

**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, Nisan 2018, Sayı 2**

**Vol. XXII, April 2018, No. 2**

---

**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 yayınlanır. 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  
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE  
TEL: +90 312 216 20 72 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://hukuk.ahbv.edu.tr/>  
e-posta: [hukukdergi@hbv.edu.tr](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr), [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com), [hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr)

**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. Yedigörmüş 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 AĐLAR

**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](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 almazdır. 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 Metroyu 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](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr), [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com),  
[hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto: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**, 2<sup>nd</sup> 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](mailto:hukukdergi@hbv.edu.tr), [dergihukuk2013@gmail.com](mailto:dergihukuk2013@gmail.com),  
[hukukdergi@gazi.edu.tr](mailto:hukukdergi@gazi.edu.tr).

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

**Cilt XXII**

**Nisan 2018**

**Sayı 2**

**İ Ç İ N D E K İ L E R**

**MAKALELER\***

**ÖZEL HUKUK**

Türkiye’de Katılım Sigortacılığı

**Mehmet Ali AKSOY ..... 3-36**

Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyelerinin

Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı

**Ebru DEMİRCİ ..... 37-74**

**KAMU HUKUKU**

Uluslararası Adalet Divanı’nın Reform İhtiyacı

**Esra ATA..... 77-110**

Türk Ceza Kanunu ve Roma Statüsünde Düzenlenen

Uluslararası Suçlara Yönelik Uluslararası Yargı

Organlarının Kararları Işığında Karşılaştırmalı Analiz

**Zeynep ERHAN ..... 111-136**

Hukukta Yaşlı Ve Yaşlılara Sunulan Sosyal Hizmetlerin

İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

**Çınar Can EVREN ..... 137-184**

1919 Meclis-İ Mebusan Seçimlerinin

“Kurucu Meclis Oluşturucu” Niteliği

**Mehmet Faruk KOÇAK ..... 185-214**

\* Makaleler, birinci yazarlarının unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

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

**Vol. XXII**

**April 2018**

**Number 2**

**C O N T E N T S**

**ARTICLES\***

**PRIVATE LAW**

*Participation Insurance In Turkey*

**Mehmet Ali AKSOY ..... 3-36**

*Prohibition Of Being Indebted For Board Members  
Of A Legal Person To The Joint Stock Company*

**Ebru DEMİRCİ ..... 37-74**

**PUBLIC LAW**

*The Need For Reform Of The International Court Of Justice*

**Esra ATA ..... 77-110**

*Core International Crimes In Turkish Criminal Law And  
The Rome Statute A Comparative Analysis In  
The Light Of International Jurisprudence*

**Zeynep ERHAN ..... 111-136**

*Elderly In Law And The Evaluation Of The Social Services  
Offered To Seniors In The Context Of Administrative Law*

**Çınar Can EVREN ..... 137-184**

*The 'Constituent Assembly-Forming' Characteristic  
of 1919 Elections for Ottoman Chamber of Deputies*

**Mehmet Faruk KOÇAK..... 185-214**

---

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



**ÖZEL HUKUK >>**

BOŞ



## TÜRKİYE'DE KATILIM SİGORTACILIĞI

Mehmet Ali AKSOY\*

### ÖZ

1980'den beri Katılım sigortacılığı özellikle Malezya olmak üzere Müslüman ülkeler yanında Avrupa Ülkeleri ve ABD'de uygulanmaktadır. Türkiye'de katılım sigortacılığı uzun yıllardır uygulanmasına rağmen 2017 yılında katılım sigortaları yönetmeliği ile ilk kez mevzuata girmiştir. Katılım sigortacılığındaki risk, sigortacı tarafından üstlenilmemekte, katılımcılar arasında paylaştırılmaktadır. Bu amaçla risk fonu ile sermayedar fonu ayrılmakta ve sigortacı tarafından risk fonun idaresi üstlenilmektedir. Ayrıca fon, katılım finansı araçlarına yatırılmaktadır. İlgili çalışmada katılım sigortacılığının işleyişinin, taraflarının, unsurlarının, hukuki niteliğinin ve katılımcıların hak ve menfaatlerinin açıklığa kavuşturulması amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İslami Sigortacılık, Takaful, Katılım Sigortacılığı, Risk Fonu, Risk Fonu Yönetim Modelleri.

### PARTICIPATION INSURANCE IN TURKEY

#### ABSTRACT

Participation insurance has been implemented in Muslim countries since 1980, especially in Malaysia, As well as in European countries and the United States. Although participation insurance has been applied for many years in Turkey, legislation was introduced for the first time with participation insurance regulation in 2017. The risk of participation insurance is not taken by the insurer but is shared among the participants. For this purpose, the risk fund is separated from the investor fund and the risk fund administration is undertaken by the insurer. In addition, the fund is invested in participation finance instruments. In this study, it is aimed to clarify the function, participants, elements, legal nature of participation insurance, and the rights and benefits of the participants.

**Keywords:** Islamic Insurance, Takaful, Participation Insurance, the Risk Fund, risk Fund Management Methods.

\* **Öğr. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tapu Kadastro Yüksekokulu Öğretim Görevlisi. **E-Posta Adresi:** aliaksoy@gazi.edu.tr

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 27/01/2018

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:**26/04/2018

## 1.Genel Olarak Katılım Sigortacılığı

İnsanlar var oluşlarından itibaren çeşitli risklere maruz kalmışlardır. Maruz kalınan riskler ise riski önleme veya riskin etkisini azaltmaya yönelik önlemlerin alınmasını gerekli kılmıştır. Alınan önlemlerden birisi de sigorta olarak ifade edilmektedir. Sigortanın; ilk olarak Mısır’da (MÖ 4500), daha sonra Babil İmparatorluğu’nda kervan soygunlarına karşı (MÖ 1800 ) ve Hindularda kredi anlaşmalarında (MÖ 600) uygulamalarına rastlanmaktadır. İslam hukukunda ise âkile ve velâ akitleri sigortacılığın ilk düzenlemeleri olarak görülmektedir<sup>1</sup>. Modern anlamdaki sigortacılığın temelini ise 14. ve 15. yüzyıllarda denizcilik (nakliyat) sigortaları ile birlikte atıldığı, 17. yüzyılın sonlarından itibaren kara sigortalarında yaygınlaştığı kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Sigorta zaman içerisinde gelişmiş ve değişen risk koşullarına göre şekillenen ihtiyaçları karşılamak amacıyla pek çok riski kapsamına alarak sigorta türleri oluşmuştur.

Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin meydana gelmesi hâlinde, bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla belirli bir miktar para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir (TTK m 1401). Katılım sigortaları dışında kalan söz konusu sigorta türünü ifade etmek için “konvansiyonel sigorta” kavramı kullanılmaktadır<sup>3</sup>. Katılım sigortaları ise toplumun genelinin maruz kalabileceği risklerin bir diğeri hesabına üstlenilmesi ile karşılıklı dayanışma ilkesine dayalı olarak müştereken garanti altına alınmasını amaçlayan ve faaliyetlerin İslami esaslardan hareketle yürütüldüğü sigorta türünü ifade etmektedir.

<sup>1</sup> Hasan, HACAK: İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi, **M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 10, S 2016/1, s. 21-50, s. 21,27; Brian, KETTELL: **Introduction to Islamic Banking and Finance (1)**, Hoboken, GB:Wiley, 2011. s 129. Esasında söz konusu kurumlar risklerin zararlı sonuçlarına birlikte katlanma niteliği taşımakla birlikte, sigorta gibi öngörme niteliği değil risk gerçekleşikten sonra yardımlaşma niteliği taşımaktadır.

<sup>2</sup> Şaban, KAYIHAN / Ömer, BAĞCI: **Sigorta Hukuku Dersleri**, Umuttepe Yayınları, Kocaeli 2016, s 32-34; Hakan, ASLAN: Türkiye’de Tekafül (İslami Sigorta) Uygulamaları: Problemler ve Çözüm Önerileri, **Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finansı Araştırmaları Dergisi**, 2015, Y. 1, C. 1, S. 1, s. 93-117, s 95.

<sup>3</sup> ASLAN, s. 95; Seyran, ÖZCAN: Tekafül (Katılım Sigortacılığı) Muhasebesi, **Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi**, Haziran 2017, C. 19, S. 2, s. 351-377, 355.

## 1.1. Katılım Sigortacılığı Kavramı

“Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (KSY)”<sup>4</sup> kapsamında düzenlenen katılım sigortacılığı, doktrinde “tekafül”, “faizsiz sigortacılık veya “İslami sigortacılık” olarak incelenen kurumun eş anlamlısı olarak kullanılmaktadır<sup>5</sup>. Tekafül, karşılıklı veya müşterek sorumluluk anlamına gelen “kefalet” kavramından türetilmiş Arapça bir kelimedir<sup>6</sup>. Ayrıca katılım sigortacılığının uluslararası literatürdeki adını ifade etmektedir<sup>7</sup>.

Katılım sigortacılığı, aynı riske maruz kalan bireylerin bir araya gelmeleri suretiyle ödeyecekleri katkı primleri ile riski müştereken üstlendikleri ve riski gerçekleştirenlerin yaşayacakları olumsuzlukları bir arada telafi etme esasına dayanan sigorta türüdür. Katılım sigortalarında aynı riske maruz katılımcılardan toplanan katılım primleri bir araya getirilmekte ve bir fon havuzu oluşturulmakta; riskin sonuçları bu havuzdan sağlanmakta ve toplanan primlerin katılım finansı yöntemlerine uygun değerlendirilmesi yoluna gidilmektedir<sup>8</sup>.

## 1.2. Tarihi Gelişimi

İslam Hukuku araştırmacılarının geleneksel sigortacılık ürünlerini İslam Hukuku açısından sakıncalı bulması, faaliyetlerini İslam Dinin hassasiyetlerine duyarlı olmayı tercih eden kişileri yeni bir sigortacılık alanına yönlendirmiştir<sup>9</sup>. Katılım sigortacılığı, konvansiyonel sigorta kapsamına girmek istemeyenleri sisteme çekmek amacıyla oluşturulmuştur ve ilk kez Dünya İslam Birliği Fetva Konseyi’nin kurulması ve Sudan başta olmak üzere Arap ülkeleri, Malezya ve Endonezya gibi Uzak Doğu ülkelerinde 1979 yılında fa-

---

<sup>4</sup> RG: S: 30186; T: 20.09.2017.

<sup>5</sup> ÖZCAN, s. 353; İsmail, YILDIRIM: Tekafül (İslami) Sigortacılık Sisteminin Dünyadaki Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, **Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi**, C. 6, S. 2, 2014, s. 49-58, s. 49; Kadir Murat, ALTINTAŞ: Katılım Bankacılığı Çerçevesinde Alternatif Bir Sigorta Sistemi: Tekafül Sigorta Sisteminin Türkiye’de Uygulanabilirliği, **AİBU Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2016, C 16, S 2, s 115-142, s 116.

<sup>6</sup> Serdar, MUTÇALIŞ: **Arapça-Türkçe Sözlük**, Dağarcık Yayınları, İstanbul 1995, s. 767.

<sup>7</sup> Levent, SEZAL: Türkiye’de Sigortacılık Sektörünün Değerlendirilmesi ve Faizsiz Sigortacılık Sisteminin Uygulanabilirliği, Uluslararası **Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 10, S. 52, Ekim 2017, s. 1156-1167, s. 1162.

<sup>8</sup> Muhammad Akram, KHAN: **Islamic Economics and Finance: A Glossary**, 2nd Edition, Routledge Printing, London and Newyork 2003, s. 177.

<sup>9</sup> ALTINTAŞ, s. 117.

aliyetine başlamıştır<sup>10</sup>. 1980’lerden itibaren ise İslam İşbirliği Teşkilatı tekafül sigortacılığını onaylamıştır<sup>11</sup>. Söz konusu sistem; Mısır, Cezayir, Ürdün, Tunus, Suudi Arabistan, Kuveyt Bahreyn, Senegal ve Singapur ve birçok Avrupa ülkesiyle ABD gibi birçok ülkede uygulanmakta<sup>12</sup> olup, en gelişmiş olduğu ülke Malezya’dır. Ayrıca katılım sigorta şirketleri yanında birçok sigorta şirketi tarafından, klasik anlamda sigorta ürünleri yanında katılım sigortacılığı ürünleri sunulmaktadır<sup>13</sup>.

### 1.3. Türkiye’de Katılım Sigortacılığına Yönelik Yasal Düzenleme

Türkiye’de, birçok şirket tarafından uygulanan katılım sigortacılığı; 2017 yılında 301816 sayılı “Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” kapsamında yasal düzenlemeye kavuşmuştur. KSY, katılım sigortacılığının işleyişi, gelişimi, sağlıklı takibi, sistemin güvenilirliğinin sağlanması, katılımcıların hak menfaatlerinin gözetilmesi ve katılım sigortacılığı faaliyetine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amacını taşımaktadır.

KSY m. 3/1/f’de katılım sigortacılığı tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre katılım sigortası, ortak risk paylaşımı ve dayanışma esasına dayalı olarak, katılımcıların kendileri ve diğer katılımcıların tazminat ve/veya birikim ödemelerine ilişkin taleplerinin karşılanmasını sağlamak amacıyla oluşturulan risk fonuna katkı primi ödedikleri ve oluşan fonunun sigortacılık faaliyeti yapmasına izin verilen bir sigorta şirketi tarafından katılım finans ilkeleri esas alınarak yönetildiği sigorta türüdür.

### 2. Hukuki Niteliği

Konvansiyonel sigorta sözleşmelerinde, sigortacı prim karşılığında sigortalıya ait rizikoları üzerine almakta; yani risk sigortacıya transfer edilmektedir (riziko taşıma teorisi). Bu nedenle sigorta sözleşmesi suiijeneris bir sözleşme olarak kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Katılım sigortacılığında ise sigorta şir-

<sup>10</sup> Dünyada Tekafül, Erişim: tekafül.net. Erişim Tarihi: 03.02.2018.

<sup>11</sup> ÖZCAN, s. 352.

<sup>12</sup> YILDIRIM, s. 54.

<sup>13</sup> Allianz’ın Bahreyn’deki Allianz Tekafül ve Reasüans konusunda Swiss Re’nin Swiss Retakafül Şirketi örnek olarak gösterilebilir. YILDIRIM, s. 54.

<sup>14</sup> Mustafa, ÇEKER: **Sigorta Hukuku**, 16. Bası, Karahan Kitabevi, Adana 2016, s. 57. Sigorta sözleşmesinin başkası hesabına iş görme niteliği taşıdığı görüşü için bkz. Rayegân, KENDER: **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, Onbeşinci Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s. 168. Sigorta sözleşmesinin teminat sözleşmesi başlığı altında değerlendirilmesi hakkında bkz. Mehmet Çelebi, CAN: Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı ?, **GÜHFD**, Yıl:

keti bir ücret karşılığında fonun katılımcılar hesabına ve kendi adına idaresini üstlenmekte veya fonu kâr – zarar ortaklığı kapsamında işletmektedir. Ayrıca gerçekleşen rizikoları sigorta şirketi üstlenmemekte, idaresini üstlendiği fon tarafından karşılama yükümlülüğü altına girmektedir.

Öncelikle katılım sigortalarında zararın ortaya çıkması durumunda zararın risk fonundan tazmin edilmesi şeklinde bağımsız bir yükümlülük altına girilmesinin katılım sigortasına garanti sözleşmesi niteliği kazandırmadığını belirtmek gerekir. Zira katılım sigortalarında sigortacı, sigorta ettireni belirli bir davranışa sevk etmek amacıyla değil fonu idare ederek gelir elde etmek amacıyla hareket etmektedir. Diğer katılımcılar da aynı şekilde katılımcıyı belirli bir şekilde davranmaya sevk etmek amacıyla değil günlük hayatta karşılaştıkları risklerin kümülatif olarak karşılanmasını sağlama amacıyla hareket etmektedir. Yani irade karşı tarafın fiilin gerçekleşmesine değil kendisine ait zararlı sonucun ufak bir ödeme karşılığında katlanabilir kılınmasına yönelmektedir. Ayrıca sigorta sözleşmesinde halefiyet söz konusu iken garanti sözleşmesinde halefiyet söz konusu değildir<sup>15</sup>.

Katılım sigorta şirketinin asıl yükümlülüğü risk fonunun yönetilmesidir. Sigorta şirketi ayrıca tazminatların ödenmesi ve sigortayla ilgili diğer teknik ve yasal işlemleri de yerine getirmekle yükümlüdür. Yani katılım sigortalarında sigorta şirketince risk değil fonun idaresini katılımcılar için ve onların menfaatine üstlenilmek olup kanımızca söz konusu sözleşmenin hukuki niteliği itibariyle iş görme sözleşmesinin bir türü olan vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Sigortacı, bu yükümlülükleri yerine getirirken risk fonunun devamının sağlanması ile de yükümlü tutulmuştur. Bunun için sigortacı, herhangi bir dönemde risk fonunun borca ihtiyacı olmaksızın devamını sağlamak amacıyla, katılım sigortacılığı alanında sunduğu her bir ürünün her bir riske yönelik olarak doğru fiyatlandırılmasını sağlamakla yükümlüdür (KSY m. 4).

### 3. Tarafları

KSY ile katılım sigortacılığı alanında faaliyet gösteren sigorta şirketleri yanında sisteme dahil gerçek ve tüzel kişilere ilişkin düzenlemeye gidilmiştir. KSY’de hüküm bulunmayan hallerde sigortacılık mevzuatının ilgili hükümleri uygulanacaktır (KSY m 1/2,3).

---

2017, Cilt: XXI, Sayı: 3, s. 41.

<sup>15</sup> KAYIHAN / BAĞCI, s. 127.

### 3.1. Sigortacı

Katılım sigortaları açısından sigortacı, sözleşme hükümleri çerçevesinde ücret karşılığında fonun idaresini üstlenen kişidir. Zira katılım sigortalarında riziko sigortacı tarafından üstlenilmez, risk fonundan karşılanır. Bu nedenle katılım sigortacılığı için gerekli ön koşullardan bir diğeri ise fonunun sigortacılık faaliyeti yapmaya izin verilmiş bir şirket tarafından yönetilmesidir<sup>16</sup>. Katılım sigortacılığında konvansiyonel sigortalara ilişkin düzenlemeler dışında sigortacı açısından özel bir şart ise öngörülmemiştir.

Türkiye’de sigortacının kanunda belirtilen şartları haiz ya bir kooperatif ya anonim şirket niteliğini taşıması gerekir. Bu nedenle katılım sigortalarında da sigortacı anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş karşılıklı sigorta şirketi şeklinde organize olabilecektir ( KSY m 3/1/1). Mevcut sigorta şirketlerinin katılım ürünleri sunması pencere usulü olarak tanımlanmakta ve söz konusu yönetime üç yıl içinde son verilmesi amaçlanmaktadır<sup>17</sup>. Ancak üç yıllık geçiş süresi içerisinde mevcut şirketlerin katılım ürünleri sunmaya devam etmesine izin verildiği gibi yeni katılım ürünleri sunmalarına hatta sisteme ilk kez dahil olmak isteyen şirketlerin pencere usulüne göre katılım ürünleri sunmalarına da izin verilmektedir (KSY Geçici m 1/3). Söz konusu düzenleme ile katılım sigorta şirketlerinin kurulmasına olanak sağlanması yanında katılım sigortacılığı, katılım sigorta şirketlerine özgülenmiştir. Bu yolla belirtilen geçiş süresinden sonra mevcut sigorta şirketlerinin düzenlemede belirtilen şartları taşıyan katılım ürünlerini sunmasının önü kapatılmıştır. Aynı şekilde ruhsatsız bir sigorta şirketi ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında kumar ve bahis hükümleri uygulanacaktır (TTK m 1401).

Türkiye’de katılım sigortacılığı faaliyetinde bulunan tüm şirketler aylık olarak verilerini Hazine Müsteşarlığı’na ve Türkiye Sigorta Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği’ne göndermektedirler. İlgili bilgiler birliğin internet sayfasında ilan edilir (KSY m. 10) ve birlik ilgili bilgilerden hareketle Katılım Sigortacılığı Yıllık Sektör Raporu’nu yayımlar.

<sup>16</sup> Sigorta şirketi, sigorta sözleşmesinin hazırlanması, katkı primlerinin toplanması, tazminatların ödenmesi ve sigortayla ilgili diğer teknik ve yasal işlemleri yapmakla yükümlü olup 5684 sayılı Sigortacılık Kanununa göre kurulması ve katılım sigortacılığı esasına göre faaliyet göstermesi gerekmektedir ( KSY m. 3/1/1).

<sup>17</sup> Müsteşarlık, bu sürenin 2 yıl daha uzatılmasına karar verebilir (KSY Geçici m. 1/2).

### **3.2. Sigorta Ettiren (Katılımcı)**

Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesini sigortacı ile yaparak sözleşmeyle kararlaştırılan primi ödemekle yükümlü kişidir (TTK m 1430). Katılım sigortacılığında ise söz konusu kişiler katılımcı olarak adlandırılır ve katılımcıların ödediği primler gerek katılımcıların kendi risklerinin gerekse diğer katılımcıların risklerinin ortak risk paylaşımı ve dayanışma esasına dayalı olarak teminat altına alınması amacıyla risk fonuna katkı payını oluşturmak üzere ödenir (KSY m 3d). Aksi sözleşmede belirtilmediği sürece sigortadan doğan menfaatler katılımcıya aittir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, her türlü menfaat açısından aksinin özel şartlarda belirtilmediği sürece menfaatin katılımcıya ait olmasıdır. Bu nedenle lehtar başkası olsa dahi riskin gerçekleşmemesi durumunda fonundan düşen paya ve gelire aksi belirtilmediği sürece katılımcı sahip olacaktır.

### **3.3. Sigortalı**

Sigorta sözleşmesi ile menfaati güvence altına alınan ve tazminatı talep hakkı olan kişidir. Sigorta ettiren kendi menfaatini güvence altına alılabileceği gibi üçüncü bir kişinin menfaatini de güvence altına alabilir.

## **4. Katılım Sigortası Sözleşmesinin Unsurları**

Sigorta sözleşmesinin geçerli olarak meydana gelmesi için bazı unsurları taşınması gerekir. Bu kapsamda, sigorta sözleşmesinin unsurlarının katılım sigortacılığı açısından değerlendirilmesi yanında katılım sigortalarına ait özel unsurlar açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir.

