir¹⁹⁰.

Ancak günümüzde mülteciler açısından daha farklı bir anlayış gelişmektedir. Bu anlayış 2017 G20 zirvesi için hazırlanan siyasi ajandada özellikle dile getirilmiş ve G20 ülkelerinin acilen politika geliştirmesi gereken bir alan olarak belirlenmiştir. Bunun nedeni bazı mültecilerin hayatta kalmak

¹⁸⁶ Erişim adresi: http://www.g20-insights.org/policy_area/migration/; erişim tarihi: 22.01.2018.

¹⁸⁷ ÇELİKEL, s. 18.

¹⁸⁸ ÖZTÜRK YILMAZ, (2007), s. 241-264; s. 254; ÇELİKEL, s. 18, 20.

¹⁸⁹ ÇELİKEL, s. 20.

¹⁹⁰ Bkz. Sözleşme tartışma metni: <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf>; s. 247.

amacı ile artık geri dönmelerinin mümkün olmamasıdır¹⁹¹. Acil eylem planı geliştirilmesi gereken alan, “iklim değişikliği mültecileridir”¹⁹². Birleşmiş Milletler Uluslararası Göç Örgütü, iklim değişikliği mültecileri konusunda, bu mültecilerin bir takım doğal afetler veya geri dönülemez çevresel etkiler nedeniyle kalıcı olarak yaşadıkları yeri terk etmeleri nedeniyle, “insan hakları” yaklaşımı kalıcı çözüm önerileri geliştirilmesi gerekliliğinin üzerinde durmuştur¹⁹³. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun İnsan Hakları Konseyi de 6 Mayıs 2016 tarihli raporunda, insanların iklim değişikliğinin neden olduğu olumsuz koşullar nedeniyle, yaşam haklarının, su ve temizlik haklarının, yiyecek, sağlık ve konut haklarının, kendi kaderini tayin etme, kültür ve gelişme haklarının tehdit altında olduğunu belirtmiştir¹⁹⁴. Bu alanda çeşitli uluslararası politika belgeleri “geri dönmeyecekler” ya da “kapana kısılmış topluluklar”¹⁹⁵ olarak yeni bir tür göç ve mültecilik statüsünün gündemde olduğunu ve bu alanda hakim yaklaşımın “insan hakları temelli” olması gerektiğini sıklıkla vurgulamaktadırlar. BM Genel Kurulu İnsan Hakları Komisyonu, bir yaklaşımın “insan hakkı” temelli olması için bir takım ölçütler geliştirmiştir: “*Belli politika ve programları geliştirirken temel amaç insan haklarını yerine ge-*

¹⁹¹ Allan M. FINDLAY, “Migrant Destinations in an Era of Environmental Change”, **Global Environmental Change**, Vol. 21, Supplement 1, Aralık 2011, s. 50-58; s. 53; web: http://ac.els-cdn.com/S0959378011001397/1-s2.0-S0959378011001397-main.pdf?_tid=24faf15a-1b81-11e7-92b0-00000aacb35d&acdnt=1491562894_7d17a21db67bcd12c07686ea15c77a34

¹⁹² Climate change refugees, environmental refugees; bu kavramlar Türkçe’de iklim mültecileri, çevresel mültecileri, ekolojik mültecilik gibi değişik isimlerle anılmaktadır. Türkçe kaynaklar için bkz. Olcay ZİYA, “Mülteci-Göçmen Belirsizliğinde İklim Mültecileri”, TBB Dergisi 2012 (99), s. 229-240; Mustafa MUTLUER / İlky SÜDAŞ “‘Görünmez’ Bir Küresel Sorun: Çevre Mültecileri” Prof. Dr. İlhan Kayan’a Armağan Kitabı (Editör: E. Öner) Ege Üniversitesi Yayınları, İzmir 2013; Ahmet MUTLU / İbrahim İRDEM / Berna ÜRE, “Ekolojik Mültecilik”, Memleket Siyaset Yönetim (MSY), Cilt 10, Sayı 23, Ocak 2015, s. 79-118.; 2017 G20 zirvesi politika önerileri için bkz G20 politika alanı: http://www.g20-insights.org/policy_briefs/building-global-governance-climate-refugees/ erişim tarihi: 07.04.2017.

¹⁹³ OHCHR Expert Meeting on Climate Change and Human Rights, “Panel Presentation and Dialogue on Human Rights, Migration, and Displacement Related to the Adverse Impacts of Climate Change”, Geneva 6-7 October 2016; <http://www.environmentalmigration.iom.int/sites/default/files/Events/IOM%20Dina%20Ionesco%20Panel%20presentation.pdf> ; erişim tarihi: 07.04.2017.

¹⁹⁴ United Nations General Assembly, Human Rights Council, “Analytical Study on the Relationship Between Climate Change and the Human Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health”, A/HRC/32/23, 6 Mayıs 2016, s. 3.

¹⁹⁵ 2017 G20 politika alanı: Trapped Populations; http://www.g20-insights.org/policy_briefs/building-global-governance-climate-refugees/ .

tirmek olmalıdır; hak sahiplerinin kendileri ile ilgili konularda uygun karar verici süreçlere katılımları sağlanmalı ve hak talep kapasiteleri güçlendirilmeli; yükümlülük sahibi kişilerin yükümlülükleri, hesap verilebilirliğin etkin olabilmesi açısından açıkça tanımlanmalı; bütün politika ve programlar, uluslararası insan hakları hukukunun (özellikle Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve diğer temel insan haklarına ilişkin sözleşmeler) ilke ve kuralları çerçevesinde düzenlenmelidir¹⁹⁶”.

Öte yandan insan hakları merkezli bir bakış açısının egemenliği hiç olmazsa kapasite bakımından sınırlandıracağı savunabiliriz. Vatandaşlık hakkının bir insan hakkı olarak *bazı durumlarda* devletlerin egemenliklerini sınırlandırması, belli kişilere, örneğin iklim mültecilerine veya vatansızlığın geleceğe yönelik olarak önlenmesi gerekçesi ile vatansız çocuklara¹⁹⁷ vatandaşlık verilmesi, egemenliğin yeni bir anlayışla, *işbirliğine dayalı ve sorumluluk çerçevesinde* kullanılması hususunu gündeme getirmektedir¹⁹⁸.