### **4.1. Sigorta Sözleşmesinin Unsurları**

Sigorta sözleşmesinin unsurları; taraflar ve lehtar, sigorta menfaati, sigorta bedeli, prim ve riziko olarak belirtilebilir. Söz konusu unsurlara ek olarak fon yönetim modeli de katılım sigortasının unsurlarından birisi olarak belirtilebilir. Öncelikle katılım sigortalarında kullanılan fon yönetim modelinin sigorta sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilmesi; vekâlet modelinin kabul edilmesi durumunda vekâlet ücretinin, mudarebe modelinin belirlenmesi durumunda paylaşım oranının sigorta sözleşmesinden önce katılımcılarla şirket arasında belirlenmiş olması sözleşmenin esaslı unsurları olarak belirtilmiştir (KSY m 4). Bunun haricinde katılım sigortaları, söz konusu unsurlardan yalnızca prim yönünden konvansiyonel sigortalardan farklılık içermekte, diğer açılardan özel bir nitelik arz etmemektedir. Konvansiyonel sigortalarda prim, sigorta ettirenin sigortacıya ödemek zorunda olduğu ücreti ifade ederken

(TTK m 1430) katılım sigortalarında prim, ortak risk paylaşımı ve dayanışma esasına dayalı olarak riskin karşılanması için katılımcıların ödediği tutarı ifade etmekte ve risk primi olarak adlandırılmaktadır (KSY m. 3/1/e). Buna göre katılım sigortasında ise primler risk fonunda toplandığı için prim, katılımcılar tarafından fona yapılan katkı payını veya bağışığı ifade eder<sup>18</sup>. Sigortacının gelirini ise fonun işletim ücreti ve/veya kar ve zararından aldığı pay oluşturmaktadır.

Katılım sigortalarında da riziko, münferit veya kategorik olarak tayin edilmiş; sigorta sözleşmesinin konusunu teşkil eden olay veya olayları ifade eder<sup>19</sup>. Katılım sigortası ile teminat altına alınacak menfaatler açısından özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle zarar sigortası veya meblağ sigortaları katılım sigortalarına konu olabileceği gibi malvarlığı veya şahıs varlığına yönelik rizikolar da katılım sigortaları ile teminat kapsamına alınabilecektir<sup>20</sup>. Bu sistemde hayat sigortaları için aile tekafülü; hayat dışı sigortalar için genel tekafül terimleri kullanılmaktadır<sup>21</sup>.

Sigorta ile teminat altına alınan rizikonun caiz olması gerekir. Caiz olma ile, rizikonun gerçekleşmesinin muhtemel olması(TTK m 1458), kamu düzenine ve ahlaka veya emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması (TTK m 1404)<sup>22</sup>; ayrıca aktüeryal olarak hesaplanabilir olması<sup>23</sup> ifade edilir. Katılım sigortacılığında ayrıca rizikonun dinen de caiz olması ve fazla belirsizlik içermemesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Bu nedenle dinen meşru görülmeyen menfaatlere sigorta himayesi sağlanmamaktadır. Bu konuda danışma komitesinin görüşü sigorta ile teminat altına alınabilecek menfaatlerin belirlenmesi açısından belirleyici rol oynayacaktır. Söz konusu duruma örnek olarak TTK’nin 1488. maddesinde düzenlenen ve insan hayatı üzerinde

<sup>18</sup> ASLAN, s. 99; Faleel JAMALDEN: **Islamic Finance For Dummies**, John Wiley / Sons, Inc Nevjersey, USA 2012, s. 299; ALTINTAŞ, s. 124; SEZAL, s. 1163; KETTELL, s 1258.

<sup>19</sup> İnci Deniz, KANER: **Sigorta Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 6.

<sup>20</sup> Ayrıca rizikoya kişinin karşılaşmak istemediği olay gözüyle de bakılmamalıdır. Özellikle hayat sigortalarında sevindirici olayları da ifade edebilir. Ayrıca riziko, genelde ileride meydana gelecek olayları kapsamakla birlikte bazı durumlarda geçmiş olaylar kapsama alınabilir. Bkz. Ali, BOZER: **Sigorta Hukuku**, BTHAE Yayınları, Ankara, 2009, s 35.

<sup>21</sup> SEZAL, s. 1262.

<sup>22</sup> Tamer, BOZKURT: **Sigorta Hukuku**, 7. Bası, THEMİS, Ankara 2013, s 28; KANER, s. 7.

<sup>23</sup> BOZER, s, 36.

<sup>24</sup> YILDIRIM, s. 51.



spekülasyonun söz konusu olduğu<sup>25</sup> tontin örnek olarak verilebilir. Kanunen izin verilmesine rağmen, katılım sigortacılığı vasıtasıyla tontin kurulamaması gerekir. Ayrıca katılım sigortalarında riziko planlı ve programlı bir şekilde paylaştırılacak ve bu amaçla bakiye hesaplaması risk fonu için genel kabul görmüş aktüeryal prensiplere uygun şekilde yapılacaktır (KSY m 7/1).

#### 4.2. Katılım Sigortasının Unsurları

Konvansiyonel sigortalarda riziko sigorta şirketi tarafından üstlenilmektedir. Katılım sigortası ise riskin gerçekleşmesiyle oluşan zararın topluluk üyeleri arasında risk paylaşımı ilkesine dayalı olarak karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma suretiyle sağlanmasına dayanmaktadır. İster kooperatif şeklinde kurulmuş karşılıklı sigorta şirketi; ister anonim şirket tarafından yönetilsin karşılıklı katılım, fon kurulması ve primlerin ortak dayanışmayı sağlamak amacıyla fon havuzunda toplanması suretiyle sağlanmaktadır. Yani riziko fon tarafından üstlenilmekte ve zararın oluşması durumunda sigorta ettirenler fondan karşılanan bedelin paylarına düşen kısmını bağış olarak vermektedir. Bu fon havuzu risk fonu olarak ifade edilmektedir. Bu durum ise, toplumsal dayanışmayı da otomatik olarak sağlamaktadır.

Katılımcılardan herhangi biri için gerçekleşecek riskin sonuçlarına diğer katılımcılar birlikte karşılamalıdır. Yani katılım sigortalarında katılımcı olmanın ön koşulu, katılım primini ödüyormaktır. Aksi takdirde katılımcı sıfatına sahip olma ve bunun sunduğu riskin paylaşılması ve ortak dayanışmadan yararlanma imkânı ortadan kalkmaktadır.

Risk fonunda toplanan katkı primleri bir araya getirilmekte, bunların değerlendirilmesi sonucu elde edilen olumlu farklar eklenmekte, katılımcıların kayıpları fondan karşılanmakta, birikim ödemeleri ile yasal yükümlülükler gibi harcama ve giderlerin ödemeleri yapılmaktadır (KSY m. 3/1/j). Bu nedenle risk fonunun, sermayedar fonundan ayrılması katılım sigortasının bir unsuru olarak aranmıştır (KSY m. 6/1).

Son olarak risk fonunun katılım finansı yöntemlerine uygun araçlarla yönetilmesi de katılım sigortacılığının bir unsuru olarak aranmaktadır. Bu nedenle katılım sigortacılığı ile işgal eden şirketlerin fonları; katılım bankaları, BİST katılım, kıymetli madenler, SUKUK gibi katılım finansı araçlarında değerlendirilmekte ve dinen meşru görülen iktisadi menfaat temini sağlanmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus; üç yıllık geçiş süreci içerisinde

---

<sup>25</sup> KAYIHAN / BAĞCI, s. 57.

yalnızca katılım sigorta şirketlerinin değil, her türlü sigorta şirketlerinin katılım sigortası ürünleri sunabilmesi karşısında (KSY Geçici m 1) sigorta şirketinin tüm yatırımlarını katılım finansı araçlarına göre yönetmesi gerekmemekte; yalnızca risk fonunu katılım finansına uygun araçlara yatırması yeterli sayılmaktadır. Geçiş sürecinin sonunda ise, sigorta şirketinin katılım sigorta şirketi olarak kurulması ve tüm yatırımlarını katılım finansına uygun değerlendirmesi katılım sigortacılığının bir unsuru olarak aranacaktır.

### 5. Konvansiyonel Sigortadan Farklı Yönleri

Konvansiyonel sigortada, toplan primler ve sigortalıların ödediği primlerle oluşan fonların değerlendirilmesi sonucu oluşan gelirler sigorta şirketinin gelirini oluşturur. Söz konusu gelirlerde sigortalıların herhangi bir payı söz konusu değildir. Aynı şekilde sigorta şirketinin portföyündeki fonlar da, faizli veya değil, en çok getiri sunan araçlara yatırılmaktadır. Riskin gerçekleşmesi durumunda ise tazminata ilişkin olarak fon veya katılımcılar değil sigorta şirketi yükümlülük altına girmektedir. Bu durum ise sigortanın bazı kesimler tarafından belirsizlik veya kumar içerdiği şeklinde yorumlanmaktadır. İslam hukukunda cins, nicelik, fiyat ve vadedeki veya ifaya muktedir olup olmama<sup>26</sup> konusundaki belirsizlikler bulunan sözleşmeler spekülatif olarak görülmekte ve karşı tarafın ediminin tam olarak belli olmaması gerekçesiyle bu tip sözleşmelere cevaz verilmemektedir. Buna göre sigorta için prim yatıran kişiler tazminat alıp almayacağını ve ne zaman ve ne kadar sürede alacağını akdin kuruluşu sırasında bilmemektedir. KSY’de bu yönde bir düzenleme bulunmakla birlikte, ödenen primlere ve alınan tazminata bağış gözüyle bakılması durumunda belirsizliğin söz konusu olmayacağı zira prim ödendiğinde fona bağış yapıldığı yine katılımcılardan birinin zararı olduğunda ona bağış yapıldığı belirtilmektedir<sup>27</sup>.

Sigorta sözleşmesinin belirsizlik içerdiğine ilişkin görüş, sigorta sözleşmesinde tarafların yükümlülüğünün tam olarak bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. Tarafların edimleri incelendiğinde taraflardan birinin sözleşmenin yapılması ile prim ödeme borcu altına girdiği; diğer tarafın ediminin ise ancak rizikonun gerçekleşmesi ile doğduğu gibi bir görüntü ortaya çıkmaktadır. Ancak sigortacının asli edimi sigorta himayesi sağlamaktır ve sigortacı, sözleş-

<sup>26</sup> Hediyeullah, KARAHAN / Hicabi, ERSOY: Faizsiz Finansın Temel Prensipleri İle Türkiye’de Reel Kesimde Kullanılması, **Maliye Finans Yazıları**, Y 2016, S 105, s. 93-1144, s 98,99.

<sup>27</sup> Mervan, SELÇUK: İslami Bir Sigorta Deneyimi Olarak Tekafül, **IV Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı IV. (İlahiyat)**, İstanbul, 2015, s. 349-358. s 352.

menin kurulduğu andan itibaren sürekli bir borç altına girmektedir. Sigorta şirketinin yaptığı sözleşmelerin tümünün göz önünde tutulması durumunda; rizikonun gerçekleşme ihtimalinin kesin olarak hesaplandığı ve primle riziko arasında denge sağlandığı görülecektir<sup>28</sup>. Hatta sigorta şirketlerinin savaş, ihtilal, isyan, ayaklanma, bunlardan kaynaklanan kargaşa, nükleer riskler gibi aktüeryal olarak hesaplanamayan rizikoları sigorta teminatı dışı görülecektir<sup>29</sup>. Sigortacının yükümlülüğü sözleşme ile başlar ve para ödemek değil rizikoyu üstlenmektir. Ayrıca sigorta şirketi rizikonun kimin üzerinde gerçekleşeceği ile değil gerçekleşme nispeti ile ilgilenecektir<sup>30</sup>. Yani sigorta ettiren riski karşı tarafın üstlenmesinden dolayı ücret ödeyecek; sigorta şirketi ise fonu idare edecek ayrıca riski gerçekleştirenlere ödemeleri yapacak yani riskin kimde gerçekleşeceği değil gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgilenecektir. Görüldüğü üzere sigorta şirketleri kumardaki gibi karşı tarafın kaybına dayan bir kazanç elde etmemekte; yaptığı hizmetin karşılığı olarak ücrete hak kazanmaktadır.

Bireylerin dini inançları ve inançlarına bağlılık düzeyleri yaşam tarzlarını ve yatırım eğilimlerini etkilemektedir. İslam dinine üye olan ve faizin haram olduğu fikrinden hareketle getirisi faiz olan yatırım araçlarından kaçınan bireyler birikimlerini faizsiz enstrümanlara yönlendirmektedirler. Aynı şekilde yaşanan risklerin konvansiyonel sigorta sisteminde güvence altına alınmasından da kaçınmaktadırlar. Konvansiyonel sigortalar dört açıdan İslami esaslara aykırı olarak görülmektedir. Bu dört esas, İslami açıdan uygun olmadığı düşünülen yatırımlar yapılması (haram), yatırımların getirisinin faiz (riba) içermesi<sup>31</sup>, sigorta sözleşmelerinin kesin olmayan hususlar, belirsizlik ve kumar (gharar) ile aşırı risk (maisir) içermesi şeklinde ifade edilmektedir<sup>32</sup>. Bu nedenle konvansiyonel sistemi İslami bakış açısındaki bireyleri sisteme çekmek konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu kapsamda bu tarz bireylerin sisteme çekilmesi ve bu yolla finansal sistemin gelişmesi amacıyla katılım sigortacılığı uygulamaya konulmuştur.

Doktrindeki yaygın kanaatin konvansiyonel sigortaların kumar veya bahis borcu niteliği taşımadığı şeklinde olmasına<sup>33</sup> rağmen katılım sigorta-

---

<sup>28</sup> KENDER, s. 166, 167.

<sup>29</sup> BOZER, s. 36

<sup>30</sup> KENDER, s. 166, 167.

<sup>31</sup> SELÇUK sigorta sözleşmesi ile taraflarca faizli bir iş yapılmasa dahi, sigortacılık sektörünün faiz sisteminin dinamosu olarak görülmesinin sigortaya yönelik olumsuz görüşte etkili olduğunu belirtmektedir. SELÇUK, s 351.

<sup>32</sup> YILDIRIM, s. 51; SELÇUK, s. 351.

<sup>33</sup> Sigorta sözleşmesinde rizikonun gerçekleşmemesi durumunda sigortacı kazançlı çıkacağı,

larında, riziko nedeniyle sigorta şirketi ve sigortalı arasındaki menfaat zıtlığı sakıncalı görülmüş ve tarafların ortak bir menfaate yönelmesi amaçlanmıştır. Fon kurulması sayesinde menfaat zıtlığına son verilmiş risk gerçekleşirse zararın fondan karşılanması, gerçekleşmezse taraflar arasında paylaşılması ön görülmüştür.

Birden çok kişinin kooperatif şeklinde örgütlenerek içlerinden herhangi birinin belirli bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda doğacak zararını tazmin etmeyi borçlanmaları karşılıklı sigorta olarak adlandırılmaktadır (TTK m 1402). Bu şekilde katılım sigortasında olduğu gibi birden fazla kişi bir havuz oluşturarak riski aralarında paylaşırabileceklerdir.

Katılım sigortası, karşılıklı sigortadan da farklılıklar içermektedir. Öncelikle karşılıklı sigorta şirketleri kooperatif şeklinde kurulmakta ve oluşan portföyü katılım esaslarına uygun yatırım araçlarına yatırılması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Karşılıklı sigortada portföyün katılım esaslarına uygun değerlendirilmesi düşünülürse dahi bu yalnızca sermayedar fonu açısından yani üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapmayan sigorta ve reasürans işletmeleri açısından katılım sigortaları ile aynı rolü oynamasını sağlayacaktır.

riskin gerçekleşmesi durumunda ise sigortalıya prime göre orantısız şekilde ödeme yapılacağı için belirli bir dönem kumar ve bahis olarak algılanmış ve hukuki himayeden yoksun bırakılmıştır. Ernst Eduard, HİRSCH: **Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Ders Notları**, Ankara 1945, s. 133; Haydar, ARSEVEN, **Sigorta Hukuku**, 2. Bası, BETA, İstanbul 1991, s. 17. Ancak sigorta sözleşmeleri, kumar ve bahis borçlarından esaslı farklılıklar içermektedir. Sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerden kumar ve bahis sözleşmelerinde tarafların birbirine zit menfaatleri vardır. Taraflar doğruluğuna inandıkları iddiaların aksinin gerçekleşmesi durumuna göre belirli bir miktar para ödemeyi taahhüt altına girmektedir. HİRSCH, s. 10. Bu şekilde taraflardan birinin mutlak kazancı, diğerinin mutlak kaybını oluşturur. SELÇUK, s. 352. Ayrıca bu riziko genelde sanal ve meşru olmayan bir rizikodur. Taraflar kendi tesis ettikleri, sanal bir riziko (spekülasyon) içerisine girer ve büyük risk aralık büyük kazanç elde etmeyi amaçlar. İsmet, SAYHAN: **Sigorta Sözleşmelerinin Konusu**, Yetkin, Ankara 2001, s. 47; KENDER, s. 166. Yani kumar oynamak kendisi risk yaratırken sigortada mevcut riskin paylaşılması amaçlanır. Huriye, KUBİLAY: **Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku**, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2003. s. 34. Sigorta ise meşru bir ekonomik menfaat içerirken kumar ve bahiste söz konusu menfaat korunmaya layık değildir. HİRSCH, s. 176, SAYHAN, s. 46. Ayrıca sigorta sözleşmesinde tarafların karşılaştıkları riziko gerçekten mevcuttur ve riziko isabet eden şahsın şanslı olduğundan da söz edilemez. Kubilay s 34. Sigorta mevcut rizikoyu azaltır ve sigorta ettirenin amacı, yalnızca riske karşı söz konusu zararı tek başına göğüslemek zorunda kalmak istememesidir. KENDER, s. 166; KAYIHAN / BAĞCI, s. 125. Bu açıdan zenginleşme yaşağı da sigortanın kumar olarak kabul edilmesine engeldir. Kubilay s 34, KAYIHAN / BAĞCI, s. 125; Zira sigorta yoluyla ancak gerçek ve somut zarar karşılanır. SAYHAN, s. 48. Ayrıca sigortanın şansa bağlı bir sözleşme olduğundan da bahsedilemez. Zira sigorta karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir. KENDER, s. 166, 167. Sigortanın kumar veya bahis niteliği taşıdığı için bkz GÖNENÇ, Halil: **Günümüz Meselelerinde Fetvalar**, C. I, Anadolu Yayınları, İstanbul 1998, s. 148.

Katılım sigortasında prim belirlidir. Sigorta şirketi primi aktüeryal hesaplamalar kapsamında gerçekleşme ihtimaline göre belirler. Rizikoların söz konusu oran dahilinde gerçekleşmesi durumunda bir sorunla karşılaşmaz. Ancak bu orandan fazla ödenmesi gereken her rizikolar için ilave prim isteyemez veya fon katılanları tarafından karşılanmasını talep edemez. Bu durumda sigortacının tek yapabileceği şey açığı likitide imkânı ile kapatmak ve açığı gelecek yılın karından düşülmesidir<sup>34</sup>. Katılım sigortalarında ise tahsis edilen prim o yıl gerçekleşen rizikoları gidermede yeterli değilse aradaki fark üyelerden tahsil edilir<sup>35</sup>.

KSY 4/2'de danışma komitesinin onayını almak şartıyla başka risk fonu yönetim (değerlendirme) modellerine izin verileceği düzenlenmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, KSY ile risk fonu değerlendirme modeline izin verilmekte bunun haricinde örgütlenmeye ilişkin seçim hakkı sağlamamakta yani aynı sonuca ulaşan örgütlenmiş müesseseler katılım sigortacılığı olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, karşılıklı sigorta şirketlerinin KSY hükümlerine göre faaliyette bulunması haricinde<sup>36</sup>, katılım sigortacılığının bir örgütlenme şekli olarak da düşünülemeyecektir<sup>37</sup>. Ancak KSY ile karşılıklı sigorta faaliyetinin, belki de daha uygun bir organize şekli olmasına rağmen katılım sigortacılığının bir örgütlenme şekli olarak öngörülmemesi eleştiriye açık bir husustur.

## 6. Risk fonu ve Yönetilmesi

### 6.1. Risk Fonu

Katılımcılardan toplanan primlerle tüm katılımcılar riske karşı koruma altına alınır ve bu amaçla risk fonu (tekaful fonu) oluşturulur. Risk fonu

---

<sup>34</sup> Likitide sağlanmış fondan ayrılan katılımcılara ilişkin yükümlülüklerin özellikle gelecek yılın kârından kapatılması şeklinde diğer katılımcılara bırakılmaması, verilecekse başvuru imkânının KSY'de düzenlenmesi gerekmektedir.

<sup>35</sup> KAYIHAN / BAĞCI, s. 44.

<sup>36</sup> Katılım sigortacılığının karşılıklı sigorta şirketi şeklinde sigorta kooperatifi tarafından kooperatif üyeleri dışındakilere sigortacılık hizmeti verilmesi suretiyle yürütülmesi durumunda katılımcıların katkılarından oluşan risk fonu ile kooperatif üyelerinin hesapları ayrının ayrı yönetilmesi gerekmektedir (KSY m. M 6/2).

<sup>37</sup> Kooperatiflerin sözleşmelerinde açıkça yer alması ve müsteşarlığın izniyle üyeleri dışındakilerle sözleşme yapması mümkündür (SK m. 3). Katılım sigortacılığında karşılıklı sigortanın bir örgütlenme şekli olarak kullanılabilmesi için yönetmelikteki şartların yerine getirilmesi ve risk fonu ile sermayedar fonunun ayrılması gerekmektedir. Aynı şekilde ayrı bir örgütlenme şekli içerdiği için Vekalet- Vakıf modelinin de Türk hukuku açısından bir risk fonu değerlendirme modeli olarak öngörülememesi gerekir.

ile katılım sigorta şirketlerinin sahiplerinin sermayeleri ayrı hesaplarda takip edilir. Dolayısıyla katılımcıların sisteme dâhil olmaları için katkı primi ödemeleri gerekirken bu primler sermayedar fonundan ayrılmakta ve risk fonunu oluşturmaktadır.

### 6.1.1. Fonun Hukuki Yapısı

Sigorta şirketinin risk fonunun ayrı muhasebesini tutacağı ve ayrı değerlendireceği özel hesapta takip edileceği belirtilmiş ancak fon sigorta şirketinin mal varlığından ayrılmamıştır. Bu nedenle risk fonunun mülkiyeti hukuken sigorta şirketine ait olur ve sigorta şirketi tarafından inançlı mülkiyet esasına göre idare edilir. Ayrıca hukuken mülkiyeti sigorta şirketine ait olan fonun sigortacının malvarlığından ayrılmaması ve sigortacı tarafından farklı amaçlarla tasarruf edilmesinin, haczinin ve rehninin engellenmemesi bir eksiklik olarak belirtilebilir.

### 6.1.2. “Fonların Ayırıştırılması”

Sigorta şirketinde iki ayrı fon yönetimi söz konusu olmaktadır. Bu fonlardan birincisi sermayedarların/üyelerinin fonları iken diğeri ise katılımcıların katkılarından oluşan risk fonudur. Şirket bu iki fonu ayrı yönetmek zorundadır (KSY m.6.). Hatta şirket, birikim amaçlı hayat katılım sigortacılığında risk fonunun yanında ayrıca katılımcı yatırım fonunu da ayrı yönetmek zorundadır. “Katılımcı yatırım fonu” katılımcıların birikim amaçlı katkı primi ödemelerinin ve bunların katılım finans ilkelerine uygun yatırım araçlarından elde edilen getirilerinin takip edildiği fondur (KSY m.6.). Diğer taraftan katılım sigortacılığı faaliyetinde bulunan kooperatif şirketlerinin, üyeleri dışındakilere sigortacılık hizmeti vermesi durumunda hem katılımcıların hem de kooperatif üyelerinin fonları bulunmaktadır. Bu durumda da fonların ayrıştırılması esnasından hareketle katılımcıların risk fonu ile kooperatif üyelerinin hesaplarını ayrı ayrı yönetilmesi gerekmektedir (KSY m.6.).

Fonlar ayrı ayrı yönetilse de fon yönetimi ile ilgili bilgi almak katılımcılar için büyük öneme sahiptir. Şirket, aktüeryal ve katılım finans prensiplerine göre risk fonlarının bakiye hesaplamasını yapmaktadır (KSY m.7.). Sigorta faaliyetleri ile ilgili tazminatlar, reasürans/katılım reasüransı ödemeleri, acente komisyon masrafları ve yükümlülükler ile diğer masraflar ve komisyonlar risk fonundan katılımcıları adına şirket tarafından kesilmektedir (KSY m 6). Ayrıca risk fonunun yönetimine ilişkin takibin kolaylaşması ve güvenin artması için şirket risk fonunun gelir ve harcama unsurlarını yıllık dönemler itibarıyla internet sitesinde duyurmakla yükümlüdür (KSY m 6, 7). Böylece

katılımcılar risk fonunun girdilerini çıktılarını kolaylıkla takip edebilir ve sisteme dair sorularına da cevap bulmuş olurlar.

## 6.2. Risk Fonunun Yönetimi

KSY’de risk fonunun katılım finans esaslarına göre yönetileceği belirtilmiş ve buna ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

### 6.2.1. Risk Fonu ve Risk Fonu Yönetim Modelleri

Katılım sigortacılığında risk fonunun katılım finans ilkelerine göre sigortacılık faaliyeti yapmasına izin verilmiş sigorta şirketleri tarafından yönetilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Risk fonun yönetilmesine ilişkin temel ilkeler ise risk fonunun (ve katılımcı yatırım fonunun) katılım finansına uygun araçlarla ve faiz dışı yatırım araçlarında değerlendirilmesi ve katılımcıların payına göre oluşan hasarların toplam fon havuzundan karşılanması şeklinde belirtilebilir. Katılım sigortalarında şirketle katılımcılar arasındaki ilişkiye göre tarafların hak ve yükümlülüklerini ise fon yönetim modeli belirler.

Katılım sigortalarında fon yönetimi açısından KSY’de üç model düzenlenmiş ve danışma komitesinin onayıyla başka yöntemlerin de kullanılabilceği belirtilmiştir (m4). Fonda fazlalık oluşması halinde katılımcılara söz konusu modellere göre dağıtım yapılır.

a) *Vekâlet Yönetim Modeli*: Fonu yöneten şirketin vekâlet ücreti karşılığında risk fonunun yönetimi ile sigortayla ilgili diğer teknik ve yasal işlemleri yerine getirdiği modeldir (KSY m. 3.). Bu modelde prim ödeyen sigortalılar ile sigorta şirketi arasında vekalet sözleşmesi bulunduğu kabul edilir. Katılımcılardan toplanan primlerden bir havuz oluşturulmakta, katılım şirketine ise önceden belirlenen yönetim ücreti bu fondan ödenmektedir. Fonun işletimi sonucunda oluşan gelirler fona ilave edilmekte; oluşan zararlar düşülmekte ve dönem sonunda fon da biriken tutar fonun sahibi olan katılımcılara ait olmaktadır. Bu tutar kar payı olarak dağıtılabileceği gibi fon havuzuna da eklenebilmektedir. Ayrıca diğer ülke uygulamalarında bu sistem oluşturulan fonun hasarı karşılamaya yetmemesi durumunda katılımcılardan ilave bir miktar katkı payı toplanmasına da olanak sağlamaktadır<sup>38</sup>. Ancak KSY m. 4 düzenlemesi karşısında fon açığını kapatmak için katılımcılara başvurma olanağı bulunmamaktadır.

---

<sup>38</sup> YILDIRIM, s. 52; Sami, USLU: *İslam’da Faiz Yasağı ve Çağdaş Finans*, 1. Bası, Zafer Yayınları, İstanbul, 2005, s. 145; ÖZCAN, s. 359.

*b) Mudarebe Yönetim Modeli:* Risk fonunun yönetimi ile sigortayla ilgili diğer teknik ve yasal işlemleri yerine getiren şirketin ücretinin emek-sermaye ortaklığı kapsamında kar paylaşımı esasına göre belirlendiği şirket yönetim modelidir. Dolayısıyla şirkete doğrudan ücret ödemek yerine kar paylaşımı esasına göre ödemede bulunmaktadır (KSY m. 3/1/ı). Bu sistemde katılım şirketi emeğini; katılımcılar ise sermayeyi koymakta ve emek-sermaye birlikteliği olarak sözleşmeyle bir araya gelmektedir. Katılımcılardan toplanan primler fon havuzunda toplanacak ve sigortacı, taraflar arasında yapılmış olan sözleşme gereği ticari faaliyette bulunacaktır. Mudarebe (kar ve zarar ortaklığı) anlaşması gereği kar ve zarar taraflar arasında paylaşılacaktır. Faaliyet sonucu elde edilen gelir paylaşılabilirliği gibi fon havuzunda da tutulabilecektir<sup>39</sup>.

*c) Vekâlet/Mudarebe Karması (hibrit) Yönetim Modeli:* Hem vekâlet modelinin hem de mudarebe modelinin özelliklerini bir arada bulunduğu modeldir. Bu modelde Katılım şirketine vekâlet yönetim modelinde olduğu gibi risk fonu yönetimi ile sigortayla ilgili diğer teknik ve yasal işlemler için vekâlet ücreti ödenir. Ayrıca yatırım kârının<sup>40</sup> katılımcı ile şirket arasında önceden belirlenmiş oranlar üzerinden paylaşılarak mudarebe anlaşmasına göre fonun gelirlerinden katılım şirketine pay verilmektedir (KSY m. 3/1/n).

Yukarıda yer alan üç yöntem dışında farklı bir yöntemin de danışma komitesinin onayının alınması yoluyla kullanılabileceği yönetmelikle belirlenmiştir (KSY m. 4)<sup>41</sup>. Ancak kullanılan yönetim modelinin sigorta sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilmesi de gerekmektedir. (KSY m. 4). Ta’awun modeli olarak adlandırılan model bu konuda örnek olarak verilebilir. Bu sistemde fon, geniş ölçüde katılımcılara dağıtıldığı için genelde hayat sigortaları için uygulanmaktadır<sup>42</sup>. TA’awun modeli temelde mudarebe modeline dayanır. Ancak teknik kârın tamamı katılımcılara dağıtılırken, fonun yeni yatırımlara dönüştürülmesi ve yeni yatırımlardan elde edilen kâr ve zarar paylaşımı konusunda mudarebe sözleşmesi devreye girer<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> ÖZCAN, s. 359.

<sup>40</sup> ÖZCAN, s. 359; ASLAN, s. 105.

<sup>41</sup> Uygulamada dördüncü bir model olarak Vekâlet-Vakıf Modeli belirtilmektedir. Bu modelde katılım şirketi fonu inancılı mülkiyet esasına göre yönetmek yerine bir vakıf oluşturmakta ve katılımcılar bu vakfa katkıda bulunmaktadır. Bunun haricinde söz konusu sisteme vekâlet modeline ilişkin esaslar uygulanmaktadır. YILDIRIM, s. 53.

<sup>42</sup> KETTELL, s 130.

<sup>43</sup> KETTELL, s 130.



### 6.2.2. Risk Fonu Yönetiminde “Bakiye İadesi” Uygulaması

Fon yönetiminde fazlanın oluşması durumunda fazlalığın değerlendirilmesine yönelik olarak çeşitli yöntemlere başvurulabilmektedir. Buna göre sözleşme öncesi veya sigorta sözleşmesinde açıkça yer verilmek suretiyle fon fazlalıklarıyla katkı primleri azaltılabilmekte; fazlalık ihtiyat fonu olarak tutulabilmekte, şirketin pay almasına izin verilmeksizin tamamen veya kısmen katılımcılar arasında paylaştırılabilmekte ve hatta fazlalığın danışma komitesinin uygun göreceği farklı bir şekilde değerlendirilmesine de imkân sağlanmaktadır (KSY m.7.)

Fon fazlasının tamamen veya kısmen katılımcılara dağıtılmasının kararlaştırılması durumunda fazlalık, sigorta sözleşmesinde belirtilmesi ve şirketin yeterli sermaye koşulunu sağladığının şirket aktüeri tarafından onaylanması koşuluyla dağıtılabilir. İadenin dağıtılma şeklinin sigorta sözleşmesinde belirtilmesi ve internet sitesinde duyurulması gerekmektedir (KSY m.7). Ayrıca bakiye iadesi hesaplamaları ve iade hesaplama çizelgeleri şeffaflığın sağlanması amacıyla şirket internet sitesi üzerinden yayınlanmaktadır.

İlgili dönemde fon fazlalığı kısmen veya tamamen dağıtılabilir. Fazlalığın dağıtılacağı katılımcıların belirlenmesine ilişkin olarak ise sözleşme hükümleri uygulanır. Bu kapsamda fazlalık

- İlgili dönemde, bütün katılımcılara dağıtılabilir;

Bu durumda ödenen tazminatlara diğer katılımcılar tarafından yapılan bağış gözüyle bakıldığı için fonda oluşan fazlalık, ödedikleri katkı primine göre, tazminat alma durumlarına bakılmaksızın bütün katılımcılara dağıtılır. Alınan tazminatlar ise katkının hesabında göz önünde tutulmamaktadır.

- Sadece tazminat almayan katılımcılara dağıtılabilir;

Bu durumda fondan tazminat ödemesi almamak fazlalık almanın ön koşulu teşkil eder. Bu nedenle pozitif katkı yapsın yapmasın tazminat alan katılımcılara ödeme yapılmamaktadır. Kısmi hasar durumunda katılımcılar, tazminat veya katılım payından birini seçmek zorunda kalacağı için katılımcı aleyhine bir düzenlemedir.

- Fona pozitif katkı sunan katılımcılara dağıtılabilir;

Bu durumda katılım payı almada, katılımcıların tazminat alma durumlarına bakılmaksızın fona pozitif katkı sağlayıp sağlamadıklarına bakılır. Pozitif katkı, katılımcı itibariyle hesap edilir ve fona ilişkin masraflar yanında

hasar ödemeleri de göz önünde tutulur ve bu kapsamda ödenen meblağlar iade payından düşülür. Bu nedenle fondan ödenen sigorta tazminat bağış olarak nitelenmekle birlikte, havuza katkının hesaplanmasında göz önünde tutulmakta ve hasar ödemesi alan kişilere ancak pozitif katkısı olması durumunda ödeme yapılmaktadır. Uygulamada da söz konusu yöntem tercih edilmektedir.

• Ayrıca fazlalık danışma komitesinin uygun göreceği farklı bir usulle dağıtılabılır (KSY m.7).

Bakiye iadesi uygulamada belirli bir limitin üzerinde kalan poliçelere yapılabilmekte söz konusu tutarın altında kalan kısım ise sözleşme hükümlerine göre ya hayır işlerinde kullanılmakta ya bağış havuzunun kuvvetlendirilmesi için kullanılabilmektedir.

Sorumluluk ve hayat katılım sigortacılığı alanındaki işletmelerde risk uzun vadeli olduğu için bakiye işlemlerinin yürütülmesi farklılık göstermektedir. Buna göre sorumluluk ve hayat katılım sigortacılığında şirketlerde bakiye hesabı, bakiyenin dağıtım yöntemi ve ne sıklıkla bakiye dağıtımını yapılacağı gibi unsurlar şirket aktüerinin onayını takiben danışma komitesinin uygun görüşü alınarak belirlenebilir (KSY m.7).

Şirket, bakiye iadesinin yazım yılından itibaren ne kadar yıl sonra dağıtılacağı kararını, faaliyet gösterilen branş ve ürünün özelliğini de dikkate alarak, aktüerin onayı sonrası danışma komitesinin de uygun görüşünü alarak belirleyebilir (KSY m.7). Hak sahipleri tarafından zamanında talep edilmeyen bakiye iadeleri ise Özel Hukuk Hükümlerine Tabi Sigortalar kapsamında hak sahiplerince aranmayan paralar mevzuatına tabi kılınmıştır (KSY m.7). Risk fonunu fazla vermesine rağmen fonların ihtiyat fonu olarak kullanılmasına karar verilmesi durumunda bu fon şirket sermayedarlarına/üyelerine temettü olarak dağıtılamayacağı gibi dağıtılabılır kar hesabına da alınamamaktadır (KSY m.7.).

### **6.3. Risk Fonu Yönetiminde “Likidite İmkânı” Uygulaması**

Katılım sigortalarında riskin karşılandığı risk fonu, zaman içerisinde artış gösterebileceği gibi; yasal ve idari yükümlülüklerini yerine getirme konusunda yetersiz kalabilmekte veya tazminat ödenmesi açısından fonun açığı olabilmektedir. Hasar ve zarar fondan karşılanmakla birlikte fonun yetersiz kalması durumunda reasürans veya katılım reasüransı korumasına başvurulabilir. Fakat bunlarında fayda etmemesi veya yasal olarak başvurulamaması durumunda katılımcıların fon zararını karşılama gibi bir yükümlülüğü bu-

lunmamaktadır. Bu nedenle sigorta şirketi, fon açığı için ortaklara doğrudan müracaat edemez. Bu durumda şirket ilgili açığı likidite imkânı yoluyla kapatması gerekir (KSY m. 5). İşte likidite imkânı, risk fonunun belli bir hesap dönemindeki yasal ve idari yükümlülükleri yerine getirmede yetersiz kalması sonucunda şirket tarafından geçici süreli olarak finansman sağlanması işlemdir (KSY m. 3/1/h). Bu şirketin verdiği bir ödünçtür. Zaman içerisinde risk fonunun fazla vermesiyle birlikte şirket likidite imkânı ile sağladığı fonu geri alması (KSY m. 5); yani zararın gelecek yılların karından karşılanması mümkündür.

Şirketin likidite imkânı sunmasıyla esas itibarıyla bir fon desteği sağlanması söz konusudur. Söz konusu desteğinden faizsiz olması asıldır. Ancak KSY’de şirketin geri alacağı tutarın verilen tutardan fazla olması gerektiği düzenlenmektedir. Bu durumda şirket tarafından sağlanan likidite imkânı karşılığında ödenecek tutar, internet sitesinde de duyurulmak koşuluyla, danışma komitesinin onayı alınarak tespit edilen araç ve yöntemlerle değerlendirilerek tespit edilebilir (KSY m. 5). Ayrıca sigorta şirketinin birbirini takip eden üç takvim dönemi boyunca likidite imkânı sunması durumunda Hazine Müsteşarlığı’na durumun gerekçelerini ve alınabilecek önlemleri bildirmek zorunda tutulmuştur (KSY m.5).

Risk fonun mali yapısının bozulması<sup>44</sup> durumunda şirketin mali bünyesinin kuvvetlendirilmesine yönelik SK m 20’de belirtilen tedbirler, katılım sigortacılığında risk fonu açısından uygulanır (KSY m. 5). Ancak söz konusu düzenleme şirkete yönelik tedbirleri içerdiği için bir kısmının fona uygulanması niteliği itibarıyla mümkün değildir<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Minimum garanti fonu tutarını karşılayamadığının, tesis etmesi gereken teminatı tesis edemediğinin, teknik karşılıkları karşılayacak yeterli veya teknik karşılıklara uygun varlıklarının bulunmadığının ya da sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediğinin yahut şirketin mali bünyesinin sigortalıların hak ve menfaatlerini tehlikeye düşürecek derecede zayıflamakta olduğunun tespiti durumunda şirketin mali yapısının bozulduğu kabul edilir (SK m 20/1).

<sup>45</sup> Sigortacı, her bir riske yönelik doğru fiyatlandırma yapmakla yükümlüdür ve fonun mülkiyeti şirkete aittir. Bu nedenle bakanlık tarafından SK m 20 de belirtilen tedbirlerin katılım sigorta şirketlerine yönelik olarak alınması da mümkündür. Bu kapsamda bakan, tespit edilecek gündemle genel kurulun olağanüstü toplantıya çağırılmasını veya genel kurul toplantısının ertelenmesini istemeye; aynı şekilde yönetim veya denetim kurulu üyelerinden bir kısmını veya tamamını görevden alarak ya da bu kurullardaki mevcut üye sayısını artırarak bu kurullara üye atamaya veya sigorta veya reasürans şirketinin yönetiminin kayıma devredilmesini talep etmeye (SK m 20/2); sermayenin artırılmasını, ödenmemiş kısmının ödenmesini, sermayeye mahsuben şirkete ödeme yapılmasını, ilave teminat tesisini, (SMY m 12) veya kâr dağıtımının durdurulmasını (SK m 20/1/b) istemeye yetkilidir. Ancak

Bu kapsamda fonun mali bünyesinin sigortalıların hak ve menfaatlerini tehlikeye düşürecek derecede zayıflaması durumunda (Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Mali Bünyelerine İlişkin Yönetmelik<sup>46</sup> (SMY m 12) bakan şirketten fona ilişkin olarak:

- Malî bünyesindeki zafiyetin nasıl giderileceğini ve katılımcıların hak ve menfaatlerinin nasıl korunacağını içeren kapsamlı bir iyileştirme planı sunulması ve uygulanmasını,
- Katılım payı dağıtımının durdurulmasını (SMY m 12)
- Reasürans ve fiyatlama politikalarının değiştirilmesini, tazminat ödeme gün sayısını azaltıcı tedbirlerin alınmasını (SMY m 12)
- Peşin tahsil edilecek prim miktarının artırılmasını, vadelendirme politikalarının değiştirilmesini, muaccel alacakları büyük miktara gelmiş acentelerle sözleşesinin feshedilmesini (SMY m 12)
- Varlıklarının kısmen ya da tamamen elden çıkarılması veya elden çıkarılmasının durdurulması, yeni iştirak ve sabit değerler edinilmesini (SK m 20/1/c) isteyebilir.

Söz konusu tedbirler birinci aşama tedbirleri oluşturur.

Birinci aşama tedbirlerin yetersiz kalması veya yetersiz kalacağının anlaşılması durumunda ikinci aşama tedbirlerin alınması yoluna gidilir. İkinci kademe tedbirlerin alınması için şirketin daha önce uyarılmış olması veya öncesinde birinci kademe tedbirlerin alınması zorunlu değildir. (SMY m 13)

Bu kapsamda;

- Sigorta şirketlerinde şirketin faaliyette bulunduğu sigorta branşlarından, reasürans şirketlerinde ise sigorta gruplarından birine veya tamamına ait katılım sigortası fonlarını teminat ve karşılıkları ile birlikte başka şirket veya şirketlere devretmeye, devralacak şirket bulunmadığı takdirde ise fonun idaresini Hesaba bırakmaya ya da devredilecek portföyün tasfiyesine yönelik her türlü tedbiri almaya,
- Sigorta fonunu sınırlandırmaya (SK m 20/2) yetkilidir

---

fonun inanca mülkiyet kapsamında işletildiğinin kabulü karşısında söz konusu tedbirlerin fona karşı alınamayacağı aşikârdır.

<sup>46</sup> RG 26606; T 07.08.2007.

Söz konusu tedbirler sınırlayıcı olarak belirtilmemiştir. Bu nedenle bakan, malî bünyesini ve likiditesini güçlendirici ve riski azaltıcı benzer tedbirler alınmasını ve benzeri diğer hususların yerine getirilmesini de isteyebilecektir. Bu kapsamda danışma komitesinin atanmaması alınacak tedbirlere örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda bakan tedbir olarak söz konusu hususun yerine getirilmesini istemesi; hatta danışma komitesinin bakan tarafından atanması bir tedbir olarak düşünülebilir niteliktedir.

KSY m 20/1/b’de şirketlere yönelik olarak talep edilebileceği belirtilen tedbirlerden ilave teminat tesisinin fona yönelik olarak talep edilmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Fon açıklarının şirket tarafından “likitide imkânı” tanınması ile yani fona borç aktarılması yoluyla kapatılması gerekir. Zira önceden belirtilen ücret ve uygulamalarda sigortacı aleyhine değişiklik yapılamaz (KSY m. 4). Bu nedenle katılımcıların fon açığını kapatmak gibi bir yükümlülüğü bulunmadığı; fonun mali yapısının bozulması durumunda dahi SK m 20 kapsamında ilave teminat tesisi için katılımcılara başvurulamayacağı kanısındayız.

### **7. Katılım Sigortacılığında Danışma Komitesi<sup>47</sup>**

Konvansiyonel sigortalardan farklı olarak katılım sigortalarında, sigorta şirketleri tarafından yapılan faaliyetlerin ve fonların idaresinin sigorta mevzuatı yanında katılım sigortacılığı ve katılım finans ilkelerine uygunluğunun sağlanması da gerekir. Yönetim kurulunun işlemlerinin katılım finansı ilkelelerine uygun olması, finansal bilgi dışında bir dizi fıkıh bilgisini de gerektirir. Yönetim kurulunun, fıkhi bilgiye bizzat ulaşması yerine, söz konusu bilgi, danışma komitesi oluşturulması zorunlu hale getirilerek, danışma komitesinden görüş alınması yoluyla sağlanmaktadır. Sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin, şirketin iç yönergeleri ile yönetim stratejisi ve politikalarına uygunluğunun sürekli kontrol edilmesi amacıyla etkin bir iç denetim sistemi kurmakla yükümlü oldukları SK m 4/8’de düzenlenmektedir. Katılım sigortaları açısından fıkhi uygunluk, katılım sigorta şirketinin SK m 4/8 anlamında yönetim stratejisi ve politikasını oluşturmaktadır.

Düzenlemede yer alan komisyon ibaresi, kurul şeklinde bir oluşumu çağırırsa da sayı belirtilmemesi karşısında münferit kişilerin tayinine de en-

---

<sup>47</sup> “7. Katılım Sigortacılığında Danışma Komitesi” başlığının özet metni, 04 - 05 Mayıs 2018 Tarihinde Başkent Üniversitesi Ticari Bilimler Fakültesi Bankacılık ve Finans Bölümü 1. Uluslararası Bankacılık Kongresinde sunulacaktır.

gel bulunmamaktadır<sup>48</sup>. Danışma komitesi üyelerinin bilgileri ve üyeler tarafından onaylanan katılım sigortacılığı faaliyetlerinin uygunluğunu gösteren belgelerin şirket internet sitesinde yayınlanması zorunludur (KSY m. 8/5).