Konumuz açısından burada özellikle, savaş, küresel ısınma, insan kaçakçılığı mağduru olma veya doğal afetler gibi insanların *gittikleri yerlerde kalıcı olacak biçimde*, göç etmek zorunda kalmaları gibi zorlayıcı durumlar açısından vatandaşlık hakkının gündeme gelmesi tartışmaya açılabilir. Bu tartışmada temel sav, zorlayıcı bir biçimde göç edenlerin -iklim değişikliği ve çevresel mültecilerin-, kendilerini sağlıklı ve mutlu hissedebilecekleri, uzun dönemli bir hayat planlamasına uygun ekonomik, sosyal ve çevresel koşullara sahip olan ülkeleri tercih ediyor olmalarıdır¹⁹⁹. Böylelikle yeni bir toplumun yaşadığı coğrafyaya yerleşen kişiler, geri dönme beklentisinde olmaksızın, yaşadıkları topluma adapte olmaya çalışır. İşte tam da bu noktada devreye bir sosyal bilim alanı olarak göç araştırmaları girmektedir. Daha çok ampirik veriler ortaya koyan bu alana dahil çalışmalar, yoğun göçün yaşandığı toplumlarda hem göç edenler hem de o yerin sakinleri açısından bir çok farklı sorunun gündeme geldiğini ortaya koymuştur. Ancak ana akım göç araştırmalarının yoğunlaştığı tartışmalar göçün, bir ülkeye yasal veya yasadışı biçimde “gelme” olgusu üzerinden ilerlemekte, bu nedenle çözümler de “sınırları kapatma” ekseninde üretilmekte ve daha çok “göç alanlar”ın bakış açısını

¹⁹⁶ United Nations General Assembly, Human Rights Council, “Analytical Study on the relationship between climate change...” A/HRC/32/23, 6 Mayıs 2016, s. 14.

¹⁹⁷ Çocuklar açısından hiç olmazsa ayrıcalıklı bir düzenleme kabul edilmesi bu hususta düşünülebilir. Bu açıdan bkz. GANCZER, s. 29.

¹⁹⁸ Reyhan SUNAY, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 347.

¹⁹⁹ FINDLAY, s. 54.

yansıtmaktadır²⁰⁰. Atasü Topcuoğlu'nun çalışmasında üzerinde durduğu, ana akım göç tartışmalarının göç olgusunu tek yanlı olarak, “fakir ülkelere zengin ülkelere gitmek” anlayışına indirilmesi, göçün nedenlerini araştırmaya pek yanaşmadan onu engellemeye yönelmesi ve ideolojik söylemde sıkışıp kalması tespiti oldukça dikkate değerdir²⁰¹. Bu açıdan göç yazınında, evrensel değerlere dayalı ve insan hakları merkezli bir bakış açısının hakim olması gerekliliği vurgulanmaktadır²⁰². Buna ek olarak 2017 G20 zirvesine politika alanı olarak önerilen “Mülteci Pasaportu” da, mülteci ve göç konusunda insan hakları merkezli bir bakış açısının örneklerinden birisi olarak değerlendirilebilir. Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Göç Örgütü tarafından, vatansızlar ve zorla ülkesinden ayrılmış olanların seyahat özgürlüğünü sağlamak için “Mülteci pasaportu” adında bir yasal belge oluşturulması talep edilmektedir²⁰³. Ancak yine de önerilen çözümler, mültecileri çoğu zaman “bir topluluğa üye” olarak değerlendirme konusunda çekincelidir. Bu nedenle kalıcı mülteciler –özellikle ilkim değişikliği mültecileri- ve vatansızlar için “uluslararası ve ortak bir hukuki statü”, “yeni bir hukuki statü” gibi kavramlar²⁰⁴ kullanılmakta ancak vatandaşlık hakkına atıf yapılmamaktadır.

Devletler göç konusunda etkin çözüm araçları geliştiremediği takdirde, toplumlarda gettolaşma, ırk ve göçe dayalı ayrımcılık, şiddet ve güvenliği tehdit eden durumların yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Elbette burada eğitim ve diğer politika alanları önem arz etmektedir; ancak *belli durumlarda* ve o toplumda kalıcı olacak kişilerin talep etmeleri durumunda, vatandaşlık hakkının ilgili devlet tarafından tanınması gündeme gelebilmelidir. Nitekim 2017 G20 zirvesi için politika alanı belgelerinde “*iklim değişikliği mültecilerine ‘mülteci*

²⁰⁰ Reyhan ATASÜ TOPLUCUOĞLU, “Göç Yazınındaki Düzenli ve Düzensiz Göç Kavramları: İnsan Hakları Temelinde Bir Kavramsal Sorgulama”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 34, Yıl: 2016, TODAİE Yayınları, s.1-20; s. 3-4.

²⁰¹ ATASÜ TOPLUCUOĞLU, s. 13-15, 16.

²⁰² ATASÜ TOPLUCUOĞLU, s. 16.

²⁰³ KHASRU, Syed Munir KHARSU / Kazi Mituly MAHMUD / Ayia NAHREEN, “Forced Migration The G20 Countries Should Assume Leadership of the Forced Migration Crisis and Mitigate the Deficiencies of the Existing Governance System”, G20 Insight, 23 February 2017, s. 4; http://www.g20-insights.org/policy_briefs/g20-countries-assume-leadership-forced-migration-crisis-mitigate-deficiencies-existing-governance-system/; erişim tarihi: 14.04.2017; tıpkı 1. Dünya Savaşı zamanındaki düzenlenen Nansen Pasaportu gibi.

²⁰⁴ 2017 G20 politika alanlarında, özellikle kalıcı olan iklim değişikliği mültecileri için var olan yasal düzenlemelerin ve statünün yetersizliği vurgulanmaktadır; bu kişilere yeni bir yasal statü geliştirilmesi önerilmektedir ancak vatandaşlık verilmesi hususu tartışmaya açılmamaktadır. Bkz. http://www.g20-insights.org/policy_briefs/building-global-governance-climate-refugees/.

hukuki statüsü' yerine başka bir statü verilmeli; böylelikle tehdit ortadan kalkınca dönecekler beklentisi ortadan kalksın; yeni bir hukuki statünün yaratılması düşünülebilir” ifadeleri yer almaktadır²⁰⁵. Bu yaklaşım bir adım ileriye taşınarak, bu “yeni” statünün “vatandaşlık” olması gerektiği savunulabilir.