Söz konusu düzenlemenin lafzı TTK m 366/II’de düzenlenen komite ve komisyonlar kurulmasını akla getirmektedir. TTK m 366/II’ de işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabileceği; yönetim kurulu kararlarının alınmasına hazırlık yapılması, bu kararların uygulanması ya da işlerin gidişini izlemek konusunda kurullara veya münferit yönetim kurulu üyelerine yetki verilebileceği düzenlenmektedir<sup>49</sup>. Söz konusu yetkiler incelendiğinde de danışma komitesinin yönetim kurula bağlı bir alt kuruluş olarak faaliyet gösterdiği; tamamen içe dönük bir yapılanma niteliği taşıdığı; bir karar olarak yönetim görevi icra etmediği gibi şirketin sevk ve idaresi görevinin de bulunmadığı görülecektir<sup>50</sup>. Yönetim kurulu üyelerinden birinin iç denetimden sorumlu üye olarak atanması (SİY m 4/2) veya komite içerisinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunması mümkündür (TTK m 366/2). Bu durumda komitenin sigortacılık ya da finans alanında en az 7 yıllık tecrübesi bulunan (SİY m 4/2), icara yetkisi olmayan yönetim kurulu üyelerine bağlı çalışması gerektiği ilke olarak ifade edilmektedir<sup>51</sup>. Ayrıca, danışma komitesinin TTK m 366/2 anlamında komite olarak kabulü, sigorta şirketleri açısından bir yönetmelik hazırlanmasını zorunlu kılar. Danışma komitesi yönetmeliği, iç denetim birimi tarafından hazırlanmalı ve yönetim kurulu tarafından onaylanarak kabul edilmelidir. Yönetmelikte danışma komitesi üyelerinin yeterlilikleri için aranan öğrenim durumu, deneyim, bilgi ve beceri seviyeleri ile diğer niteliklere yer verilmelidir (SİY m 4/8).

Danışma komitesinin görevleri incelendiğinde de bir kısmının yönetim kurulunun faaliyetlerine hazırlık aşamasında gerçekleştiği, katılım finansına uygunluk açısından rapor hazırlamak ve yardımcı olma amacı taşıdığı görülmektedir. Bu görevler;

<sup>48</sup> İsmail, KIRCA/ Feyzan Hayal, ŞEHİRALİ, ÇELİK / Çağlar MANAVGAT: **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 1. BTHAE Yayınları, Ankara, 2013, s. 478.

<sup>49</sup> TTK Genel Gereğesi 90/b.

<sup>50</sup> TTK m 366/2 kapsamında oluşturulan komisyonların yetkileri konusunda bkz. AKSOY, Mehmet Ali, (2013) “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sa. 1-2, s 45-76, s 68

<sup>51</sup> AKSOY: s. 67.

- Şirketin politika ve prosedürlerini katılım finans ilkeleri kapsamında değerlendirmek,
- Katılım finans ve katılım sigortacılığı konusunda şirket yönetim kurulu ve diğer birimlere danışmanlık yapmak,
- Şirket bünyesindeki yeni ürün geliştirme süreçlerine katılmak,
- Şirketin yıllık faaliyet raporlarında şirket faaliyetlerinin katılım finans ilkelerine uygunluğu konusunda görüş vermek şeklinde belirtilebilir.

Danışma komitesinin bazı görevleri ise iç denetimin sağlanması amacıyla verildiği görülmektedir. Danışma komitesinin iç denetimin sağlanmasına yönelik yetkileri ise;

- Hazine Müsteşarlığının talebi durumunda gerekli bilgileri vermek ve gerekli çalışmalarını hazırlamak,
- Katılım reasürans veya reasürans alınmasını katılım finans ilkelerine göre onaylamak,
- Katılım sigortacılığı kapsamında düzenlenen poliçe örneklerini onaylamak,
- Yatırım faaliyetlerini katılım finans ilkelerine göre değerlendirmek ve onaylamak şeklinde belirtilebilir.

Söz konusu yetkiler incelendiğinde katılım finansına uygunluğu belirleme yetkisinin, yalnızca yeni ürünlere veya yatırım faaliyetlerine yönelik olmadığı, şirketin tüm faaliyetine yönelik olduğu görülecektir. Danışma komitesi, fıkhi uygunluğa karar verirken, şirketin tüm faaliyetlerinin güvenli bir biçimde icra edilmesini izlemek, incelemek ve kontrol etmek amacıyla ilgili birimlerden raporlamaya dayalı bilgi talebinde bulunabilir. Bu kapsamda çeşitli kontrol dokümanları ve araçları üzerinden genel veya özel gözlemlere ve izlemeye dayalı kontrol ya da inceleme yapabilir. Tespitlerini raporlara bağlar veya uyarı mesajları hazırlayarak ilgili birimlere tebliğ eder (SİY m 11/3). Danışma komitesine, izledikleri, inceledikleri ve kontrol ettikleri hususlara ilişkin olarak şirket personelinden ilave açıklama isteme ve bunların fikirlerine başvurma yetkileri verilir (SİY m 11/4). Ancak danışma komitesinin, TTK hükümlerine göre komitelere verilebilecek yetkilerden yönetim kurulu kararlarının uygulanması gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle danışma komitesinin yalnızca denetim ve danışma işlevini gördüğü, işlerin icrasına ilişkin olarak görev almadığının da belirtilmesi gerekmektedir.

Danışma komitesinin TTK m 366/II anlamında komisyon olarak kabulü karşısında danışma komitesi oluşturma veya bu hizmeti dışardan sağlamaya yönetim kurulu yetkilidir. Danışma komitesinin şirket bünyesinde kurulması durumunda, komite, faaliyetini, doğrudan yönetim kuruluna bağlı (KSY m. 8) ancak idari açıdan bağımsız olarak yerine getirir (SİY<sup>52</sup> m 4/5). Bağımsızlıktan kasıt, danışma komitesinin denetim işlevini, şirket yönetimi ve paydaşların etkisinden uzak ve bağımsız olarak yerine getirmesidir (KSY m.8). Bağımsızlık, komitenin idari olarak yönetim kuruluna bağlı olma niteliğini ise etkilemez. Danışma komitesinin yönetim kuruluna “doğrudan bağlılığı” ise görev ve sorumluluklarını tarafsız ve bağımsız olarak icra etmesi için idari olarak doğrudan ve yalnızca yönetim kuruluna ve var ise iç denetim birimi yöneticisine (yönetim kurulu üyesi) bağlı olmasını ifade eder. Danışma komitesinin yönetim kurulu ve iç denetim birimi yöneticisi haricinde, şirket yönetiminde yer alan hiç kimseye karşı hesap verme sorumluluğu bulunmadığı gibi görevlerinin icrasında menfaat çatışmalarından uzak olmalarının da sağlanmasını gerekir (SİY m 14/1). Danışma işlevinin şirket bünyesinde danışma komitesi oluşturulması şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi dışarıdan hizmet alımı şeklinde de gerçekleştirilebileceği KSY’de düzenlenmektedir (KSY m.8; SK m 4/8). Danışma komitesinin işlevini dışarıdan hizmet alımı şeklinde gerçekleştirmesi durumunda yönetim kuruluna raporu düzenlemek suretiyle işlevini yerine getirir (KSY m. 8).

Şirketler zorunlu organlar dışında ihtiyari organlar da kurabilmektedir. Ancak KSY’de danışma komitesi oluşturulması zorunlu tutulmakla birlikte, söz konusu kurulun organ niteliğinin bulunmadığının; ayrıca danışma komitesinin TTK m. 364 anlamında yönetim kurulunun yetkisinin devri manasına da gelmediğinin veya onun üzerinde bir gözetim yetkisinin bulunmadığının kabulü gerekir. Danışma komitesi tamamen içe dönük bir organ niteliği taşımakta, komitelerin şirketin sevk ve idaresi görevi bulunmamaktadır<sup>53</sup>. Bu nedenle belirtilen hususlarda nihai olarak karar alma yetkisi ve sorumluluk (SİY m 4/2) münhasıran yönetim kurulundadır. Danışma komitesinin belirttiği hususun aksi yönde karar alabilir ve söz konusu işlemler sigorta şirketini bağlar. Yani danışma komitesinin onay vermediği bir işlemin yönetim kurulunca yapılması gibi bir durum söz konusu değildir. Ancak bu durumda yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilebilir<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin İç Sistemlerine İlişkin Yönetmelik. RG 26913; T. 21.6.2008.

<sup>53</sup> AKSOY: s. 68.

<sup>54</sup> Yönetim kurulu sorumluluğuna uygulanacak hükümler konusunda bkz. Mehmet Çelebi,



Katılım finansına tam uygunluğun sağlanmaması açısından danışma komitesine bir organ sıfatı verilmemesi, danışma komitesi belirleme yetkisinin yönetim kurulunda olması; KSY m 8’de belirtilen bağımsızlığın sağlanması için görev süresinin belirtilmemesi yönetmelikle danışma komitesine organ niteliği verilmesini ve güçlü bir yapı niteliği kazandırılmak istenmediğini göstermektedir. Zira komite üyelerinin görev süresinin belirtilmemesi ve komite üyelerinin ticaret siciline tescilinin emredilmemesi, yönetim kurulu tarafından istenildiği anda değiştirilebilmesi ve sözleşmenin hem komite üyeleri hem şirket tarafından feshedilebilmesi anlamına gelir. Bu durum ise danışma komitesinin, yönetim kurulu tarafından kararı beğenilmediği anda görevden alınabilen ve yerine yenisi getirilebilen şekli bir organizasyon olması sonucunu doğuracaktır. Ancak denetim komitesinin şirketteki konumunu güçlendiren bir unsur olarak; katılımcıların tercihleri üzerinde komite üyelerinin kişilikleri ve piyasada oluşturdukları güvenin etkili olduğu bu nedenle kendisini alanında kanıtlamış kişilerde seçtiğinin de belirtilmesi gerekir. Ayrıca danışma komitesinin görev süresinin belirlenmesi ve bu süre içerisinde şirket tarafından görevden alınmayacağına kabulü durumunda yönetim kurulu ile görüş ayrılığına düşülmesi ihtimalinin de değerlendirilmesi ve anlaşmazlığın çözüm yollarının KSY’de düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Danışma komitesi üyelerinin sorumluluğu ise şirketle aralarındaki ilişkiye göre belirlenir<sup>55</sup>

## **8. Katılım Sigortacılığında Önem Arz Eden Diğer Hususlar**

Katılım sigortası sözleşmesinin kendine has unsurları yanında zenginleşme yasağı, emredici hükümler ve sigorta sözleşmesinin sona ermesi gibi hususların da katılım sigortaları açısından incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca söz konusu inceleme neticesinde sigorta sözleşmesinin hukuki niteliğini dahi değiştiren temel bir düzenlemenin kanunla yapılmaması gereği ortaya çıkmaktadır<sup>56</sup>.

### **8.1. Katılım Sigortalarına İlişkin Bilgilendirme Yükümlülüğü**

Sigortacılık faaliyetinde sigorta şirketinin sigortalı için gerekli teknik bilgiyi sunması gerekir ve bu konuya büyük önem verilir. Katılım sigortacılı-

---

CAN: Pay Sahiplerinin Veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534’ün Etkisi, **GÜHFD**, Yıl: 2017, Cilt: XXI, Sayı: 4, s. 3-32.

<sup>55</sup> KIRCA/ ŞEHİRALİ, ÇELİK / MANAVGAT: s. 480.

<sup>56</sup> Yönetmeliğin kanun hükümlerini değiştirememesi karşısından KSY hüküm bulunmayan hallerde sigortacılık mevzuatına gönderme yapılması da (KSY m ½,3) düzenlemenin kanunla yapılması gereğini destekler niteliktedir.

ğında da sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin özel düzenlemeye gidilmiştir. Katılımcı olmak için yeterli bilgi düzeyi olmayan taraflar sisteme katılma konusunda çekimser kalabilmektedirler. Bu nedenle katılım sigortacılığında şeffaflık esastır.

Katılım sigortacılığında bilgilendirme formu ve sigorta sözleşmesi, şirket tarafından katılımcıların katılım sigortası aldığını fark etmelerini sağlayacak doğru ve eksiksiz şekilde düzenlenir<sup>57</sup>. Ayrıca katılım sigortacılığının tanımı, prensipleri, farkları, şirket tarafından uygulanan yönetim modeli vb. bilgiler şirketin internet sitesinde müstakil bir başlık altında sunulur (KSY m. 9). Bu kapsamda ayrıca sigortacının fonlarını yatırdığı yatırım araçları ile bunlara yatırılan tutarlar ve getirileri bilgilerinin yıllık faaliyet raporlarında yayınlanması zorunludur (KSY m. 9).

Bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında ayrıca kullanılan fon yönetim modelinin ve şirkete ödenecek olan yönetim ücreti ile hesaplama yönteminin sigorta sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilmesi; vekâlet modelinin kabul edilmesi durumunda vekâlet ücretine, mudarebe modelinin belirlenmesi durumunda paylaşım oranına ilişkin bilgilerin şirketin internet sitesinde veya bilgilendirme formlarında duyurulması gerekmektedir (KSY m 4).

## 8.2. Reasürans

Edimler arasında aşırı orantısızlık bulunması, hayat sigortalarının uzun vadeli oluşu, gibi nedenlerle sigorta şirketleri acze düşebilir<sup>58</sup>. Bunun önüne geçmek amacıyla sigorta şirketlerinin sigorta ettikleri menfaati bir başka sigortacıya tekrar sigorta ettirilmesi amacıyla yapılan sigortalara reasürans denir. Sigortacı, sigorta ettiği menfaati, dilediği şartlarla, tekrar sigorta ettirebilir (TTK m 1403/1). Reasürans, sigortacının, sigorta ettirene karşı borç ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz; sigorta ettirene, tekrar sigorta yapana karşı, doğrudan dava açmak ve istemde bulunma haklarını vermez (TTK m 1403/2).

Katılım sigortasında reasürans, katılım finans ilkeleri ile ortak risk paylaşımı ve dayanışma esasına dayanan reasürans faaliyeti şeklinde gerçekleştirilir ve katılım reasüransı olarak adlandırılır. (KSY m 3/1/g). Ancak uygulamada katılım reasürans şirketi bulunmaması karşısından danışma komitesinin onayıyla normal şirketlerin reasürans faaliyeti yürütmesine izin verilmektedir. Böylece şirket, risk fonunun risklerini yönetmek amacıyla reasürans ve/veya

<sup>57</sup> Buna ilişkin usul ve esasları Hazine Müsteşarlığı tarafından düzenlenir (KSY m. 9).

<sup>58</sup> Reşat, ATABEK: Sigortacının Aczi, **BATİDER**, C.14, Y. 1987, S. 2, s. 41-84, s. 41.

katılım reasürans koruması satın alabilmektedirler. Reasürans korumasının alınabilmesi için de danışma komitesinden onay alınması ve katılımcıların bu konuda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca şirketin internet sitesinde reasürans ve/veya katılım reasürans hizmeti alınan firmaların bilgilerinin duyurulması zorunludur (KSY m. 9).

### **8.3. Sigorta Sözleşmesinin Sona Ermesi**

Sigorta sözleşmesinin sona ermesi ve sona ermenin sonuçlarının da katılım sigortaları açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### **8.3.1. Sürenin Dolması**

Sözleşmede öngörülen sürenin dolmasıyla sigorta sözleşmesi sona erecektir. Katılım sigortalarında ise sigortacını edimi, teknik olarak hayır işlerine sarf etme, katılımcılar arasında paylaşırma, bakiyenin iade edilmesi gibi sigorta özel şartlarına göre fonun tasfiyesinin gerçekleşmesiyle sona erer. Bunun için öncelikle fonun vergi, reasürans, sisteme göre komisyon ve/veya kâr – zarar, yönetim giderleri, düşülmesi ve artı bakiyenin kalması gerekir. Bu açıdan katılım sigortacılığında sorumluluk süresi ile teknik süre birbirinden ayrılmaktadır.

#### **8.3.2. Rizikonun Gerçekleşmesi**

Konvansiyonel sigortalarda risk, sigorta şirketince üstlenilmektedir. Bu nedenle rizikonun gerçekleşmesi durumunda, sigorta tazminatının ödenmesiyle sigorta sözleşmesi sona erer. Katılım sigortalarında ise risk paylaşımı ilkesine göre risk fona aktarılmaktadır ve sigorta sözleşmesinin sona ermesi için her halükârda fonun tasfiye edilmesi gerekir.

#### **8.3.3. Zenginleşme Yasağı**

Zenginleşme yasağı ve bunun sonucu olan mal sigortalarında sigortacının halefiyeti<sup>59</sup>, mal sigortası niteliği taşıyan katılım sigortaları açısından da uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır. Yani katılım sigortaları açısından da sigorta şirketi tazminat ödediği takdirde hukuken sigortalının yerine geçecek ve gerçekleşen zarardan dolayı sorumlu olanlara karşı sigortalının sahip olduğu dava hakkını tanzim ettiği bedele kadar kullanabilecektir (TTK m 1472).

Fon havuzu, inançlı mülkiyet esasına göre hukuken sigorta şirketine ait olmakla birlikte ekonomik olarak katılımcılara aittir ve katılımcılar hesabına idare edilir. Katılım sigortalarında ödenen tazminat fon hesabından yapılmak-

---

<sup>59</sup> KENDER, s. 351.

tadır. Bu nedenle halefiyet neticesinde alınan tazminatın da hem fona aktarılması hem de pozitif katkının hesabında dikkate alınması gerekmektedir. Bu konuda katılım sigortacılığı gibi temel bir düzenlemenin yönetmelikle değil kanunla yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

#### 8.3.4. Sigorta Sözleşmesinin Geçersizliği

Sigortalabilir menfaatin bulunmaması durumunda sigorta sözleşmesi geçersiz olur. Menfaatin sözleşme süresi içerisinde ortadan kalkması durumunda ise sözleşme, o anda geçersiz olacaktır (TTK m. 1408). Benzer bir şekilde menfaatin rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle ortadan kalkması durumunda, rizikonun gerçekleştiğinin sigortacı, sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla sigortalı tarafından bilinmesi durumunda sözleşmenin geçersiz olacağı TTK’de açıkça düzenlenmiştir (TTK m. 1458). Geçersizlik hallerinde primin iade edilmesi dışında katılımcının fondan ekstra bir tutar talep edip edemeyeceğinin katılım sigortacılığının niteliği göz önünde tutulmak suretiyle çözüme açıklamaya kavuşturulması gerekmektedir. Benzer bir düzenleme aşkın sigortada söz konusudur. Buna göre aşkın sigortada aşan kısım geçersizdir. Bu sebeple sigorta bedeli ile primin onu karşılayan kısmı indirilir ve tahsil edilmiş fazla prim faizi ile birlikte verilir (TTK m. 1463). Katılım sigortalarında ise iade edilecek tutarın faizsiz olması gerekir. Bu durumda katılımcının bakiye iadesi talep edebileceği düşünülebilir. Ancak geçersizlik durumunda bakiye iadesi istenmesi, geçersiz bir katılım payının tazminat ödemelerinde kullanılması anlamı taşır. Bu nedenle fondan iade edilecek tutarın değerlendirilmesine ilişkin esasların KSY’de açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Bu konuda geçersizlik hallerine ilişkin olarak likitide kapsamında şirket tarafından sağlanan fonun iadesine benzer bir şekilde ödenecek tutarın danışma komitesinin onayı alınarak tespit edilen araç ve yöntemlerle değerlendirilmesi (KSY m. 5) bir tespit yöntemi olarak düşünülebilir.

TTK hükümlerine göre bazı durumlarda sigorta sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen sigorta şirketi prime hak kazanmaktadır. Söz konusu duruma ilişkin olarak sigortacının haberi olmamakla birlikte sigortalı ve sigorta ettiren rizikonun gerçekleştiğinden haberdar olması (TTK m. 1458) ile aşkın sigortanın sigorta ettiren tarafından mali çıkar sağlamak amacıyla ve kötü niyetle yapılması (TTK m 1463/2) belirtilebilir<sup>60</sup>. Burada primin tutulması medeni bir ceza olarak öngörülmüştür ve katılım sigortacılığı açısından uygulanamaya-

<sup>60</sup> Aynı şekilde sigortacının sorumluluğu başlamadan önce, kararlaştırılmış primin yarısını ödeyerek sözleşmeden cayabilir (TTK m 1430/3).

çağı söylenemez. Bu durumda belirtilen prim tutarlarının sigorta şirketinin kazancı olarak görülmesi yerine fonda kalması katılım sigortacılığının yapısına uygun daha uygundur. Ancak söz konusu hususların KSY ile açıkça düzenlenmesi ve belirtilen kalemlerin, önceden belirtmek şartıyla, hayır işlerine harcanması, fona eklenmesi veya diğer bir şekilde değerlendirilmesi konusunda katılım şirketine yetki verilmesi gerekirdi.

### **8.3.5. Sigorta Konusunun Ortadan Kalkması**

Sigorta konusunun ortadan kalkması durumunda sigorta sözleşmesi sona erer. Tarafların, sigorta sözleşmesinin süresi dolmadan da kanunda belirtilen sebeplerle veya anlaşmayla sigorta sözleşmesini feshetmesi mümkündür. Katılım sigortaları açısından tüm bu durumlarda da ilgili katılımcı fona katkı sağlanmış olacağı için fondan iade alınması mümkün olacaktır.

## **SONUÇ**

Katılım sigortacılığı, aynı riske maruz kalan bireylerin bir araya gelmeleri suretiyle ödeyecekleri katkı primleri ile riski müştereken üstlendikleri ve riski gerçekleştirenlerin yaşayacakları olumsuzlukları bir arada telafi etmesine dayanan sigorta türüdür. Katılım sigortalarında katılımcılardan toplanan katılım primleri bir araya getirilmekte ve bir fon havuzu oluşturulmakta; riskin sonuçları bu havuzdan sağlanmakta ve toplanan primlerin katılım finansı yöntemlerine uygun değerlendirilmesi yoluna gidilmektedir.

Katılım sigortacılığı, Malezya başta olmak üzere; Mısır, Cezayir, Ürdün, Tunus, Suudi Arabistan, Kuveyt gibi İslam ülkeleri yanında birçok Avrupa ülkesi ve ABD’de uygulanmaktadır. Ayrıca katılım sigorta şirketleri yanında birçok sigorta şirketi tarafından klasik anlamda sigorta ürünleri yanında katılım sigortacılığı ürünleri sunulmaktadır. Türkiye’de uzun süredir katılım sigortacılığı ürünlerine rastlanmakla birlikte; katılım sigortacılığı, ilk kez 2017 yılında KSY’ile mevzuata girmiştir. KSY ile katılım sigortacılığı alanında faaliyet gösteren sigorta şirketleri ile sisteme dahil gerçek ve tüzel kişilere ilişkin düzenlemeye gidilmiş; KSY’de hüküm bulunmayan hallerde sigortacılık mevzuatının ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (KSY m ½,3).

Katılım sigortacılığında sigortacı tarafından risk değil sermayedar fonundan ayrılan risk fonunun idaresi üstlenilmektedir. Tazminatlar fondan karşılanacağı için risk, katılımcılar arasında paylaştırılmış olur. Sigortacı risk fonunu yönetmek ve sigortayla ilgili diğer teknik ve yasal işlemleri yerine getirmekle yükümlüdür. Bu nedenle katılım sigortası sözleşmesinin hukuki

niteliği itibariyle iş görme sözleşmesinin bir türü olan vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

Bireylerin dini inançları ve inançlarına bağlılık düzeyleri yaşam tarzlarını ve yatırım eğilimlerini etkilemektedir. İslam dinine üye olan ve faizin haram olduğu fikrinden hareketle getirisi faiz olan yatırım araçlarından kaçınan bireyler birikimlerini faizsiz enstrümanlara yönlendirmektedirler. Katılım sigortaları ise söz konusu ihtiyacı karşılamak ve bireyleri sigorta sektörüne çekmek amacıyla oluşturulmuştur. Bu amaçla katılım sigortacılığında risk fonu ile sermayedar fonu ayrılmakta ve ayrı değerlendirilmektedir (KSY m. 6/1). Ayrıca fonun katılım finansı yöntemlerine uygun araçlarla yönetilmesi de katılım sigortacılığının bir unsuru olarak aranmaktadır. Bu nedenle fon katılım bankaları, BİST katılım, kıymetli madenler, SUKUK gibi katılım finansı araçlarında değerlendirilmekte ve dinen meşru görülen iktisadi menfaat temini sağlanmaktadır. Ayrıca risk fonunun yönetilmesine ilişkin KSY’de vekâlet modeli, Mudarebe modeli ve vekalet- Mudarebe modeli olmak üzere üç sistem düzenlenmiş bunlar haricinde de denetim komitesinin onayı alınmak suretiyle yönetim modeli kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Fon yönetiminde fazlanın oluşması durumunda söz konusu fazlalık katılımcılar arasında dağıtılır. Fazlalığın dağıtılmasına ilişkin olarak çeşitli yöntemlere başvurulabilmektedir. Sigorta sözleşmesinde açıkça yer verilmek suretiyle fon fazlalıklarıyla; katkı primleri azaltılabilmekte, ihtiyat fonu olarak tutulabilmekte, şirketin pay almasına izin verilmeksizin tamamen veya kısmen katılımcılar arasında paylaştırılabilmekte ve hatta danışma komitesinin uygun göreceği farklı bir şekilde değerlendirilmesine imkân sağlanmaktadır (KSY m.7.)

Katılım sigortacılığında risk sigortacı tarafından değil risk fonu tarafından üstlenilir. Fona ilişkin olarak ise katılımcıların tek borcu prim ödeyerek fona katkıda bulunmaktır. Bunun haricinde fon açıkları için katılımcılara başvurmaya olanak bulunmamaktadır. Fonun çeşitli nedenlerle yasal ve idari yükümlülükleri yerine getirme konusunda yetersiz kalması ve fon açığı oluşması durumunda söz konusu açık sigortacı tarafından geçici olarak finansman sağlanması suretiyle kapatılır ki sigortacının sağladığı geçici finansman, KSY’de likidite imkânı olarak adlandırılmaktadır.

Konvansiyonel sigortalardan farklı olarak katılım sigortalarında, sigorta şirketleri tarafından yapılan faaliyetlerin ve fonların idaresinin sigorta mevzuatı yanında katılım sigortacılığı ve katılım finans ilkelerine uygunluğunun sağlanması da gerekir. Yönetim kurulunun işlemlerinin katılım finansı

ilkelerine uygun olması, finansal bilgi dışında bir dizi fıkıh bilgisini de gerektirir. Yönetim kurullarının, söz konusu bilgiye bizzat ulaşması yerine, TTK m 366/II anlamında komisyon niteliği taşıyan danışma komitesi oluşturulması zorunlu hale getirilerek, fıkıh bilgi görüş alınması yoluyla sağlanmaktadır. Danışma komitesinin görevleri incelendiğinde de bir kısmının yönetim kurulunun faaliyetlerine hazırlık aşamasında gerçekleştiği katılım finansına uygunluk açısından rapor hazırlamak ve yardımcı olma amacı taşıdığı bazı görevleri ise iç denetimin sağlanması amacıyla verildiği görülmektedir.

Katılım finansına tam uygunluğun sağlanmaması açısından danışma komitesine bir organ sıfatı verilmemesi, danışma komitesi belirleme yetkisinin yönetim kurulunda olması; bağımsızlığının sağlanması için görev süresinin belirtilmemesi ve üyelerinin ticaret siciline tescilinin emredilmemesi eleştiriye açıktır. Ayrıca danışma komitesinin görev süresinin belirlenmesi ve bu süre içerisinde şirket tarafından görevden alınamayacağı kabulü durumunda yönetim kurulu ile görüş ayrılığına düşülmesi ihtimalinin de değerlendirilmesi ve anlaşmazlığın çözüm yollarının KSY’de düzenlemeye kavuşturulmaması gerekmektedir. Danışma komitesi üyelerinin sorumluluğu ise şirketle aralarındaki ilişkiye göre belirlenir.

Katılım sigortasında reasürans, katılım finans ilkeleri ile ortak risk paylaşımı ve dayanışma esasına dayanır ve katılım reasüransı olarak adlandırılır. (KSY m 3/1/g). Ancak uygulamada katılım reasürans şirketi bulunmaması karşısında, danışma komitesinin onayıyla, normal şirketlerin reasürans faaliyeti yürütmesine izin verilmektedir.

Sigorta sözleşmesinin sona ermesi ve sona ermenin sonuçlarının da katılım sigortalarının kendine özgü niteliklerini de göz önüne almak suretiyle değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle katılım sigortalarında sigortacının edimi, sürenin dolmasıyla değil; hayır işlerine sarf etme, katılımcılar arasında paylaşırma, bakiyenin iade edilmesi gibi sigorta özel şartlarına göre fonun tasfiyesinin gerçekleşmesiyle sona erer. Ayrıca rizikonun gerçekleşmesi, konvansiyonel sigortalar için bir sona erme sebebi iken katılım sigortalarında risk fona aktarılmaktadır. Bu nedenle rizikonun tamamen gerçekleşmesi durumunda ayrıca bakiye iadesi isteyip isteyemeyeceğinin; istenebilecekse hangi durumlarda istenebileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Son olarak sigorta konusunun ortadan kalkması durumunda sözleşme sona erecektir. Ancak katılım sigortalarında fona katkı açısından söz konusu sözleşmelerin de dikkate alınması gerekecektir.

Zenginleşme yasağı ve bunun sonucu olan sigortacının halefiyeti, katılım sigortaları açısından da uygulanma kabiliyeti bulunmaktadır. Bu durumda halefiyet neticesinde alınan tutarların da hem fona aktarılması hem de pozitif katkının hesabında hesaba katılması gerekmektedir.

İlgili çalışmada ayrıntılarıyla belirtildiği üzere zenginleşme yasağı, emredici hükümler ve sözleşmenin kendine has unsurları katılım sigortacılığı gibi sigorta sözleşmesinin hukuki niteliğini dahi değiştiren temel bir düzenlemenin kanunla yapılmamasının eksikliğini ortaya koymaktadır<sup>61</sup>.

### KAYNAKÇA

- ALTINTAŞ, Kadir Murat: Katılım Bankacılığı Çerçevesinde Alternatif Bir Sigorta Sistemi: Tekafül Sigorta Sisteminin Türkiye’de Uygulanabilirliği, **AİBU Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2016, C 16, S 2, s 115-142,
- ARSEVEN, Haydar: **Sigorta Hukuku**, 2. Bası, BETA, İstanbul 1991.
- ASLAN, Hakan: Türkiye’de Tekafül (İslami Sigorta) Uygulamaları: Problemler ve Çözüm Önerileri, **Uluslararası İslam Ekonomisi ve Finansı Araştırmaları Dergisi**, 2015, Y. 1, C. 1, S. 1, s. 93-117.
- ATABEK, Reşat: Sigortacının Aczi, **BATİDER**, C.14, Y. 1987, S. 2, s. 41-84.
- BOZER, Ali: **Sigorta Hukuku**, BTHAE Yayınları, Ankara, 2009.
- BOZKURT, Tamer: **Sigorta Hukuku**, 7. Bası, THEMİS, Ankara 2013.
- CAN, Mehmet Çelebi: Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı ?, **GÜHFD**, Yıl: 2017, Cilt: XXI, Sayı: 3, s. 41.
- CAN, Mehmet Çelebi: Pay Sahiplerinin Veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534’ün Etkisi, **GÜHFD**, Yıl: 2017, Cilt: XXI, Sayı: 4, s. 3-32.

<sup>61</sup> Yönetmeliğin kanun hükümlerini değiştirememesi karşısından KSY hüküm bulunmayan hallerde sigortacılık mevzuatına gönderme yapılması da (KSY m ½, 3) düzenlemenin kanunla yapılması gereğini destekler niteliktedir.



ÇEKER, Mustafa: **Sigorta Hukuku**, 16. Bası, Karahan Kitabevi, Adana 2016.  
Dünyada Tekafül, Erişim: tekafül.net.

GÖNENÇ, Halil: **Günümüz Meselelerinde Fetvalar**, C. I, Anadolu Yayınları, İstanbul 1998.

HACAK, Hasan: İslâm Hukukunda Sigorta ve Fıkıh Bilginlerinin Sigortaya Yaklaşımının Genel Bir Değerlendirmesi, **M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. 10, S 2016/1, s. 21-50.

HIRSCH , Ernst Eduard: **Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Ders Notları**, Ankara 1945.

JAMALDEN, Faleel: **Islamic Finance For Dummies**, John Wiley / Sons, Inc Nevjersey, USA 2012

KANER, İnci Deniz: **Sigorta Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

KARAHAN, Hediyeullah / ERSOY, Hicabi: Faizsiz Finansın Temel Prensipleri İle Türkiye’de Reel Kesimde Kullanılması, **Maliye Finans Yazıları**, Y 2016, S 105, s. 93-1144

KAYIHAN, Şaban /BAGCI, Ömer: **Sigorta Hukuku Dersleri**, Umuttepe Yayınları, Kocaeli 2016.

KENDER, Rayegân: **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, Onbeşinci Bası, Oniki Levha, İstanbul 2016.

KETTELL, Brian: **Introduction to Islamic Banking and Finance (1)**, Hoboken, GB:Willey, 2011.

KHAN, Muhammad Akram: **Islamic Ecomics and Finance: A Glossary**, 2nd Edition, Routledge Printing, London and Newyork 2003.

KIRCA, İsmail; ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal; MANAVGAT Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 1. BTHAE Yayınları, Ankara, 2013.

KUBİLAY, Huriye: **Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku**, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2003.

MUTÇALIŞ, Serdar: **Arapça-Türkçe Sözlük**, Dağarcık Yayınları, İstanbul 1995.

ÖZCAN, Seyran: Tekafül (Katılım Sigortacılığı) Muhasebesi, **Muhasebe**

**Bilim Dünyası Dergisi**, Haziran 2017, C. 19, S. 2, s. 351-377.

SAYHAN, İsmet: **Sigorta Sözleşmelerinin Konusu**, Yetkin, Ankara 2001.

SELÇUK, Mervan: İslami Bir Sigorta Deneyimi Olarak Tekafül, **IV Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı IV. (İlahiyat)**, İstanbul, 2015, s. 349-358.

SEZAL, Levent: Türkiye’de Sigortacılık Sektörünün Değerlendirilmesi ve Faizsiz Sigortacılık Sisteminin Uygulanabilirliği, Uluslararası **Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 10, S. 52, Ekim 2017, s. 1156-1167.

USLU, Sami: **İslam’da Faiz Yasağı ve Çağdaş Finans**,1. Bası, Zafer Yayınları, İstanbul, 2005.

YILDIRIM, İsmail: Tekafül (İslami) Sigortacılık Sisteminin Dünyadaki Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, **Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi**, C. 6, S. 2, 2014, s. 49-58.

# TÜZEL KİŞİ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ANONİM ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

Ebru DEMİRCİ\*<sup>\*\*</sup>

## ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile pek çok yeni müessese hukukumuzda dahil edilmiş olup bunlardan biri, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağına ilişkin düzenlemedir. Hükmün amacı, yönetim kurulu üyelerinin yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle şirket menfaatlerini tehlikeye düşürmesinin önlenmesi ve şirketin sermayesinin/malvarlığının korunmasıdır. Bir diğer yenilik olarak, gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de anonim şirket yönetim kurulu üyesi olabilmelerine imkan tanınmıştır. Bu çalışma ile Türk Ticaret Hukuku bakımından yenilik arz eden iki hüküm bir arada incelenmiş; anonim şirket yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması halinde borçlanma yasağına ilişkin düzenlemenin ne şekilde uygulanacağı, kapsamı, sınırları ve yasağın ihlali halinde ne gibi sonuçların doğacağı hususları değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyeliği, Borçlanma Yasağı.

## PROHIBITION OF BEING INDEBTED FOR BOARD MEMBERS OF A LEGAL PERSON TO THE JOIN STOCK COMPANY

### ABSTRACT

By the new Turkish Commercial Code numbered 6102, many renovations are included in our law, one of which is the provision prohibition for the members of board of directors of a joint stock company on being indebted to the company. The aim of it is to prevent the members of the board of directors from threatening the interests of the company by abusing the authorities and to protect the company's assets. The another renovation is that allowed legal persons to be members of Board of Directors in joint stock companies. This study examines the these two renovations that are innovative in terms of Turkish Commercial Law; the scope, limits, and consequences of a

\* Bu makale, yazarın "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirkete İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı" isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

\*\* Av. Ebru DEMİRCİ, İller Bankası A.Ş. Hukuk Müşavirliği  
E-Posta Adresi: av.ebrudemirci@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/02/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/09/2018

*breach of the law are assessed in the event that the board of directors of the joint stock company is a legal personality.*

**Keywords:** *Joint Stock Company, Board of Directors, Board of Directors of Joint Stock Company, Board Membership of a Legal Person, Prohibition of Being Indebted.*

## GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Ticaret Hukukumuz bakımından yenilik arz eden birtakım hususlara kanunda yer verilmiştir. Getirilen yeniliklerden bir tanesi, tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye seçilebilmeleridir (TTK m. 359). Her ne kadar 6762 sayılı TTK'da tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına izin verilmemiş ise de kamu tüzel kişilerinin bazı hallerde yönetim kurulunda “temsilci bulundurabileceği” düzenlenmişti (ETK m. 275). 6102 sayılı TTK ile tüzel kişilerin “tüzel kişi olarak” yönetim kurulu üyesi sıfatı kazanmalarına imkan tanınmıştır. Söz konusu düzenleme genel itibariyle olumlu olmakla birlikte, uygulamada tereddüt uyandıracak birtakım hususlar bulunmaktadır.

Düzenlemenin olumlu yanlarından ilki; tüzel kişilerin anonim şirket yönetim kurulu üyesi olmalarına izin verilmesi ile tüzel kişilerin limited şirketlere müdür olabilmesine imkân tanıyan düzenleme (m. 623/2) ve kamu tüzel kişilerinin yönetim kuruluna katılmasına izin veren düzenleme (m. 334) arasında uyum sağlanmış olmasıdır. Yanı sıra, yeni TTK ile tek kişilik şirket kurulmasına izin verildiğinden tüzel kişinin tek pay sahibi olduğu durumlarda, şirketi yönetebilmesi bakımından doğrudan yönetim kurulu üyesi olması, yerinde bir düzenlemedir. Şirket yönetimine giren bir tüzel kişi, şirketin sevk ve idaresine katılma, ticari faaliyetlere yön verme, şirketi kontrol etme ve personel politikasını etkileme gibi pek çok konuda anonim şirkete etki edebilecektir. Diğer bir ifadeyle, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmalarına imkan tanınarak, şirketin yönetiminde söz sahibi olması ve kendi çıkarlarını koruma bakımından daha işlevsel bir konumda olmasının yolu açılmıştır. Dolayısıyla, şirket yönetimine katılmaları, tüzel kişilerin menfaatlerini olumlu yönde etkileyecektir. Özellikle tüm ortakların tüzel kişi olduğu durumlar bakımından, tüzel kişinin yönetim kurulunda da yer alabilmesinin mümkün hale getirilmesi şirketler hukuku açısından olumlu bir gelişmedir. Öte yandan, bundan böyle profesyonel olarak yönetim kurulu üyeliği yapmak üzere şirketler kurulması

da gündeme gelebileceğinden söz konusu yenilik, şirketlerin daha kurumsal yönetilmelerine katkı sağlayıcı niteliktedir.

Düzenlemenin olumsuz yanlarından ilki, TTK'da yer alan ve gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri düşünülerek hazırlanmış birçok hükmün tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından nasıl uygulanacağı noktasında tereddütler barındırmasıdır. Konumuz olan borçlanma yasağına ilişkin TTK m. 395/2 hükmü bunlardan bir tanesi olup, bu husus aşağıda detaylı olarak açıklanmıştır.

Bir diğer olumsuz yan, tüzel kişilere yönetim kurulu üyesi olma imkanı veren TTK m. 359/2 hükmü var iken, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilci bulundurabilmelerine ilişkin ETK m. 275 hükmünün -denetim ve üyeliğe ilişkin sistem değişiklikleri dışında- olduğu gibi TTK m. 334'e aktarılmış olmasıdır. ETK m. 275'te yer alan "*temsilci*" ifadesinin yeni Kanun'a aynen aktarılması sebebiyle, teoride var olan ve yönetim kurulu üyeliğinin temsilciye mi yoksa kamu tüzel kişisine mi ait olacağı tartışmalarının devamına neden olunmuştur. Öte yandan, 11/04/2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6455 sayılı Kanun ile TTK m. 359 hükmüne eklenen 5. fıkra, tartışmalara farklı bir boyut kazandırmış ve Kanun'un sistematüğünü olumsuz yönde etkilemiştir. Söz konusu fıkra ile; anonim şirkette pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin kendilerinin veya gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kurulu üyesi olabilecekleri düzenlenmiştir. Düzenleme bu haliyle, ETK'ya dönüş mahiyetindedir.

6102 sayılı TTK ile getirilen yeniliklerden bir diğeri; yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu yasaklara TTK m. 395/2 hükmüyle eklenen anonim şirkete borçlanma yasağıdır. Söz konusu yasak 6762 sayılı Kanunda bulunmayıp, yeni Kanunun sistematüğünde, şirketle işlem yapma yasağının düzenleme altına alındığı TTK m. 395 hükmünün 2. fıkrası olarak teselsül ettirilmiştir. Çalışmamızda, birbiriyle yakın ilişki içinde bulunan ve uygulaması henüz yerleşmemiş bu 2 yeni düzenleme, doktrinde tartışılan hususlara da yer verilmek suretiyle bir arada değerlendirilmiştir.

## I. TÜZEL KİŞİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

### A. Genel Olarak

6762 sayılı Kanunda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına izin verilmemiş<sup>1</sup>, yalnızca kamu tüzel kişilerinin bazı hallerde yönetim kurulunda

---

<sup>1</sup> Hal böyle olunca, ETK döneminde tüzel kişiler, temsilcisi olan gerçek kişileri yönetim kurulu üyesi olarak seçtirmekteydi.

“temsilci bulundurabileceği” düzenlenmişti (ETK m. 312/2, m. 275)<sup>2</sup>. Tüzel kişilere yönetim kurulu üyeliği tanınmamasının gerekçesi; yönetim kurulu üyeliğinde kişiye ve şahsi vasıflarına duyulan güvendi<sup>3</sup>. Ancak zamanla koşulların değişmesi, ticari hayatın gelişmesi ve teknolojinin ilerlemesi ile birlikte, tüzel kişiler yönetime katılmak ve şirketin işleyişinde etkili olmak istemiş ve sorumluluğun tüzel kişide olmaması, adaletsiz sonuçların yaygınlaşmasına neden olmuştur<sup>4</sup>. Sorumluluğun tüzel kişinin yönetim kurulundaki temsilcisine ait olması hususu, geçmişte sıklıkla kötüye kullanılmış ve tüzel kişilerin, mali yapısı zayıf temsilcilerinin arkasına saklanarak sorumluluktan kaçmasına neden olmuştur.

Gelinen noktada, 6102 sayılı TTK ile tüzel kişilerin “tüzel kişi olarak” yönetim kuruluna üye olabilmelerine imkan tanınmıştır<sup>5</sup>. Yanı sıra, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilini düzenleyen 6762 sayılı Kanunun 275. maddesi de sistem değişiklikleri dışında aynen korunarak 6102 sayılı Kanunun 334. maddesine aktarılmıştır. Buna göre, pay sahibi olan veya olmayan kamu tüzel kişileri, şirketin faaliyet konusunun kamu hizmeti olması ve esas sözleşmede hüküm bulunması halinde yönetim kuruluna doğrudan temsilci gönderme hak ve yetkisine hala sahiptir. TTK m. 359/2 hükmü ile kamu hukuku tüzel kişisi-özel hukuk tüzel kişisi ayrımı yapmaksızın tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceği düzenlenmişken, kamu tüzel kişilerinin anonim şirket yönetim kuruluna katılmasını düzenleyen TTK m. 334’te “yönetim kuruluna temsilci gönderme” ifadesinin değiştirilmeden kullanılması, tartışmalara neden olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>6</sup>. Gerçekten de, halihazırda TTK’da kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilci bulundurması (TTK m. 334), söz konusu temsilcinin yönetim kuruluna üye olarak seçilmesi (TTK m. 359/5) ve kamu tüzel kişisinin yönetim kuruluna üye olabilmesi

<sup>2</sup> Limited şirketler bakımından, gerek ETK’da ( m. 540/4) gerekse TTK’da (m. 623/2) tüzel kişilerin müdür olabileceği düzenlenmiştir.

<sup>3</sup> Haluk TANDOĞAN, “Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. I, Sa. 1, s. 4.

<sup>4</sup> Ünal TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 228 (Sermaye Ortaklıkları).

<sup>5</sup> Tüzel kişilere, yönetim kurulu üyesi olma imkânı getirilmesi ile Kanun’un limited şirketlerde tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmasına izin veren TTK m. 623/2 hükmü arasında paralellik sağlanmıştır.

<sup>6</sup> Cafer EMİNOĞLU/Fatma Betül ÇAKIR, “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Sa. 3-4, s. 278.

(TTK m. 359/2) biçiminde seçenekler mevcuttur. Bu nedenle, tüzel kişi yönetim kurulu üyeliği hususunu kamu hukuku tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişisi bakımından ayrı ayrı incelemekte yarar bulunmaktadır.