C. Haklı Beklenti ve Vatandaşlık Hakkına Etkisi

Haklı beklenti ilkesi –legitim expectations (İng.), Vertrauensschutz (Alm.)- Türk idare hukuk sistemi açısından belirli ve yerleşmiş bir ilke olmamıştır²⁰⁶. Türk hukuk doktrininde haklı beklenti ilkesine klasik yaklaşım, kazanılmış hak ile bir kıyaslama yapılarak, haklı beklentinin oluşup oluşmadığının tespiti ve daha çok kazanılmış hak kapsamında değerlendirilemeyen, ancak hukuk sistemine duyulan güvenden kaynaklanan beklentiler olarak değerlendirilmeye uygun bir takım durumların korunması için başvurulmuş bir ilke olduğudur²⁰⁷. Haklı beklenti ilkesi, bireyler ve idare arasındaki ilişkide, özellikle idarenin doğal olarak zamanla değişen politikaları doğrultusunda sistemin işleyişinde düzenlemeler yapabilmesi ile bireyin, idarenin olağan işleyişinden kaynaklanan beklentilerinin karşılanacağı yönündeki güveninin korunması arasındaki çatışmanın çözülmesine yönelik olarak geliştirilmiştir²⁰⁸. Alman idare hukukunda, *haklı beklenti* –aslında daha çok *güvenin korunması* (Vertrauensschutz)- somut olaylara özgü olarak, *bireyin bir takım çıkarları* ile *kamusal çıkarlar* arasındaki çatışmanın yargı yerince hassas biçimde tartışılarak çözülmesinde bir *ölçüt* olarak ortaya çıkmaktadır²⁰⁹. İdari yargı yerleri

²⁰⁵ http://www.g20-insights.org/policy_briefs/building-global-governance-climate-refugees/ ; erişim tarihi: 07.04.2017.

²⁰⁶ Konumuz açısından önemli olan idare hukuku açısından haklı beklenti ilkesidir. Haklı beklenti kavramını detaylı bir biçimde irdeleme çalışmanın amacını aşmaktadır. Haklı beklenti kavramı hakkında yazılmış kapsamlı çalışmalar için bkz. Yücel OĞURLU, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklenti Sorunu**, Seçkin, Ankara, 2003; Selçuk GİŞİ, **Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi**, XII Levha Yayınları, 2017; Selman Sacit BOZ, **İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, Mayıs 2017.

²⁰⁷ Engin SAYGIN, “Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk Ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, **TBB Dergisi**, 2016 (126), s. 211-234; s. 231.

²⁰⁸ Robert THOMAS, **Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law**, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2000, s. 41.

²⁰⁹ Klaus RENNERT, “Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht”, Vortraganlässliches Seminars zum Vertrauensschutz der Association of Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union (ACA-Europe), Vilnius, Litauen, 21 Nisan 2016, s. 2; buna ilaveten güvenin korunması ilkesi, Alman vergi hukukunda vergi yasalarının gerçek olmayan şekilde geriye yürütmesi halinde bireyin çıkarlarını korumak

böylesine bir çatışmayı çözerken, bireyin haklı beklentilerine ne derece saygı duyulacağı ile, kamu yararına birey karşısında öncelik tanınması konusundaki gerekçeleri titiz bir biçimde irdeleyecektir²¹⁰. Bu durumda bireylerin her “beklentisi” ya da “güveni” korunmaya uygun değerdir²¹¹.

Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde de haklı beklenti, bir kamu otoritesinin takdir yetkisinden kaynaklanan gücünü kullandığı her durumda, bu gücün kullanımından dolayı çıkarları zedelenecek etkilenecek olan bireylerin aklında oluşacak olan bir kavram olarak değerlendirilmekte²¹² ve koruma açısından usuli ile maddi haklı beklenti biçiminde bir ayrıma tabi olmaktadır²¹³. Bunlardan özellikle haklı beklentinin maddi açıdan korunması, idarenin sahip olduğu *takdir yetkisini*, yine idarenin sebep olduğu *beklenti yönünde kullanması* anlamına geleceğinden oldukça tartışmalı hususları barındırmaktadır²¹⁴. Bir insan hakkı olarak vatandaşlığın savunulmasında ise *maddi açıdan haklı beklentinin korunması* hususu gündeme gelmektedir. Yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınma yolunda, kanunda öngörülen tüm şartları sağlayan bir kişiyi vatandaşlığa alma konusunda *takdir yetkisini* kullanacak olan makamın takdir yetkisinin bir sınırı olarak haklı beklenti ölçütünün kullanılması şimdilik mümkün görünmemektedir. Ancak, ülkede belli bir süreden beri yaşayan ve vatandaşlığa alınmayı bekleyen göçmenlerin, sonradan vatandaşlığa alınma ile ilgili yasal düzenlemelerin değişmesi durumunda, haklı beklentilerinin varlığından söz edilip edilemeyeceği tartışılabilir.

için bir ölçüt olarak da kullanılmaktadır. Gerçek olmayan geriye yürümelerde, hukuki eylem, işlem ya da durum, ilgili yasa yürürlüğe girmeden önce başlamış ancak yeni yasa yürürlüğe girdikten sonra halen devam etmektedir ve bu nedenle yürürlüğe giren vergi kanunları söz konusu hukuki durumlara da etki edecektir. İşte bu gibi durumlarda bireylerin idari sisteme ve hukuk sistemine duyduğu güvenin korunması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda, Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1971 yılında verdiği bir kararda, Batı Berlin’i ekonomik açıdan geliştirme amacı ile yürürlüğe konulan Berlin’i Geliştirme Kanunu (Berlinhilfegesetz) ile vergi kanunlarında yapılan bir değişiklikle, Berlin sigara endüstrisinin faaliyet gösterdikleri alandaki idari işleyişe duyulan güvenin zedelenip zedelenmediğini irdelemiştir. Söz konusu kararda göze çarpan husus, kamu yararı ile özel yarar arasındaki çatışmanın, güvenin korunması ilkesi aracılığıyla irdelenip çözülmeye çalışılmasıdır; BVerfG, 23.03.1971 - 2 BvL 17/69.

²¹⁰ THOMAS, s. 41.

²¹¹ RENNERT, s. 2.

²¹² Raymond E. YOUNG, “Legitimate Expectations: Judicial Review of Administrative Policy Action” (1986) 44 The Advocate, 814’den aktaran: Debra SHAPIRO, “Legitimate Expectation And Its Application to Canadian Immigration Law”, **Journal of Law and Social Policy**, Vol. 8, 1992, s. 282-297, s. 282.

²¹³ BOZ, s. 177-178; SAYGIN, s. 221-222.

²¹⁴ BOZ, s. 194; haklı beklenti hakkında lehte ve aleyhteki görüşler için bkz. BOZ, s. 194-201.

Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde haklı beklenti ölçütü ilk olarak özellikle göç ve vatandaşlık hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda ortaya çıkmaya başlamıştır. Haklı beklenti ölçütü ilk olarak 1969 yılında Birleşik Krallık'ta, Schmidt-İç İşleri Bakanlığı (Secretary for Home Affairs) davasında gündeme gelmiştir. Söz konusu ilke, davada daha çok usuli anlamda kullanılmıştır. Uyuşmazlığa konu olan olaydaki yabancı öğrencinin, “sınır dışı edilmeden önce resmi makamlar önünde dinlenilmesi yönünde bir ‘hakkı ya da çıkar’ı ya da ‘haklı beklentisinin’ olduğu ve bunun kişiye tanınmamasının adil olmadığı” savunulmuştur²¹⁵.

İdare hukuku alanında zaman zaman başvuru ve bir takım ölçütlere bağlanan²¹⁶ haklı beklentinin konumuz açısından önemi, herhangi bir kişinin bir devletin vatandaşlığına alınması açısından haklı beklentisinin oluşup oluşmadığı ya da böyle bir beklentinin tanınıp tanınmayacağı hususudur. Shapiro, haklı beklentinin özellikle göç hukuku alanında belirgin olarak ortaya çıkan bir ilke olduğunu belirtmektedir. Buna ek olarak Shapiro, göçmenlerin genellikle vatandaşlara kıyasla, haklar bakımından daha çok korunmaya muhtaç bir grup olmaları ve geleceklerinin ülkelerdeki göç idarelerinin tutumuna bağlı olmaları nedenleriyle haklı beklentinin bu kişiler açısından bir koruma sağlayabileceğini savunmaktadır²¹⁷. Ancak yine de bir göçmenin bir devlete yerleştikten sonra vatandaşlık ve yabancılara ilişkin kanunlarında yapılan değişiklikler açısından haklı beklenti ilkesini ileri sürüp süremeyeceği konusunda tereddüt bulunmaktadır. Özellikle vatandaşlık ve göç alanında, “bir yabancı”, “üyyesi olmadığı” bir hukuk sistemine güveninin korunmayacağı; göç ve vatandaşlık hukukunda haklı beklentiden çok kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ve özellikle ülkeye yasa dışı yollardan girmiş olanlar açısından ya da kanuna aykırı diğer durumların varlığında beklentilerinin “haklı” olmadığına ilişkin kabuller dikkati çekmektedir²¹⁸. Ancak bu hususta aksi yönde kararlar

²¹⁵ Schmidt v. Secretary for Home Affairs Davası, 1969.

²¹⁶ İlgili ölçütler için bkz. BOZ, s. 219-332.

²¹⁷ SHAPIRO, s. 297.

²¹⁸ Özellikle Anglo-Sakson sisteminde gündeme gelen göç ve vatandaşlık hukuku alanında ilişkin dava analizleri için bkz. SHAPIRO; John HLOPHE, “Legitimate Expectation and Natural Justice: English, Australian and South African Law”, **The South African Law Journal**, Vol. 104, Issue. 1, 1987, s. 164-185;

AIHM kararlarından örnekler için bkz. MATIAS, s. 197-203;

vatandaşlığın kazanılması konusunda kanuna aykırılık teşkil eden bir durumun varlığı halinde, güvenin korunması ilkesinin uygulanmayacağına ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Beschluss vom 08. Dezember 2006 - 2 BvR 1339/06.

da mevcuttur. Örneğin 1983 tarihli Attorney General of Hong Kong - Ng Yuen Shiu kararında mahkeme, yasa dışı göçmenler üzerine bir politika değişikliği nedeniyle hakkında sınır dışı kararı verilen Ng'nin, "önceden kaçak göçmenler ile ilgili ilan edilen prosedüre uyulmamasının haklı beklentisini ihlal edeceği" yönündeki savunmasını kabul etmiştir²¹⁹.

Haklı beklenti ilkesinin vatandaşlık hukuku açısından kullanılması konusunda, yabancı bir devlette ikamet eden bir göçmenin, ilgili devletin yasalarına göre hiçbir zaman vatandaş olamayacak olmasını bilmesi gerektiği ya da biliyor olduğu durumlar açısından da bir tereddüt yaşanmaktadır. Matias, devletlerin göç yasalarında vatandaşlığa alınmayı zorlaştıran bir takım değişiklikler yaparak, bunu hali hazırda vatandaş olmak için başvurmuş kişilere uygulamalarının, haklı beklenti ilkesinin ihlali sayılabileceğini savunmaktadır²²⁰. Buna ek olarak Matias, "beklenti"nin "haklı" olmasının yalnızca "yasallık" ile ölçülmemesi gerektiğini, kişinin beklentisine odaklanılmasının daha doğru bir yaklaşım olacağını ve ülkede uzun zamandır ikamet eden, ailesini ve iş düzenini oturtmuş olan bir göçmen ile ülkeye yeni girmiş bir göçmenin vatandaşlığa alınması konusundaki beklentilerinin aynı olmadığına dikkati çekmektedir. Bu durumda ülkeye yeni girmiş bir göçmen ile ülkede uzun yıllar ikamet etmiş bir göçmenin beklentisini aynı oranda değerlendirmek, ülkede uzun süre yaşayan açısından hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edecektir. Öte yandan, uzun süreli ikametlerde beklenti tek taraflı bir olgu olarak ortaya çıkmamakta; devletin bir takım eylemleri sonucu kişide oluşmaktadır. Bu nedenle ülkeye yasa dışı yollardan girmiş olsa dahi, kimi kişilerin beklentisi "haklı" olmuş olabilir. Bu durumların her olaya özgü ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir²²¹. Son olarak Matias, bu alanda ölçülülük ilkesinin, iyi niyetin, hukuki belirlilik ilkesinin ve beklentinin birbirine sıkı sıkıya bağlı olduklarını ve bunların devletin mutlak yetkisini sınırlayan ilkeler olduğunu, vatandaşlığın bir hak olarak tanınması için kullanılabilmeye uygun olduklarını ve hiç olmazsa gelecekte böyle bir argüman için kapı araladıklarını belirtmektedir²²².