## **B. Kamu Tüzel Kişileri Bakımından**

6762 sayılı TTK'da yalnızca gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi olmalarına izin verilmiş, tüzel kişilerin gerçek kişi temsilcilerini yönetim kurulu seçtirebileceği düzenlenmiş (ETK m. 312) ve kamu tüzel kişilerinin de yönetim kurulunda temsilci bulundurabileceği hüküm altına alınmıştır (ETK m. 275). 6102 sayılı TTK ile getirilen sistemde, gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olmalarına imkan tanınmıştır. Buna karşılık, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilini düzenleyen ETK m. 275 hükmü de sistem değişiklikleri dışında aynen korunarak 6102 sayılı Kanunun 334. maddesine aktarılmıştır. Hüküm şu şekildedir:

*“Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerinden birine, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümlerle, pay sahibi olmasalar da, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurmaya hakkı verilebilir.*

*Birinci fıkrada yazılı şirketlerde pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri, ancak bunlar tarafından görevden alınabilir.*

*Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haizdir. Kamu tüzel kişileri, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumludur. Tüzel kişinin rücu hakkı saklıdır.”*

334. maddeyi özellikli kılan husus, pay sahibi olan veya olmayan kamu tüzel kişilerine, belli koşulların varlığı halinde yönetim kuruluna doğrudan temsilci gönderme hak ve yetkisini tanımak suretiyle, yönetim kurulu üyelerinin seçiminde genel kurulu devre dışı bırakmasıdır<sup>7</sup>. Hükme göre, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilci bulundurabilmesi için iki koşulun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunlardan ilki, işletme konusu kamu hizmeti olan bir şirketin varlığı; diğeri ise esas sözleşmede kamu tüzel kişisine temsilci bulundurma hakkı tanınmış olmasıdır. Bu iki koşulun aynı anda mev-

<sup>7</sup> İsmail KIRCA/ Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK/Çağlar MANAVGAT, **Anonim Şirketler Hukuku C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, BTHAE Yayınları, Ankara 2013, s. 416.

cut olmaması halinde TTK m. 334 hükmünün uygulanması mümkün değildir<sup>8</sup>. Bu durumda, kamu tüzel kişininin bizatihi kendisinin TTK m. 359/2 çerçevesinde yönetim kurulu üyesi olması mümkündür. Ancak burada, üye seçimi genel kurulun takdirinde olacaktır. Kırca'ya göre, TTK m. 334, TTK m. 359/2 karşısında özel hüküm niteliğindedir<sup>9</sup>.

Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmelerine imkan tanıyan düzenleme olan TTK m. 359/2 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi topluluklarına katılıp oy kullanabilir.”*

Söz konusu hükümde, yönetim kuruluna üye olmak bakımından kamu tüzel kişisi-özel tüzel kişi ayrımı yapılmadığından, kamu tüzel kişileri de bu hüküm uyarınca yönetim kuruluna üye olabilecektir. TTK m. 334 ile m. 359/2 hükümleri, esas itibarıyla iki farklı uygulamaya hizmet etmekte ise de, yeni Kanunda kamu tüzel kişininin yönetim kurulu üyesi olabilmesi mümkünken, ETK döneminde de tartışmalara neden olan “yönetim kurulunda temsilci bulundurması” düzenlemesine yer verilmesi eleştirilmektedir. Öte yandan, 11/04/2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6455 sayılı Kanun ile TTK m. 359 hükmüne eklenen 5. fıkrada kamu tüzel kişilerinin gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilebileceğinin düzenlenmesi ETK dönemine dönüş niteliği taşımaktadır<sup>10</sup>. Bu ise o dönemde var olan, temsilcinin sorumluluk sahasına ve yönetim kurulu üyeliği sıfatının kime ait olduğuna ilişkin tartışmaların<sup>11</sup> devam etmesine yol açmıştır. Gerçekten de, gerek TTK m. 334 uyarınca yönetim kurulunda bulunan kamu tüzel kişisi temsilcisi gerekse TTK m. 359/5 hükmü uyarınca genel kurul tarafından yönetim kuruluna seçilen kamu tüzel kişisi temsilcisi bakımından yönetim kurulu üyeliği sıfatının kime ait olacağı tartışma konusudur.

<sup>8</sup> Necla AKDAĞ GÜNEY, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 16 (Yönetim Kurulu).

<sup>9</sup> KIRCA (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 418.

<sup>10</sup> KIRCA (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 409.

<sup>11</sup> Bu hususta bkz. Mehmet HELVACI, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 11 vd.; Ersin ÇAMOĞLU, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 198 vd.



TTK m. 359/5 hükmüne göre:

*“Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, sayılan tüzel kişiler veya bunların gerçek kişi temsilcileri yönetim kuruluna seçilebilir. Yönetim kurulu üye sayısı ikiden fazla olan şirketlerde üyelerin tamamının aynı kamu tüzel kişisinin temsilcisi olmaması şartıyla kamu tüzel kişisini temsilen birden fazla gerçek kişi yönetim kuruluna seçilebilir.”*

Söz konusu düzenlemede, kamu tüzel kişisinin bizatihi kendisinin yönetim kuruluna üye seçilmesi ve gerçek kişi temsilcisinin yönetim kuruluna seçilmesi olmak üzere iki husustan söz edilmektedir. Kamu tüzel kişisinin yönetim kuruluna üye seçilmesi esasen TTK m. 359/2 hükmü çerçevesinde mümkün olduğundan, 5. fıkra bu açıdan 2. fıkranın tekrarı durumundadır<sup>12</sup>. 5. fıkranın yenilik arz eden kısmı, kamu tüzel kişisinin gerçek kişi temsilcisinin yönetim kuruluna üye seçilebilmesine ilişkin kısımdır<sup>13</sup>. 5. fıkranın bu düzenlemesi ile kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilci buldurmasına ilişkin TTK m. 334, içerik ve şartlar bakımından birbirinden farklıdır. 334. madde, yukarıda belirtildiği üzere, koşulların varlığı halinde kamu tüzel kişisinin yönetim kurulu üyesi atayabilmesine; 359. maddenin 5. fıkrası ise pay sahibi olması halinde kamu tüzel kişisinin genel kurul tarafından yönetim kurulu üyesi seçilmesine ilişkin düzenlemedir. 334. maddenin uygulanabilmesi yani kamu tüzel kişisinin yönetim kuruluna temsilci gönderebilmesi için gerekli koşullar gerçekleşmemiş ise TTK m. 359/5 uygulanacaktır. Buna karşılık, koşulların mevcut olması halinde kamu tüzel kişisi “teorik olarak” 334. madde veya 359/5. maddeden yararlanabilir<sup>14</sup>. Bununla birlikte, genel kurul devre dışı bırakıp yönetim kuruluna doğrudan temsilci gönderme imkanı veren 334. madde dururken temsilcilerin genel kurul tarafından seçimini öngören m. 359/5’e yönelmek isabetli değildir.

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilci buldurması (TTK m. 334), kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulu üyesi olması (TTK m. 359/2)

<sup>12</sup> KIRCA (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 409.

<sup>13</sup> Aksi yönde AKDAĞ GÜNEY, s. 17 vd. Yazara göre, kamu tüzel kişilerini temsilen gerçek kişilerin yönetim kuruluna seçilmesi bir yenilik değildir. Zira bu hüküm olmasaydı da kamu tüzel kişisinin pay sahibi olduğu şirketin yönetim kuruluna, tüzel kişinin kendisi veya onu temsil eden bir gerçek kişi doğrudan seçilebilirdi. Hatta kamu tüzel kişisi veya temsilcisi şirkette pay sahibi olmasa dahi TTK m. 359/(1) ve (2)’ye istinaden yönetim kuruluna seçilebilir. Kanunda bunu engelleyen bir hüküm olmadığı gibi aksine TTK m. 359/5 ile tüm bu olasılıklara izin verilmektedir.

<sup>14</sup> KIRCA (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 408-409.

ve kamu tüzel kişilerinin gerçek kişi temsilcilerini yönetim kuruluna seçtirilmesi (TTK m. 359/5) hükümleri bakımından özellik arz eden husus, yönetim kurulu üyesi sıfatının kime ait olduğudur. Yönetim kurulu üyesi sıfatının kime ait olduğunun ortaya konması, üyelik sıfatını takip eden hak ve borçların kime ait olduğunun belirlenmesini sağlamaktadır. Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda yer almasına ilişkin yukarıdaki düzenlemeler bakımından, üye sıfatı noktasında öğretide çeşitli tartışmalar yapılmaktadır. Bunlardan ilki, kamu tüzel kişininin yönetim kurulunda temsilci bulundurması (TTK m. 334) halinde, kamu tüzel kişisi mi temsilcisi mi yönetim kurulu üyesidir? Kamu tüzel kişininin pay sahibi olduğu anonim şirkette, gerçek kişi temsilcisini yönetim kurulu üyesi olarak seçirmesi halinde yine aynı soru gündeme gelmektedir.

TTK m. 334/3 hükmünde, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haiz olduğu hüküm altına alınmıştır. Buradan hareketle, tüzel kişininin yönetim kuruluna gönderdiği temsilcisinin yönetim kurulu üyesi olduğu savunulmaktadır<sup>15</sup>. Bu görüşe göre, kamu tüzel kişilerinin şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumlu olduğu yönündeki hüküm (TTK m. 334/3) de temsilcilerin yönetim kurulu üyesi olduğuna ilişkin tezi güçlendirmektedir. Yine TTK m. 334 hükmünün, kamu tüzel kişisini temsilen bulunacak gerçek kişinin, TTK m. 359/2’de olduğu gibi tescil ve ilanını düzenlememiş olması da kamu tüzel kişisi temsilcisinin yönetim kurulu üyesi olduğuna işaret etmektedir. Bahtiyar’a göre, TTK m. 359/2’de tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine izin verilmesine rağmen m. 334’te özel düzenleme bulunması nedeniyle kamu tüzel kişisi değil; onun temsilcisi üye sayılmalı ve ana sözleşmeye konulacak hüküm ile kamu tüzel kişisine birden çok üye gönderme olanağı tanınmalıdır<sup>16</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre ise temsilcinin, tayin, azil yetkileri sebebiyle kamu tüzel kişisine ve genel kurulun seçtiği yönetim kurulu üyelerinden farklı olarak kamu menfaatlerine bağlılığı karşısında yönetim kurulu üyesi olduğu kabul edilemez<sup>17</sup>. TTK m. 334/3 hükmü gereği,

<sup>15</sup> Sami KARAHAN, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya: 2013 (Şirketler Hukuku).

<sup>16</sup> 421; KIRCA (Şehiralı Çelik/Manavgat), s. 418. Yazar, 334. maddenin 359/2 karşısında özel hüküm niteliğini taşımasından hareketle bu sonuca ulaşmaktadır.; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 289; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 17-18.

<sup>17</sup> Mehmet BAHTİYAR, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 237; aynı yönde AKDAĞ GÜNEY, s. 11-12.

<sup>17</sup> Ünal TEKİNALP, **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**,

sorumluluğun kamu tüzel kişisinde olması ve tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine 6102 sayılı Kanun ile izin verilmiş olduğu halde tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin yönetim kurulu üyeliğinin öngörülmemiş olması da kamu tüzel kişisinin bizatihi kendisinin yönetim kurulu üyesi olduğunu göstermektedir.

Öğretideki bu tartışma, aşağıda değinileceği üzere, şirkete borçlanma yasağının kimin şahsında gerçekleşeceği bakımından önem arz etmektedir. Buna göre, yönetim kurulu üyesi sıfatının kamu tüzel kişisine ait olduğu kabul edildiği takdirde, şirkete borçlanma yasağı, tüzel kişi şahsında gerçekleşecektir. Buna karşılık, yönetim kurulu üyeliği sıfatının kamu tüzel kişisi temsilcisine ait olduğu kabul edildiğinde ise borçlanma yasağına tabi olan, kamu tüzel kişisi değil; temsilcisi olacaktır. Bu konu aşağıda detaylı olarak incelenmiştir.

### C. Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bakımından

Özel hukuk tüzel kişilerinin, yönetim kurulu üyesi olabilmelerine ilişkin hüküm, TTK m. 359/2 hükmüdür. Hükmünde; “*Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir.*” ifadelerine yer verilmiştir. Kamu tüzel kişileri bakımından söz konusu olan yukarıdaki tartışmalı noktalar, özel hukuk tüzel kişilerinin yönetim kurulu üyeliği bakımından söz konusu değildir. Bununla birlikte, TTK m. 359/2 hükmü hem kamu tüzel kişileri hem de özel tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine cevaz veren düzenleme olduğundan, TTK m. 359/2 kapsamında yer verilen tartışmalar, özel tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından da geçerlidir.

### D. Tüzel Kişi Adına Hareket Eden Gerçek Kişi

TTK m. 359/2’ye göre, bir tüzel kişi, yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde (tüzel kişi tarafından) belirlenen bir gerçek kişi de tüzel kişiyle birlikte sicile tescil ve ilan olunur<sup>18</sup>. Tescil ve ilan, tüzel kişi ile söz konusu gerçek

---

BTHAE Yayınları, Ankara 1965, s. 56 vd. (Tüzel Kişiler); Hülya ÇOŞTAN, “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXIX, Sa.1, s. 130 vd.; Ne kamu tüzel kişisinin ne de temsilcisinin yönetim kurulu üyesi sıfatı kazanabileceğine ilişkin görüş için bkz. ÇAMOĞLU, s. 218.

<sup>18</sup> Ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, internet sitesi kurmak zorunda olan şirketlerde, şirketin internet sitesinde açıklanacaktır.

kişiyi birbirine bağlayıp özdeşleştiren işlemdir<sup>19</sup>. Tescilin amacı, madde gerekçesinde; “tüzel kişinin kurula her toplantıda farklı kişileri yollayarak kurulun çalışmasını ve istikrarını bozmasına engel olmak” biçiminde açıklanmıştır. Yine gerekçede, tescilin, tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğini söz konusu gerçek kişinin şahsında somutlaştırıp belirgin konuma getirdiğinden kurucu etkiye sahip olduğu ifade edilmiştir. Fakat, gerekçede tescilin kurucu olduğunun belirtilmesi, tek başına tescil işlemine kurucu etki vermemektedir. Ticaret siciline tescil kural olarak bildirici niteliktedir<sup>20</sup>. Ancak bir hakkın veya hukuki durumun doğumuna sebebiyet verdiği hallerde, tescil, kurucu etkiyi haizdir. Bu nedenle, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin tesciline kurucu etki bağlanabilmesi için bu hususun madde metninde açıkça vurgulanması gerektiğinden tescil işleminin bildirici nitelikte olduğu kabul edilmelidir. İlan ise durum hakkında üçüncü kişileri bilgilendirdiğinden açıklayıcı niteliktedir<sup>21</sup>.

Tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket edecek olan gerçek kişiyi belirleme yetkisi, tüzel kişinin kendisine aittir. Bu gerçek kişinin anonim şirket genel kurulu tarafından belirlenmesi mümkün değildir<sup>22</sup>. Buna rağmen, genel kurul kararı ile tüzel kişi adına hareket edecek gerçek kişinin belirlenmesi halinde, söz konusu genel kurul kararı batıldır<sup>23</sup>. TTK m. 359/2 hükmünün emredici niteliği gereği, temsilci gerçek kişinin genel kurul tarafından seçilmesi veya genel kurulun onayına sunulacağına ilişkin esas sözleşme hükümleri de düzenlenemeyecektir<sup>24</sup>.

Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi, belirlediği gerçek kişiyi her zaman değiştirebilir (TTK m. 364/1). Değişiklik halinde, durumun şirkete bildirilmesi

<sup>19</sup> Ünal TEKİNALP, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 119 (Tek Kişi Ortaklık); KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 403.

<sup>20</sup> Sabih ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, 23. Basıdan tıpkı basım, BTHAE Yayınları, Ankara 2017, s. 251; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 20 vd.; Aksi yönde İsmail KIRCA, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXVIII, Sa. 2, s. 51-53 (Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği).

<sup>21</sup> TTK m. 359/2 gerekçesi.

<sup>22</sup> BAHTİYAR, s. 235; Güzin ÜÇİŞİK/Aydın ÇELİK, **Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt I**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 381; Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI, **Şirketler Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Dora Yayınları, Şubat 2017, s. 269.

<sup>23</sup> İsmail KIRCA, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, Sa. 3-4, Erzincan 2012, s. 123 (Başlıca Yenilikler).

<sup>24</sup> ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 381.

ve sicile tescil edilerek ilan edilmesi gerekir. Bununla birlikte, tüzel kişi, gerçek kişiyi değiştirme hakkını kötüye kullanmamalıdır. Aksi takdirde, yönetim kurulunun belirliliği zedelenmiş olur. Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirketin, tüzel kişi adına hareket edecek gerçek kişiye itiraz hakları yoktur; fakat, haklı sebeplerin varlığı halinde şirket, belirlediği gerçek kişiyi değiştirmesini tüzel kişiden isteyebilir<sup>25</sup> ve şartların oluşması halinde dava açabilir<sup>26</sup>.

Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi, sadece bir gerçek kişiyi temsilci olarak atayarak tescil ve ilan ettirebilecektir. Esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı ile tüzel kişi adına birlikte temsil ve yedek üye tayini öngörülemez. Nitekim, TTK m. 359/2’de, sadece bir gerçek kişinin belirlenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu hüküm, tüzel kişinin kurula her toplantıda farklı kişileri yollayarak kurulun çalışmasını ve istikrarını bozmasına engel olmak amacı taşımaktadır<sup>27</sup>.

Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olması gerekmektedir (TTK m. 359/3). Kanunda bunun dışında herhangi bir yeterlilik koşulu aranmamıştır. Öğretide, kanunların ve esas sözleşmenin yönetim kurulu üyeleri bakımından aradığı şartları, söz konusu gerçek kişinin de haiz olması gerektiği savunulmaktadır<sup>28</sup>. Zira aksinin kabulü, kanunun (ve esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için özel şartlar öngörülmüşse esas sözleşmenin) dolanılması sonucunu doğuracaktır.

Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmesine her ne kadar imkan tanınmışsa da, üye olarak seçilmek ile yönetim kurulunda görev yapmak birbirinden farklıdır. Nitekim, yönetim kuruluna üye seçilen, tüzel kişi olsa da; görev yapacak olan, tüzel kişi adına sicile tescil olunan gerçek kişidir. Tüzel kişi, üyeliğini, fiilen bu kişi vasıtasıyla yerine getirecektir. Bir diğer ifadeyle, yönetim kurulu toplantılarına tüzel kişi adına bu gerçek kişi katılacak ve oy kullanacaktır. Onun kuruldaki varlığı tüzel kişinin varlığı; görüşü tüzel kişinin görüşü ve oyu tüzel kişinin oyu olarak kabul olunur<sup>29</sup>. Hal böyle olunca, tüzel

---

<sup>25</sup> Oruç Hami ŞENER, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 358; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 269-270.

<sup>26</sup> Hasan PULAŞLI, **Şirketler Hukuku Şerhi C. I-II**, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 896 (Şerh); ÇOŞTAN, s. 122 vd.

<sup>27</sup> BAHTİYAR, s. 235.

<sup>28</sup> TEKİNALP, Tek Kişi Ortaklık, s. 119; ŞENER, s. 357; KIRCA, Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği, s. 55-56; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 269.

<sup>29</sup> ŞENER, s. 356.

kişi adına yönetim kurulunda bulunan gerçek kişinin, yönetim kurulu üyeliği için aranan koşulları sağlamasının gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre, TTK m. 359/3 hükmünde tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olması arandığından, bunun dışında bir şart aranmadığından, tüzel kişi adına hareket edecek gerçek kişinin yönetim kurulu üyeliği için Kanunda öngörülmüş şartları taşıması gerekmemektedir<sup>30</sup>. Aksi görüşü savunan yazarlara göre, yönetim kurulu üyeliği için aranan şartları tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişide aramamak, kanunun ve eğer yönetim kurulu üyeliği için özel şartlar öngörmüşse, esas sözleşmenin dolaşmasının yolunu açacaktır<sup>31</sup>. Bu nedenle, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu durumlarda, hem tüzel kişi hem de onun adına tescil edilecek gerçek kişi, kanunlarda ve esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aranan şartları taşımaktadır. Kanaatimizce, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi bakımından tam ehliyet dışında başka bir şartın aranmasına ihtiyaç yoktur. Zira gerçek kişinin buradaki vasfı, tüzel kişi adına hareket etmekten ibarettir. Üyelik sıfatı tüzel kişiye ait olduğundan, adına hareket etmek üzere tüzel kişi tarafından belirlenecek olan gerçek kişiye kanun koyucunun özellikle müdahale etmek istemediği, tüzel kişiye bu noktada bir serbesti tanıdığı kabul edilmesi gerekir. Madde metninde, söz konusu gerçek kişi bakımından, “yönetim kurulu üyeliği için aranan şartların gerçek kişi için de mevcut olması” yerine yalnızca “tam ehliyet” şartına yer verilmesi ve Kanunda yönetim kurulu üyeliği için aranan koşulların asgari koşullar olup, gerek tüzel kişinin kendisi gerekse adına hareket eden gerçek kişi bakımından esas sözleşme ile ilave birtakım şartların getirilmesinin mümkün oluşu<sup>32</sup> da bizi bu sonuca ulaştırmaktadır.

### **E. Tüzel Kişi Adına Tescil Edilen Gerçek Kişinin Anonim Şirket Karşısındaki Hukuki Durumu**

Tüzel kişi adına tescil edilen gerçek kişi, tüzel kişinin organı veya organ üyesi olabileceği gibi danışman, avukat veya mali müşavir gibi tüzel kişiye vekalet, hizmet veya benzeri sözleşmeler ile bağlı uzman kişiler de olabilir<sup>33</sup>. Bu husus esas itibarıyla, tüzel kişinin iç ilişkisi olmakla birlikte, söz konusu gerçek kişinin anonim şirket karşısında, tüzel kişinin temsilcisi mi yoksa orga-

<sup>30</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 32 vd.

<sup>31</sup> TEKİNALP, Tek Kişi Ortaklık, s. 119; ŞENER, s. 357; KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 406; EMİNOĞLU/ÇAKIR, s. 283.

<sup>32</sup> KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 413; BAHTİYAR, s. 236; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 33.

<sup>33</sup> KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 405; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 43.

nı mı olduğu hususunun belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, gerçek kişinin temsilci olduğu kabul edilirse TBK m. 40 vd. hükümleri; organ olduğu kabul edilirse TMK m. 50 hükümleri gündeme gelecektir.

Tüzel kişiler, iradelerini organları vasıtasıyla ortaya koymaktadır. Organın faaliyette bulunduğu esnada ortaya koyduğu irade, tüzel kişinin iradesidir ve ortada bir temsil ilişkisi yoktur. Buna karşılık temsilcilikte, temsilci kendi iradesini ortaya koymakta, ancak yaptığı hukuki işlemin sonuçları temsil olunanı bağlamaktadır<sup>34</sup>. Haksız fiiller bakımından ise temsilcinin işlediği haksız fiiller kural olarak temsil olunana izafe edilememektedir.