Haklı beklentiler ve vatandaşlığa alınma konusu daha çok dava-temelli işleyen Anglo-Sakson hukuk sistemlerindeki yargulamalarda gündeme gelmektedir. Yasa temelli işleyen Kıta-Avrupası sistemlerinde vatandaşlık huku-

²¹⁹ BOZ, s. 386.

²²⁰ MATIAS, s. 201.

²²¹ MATIAS, s. 201-202.

²²² MATIAS, s. 203, 228-233.

ku alanında sıkı bir kanunilik esas olduğundan haklı beklentinin vatandaşlığa alınmada bir ölçüt olarak kullanılması şimdilik pek mümkün görünmemektedir. Ancak burada hiç olmazsa; vatandaşlık alanındaki uyumsuzluklarda haklı beklenti ölçütünün dikkate alınmamasının, devletlerin vatandaşlık hukuku alanındaki egemenlik yetkilerinin mutlaklığa varabilen sınırsızlığı karşısında, vatandaş olmayı bekleyen insanları, hayatları ve gelecekleri açısından öngörülemez bir durumla karşı karşıya bırakacağı söylenebilir.

Sonuç

Vatandaşlığın bir insan hakkı olarak tanınması, devletlerin vatandaşlık ile ilgili işlerde, belli grup ve durumlara ilişkin olarak tek taraflı karar verebilme gücünü ve bu alandaki egemenlik haklarını belli ölçüde de olsa kırmış ve devletlerin vatandaşlık statüsü ile ilişkili kişinin kişisel çıkarlarını da göz önünde bulundurması yönünde bir eğilim oluşturmuştur. Çünkü vatandaşlık bir bireyi yalnızca bir devlete değil, aynı zamanda uluslararası hukuka da bağlamaktadır²²³. Spiro, özellikle uluslararası hukukta vatandaşlık alanındaki düzenlemelerin bir “uluslararası vatandaşlık hukuku” oluşturduğunu; bu alanda devletlerin egemenliklerini korumakla birlikte, hiç olmazsa artık uluslararası hukukun, devletlerin vatandaşlık alanında egemenlikten kaynaklanan yetkilerine meşruiyet sağlayan bir kalkan olmayacağını vurgulamaktadır²²⁴.

Vatandaşlık hakkının kapsamı iki temel ilke ile belirlenmektedir: Bunlardan ilki herkesin bir vatandaşlığı olmasıdır; ikincisi de kimsenin keyfi olarak vatandaşlığından veya vatandaşlığını değiştirme hakkından mahrum bırakılamayacağıdır.

Birinci ilke açısından uluslararası belgelerin vatansızlığın önlenmesini ve özellikle çocukların yüksek yararını korumayı amaçladıkları söylenebilir. Nitekim her iki grubun da korunması birer uluslararası teamül ilkesi haline gelmiştir. Ancak söz konusu ilke doğrultusunda ius nexi ölçütü ile haklı beklenti ölçütünün uygulanması şimdilik herhangi bir kişiye vatandaşlık hakkı verilmesi için yeterli gerekçeler olmaktan uzaktır. Bununla birlikte vatandaşlık hakkını kuramsal olarak ortaya koyan fikirler ile “iklim değişikliği vb. nedenlerle artık geri dönemeyecek toplulukların” ortaya çıkması gelecekte böyle bir hakkın tanınması için doktrinde bir kapı aralamıştır. Nitekim AIHM'nin

²²³ SPIRO, s. 717; Özellikle Avrupa Birliği hukukunun gelişimi, AB üyesi ülkelerdeki vatandaşlara, kendi ülkelerindeki hakların yanında AB hukuku çerçevesinde de bir dizi hak tanımaktadır; bkz. SPIRO, s. 717.

²²⁴ SPIRO, s. 746.

son dönem kararlarında, AİHS’de yer almasa da, vatandaşlığın hak boyutuna atıf yapılmaktadır.

İkinci ilke, vatandaşlıktan çıkartma konusunda devletler açısından “keyfi” davranma yasağı öngörmektedir. Burada özellikle vatansızlığın önlenmesi amacıyla yola çıkarak, kişilerin vatansız kalacağı hallerde her ne olursa olsun onları vatandaşlıktan çıkartmanın keyfi davranma yasağının ihlali sayılacağı ileri sürülmektedir²²⁵. Vatansızlıkla sonuçlanacak her vatandaşlıktan çıkartma kararının *doğrudan ve tek başına* keyfi davranma yasağının ihlali sayılması fikrine tamamen katılmak mümkün olmamakla birlikte, burada söz konusu ölçüte *ek olarak* devletler arasındaki dostane ilişkilerin ihlalinin, keyfi davranmayı sınırlamada bir ölçüt olarak kullanılabileceği söylenebilir. Yine, yukarıda belirtildiği gibi kişilerin vatansız kalıp kalmamasına bakılmaksızın vatandaşlıktan çıkartma kararı verilmesi, bir devletin kendi ‘kötü’ vatandaşlarının sorumluluğunu, diğer devletler üzerine yıkması anlamına da gelmekte ve sınır dışı edilmeleri durumunda ise, başka devletlerin ülkesi üzerindeki egemenlik haklarına da bir müdahale teşkil etmektedir. Vatandaşlığı kaybettirilen kişilerin sınır dışı edilmesi imkanı olmadığı bu kişilerin vatandaşlıktan çıkartılmamaları gerektiği de savunulmaktadır²²⁶. Bu açıdan keyfi davranma yasağının bir ölçütü olarak *vatansızlığı önleme* ile, vatandaşlığın *kaybettirilme gerekçelerinin önceden objektif olarak belirlenmiş olması, uluslararası dostane ilişkilerin sürdürülmesi, başka devletlerin egemenlikten kaynaklanan haklarına saygı gösterilmesi ve ölçülülük* ilkelerinin birlikte ele alınması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Terör eylemleri gibi kamu güvenliğinin ön planda olduğu ve vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler söz konusu olduğunda oldukça titiz davranılması gerekmektedir. Uluslararası hukukta vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler, vatandaşlık hakkının bir sınırı olarak çoğu sözleşmede yer almaktadır ve vatandaşlık hakkı mutlak bir hak olarak değerlendirilmemektedir. Haklar daima bir toplumu oluşturan kişilerin gereksinimleri ile bir devletin ya da toplumun bir bütün olarak var olabilme hakkı çerçevesinde ele alınırlar²²⁷. Bu açıdan terör eylemleri gibi kamu güvenliğini tehdit eden ve bir bütün olarak devletin varlığını yok etmeye yönelik eylemler sonucunda vatandaşlıktan çıkartmanın hiç olmazsa ceza kanunlarında öngörülebileceği ve bu türden

²²⁵ GANCZER, s. 31.

²²⁶ GROSS, s. 121.

²²⁷ GROSS, s. 63.

eylemler sonucunda vatandaşlığın kaybettirilmesinin bir idari karar ile değil, bir ceza olarak, etkin bir yargılama sonucunda yargı yerlerince verilebileceği; bu şekilde kişi hak ve özgürlüklerinin daha iyi bir korumaya sahip olabileceği önerilmiştir²²⁸. Ancak yine de çözümü, siyasetin doğası ve anlamıyla şekillenecek bu zor sorun hakkında, vatandaşlık hakkının kapsamı olarak tartıştığımız “kimsenin keyfi olarak vatandaşlığını bırakmaya zorlanamaması” ilkesinin bir anlam ifade edebilmesi için, devletlerin özellikle vatandaşlıktan çıkartma ya da vatandaşlık başvurularının reddi kararlarına karşı etkili bir yargı yolu öngörmüş olmaları gerekmektedir. Yargı yolunun etkili olması ise, vatandaşlığa ilişkin tüm kararlara karşı yargı yolunun açık olması gerekliliğini ve yargılamada ölçüt olarak kullanılacak ilkelerin belirli olmaları gerekliliğini ifade etmektedir²²⁹. Vatana sadakat ödevi ile bağdaşmayacak eylemlerden ötürü vatandaşlığın kaybettirilmesi kararlarının ise demokratik bir hukuk devletinde “hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte kanıtlara” dayanılarak verilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda yargı yerlerinin somut olayın koşulları doğrultusunda bireyin *kişi hak ve özgürlükleri ile kamu güvenliği arasındaki hassas dengeyi sağlamaya özen gösteren* bir yaklaşım sergilemeleri şimdilik en anlamlı çözüm olacaktır.

Vatandaşlık hukuku alanında geçerli olan keyfi davranma yasağı ile yurarda sayılan ölçütlere uygun davranma, devlet egemenliğinin fiili boyutunu ve kapasite sorununu gündeme getirmektedir. Hukuki olarak vatandaşlık, münhasıran devletin egemenliğinin düzenleme ve karar alanı içerisinde yer almaktadır. Ancak 21. yüzyılın meşruiyet ölçütleri olan insan onuruna dayalı

²²⁸ GROSS, s. 121.

²²⁹ Örneğin, 403 sayılı TVK döneminde Türkiye’de, Bakanlar Kurulu kararı ile 10.10.1983 tarihli ve 83/7229 sayılı “çok gizli” işaretli, Vatandaşlıkla İlgili Kanunların Uygulanmasına İlişkin Yönerge yayımlanmıştı. Yargı yerleri kimi zaman vatandaşlık verilmesi konusunda devlet egemenliği ve milli güvenliğe vurgu yaparak ilgili Yönerge uyarınca ret kararı vermektedirler. Bu durumda ölçütler muğlaklaşmaktaydı. DOĞAN, s. 71-72; İlgili davalar için bkz. EKŞİ, (2008); örneğin bir davada Danıştay, “...*Türk vatandaşlığına alınma işlemlerinde idareye 403 sayılı Yasa ile tanınmış olan takdir yetkisi, devletin hükümlerle uyarınca el konulan taşınmazı bulunan Suriye uyruklu kişilerin vatandaşlığa alınma istemleri, el koyma kararı kaldırılncaya kadar kesinlikle reddedilmektedir. Davacılar murisi tarafından vatandaşlığa kabul istemiyle yapılan başvuru üzerine, vatandaşlığa kabul kararı verilmiş ise de, yeniden yapılan inceleme sonucunda Suriye uyruklu davacının el konulan taşınmazının varlığının tespiti üzerine, vatandaşlığa kabul kararının iptali yoluna gidilmesine mevzuata aykırılık söz konusu olmadığı gibi dava konusu işlem devletin siyasi çıkarları dikkate alınarak, yasanın verdiği takdir yetkisine dayanılarak tesis edilmiş bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle, hukuki dayanağı bulunmayan davanın reddine...*” Danıştay 10. D., E. 1994/1028, K. 1995/6169, K.T. 28.11.1995.

olma ve hukukun üstünlüğü fikirleri, egemenliği fiili olarak sınırlandırmakta ve devletlerin hukuken sahip olduğu bazı yetkileri kullanma kapasitelerini daraltmaktadır. Bu doğrultuda devletlerin, vatandaşlık hukuku alanındaki kararları, vatansızlığı önleme ilkelerine, çocuğun üstün yararı ilkesine, vatandaşlığın kaybettirilme gerekçelerinin önceden objektif olarak belirlenmiş olması ilkesine, uluslararası dostane ilişkilerin sürdürülmesi ilkesine, başka devletlerin egemenlikten kaynaklanan haklarına saygı gösterilmesi ilkesine ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığında uluslararası alanda bir meşruiyet sorununu da beraberinde getirecektir. Bununla birlikte, gelecekte vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi alanında, devletin egemenlik hakkının ötesinde bir başka kaynağın mümkün olup olamayacağı sorusuna yanıt verebilmek için kamu hukukunda haklı beklenti ölçütünün bir kurum olarak gelişmesi izlenmeli ve gerek ulusal, gerekse uluslararası yargı yerlerinin vatandaşlık, mülteciler, yabancılar ve göç hukuku alanlarında haklı beklenti ölçütüne atfettiği değer ve anlam dikkatle takip edilmelidir.