TTK m. 359/2 hükmü, tüzel kişi ile adına hareket edecek gerçek kişi arasındaki ilişkiyi “*Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur.*” şeklinde ifade etmektedir. Madde gerekçesinde, tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğinin söz konusu gerçek kişinin şahsında somutlaşıp belirgin konuma getirildiğinden söz edilmektedir. Tüm bunlardan hareketle, söz konusu gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin organı olduğu kabul edilmelidir<sup>35</sup>. Esasen yönetim kurulu üyeliğinin temsil vasıtasıyla yerine getirilmesi de mümkün değildir<sup>36</sup>. Temsilcinin tüzel kişi adına yönetim kurulunda faaliyette bulunurken işlediği haksız fiillerin – kural olarak- tüzel kişiye izafe edilememesi, kanun koyucunun benimsediği tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin bizzat sorumlu tutulması amacına uygun düşmemektedir. Hal böyle olunca, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi, organ niteliği nedeniyle TMK m. 50 hükmüne tabi olmalıdır.

Öğretide, TTK m. 359/2’nin son cümlesindeki “*Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir*” ibaresinden hareketle tüzel kişi ile adına hareket etmek üzere tescil edilen gerçek kişi arasında bir temsil ilişkisi olduğu, “kişi adına hareket edilmesi” tabiri ile temsil

<sup>34</sup> M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY ÖZDEMİR, **Kişiler Hukuku– Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 272.

<sup>35</sup> TEKİNALP, Tek Kişi Ortaklık, s. 119; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 43; ÇOŞTAN, s. 123-124. Aynı yönde bkz. Ali Murat SEVİ, “Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi Adına Hareket Eden Gerçek Kişinin Hukuki Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXII, Sa. 3, s. 45 vd. Yazar aynı sonuca, gerçek kişinin tam ehliyetli olması şartı (TTK m. 359/3) ve organ fonksiyonlarını yerine getirecek gerçek kişinin genelde tam ehliyetli olmasının aranmasından yola çıkarak ulaşmaktadır.

<sup>36</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 987; ÇOŞTAN, s. 124.

ilişkinin kastedildiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır<sup>37</sup>. Bu görüşe göre, yönetim kuruluna gönderilen gerçek kişinin tüzel kişi tarafından atanması, temsilcinin tüzel kişi tarafından her zaman görevden alınabilmesi ve bu görevi aldığı talimatlara göre yerine getirmesi, temsil niteliğine gerekçe olarak gösterilmektedir.

Son olarak, tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin yönetim kuruluna gönderdiği gerçek kişinin anonim şirket bakımından organ sıfatı taşımadığını belirtmek gerekir<sup>38</sup>. Burada organ sıfatı, yönetim kuruluna seçilen tüzel kişiye aittir, söz konusu gerçek kişi ise yönetim kurulu toplantılarında tüzel kişinin iradesini ortaya koymakta olup, yönetiminde bulunduğu anonim şirket bakımından organ vasfını haiz değildir.

## II. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

### A. Yasağın Düzenleniş Biçimi

Şirkete borçlanma yasağına ilişkin olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358 ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 395/2 hükmüdür.

TTK m. 358 hükmü uyarınca, pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamamaktadır. Buna karşılık, yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 395/2 hükmünde; pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete nakit borçlanamayacakları, şirketin bu kişiler için kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği, borç devralamayacağı düzenlenmiştir.

Borçlanma yasağına aykırılığın yaptırımı, TTK m. 562’de hüküm altına alınmıştır. Hüküm uyarınca, “358 inci maddeye aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler” ile “395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci veya ikinci cümlesi hükümlerini ihlal edenler” üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

<sup>37</sup> Ersin ÇAMOĞLU/Reha POROY/Ünal TEKİNALP, *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 361.

<sup>38</sup> AKDAĞ GÜNEY, *Yönetim Kurulu*, s. 43.



Gerek TTK m. 358 gerekse TTK m. 395/2 hükmünde, hükümler henüz yürürlüğe girmeden, 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6335 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yapılmıştır. TTK m. 358 hükmünün değişiklikten önceki hali şu şekildedir:

*“İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun”.*

TTK m. 395/2 hükmünün değişiklikten önceki hali de şu şekildedir:

*“Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler.”*

Hükümlerden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu 6335 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önce şirkete borçlanma yasağını görev noktasında ikiye ayırmış<sup>39</sup>; pay sahipleri ile yönetim kurulu üyeleri için ayrı hükümler sevk etmişti. Fakat, şirketin yönetim ve temsil organı olması nedeniyle riskli işlemlerle şirkete zarar verme ihtimali daha yüksek durumda olan yönetim kurulu üyeleri için getirilen borçlanma yasağı ihlali yaptırımını ile pay sahipleri bakımından getirilen borçlanma yasağı ihlali yaptırımını aynı değildi. Pay sahipleri bakımından öngörülen yaptırım, yönetim kurulu üyeleri için öngörülen yaptırımdan daha ağırdı. Gerçekten de, TTK m. 358 hükmüne aykırılığın yaptırımını kanunun emredici hükümlerine aykırılık sebebiyle işlemin geçersiz sayılması iken; TTK m. 395/2 hükmüne aykırılığın yaptırımını, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarının bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilmesiydi.

Görüldüğü üzere, şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu üyeleri bakımından riskli işlemlerle şirkete zarar verme ihtimali daha yüksek iken; fiili duruma aykırı şekilde, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı

<sup>39</sup> Ahmet TAMER, Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: “Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m. 358)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 102 s. 95.

daha ağır ve sıkı yaptırımlara bağlanmıştı. Halbuki şirkete borçlanma yasağı getirilmesindeki temel düşünce, şirketle yakından ilgili kişilerin şirketle yapacakları birtakım işlemlerle şirkete ve özellikle şirketin ekonomik varlığına zarar vermelerinin önlenmesi ve dolayısıyla ortaklığın sürdürülebilirliğine yönelebilecek risklerin ortadan kaldırılmasıydı.

İki düzenleme arasında yaratılmış olan bu farklılığın eleştirilmesini dikkate alan kanun koyucu, söz konusu düzenlemeler henüz yürürlüğe girmeden, dolayısıyla uygulanmadan, 6335 sayılı Kanunla yaptığı değişiklikle, şirkete borçlanma yasağını düzenlerken “görev” esasını yerine “pay” esasını dikkate almış ve TTK m. 395/2 hükmünün kapsamını, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları ile sınırlandırmıştır<sup>40</sup>. Buna göre, şirkete borçlanma yasağı bakımından, yönetim kurulu üyesi olsun veya olmasın pay sahipleri TTK m. 358 hükmüne; pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan ve Kanunda sayılan yakınları ise TTK m. 395/2 hükmüne tabi olacaktır.

Çalışmamızda tüzel kişi yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağı incelendiğinden esasen üzerinde duracağımız hüküm, TTK m. 395/2’dir<sup>41</sup>.

## B. Yasağın Muhatabı

### 1. Genel olarak

TTK m. 395/2’de anonim şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin kanunda sayılan ve pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanmaları yasaklanmıştır.

TTK m. 395/2’nin 6335 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki ilk halinde, *yönetim kurulu üyesinin ve maddede sayılan yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri*

<sup>40</sup> TAMER, s. 96.

<sup>41</sup> Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Sami KARAHAN: “Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları”, **Yaklaşım Dergisi**, Sa. 239, s. 258-262 (Borçlanma Yasağı); Mustafa ÇEKER: “Şirkete Borçlanma Yasağı” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XVIII, Sa. 2, s. 559-670; Korkut ÖZKORKUT: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXVIII, Sa. 3, s. 45-71; TAMER, s. 93 vd.

de yasak kapsamında sayılmıştı. Bununla birlikte söz konusu hüküm, henüz yürürlüğe girmeden<sup>42</sup>, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6335 sayılı Kanunun 17. maddesiyle değiştirilmiş ve sayılan kişiler yasak kapsamından çıkarılmıştır. Böylece, sayılan kişilere ilişkin borçlanma yasağını düzenleyen hüküm, hiç uygulanmadan hukuk dünyamıza veda etmiştir. Söz konusu hükmün özellikle Anadolu’daki küçük ve orta ölçekli şirketlerin ortaklarını rahatsız etmesi sebebiyle, değiştirilmesi için Meslek Odaları vasıtasıyla hükümet nezdinde girişimlerde bulunulduğu ifade edilmektedir<sup>43</sup>.

Tüm bu hususlar göz önüne alınarak, 6335 sayılı Kanun ile TTK m. 395/2 hükmünün kapsamı, bütün yönetim kurulu üyeleri yerine, yalnızca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin kanunda sayılan ve pay sahibi olmayan yakınları olarak yeniden düzenlenmiştir. Böylelikle, pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri TTK m. 358 hükmü kapsamına dahil edilmiştir.

Gelinen noktada, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan ve kanunda sayılan yakınları TTK m. 395/2’de düzenlenen yasağa; pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olan yakınları, şartları varsa TTK m. 358’de düzenlenen borçlanma yasağına tabidir. Anonim şirkette tek bir paya dahi sahip olmak, TTK m. 395/2 hükmü ile getirilen yasağın kapsamından çıkmak için yeterlidir. Pay sahipliği konusunda oransal veya niteliksel herhangi bir sınırlandırma getirilmemiştir. Özdamar/Doğan’a göre, yasağın kapsamı dışına çıkacak kişiler belirlenirken Bankacılık Kanununda olduğu gibi “nitelikli pay sahipliği” müessesesinin esas alınması veya oran yahut nitelik olarak başka bir yeterliliğin aranması yerinde olurdu<sup>44</sup>.

## **2. Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı Muhatabı Bir Suje Olarak Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi**

Tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğinde, yönetim kurulu üyesi sıfatı tüzel kişinin kendisine ait olduğundan şirkete borçlanma yasağı, tüzel kişi için

<sup>42</sup> TTK’nın “Yürürlük” başlıklı 1534. maddesinde, istisnai hükümler dışında Kanunun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir.

<sup>43</sup> PULAŞLI, Hasan: “6335 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklerin Şirketler Hukukuna İlişkin Kısmının Değerlendirilmesi”, **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**, C. II, Sa. 2, s. 16 (Değişiklikler).

<sup>44</sup> Mehmet ÖZDAMAR/ İlker DOĞAN, “Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı” **Bankacılar Dergisi**, Sa. 86, s. 8.

de uygulanacaktır. Bununla birlikte, TTK m. 359/2 hükmünde, bir tüzel kişi, yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına bir gerçek kişinin de tescil ve ilan olunacağı, tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişinin toplantılara katılıp oy kullanabileceği düzenlenmiştir. Tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına toplantılara katılarak oy kullanan bu gerçek kişinin yasak kapsamında bulunup bulunmadığı Kanunda açıkça belirtilmemiştir. Acaba burada, borçlanma yasağı yalnızca tüzel kişi bakımından mı geçerli olacaktır? Yoksa tüzel kişiyi temsilen yönetim kurulu toplantılarına katılan gerçek kişi de borçlanma yasağına tabi olacak mıdır?

Yönetim kurulu üyesi olması sebebiyle, şirkete borçlanma yasağının tüzel kişi için uygulanacağına tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim burada yönetim kurulu üyesi sıfatı tüzel kişi şahsında doğmaktadır. Buna karşılık, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına yönetim kurulu toplantılarına katılan ve anonim şirket tarafından alınacak kararları etkileyerek şirket mevcudunu kendileri veya yakınlarına aktarma imkanına sahip durumda bulunan gerçek kişinin borçlanma yasağına tabi olup olmayacağına ilişkin Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin de sahip olduğu konum ve yetkileri kötüye kullanarak şirketi zarara uğratma tehlikesi bulunduğundan, bu yasakların (TTK m. 395) tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi için de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>45</sup>.

Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin, şirket faaliyetlerinin yürütülmesi noktasında, gerçek kişi yönetim kurulu üyesinin Kanunda sayılan yakınlarından çok daha fazla güç ve imkana sahip olduğu dikkate alındığında, her ne kadar bu kişilerin de şirkete borçlanma yasağına tabi olmaları hakkaniyet gereği olsa da Kanunda yer alan düzenleme buna imkan vermemektedir<sup>46</sup>. Nitekim TTK m. 395/2 hükmü, gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri düşünülerek hazırlanmış ve hükümde yalnızca “pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan ve TTK m. 393’te sayılan yakınları” borçlanma yasağı kapsamında sayılmıştır. Öte yandan, yasağa aykırılık suç teşkil ettiğinden (TTK m. 562/5-c) hükmün kıyas ve yorum yoluyla genişletilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla, söz konusu gerçek kişiler, borçlanma yasağı hükmünün gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri düşünülerek hazırlanması sebebiyle borçlanma yasağının kapsamı dışında kalmışlardır.

<sup>45</sup> KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 407; ÇOŞTAN, s. 126.

<sup>46</sup> ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 6.

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulu üyesi olduğu durumda da (TTK m. 359/2), adına hareket eden gerçek kişi bakımından yukarıda yer verilen açıklamalar geçerli olacaktır. Buna karşılık, kamu tüzel kişininin TTK m. 334 uyarınca anonim şirketin yönetim kurulunda temsilci bulundurduğu durumda, söz konusu temsilci, borçlanma yasağına tabi olacak mıdır? TTK m. 334 hükmü çerçevesinde yönetim kurulunda yer alan kamu tüzel kişisi temsilcisi ile TTK m. 359/5 hükmü çerçevesinde yönetim kuruluna seçilen kamu tüzel kişisi temsilcisi bakımından, yukarıda yer verilen, yönetim kurulu üyeliği sıfatının kime ait olduğu tartışması bu noktada önem arz etmektedir. Şayet temsilcinin yönetim kurulu üyesi olduğu kabul edilirse, şirkete borçlanma yasağı, kamu tüzel kişisi şahsında değil; temsilcisi şahsında doğacaktır. Aksinin kabulü halindeyse, borçlanma yasağı, kamu tüzel kişisi bakımından söz konusu olacaktır.

Kamu tüzel kişininin TTK m. 359/5 hükmü kapsamında temsilcisini yönetim kuruluna seçtirilmesi durumunda temsilcinin yönetim kurulu üyesi sayılması hususu özellik arz etmektedir. Nitekim ilgili fıkra, “Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde” kamu tüzel kişisi temsilcisinin yönetim kuruluna seçilebileceği düzenlenmektedir. Burada yönetim kurulu üyesi sıfatının kamu tüzel kişisine ait olduğu kabul edildiği takdirde, “pay sahibi” yönetim kurulu üyesi söz konusu olduğundan borçlanma yasağı bakımından tabi olunacak düzenleme, TTK m. 395/2 değil; pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358’dir. Buna karşılık, kamu tüzel kişisi temsilcisinin yönetim kurulu üyesi olduğunun kabulü halinde ise temsilcinin pay sahipliği sıfatı bulunmadığından, TTK m. 395/2’de düzenlenen borçlanma yasağı söz konusu olacaktır. Bu durumda burada, kamu tüzel kişisi, pay sahibi olması nedeniyle TTK m. 358 kapsamında; yönetim kuruluna seçilen (ve yönetim kurulu üyesi olduğu kabul edilen) temsilcisi ise TTK m. 395/2 kapsamında borçlanma yasağına tabi olmaktadır.

Kanaatimizce burada kamu tüzel kişilerinin gerek m. 334’e göre yönetim kuruluna atanan temsilcisi gerekse m. 359/5’e göre yönetim kuruluna seçilen gerçek kişi temsilcisi bakımından yönetim kurulu üyesi sıfatı temsilciye aittir. Dolayısıyla borçlanma yasağı da söz konusu temsilciler nezdinde doğmaktadır. 334. madde bakımından temsilcinin yönetim kurulu üyesi olduğu sonucuna maddenin 3. fıkrasında yer alan: “*Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haizdir.*” ifadesinden yola çıkılarak ulaşılmaktadır. 359/5. madde

bakımından ise kamu tüzel kişinin, yönetim kuruluna bizatihi üye olmak yerine, gerçek kişi temsilcisinin seçilmesini tercih etmesine, üyelik sıfatının söz konusu gerçek kişiye ait olması şeklinde bir sonuç bağlanması yerinde olacaktır. Bu sonuç, gerçek kişi temsilcinin anonim şirkette pay sahibi olmadığı düşünüldüğünde, kapsam bakımından m. 358'e nazaran daha katı bir yasak içeren m. 395/2'ye tabi olunması bakımından da isabetlidir.

## C. Borçlanma Yasağı Kapsamındaki İşlemler

### 1. Şirkete Borçlanma Kavramı

“Şirkete borçlanma”nın konusunu şirket ile girilen borç ilişkisi oluşturur. Borçlanma, kişiyi belirli bir süre sonunda yerine getirilmesi gereken bir ifa yükümlülüğü altına sokmaktadır. Borçlanmanın konusu nakit veya ayın olabilir. Buna göre borçlanma, şirketten nakit para alınmasının yanı sıra, şirkete ait bir malın vadeli biçimde satılması yahut ödünç verilmesi şeklinde aynı borçlanma olarak da gerçekleşebilir. Bununla birlikte, borçlanma yasağının konusu bu denli geniş değildir. TTK m. 395/2'de, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan ve TTK 393 üncü maddede sayılan yakınlarının şirkete “nakit” borçlanamayacağı düzenlenmiştir. Buradan hareketle, yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete nakit dışı –örneğin ayın, hizmet vb.- borçlanmaları mümkündür. TTK m. 395/2'nin TBMM'de kabul edilen ilk halinde, ayın borçlanma yasağı da mevcut iken “ayın” ifadesi 6335 sayılı Kanun ile metinden çıkarılmıştır.

Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358 hükmünde ise, pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarının yasak olduğu düzenlenmiş; nakit-nakit dışı ayrımı yapılmamıştır. Bu husus, yönetimde olmayan pay sahiplerinin yani şirkette yalnızca hissedar olarak bulunan kişilerin, yönetim kurulu üyeleri karşısında daha ağır bir yasağa tabi tutuldukları gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>47</sup>. Gerçekten de şirket menfaatlerinin kötüye kullanılması noktasında pay sahiplerine nazaran daha avantajlı bir grup olan yönetim kurulu üyeleri ile pay sahibi olmayan yakınlarının, şirkete yalnızca nakit borçlanmalarının yasaklanmış olması eleştiriye açıktır.

### 2. Nakit Borçlanma

Anonim şirkette, yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin Kanunda sayılan yakınlarının şirkete “nakit” borçlanmaları yasaklanmıştır.

<sup>47</sup> TAMER, s. 96.

tır. Bu düzenleme ile; yönetim kurulu üyeleri ve sayılan yakınlarının şirket kasasını kendi kişisel menfaatleri doğrultusunda kullanmaları, kişisel harcamalarını şirket kasasından yapmaları ve şirketten para çekmeleri gibi ticari hayatta yaygın olan birtakım uygulamaların engellenmesi amaçlanmaktadır<sup>48</sup>. Söz konusu düzenleme sermayenin/malvarlığının korunması ilkesinin de bir sonucudur. Öğretide, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sahip oldukları yetki ve imkanları kullanarak şirkete ayın borçlanmak suretiyle de şirket kaynaklarını kendilerine ve yakınlarına aktarabilmeleri mümkün olduğundan ayın borçlanmanın da yasaklanması gerektiği savunulmaktadır<sup>49</sup>.

Borçlanma yasağı hususunda ilk akla gelen, yasağa tabi olanların şirketten borç para almasının yani tüketim ödöncü (karz) sözleşmesi yapmasının yasaklanmış olmasıdır. Bununla birlikte, nakit borçlanmanın başka şekillerde ortaya çıkması da mümkündür. Buna göre, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) ve bir tarafın ediminin para borcu olduğu hukuki işlemlerde de para borcunu yüklenen taraf, alacaklıya karşı nakit borçlanmış olmaktadır. Acaba bu gibi borçlanmalar da TTK m. 395/2 hükmü kapsamında olacak mıdır? Örneğin satım sözleşmesinde, satıcı, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme; alıcı ise buna karşılık bir bedel ödeme borcu üstlenmektedir (TBK m. 207). TTK m. 395/2 hükmünde, yönetim kurulu üyelerinin şirkete nakit borçlanamayacağından söz edildiğinden, lafzi yorumla sınırlı kalındığı takdirde, şirketle yapılan bir satım sözleşmesinde, yönetim kurulu üyesinin alıcı tarafta bulunmaması gerekir. Buna karşılık, şirketin taraf olduğu satım sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerinin satıcı tarafta bulunmaları kural olarak mümkündür<sup>50</sup>. Zira satıcının borcu, satım konusu şeyin zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmekten ibaret olup, “nakit borçlanma” kapsamında değildir. Bir diğer anlatımla, bu kişilerin şirkete karşı satıcı konumunda buldukları halde, şirkete “ayın” borçlanmaları söz konusudur ve TTK m. 395/2 hükmünde “ayın borçlanma” yasaklanmamıştır. Bu durumda, yönetim kurulu üyesi, şirketle taraf gözetilmeksizin satım sözleşmesi yapabilecek midir yoksa yalnızca satıcı tarafta bulunmak suretiyle mi şirketle satım sözleşmesi yapabilecektir?

Aynı soru kira sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Kira sözleşmesinde, kiraya veren, bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan

<sup>48</sup> TTK m. 395/2 gerekçesi; TTK m. 358 gerekçesi.

<sup>49</sup> ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 9.

<sup>50</sup> Kuşkusuz burada, şirketle işlem yapma yasağının (TTK m. 395/1) ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerekir.

yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracı da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlenmektedir (TBK m. 299). Anonim şirket, maliki olduğu taşınmazı yönetim kurulu üyesine kiraladığında TTK m. 395/2 hükmü ihlal edilmiş olmaktadır mıdır? Kiraya verenin yönetim kurulu üyesi, kiracının anonim şirket olduğu ihtimalde durum değişecek midir?