KAYNAKLAR

- AĞAOĞULARI, Mehmet Ali: **Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği**, 1. Baskı, İmge Kitabevi, 1. B., Şubat, 2006.
- AHMED, Farhaan Uddi: “Diplomatic Protection for the Stateless Rohingya-The UN’s Capability to Defend Citizens of the World”, 22 Mart 2017; erişim adresi: <https://www.policyforum.net/diplomatic-protection-for-the-stateless-rohingya/> ; erişim tarihi: 22.01.2018.
- ARENDDT, Hannah: **The Origins of Totalitarianism**, A Harvest Book Harcourt Brace & Company, San Diego, New York, London, 1979.
- ATASÜ TOPLCUOĞLU, Reyhan: “Göç Yazınındaki Düzenli ve Düzensiz Göç Kavramları: İnsan Hakları Temelinde Bir Kavramsal Sorgulama”, **İnsan Hakları Yılığ**, Cilt 34, Yıl: 2016, TODAİE Yayınları, s.1-20.

- AYBAY, Rona: **Vatandaşlık Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Ocak 2006.
- BAUBÖCK, Rainer / PASKALEV, Vesco: “Citizenship Deprivation A Normative Analysis”, **CEPS Papers in Liberty and Security in Europe**, No. 82/March 2015, CEPS, 2015.
- BAUBÖCK, Rainer: “Citizenship and Migration-Concepts and Controversies”, **Migration and Citizenship, Legal Status, Rights and Political Participation**, (Editör: R. Bauböck), Amsterdam University Press 2006.
- BAUBÖCK, Rainer: “Stakeholder Citizenship and Transnational Political Participation: A Normative Evaluation of External Voting”, **Fordham Law Review**, Vol. 75, Issue 5, 2007, s. 2393-2448.
- BENHABIB, Seyla: **The Rights of Others, Aliens, Residents and Citizens**, Cambridge University Press, 2004.
- BERKİ, Osman Fazıl: “Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kaybı”, **AÜHFD**, S. 1-4, 1975, s. 117-134.
- BOZ, Selman Sacit: **İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, Mayıs 2017.
- BULLIS, Ronald K.: “The Convention on the Rights of the Child: A Young Legal Regime for the World’s Youngest Citizens”, **Child and Adolescent Social Work**, Volume 8, Number 3, June 1991, s. 239-251.
- BØ, Bente Puntervold: “Asylum and Refugees”, **The Philosophy of Law, Encyclopedia**, Editor: Christopher Berry Gray, Vol. I, Garland Publishing, Inc., New York & London, 1999, s. 57-59.
- BRANDVOLL, Jorunn: “Deprivation of Nationality: Limitations on Rendering Persons Stateless under International Law”, İçinde: **Nationality and Statelessness under International Law**, Editörler: Alice Edwards, Laura van Waas, Cambridge University Press, 2014.
- BRUBAKER, Rogers: **Citizenship and Nationhood in France and Germany**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1994.
- CHAN, Johannes M. M.: “The Right to a Nationality as a Human Right”,

Human Rights Law Journal, Vol.12, No. 1-2, 1991, s. 1-14.

ÇELİKEL, Aysel: **Yabancılar Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997.

DE GROOT, Gerard-René: “Children, Their Right to a Nationality and Child Statelessness”, İçinde: **Nationality and Statelessness under International Law**, Editörler: Alice Edwards, Laura van Waas, Cambridge University Press, 2014.

DEMOUBOUR, Marie-Bénédicte: “Ramadan v. Malta: When will the Strasbourg Court understand that nationality is a core human rights issue?”; erişim adresi: <https://strasbourgobservers.com/2016/07/22/ramadan-v-malta-when-will-the-strasbourg-court-understand-that-nationality-is-a-core-human-rights-issue/> ; erişim tarihi: 07.01.2018.

DOĞAN, Vahit: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2015.

EKŞİ, Nuray: **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, 2. Baskı , Beta, İstanbul, Ekim 2014.

EKŞİ, Nuray: **Danıştay Kararları Işığında Türk Vatandaşlığı Kanununa İlişkin İdari Davalar**, Arıkan Basım Yayın, 2008.

ENGELLEN, Ewald: “How to Combine Openness and Protection? Citizenship, Migration, and Welfare Regimes”, **Politics&Society**, Vol. 31 No. 4, Aralık 2003, s. 503-536.

ERDEM, Bahadır: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 6. Baskı , Beta, 2017.

EROĞUL, Cem: **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ekim 1999.

ERÖZDEN, Ozan: **Ulus-Devlet**, Dost Kitabevi, Ankara 1997.

ERTEN, Rıfat: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı: 4, Güz 2008, s. 36-61.

FINDLAY, Allan M., “Migrant Destinations in an Era of Environmental Change”, **Global Environmental Change**, Vol. 21, Supplement 1, Aralık 2011, s. 50-58

- HLOPHE, John: “Legitimate Expectation And Natural Justice: English, Australian And South African Law”, **The South African Law Journal**, Vol. 104, Issue. 1, 1987, s. 164-185.
- HOBSBAWM, Erich J.: **1780’den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik, “Program, Mit, Gerçeklik”**, 1. Baskı, Ayrıntı Yayınları, Temmuz 1993.
- HOOKER, Charles H.: “The Past as Prologue: Schneiderman v. United States and Contemporary Questions of Citizenship and Denationalization”, **Emory International Law Review**, Vol. 19, 2005, s. 305-382.
- GANCZER, Mónika: “The Right to a Nationality as a Human Right?” İçinde: **Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2014**, Eleven International Publishing, The Hague, 2015, s. 15-33.
- GELLNER, Ernest: **Uluslar ve Ulusçuluk**, 3. Baskı, Hil Yayın, Çev: Büşra Ersanlı-Günay Göksu Özdoğan, Mayıs 2013.
- GRANT, John P. / BARKER, J. Craig: “The Harvard Research: Genesis To Exodus And Beyond”, İçinde: **The Harvard Research In International Law: Contemporary Analysis And Appraisal**, Editörler: John P. Grant, J. Craig Barker, 2007, s. 1-40.
- GÜNGÖR, Gülin: **Tabiiyet Hukuku-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GÜZEL, Oğuzhan: “Danıştay Kararları Işığında Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.25, S.2, 2017, s.217-247.
- GROSS, Emmanuel: “Defensive Democracy: Is it Possible to Revoke the Citizenship, Deport, or Negate the Civil Rights of a Person Instigating Terrorist Action against his own State”, **UMKC Law Review**, Vol. 72, Fall 2003, s. 51-122.
- KAPANİ, Münci: **Politika Bilimine Giriş**, 11. Baskı, Bilgi Yayınevi, Kasım 1999.
- KARAKOÇ, İrem: **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü**, Yetkin Yayınları, 2012, s. 27-38.
- KHASRU, Syed Munir / MAHMUD, Kazi Mitulv / NAHREEN, Avia:

“Forced Migration The G20 Countries Should Assume Leadership of the Forced Migration Crisis and Mitigate the Deficiencies of the Existing Governance System”, G20 Insight, 23 February 2017, s. 4; http://www.g20-insights.org/policy_briefs/g20-countries-assume-leadership-forced-migration-crisis-mitigate-deficiencies-existing-governance-system/ .

KUNZ, Jozef: “The Nottebohm Decision”, **American Society of International Law**, Vol.54, No.3, 1960, s. 550-551.

LAVI, Shai: “Citizenship Revocation As Punishment: On The Modern Duties Of Citizens And Their Criminal Breach”, **The University of Toronto Law Journal**, Vol. 61, No. 4, Constitutionalism and the Criminal Law, Fall, 2011, s. 783-810.

LOPEZ, Gerald: “Undocumented Mexican Migration: In Search of a Just Immigration Law and Policy” **UCLA LawReview**, Vol. 28, 1981, s. 615–714.

MATIAS, Gonçalo: **Citizenship as a Humna Right-The Fundamental Right to a Spesific Citizenship**, Palgrave Macmillan, 2016.

NALÇACIOĞLU ERDEN, Hümeyra Zeynep: “Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptalinde Süre”, **MHB**, Yıl 36, Sayı 1, 2016.

NOMER, Ergin: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

ODMAN, Tevfik: **Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku**, Çağ Üniversitesi, Çukurova Ofset, 1. B., Adana, 2011.

OYTUN, Orhan: “Suriyeli Sığınmacıların Türkiye’ye Etkileri”, erişim adresi: <http://www.aljazeera.com.tr/gorus/suriyeli-siginmacilarin-turkiyeye-etkileri> ; erişim tarihi: 11.01.2018.

ÖZTÜRK, Necla: “Yabancıların Yerel Seçimlerde Oy Kullanma Hakkı”, **MHB**, Yıl 33, Sayı 1, 2013, s. 125-168.

ÖZTÜRK YILMAZ, Necla: “5543 Sayılı İskân Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması”, **TBB Dergisi**, Sayı 68, 2007, s. 241-264.

PIERSON, Christopher: **Modern Devlet**, 2. Baskı, Çiviyazıları Yayınevi,

(Çev: Neşet Kutluğ-Burcu Erdoğan, İstanbul 2014.

RANDELZHOFFER, Albrecht: “Nationality”, **Encyclopedia Of Public International Law-8-Human Rights and the Individual In International Law, International Economic Relations**, Newyork, 1991.

RENAN, Ernest: **Nutuklar ve Konferanslar, “Millet nedir?”**, (Çev: Ziya İhsan), Sakarya Basımevi, Ankara 1946, s. 103-124.

RENNERT, Klaus: “Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht”, Vortragsanlassliches des Seminars zum Vertrauensschutz der Association of Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union (ACA-Europe), Vilnius, Litauen, 21 Nisan 2016.

SAYGILI, Abdurrahman: “Modern Devletin Beden İdeolojisi Üzerine Bir Deneme”, **AÜHFD**, Sayı: 54, Cilt: 3, Yıl: 2005, s. 323-340.

SAYGIN, Engin: “Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk Ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, **TBB Dergisi**, 2016 (126), s. 211-234.

SHACHAR, Ayalet: **The Birthright Lottery, Citizenship and Global Inequality**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2009.

SHAPIRO, Debra: “Legitimate Expectation And Its Application To Canadian Immigration Law”, **Journal of Law and Social Policy**, Vol. 8, 1992, s. 282-297.

SPIRO, Peter J.: “A New International Law of Citizenship”, **The American Journal of International Law**, Vol. 105, No.4, Kasım 2011, s. 694-746.

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

THOMAS, Robert: **Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law**, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2000.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, **MHB**, Yıl: 2002, Sayı: 22, s. 791-818.

ULUOCAK, Nihal: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Filiz Kitabevi, 1984.

- UZUN, Turgay: “Ulus, Milliyetçilik ve Kimlik üzerine Bir Değerlendirme”, **Doğu-Batı Düşünce Dergisi**, “Kimlikler”, Yıl: 6, Sayı: 23, Mayıs, Haziran, Temmuz 2003, s. 131-154.
- VENTURI, Robert, **Complexity and Contradiction in Architecture**, The Museum of Modern Art, 2nd Edition, New York, 1992
- WEIS, Paul: **Nationality and Statelessness in International Law**, Second Edition, Sijdhoff & Noordhoff, 1979.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: **Kamu Hukukuna Giriş, Devlet Tanım-Kaynak-UNSURLAR**, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- ZIEMELE, Ineta: “Article 7, The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents”, **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Editörler: André Alen, Johan Van de Lanotte, Eugeen Verhellen, Fiona Ang, Eva Berghmans and MiekeVerheyde, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007.
- ZIPPELIUS, Reinholdt: **Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft)**, Elfte neubearbeitete Auflage, C.H. Beck’che Verlagsbuchhandlung, München, 1991.