TTK m. 395/2 hükmünde, nakit borçlanma yasaklandığından anonim şirketle yönetim kurulu üyeleri arasında kurulacak hukuki işlemlerde, sayılan kişilerin şirkete karşı yüklendikleri edim borcu, para borcu dışında bir borç olmak zorundadır. Dolayısıyla, yukarıda verilen örneklerde, yönetim kurulu üyesinin taşınmazını anonim şirkete satması veya kiraya vermesinin (ayın borçlanmasının) borçlanma yasağını ihlal etmediği açıktır. Buna karşılık, nakit borçlanma yasağı kapsamındaki kişilerin, anonim şirketin taraf olduğu satım ve kira sözleşmelerinde, para borcu yüklenen tarafta yer alıp alamayacakları hususunun ayrıca tartışılması gerekmektedir. Nitekim burada, yasak kapsamındaki kişiler, şirkete karşı para borcu yüklenmiş olup teorik olarak nakit borçlanmaları söz konusu olmaktadır. Kırca'ya göre, borçlanma yasağı ile hedeflenen, hükümde sayılan kişilerin şirkete nakit olarak borçlanmaları neticesini doğuran bütün borç ilişkilerinin değil; şirketten konusu para olan tüketim ödünçü almalarının engellenmesidir<sup>51</sup>. Kaldı ki, tüketim ödünçü dışında kalmasına rağmen şirkete nakit olarak borçlanılması sonucunu doğuran borç ilişkilerini de borçlanma yasağı kapsamına dahil etmek, TTK m. 395/1 hükmünün uygulama alanını daraltarak hükmü anlamsız kılacaktır. Öte yandan, TTK m. 395/2 hükmünün gerekçesinde, hükmün TTK m. 358'in tamamlayıcısı olduğu ifade edildiğinden, birlikte değerlendirilmeleri yorum konusunda bize yardımcı olmaktadır. Buradan hareketle, TTK m. 358'in 6335 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde "*iştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz.*" dendiği ve hükmün gerekçesinde: "*Ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi amaçlamaktadır. Çünkü, hükümle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır.*" ifadelerinin yer aldığı dikkate alınarak, TTK m. 395/2 ile yasaklananın, yönetim kurulu üyelerinin

<sup>51</sup> KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 672 vd; Aynı yönde Karahan, Şirketler Hukuku, s. 432; Özen ATLIHAN, "Türk Ticaret Kanunu'na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketle İşlem Yapma ve Borçlanma Yasağı", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 83, Sa. 4, s. 1999.



satım ve kira sözleşmeleri gibi iki tarafa borç yükleyen ve para edimi içeren sözleşmelerde şirket karşısında para edimini yüklenen tarafta bulunmaları değil; şirketten ödünç para almaları (tüketim ödünç sözleşmesi yapılması) olduğu kabul edilmelidir<sup>52</sup>. Borçlanma yasağına ilişkin hükmün, şirket sermayesi ve malvarlığının korunması amacına hizmet etmesi de bizi bu sonuca ulaştırmaktadır. Bu itibarla, yönetim kurulu üyesinin taşınmazını anonim şirkete satması veya kiraya vermesi borçlanma yasağını ihlal etmemektedir.

### **3. Para Edimi İçeren Sözleşmeler Karşısında Nakit Borçlanma Yasağı**

#### **a. Tüketim Ödünç Sözleşmesi**

Borçlanma yasağı bahsinde konuya dair en tipik örnek niteliği taşıyan tüketim ödünç sözleşmesinde, sözleşmenin konusu para veya misli eşya olabilir ise de genellikle para olduğu görülmektedir<sup>53</sup>. Şirketle yapılan ve konusu para olan tüketim ödünç sözleşmesinde anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ödünç alan olamazlar. Bir diğer ifadeyle, anonim şirket, yönetim kurulu üyesine ödünç para veremez. Zira bu halde, yönetim kurulu üyesi, şirkete nakit borçlanmış olmaktadır. Şirkete ödünç verme söz konusu olduğunda da teorik olarak, bu kişilerin şirkete karşı nakit borçlanmaları söz konusudur. Nitekim hukuki işlemler, malvarlığına yaptıkları etki bakımından taahhüt işlemleri ve tasarruf işlemleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Nakit borçlanma yasağına tabi kişiler, şirkete para ödünç vermeyi taahhüt ettiklerinde teknik manada şirkete karşı para borcu yüklendiklerinden nakit borçlanmış olmaktadır. Bir diğer anlatımla, şirkete konusu para olan ödünç verme taahhüdü altına giren ödünç veren (yönetim kurulu üyesi), şirkete nakit borçlanmaktadır. Bu nedenle, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin konusu para olan tüketim ödünç sözleşmesini ödünç veren olarak şirketle yapıp yapamayacakları hususu da tartışmaya açık gibi gözükse de yukarıda ulaşılan sonuç burada da geçerli olacaktır. Buna göre, nakit borçlanma yasağının amacı; yönetim kurulu üyeleri ve Kanunda sayılan yakınlarının şirket kasasını kendi kişisel menfaatleri doğrultusunda kullanmaları, kişisel harcamalarını şirket kasasından yapmaları ve şirketten para çekmeleri gibi ticari hayatta yaygın olan birtakım uygula-

<sup>52</sup> KARAHAN, Şirketler Hukuku, s. 432; KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 672 vd.; Aksi yönde ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 10.

<sup>53</sup> Bilindiği üzere misli eşya; sayı ölçü ya da tartı ile belirlenebilen ve biri ötekinin yerine geçebilen şeylerdir. Para, tahıl, kumaş, odun, kömür vb. misli eşyadır. Buna karşılık ferdin belirlenmiş eşyalar, misli eşya sayılmaz. Örneğin bir ressamın belirli bir tablosu, tüketim ödünç sözleşmesinin konusunu oluşturamaz; kullanım ödünçü yahut kira sözleşmesinin konusunu oluşturabilir.

maların engellenmesi olduğundan, yönetim kurulu üyelerinin şirkete ödünç para verebileceklerinin kabulü gerekmektedir. Gerçekten de şirket varlığına ve sermayeye olumlu katkı sağlayan bir hukuki işlemi, salt lafzi yorumla değerlendirmek fiili duruma uygun düşmeyecektir.

### **b. Bağışlama Sözleşmesi**

Tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan bağışlama sözleşmesinde, bağışlayan, sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız bir kazandırma yapmayı üstlenmektedir (TBK m. 285). Satım ve kira sözleşmelerinden farklı olarak tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir hukuki işlem olan bağışlama sözleşmesinde, bağışlama taahhüdünde bulunan kişi, bağışlanan şeyi karşı tarafa devir ve temlik etme borcu altına girmektedir. Bağışlamanın konusu bir kazandırma olup, bununla bağışlayanın malvarlığına dahil bir değer, bağışlananın malvarlığına girmektedir. Karşılıksız bir kazandırma olan bağışlama sözleşmesinin ve bununla yapılan kazandırmanın amacı sadece bağışlanana zenginleştirmektir<sup>54</sup>. İvazlı sözleşmelerin aksine burada edim ve karşı edim değiş tokuşu söz konusu değildir.

Anonim şirketle yönetim kurulu üyesi arasında bağışlama sözleşmesi yapılması mümkündür. Bununla birlikte bağışlamanın konusunun para olduğu durumda, bağışlayan şirket ise nakit borçlanma yasağı ihlal edilmiş olmaz ise de, bağışlayanın yönetim kurulu üyesi olması halinde –tüketim ödünç sözleşmesinde olduğu gibi- teknik manada nakit borçlanma söz konusu olmaktadır. Burada da, yukarıda bahsedildiği üzere, TTK m. 395/2’de yer alan hükmün lafzi yorumuyla sınırlı kalmamak, hükmün amacını da göz önünde tutmak gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, nakit borçlanma yasağının amacı; yönetim kurulu üyeleri ve Kanunda sayılan yakınlarının şirket kasasını kendi kişisel menfaatleri doğrultusunda kullanmaları, kişisel harcamalarını şirket kasasından yapmaları ve şirketten para çekmeleri gibi ticari hayatta yaygın olan birtakım uygulamaların engellenmesi olduğundan, şirketle nakit borçlanma yasağı kapsamındaki kişiler arasında akdedilecek bağışlama sözleşmesinin konusunun para ve bağışlananın şirket olduğu hallerde, amaçsal yorum yapmak suretiyle bağışlamanın mümkün olduğu sonucuna varılmalıdır. Şirket varlığına ve sermayeye olumlu katkı sağlayan bir hukuki işlemi, salt lafzi yorumla değerlendirmek fiili duruma uygun düşmemektedir. Bağışlama konusunun paradan başka bir şey/menfaat (örneğin aynı bir değer ) olduğu hallerde TTK. m. 395/2 hükmüne aykırılık söz konusu olmamaktadır.

<sup>54</sup> Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 194.

#### 4. Kefalet, Garanti ve Teminat İşlemleri

TTK m. 395/2 hükmünde, şirketin borçlanma yasağı kapsamındaki kişilere kefil olamayacağı, bu kişiler için garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve yine bu kişilerin borçlarını devralamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, anonim şirket, yönetim kurulu üyesi lehine aval veremeyecek, yönetim kurulu üyesinin borcuna katılamayacak (TBK m. 201), yönetim kurulu üyesinin fiilini üstlenemeyecek (TBK m. 128), yönetim kurulu üyesi lehine müteselsil borçluluk sıfatı (TBK m. 162) yüklenemeyecektir. Kuşkusuz, bu işlemlerin yönetim kurulu üyesi tarafından anonim şirket lehine yapılmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu üyesi olduğu anonim şirket lehine aval verebilecek, borca katılabilecek veyahut anonim şirketin borcunu devralabilecektir.

#### D. Yasağa Aykırılığın Sonuçları

Borçlanma yasağının ihlal edilmesi halinde hukuki ve cezai birtakım sonuçlar doğmaktadır. Kanunda hukuki sonuç olarak; yasak kapsamındaki kişilerin yasağa aykırı hareket etmeleri halinde şirket alacaklılarının doğrudan bu kişilere başvurabilmeleri öngörülmüştür. Cezai bakımdan<sup>55</sup> ise TTK m. 562/5-c'de, borçlanma yasağı hükmünü ihlal edenlerin, üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacakları düzenlenmiştir. Söz konusu yaptırım, gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri düşünülerek hazırlanmış olup, tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından nasıl uygulanacağı belirsizdir. Zira Hukukumuzda tüzel kişilerin fail olamayacağı kabul edilmektedir<sup>56</sup>(TCK m. 20). Çalışmamız kapsamında yalnızca hukuki sonuçlara yer verilmiştir.

#### 1. Hukuki Sonuçlar

Şirkete borçlanma yasağının hukuki sonucu, TTK m. 395/2'nin son cümlesinde düzenlenmiştir. Buna göre, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan ve TTK m. 393'te

---

<sup>55</sup> Bu hususta bkz. Serdar HIZIR/Duygu MERKİ, "Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezai Sonuçları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LXIII, Sa: 4, s. 779-812; Rasim Can ÇAKIR, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları (Ceza Sorumluluğu)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

<sup>56</sup> Gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından TTK m. 562'de düzenlenen yaptırımın yanı sıra TCK'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun (TCK m. 155) gündeme gelmesi de mümkündür; buna karşılık, tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından hükmün nasıl uygulanacağı yine belirsizdir.

sayılan yakınları borçlanma yasağına aykırı hareket ettiklerinde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir. Buna göre, yasağın kapsamındaki kişiler ile şirket arasındaki işlem hukuken geçerlidir ve sonuçlarını doğuracaktır. Buna karşın, yasağı ihlal eden işlemde kaynaklanan şirket alacağı, şirket alacaklıları tarafından talep edilebilecektir.

Yasağın tüzel kişi yönetim kurulu üyesi (TTK m. 359/2) tarafından ihlal edilmesi, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket eden gerçek kişinin fiili sebebiyle olmaktadır. Bununla birlikte burada, şirket alacaklılarının doğrudan takip edecekleri kişi, ilgili tüzel kişi yönetim kurulu üyesidir. Nitekim Kanunda, şirket alacaklılarının “yasağı aykırı hareket eden yönetim kurulu üyelerini” doğrudan takip edebilecekleri düzenlenmiştir. Tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket eden gerçek kişi bakımından TTK’da herhangi bir hukuki yaptırım öngörülmemiştir. Kanaatimizce, TTK m. 359/2 hükmünde, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi bakımından, işlediği fiiller sebebiyle tüzel kişi aleyhine doğan sorumluluğa müteselsil olarak katılacağına dair bir düzenlemeye yer verilmesi yerinde olurdu. Mevcut durumda, borçlanma yasağına aykırılık sebebiyle öngörülen hukuki sonuç, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi bakımından söz konusu değil ise de, tüzel kişi ile adına yönetim kuruluna katılan gerçek kişi arasında bir temsil ilişkisi söz konusu olduğundan, tüzel kişiye yönelen anonim şirket alacaklıları olduğunda, tüzel kişinin temsile ilişkin genel hükümler çerçevesinde gerçek kişiye rücu etmesi mümkündür.

Kamu tüzel kişilerinin TTK m. 334 hükmü uyarınca yönetim kurulunda bulundukları temsilcilerin yönetim kurulu üyesi olup olmadıkları hususu bu noktada önem arz etmektedir. Temsilcilerin yönetim kurulu üyesi olarak kabulü halinde, TTK m. 395/2’de yer alan hukuki sorumluluk, temsilciler şahsında gerçekleşecektir. Nitekim TTK m. 395/2 hükmünde, alacaklıların “yönetim kurulu üyelerini” doğrudan takip edebileceği belirtilmiştir. Buna karşılık, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulu üyesi olduğu kabulünde, şirket alacaklılarının muhatabı kamu tüzel kişisi olacaktır. Kanımızca, TTK m. 334/3 hükmünde yer alan: “*Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haizdir.*” ifadesinden hareketle, kamu tüzel kişisi temsilcisinin yönetim kurulu üyesi olduğu kabul edilmeli ve alacaklılara karşı bu kişi sorumlu olmalıdır. Bu sonuç hiç kuşkusuz alacaklılara ek güvence sağlamaktadır. Zira 334. maddenin 3. fıkrasında yer alan: “*Kamu tüzel kişileri, şirket yönetim kurulundaki temsil-*

*cilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumludur. Tüzel kişinin rücu hakkı saklıdır.” düzenlemesi gereği kamu tüzel kişinin sorumluluğu zaten ortadan kalkmamaktadır. TTK m. 553 vd. hükümleri çerçevesinde kamu tüzel kişinin de sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür<sup>57</sup>.*

Kamu tüzel kişilerinin TTK m. 359/5 hükmü gereğince, gerçek kişi temsilcilerini yönetim kuruluna seçtirmeleri halinde de kimin yönetim kurulu üyesi olduğu tartışmalı olduğundan yukarıdaki açıklamalar burada da geçerli olacaktır. Özellik arz eden husus ise, anılan hükümde kamu tüzel kişilerinin “pay sahibi olduğu şirketlerdeki” yönetim kurullarında gerçek kişi temsilcilerinin yer alması düzenlendiğinden, kamu tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilmesi durumunda, borçlanma yasağına ilişkin olarak uygulanacak olan hükmün TTK m. 395/2 değil; TTK m. 358 olmasıdır. Zira burada kamu tüzel kişisi, anonim şirkette pay sahibi niteliği taşımaktadır. Yönetim kurulu üyeleri, yukarıda belirtildiği üzere, anonim şirkette aynı zamanda pay sahibi iseler, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına ilişkin TTK m. 358 hükmü uygulanmaktadır. Kanımızca burada da, kamu tüzel kişisi temsilcisinin yönetim kurulu üyesi olduğu kabul edilmeli ve borçlanma yasağına aykırılığın hukuki sonuçları bu kişi nezdinde gerçekleşmelidir.

#### **a. Şirket Alacaklılarının Yönetim Kurulu Üyesini Doğrudan Takip Hakkının Kullanılması**

Şirket alacaklılarının yönetim kurulu üyesine karşı takip hakkının doğumu için alacaklının öncelikle şirkete başvurması gerekmektedir<sup>58</sup>. Buna göre, alacaklı, şirkete borçlu olan yönetim kurulu üyesine doğrudan başvuru hak ve yetkisine sahiptir. Şirkete karşı yürütülen takipte, tahsilde tekerrüre düşülmemek kaydıyla, şirket alacaklısı, TTK m. 395/2’de sayılan kişilere karşı ayrıca bir takip başlatmadan, borçlanılan tutarın İİK m. 89 çerçevesinde icra dosyasına yatırılmasını talep edebilir. Başka bir anlatımla, TTK m. 395/2 hükmünü İİK m. 89’a ek bir imkan olarak görmek mümkündür<sup>59</sup>. Atlıhan’a göre de, alacaklı için öngörülen tahsil yetkisi, İİK m. 89’da öngörülen, alacaklının, borçlunun üçüncü kişilerin elindeki mallarını haczedebilmesine ilişkin hükmün özel bir görünümüdür<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Sami KARAHAN, Şirketler Hukuku, s. 421. Yazara göre, şartları varsa kamu tüzel kişinin ilgili yönetim kurulu üyesine iç ilişkide rücu etmesi mümkündür.

<sup>58</sup> ÇEKER, s. 666; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 10; ATLIHAN, s. 1962.

<sup>59</sup> Abuzer KENDİGELEN, **Yeni Türk Ticaret Kanunu - Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 285; KIRCA (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 675.

<sup>60</sup> ATLIHAN, s. 1961.

Hükümde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, şirket alacaklılarının borçlanma yasağını ihlal eden kişilere başvurabilmeleri için kendilerinin şirketten olan alacaklarının muaccel hale gelmiş olması zorunludur<sup>61</sup>. Buna karşılık, alacaklının takip hakkı için şirketin yasağa aykırı şekilde borçlanan kişilerden olan alacağının da muaccel hale gelmiş olması zorunlu değildir. Aksinin kabulü halinde, yönetim kurulu üyesi, şirketle uzun vadeli sözleşmeler akdetmek suretiyle şirket alacaklısının tahsil imkanını güçleştirebilecektir ki bu, hükümlerle muhafaza altına alınan menfaate ters düşmektedir. Gerçekten de, yasağa aykırı şekilde şirkete borçlanan yönetim kurulu üyesi, şirket üzerindeki güç ve etkisini kullanarak söz konusu borcun on yıl sonra muaccel olacağını kararlaştırmış ise, şirket alacaklılarının bu süre dolmadan yasağı ihlal eden kişiye başvuramayacaklarını kabul etmek hükmü uygulanamaz hale getirecektir<sup>62</sup>.

Yönetim kurulu üyesi, borçlanma yasağına aykırı hareket ederek şirkete borçlandığında, şirket alacaklıları, borçlanılan tutarla sınırlı olmak üzere şirket veya yönetim kurulu üyesini takip etme hakkına sahiptir. Burada Kanundan kaynaklanan bir müteselsil sorumluluk söz konusudur<sup>63</sup>. Alacaklılar, yönetim kurulu üyesini, şirkete olan borcuyla sınırlı olmak koşuluyla ve alacakları ölçüsünde takip edebilirler. Şirket alacaklısının alacağı bu tutarı aşarsa, aşan kısımdan sadece şirket sorumludur. Örneğin, yönetim kurulu üyesi, TTK m. 395/2 hükmüne aykırı olarak anonim şirkete 500.000,00-TL borçlandı ise şirketten 800.000,00-TL alacaklı olan kişi, yönetim kurulu üyesini 500.000,00-TL bakımından doğrudan takip edebilecek; buna karşılık, kalan 300.000,00-TL bakımından yalnızca şirkete başvurabilecektir.

Şirketin borcundan dolayı alacaklılara ödeme yapmak zorunda kalan yönetim kurulu üyelerinin, ödedikleri tutardan dolayı şirkete rücu hakkı bulunmamaktadır. Zira bu kişiler, Kanunda açık bir şekilde yasaklanmasına rağmen şirkete borçlanmış olup, alacaklının takibi üzerine ödeme yapmakla, ödedikleri tutar ölçüsünde şirkete olan borçlarından kurtulmaktadırlar. Bu nedenle, ödedikleri tutarı şirketten talep edemezler.

Özdamar/Doğan'a göre, şirket alacaklılarının borçlanma yasağını ihlal eden kişilere doğrudan başvurabileceğine ilişkin söz konusu düzenleme, sermayenin korunması ilkesini yeterince koruyamayacağı gibi hükmün ge-

<sup>61</sup> ATLIHAN, s. 1962.

<sup>62</sup> ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 10.

<sup>63</sup> KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 675.

tiriliş amacını gerçekleştirmekten de uzaktır<sup>64</sup>. Örneğin borca batık durumda olan bir yönetim kurulu üyesi, şirket üzerindeki etkisini veya imza yetkisini kullanarak şirketin kendi borcunu devralmasını yahut kendisine kefil olmasını sağladığında Kanunda yazılı yaptırımın uygulanması zor veya imkansız olabilecektir. Zira yasağı ihlal eden üye zaten borca batık durumdadır. Benzer şekilde yönetim kurulu üyesinin borcuna şirket kefil gösterildiğinde, ilgili üyenin alacaklıları şirket alacaklısından önce şirkete başvurarak tüm şirket mevcudunu tahsil edebilecektir.

## 2. Yasağa Aykırı İşlemin Geçerliliği Sorunu

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmaları TTK m. 395/2 hükmünde yasaklanmış ve yasağa aykırılık halinde doğacak sonuçlar düzenlenmiş olmakla birlikte, yasağa aykırı işlemin akıbeti hususu açıkta bırakılmıştır.

TTK m. 395/2'nin gerekçesinde, hükmün, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358'in tamamlayıcısı olduğu belirtilmiştir<sup>65</sup>. Bununla birlikte, pay sahiplerinin borçlanma yasağına aykırı işlem yapmaları halinde, söz konusu işlemin geçerliliği noktasında TTK m. 358'de de açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

TTK m. 395/1 hükmünde, şirketle işlem yapma yasağına aykırı işlemin batıl olduğu, yasağın genel kurul izniyle ortadan kaldırılması veyahut genel kurul izni olmaksızın yapılan işleme genel kurulun sonradan icazet vermesi ile işleme sıhhat kazandırılabilmesi mümkün kılınmışken; borçlanma yasağına aykırı işlemin akıbeti bakımından düzenleme yapılmamış, söz konusu işleme genel kurul tarafından icazet verilir verilemeyeceği hususu düzenlenmemiştir. Acaba borçlanma yasağına aykırı işleme, genel kurul tarafından icazet verilmesi mümkün müdür?

TTK m. 395/2 hükmünde, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan Kanunda sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanamayacakları, şirketin bu kişiler için kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı belirtildikten sonra aksi halde, şirket borçlanılan tutar için şirket alacaklılarının bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebileceği ifade edilmiştir. Buradan hareketle, borç-

---

<sup>64</sup> ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 10.

<sup>65</sup> TTK m. 395/2 madde gerekçesi.

lanma yasağına aykırı işlemin batıl olmayacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu durumda söz konusu hükmün düzenleyici nitelikte bir hüküm olduğu söylenebilir. Başka bir anlatımla, kanun koyucu, borçlanma yasağına aykırı olarak işlem yapılmasını yasaklamış olmakla birlikte, hükme aykırılık halinde birtakım cezai ve hukuki sonuçlar belirleyerek söz konusu işlemin batıl olmayacağını zımnen ifade etmiştir<sup>66</sup>. Gerçekten de, yasağa aykırılık halinde alacaklıları koruyucu nitelikte ek bir araç yani şirket alacaklılarının, yasağı ihlal eden kişileri, doğrudan takip edebilme imkanı getirildiğine göre ayrıca işlemleri geçersiz saymaya gerek kalmamalıdır<sup>67</sup>. Daha da önemlisi, ikinci fıkranın ikinci cümlesinde zikredilen ve tarafı üçüncü kişiler olan işlemlerde, işlem güvenliğini korumaya duyulan ihtiyaç, bu işlemlerin ayakta tutulmasını gerektirmektedir<sup>68</sup>. Bilindiği üzere, ticaret hayatında işlem güvenliği ilkesi esastır. Borçlanma yasağına aykırı işlemin geçersiz sayılmaması karşısında genel kurul tarafından söz konusu işleme icazet verilmesinin gerekip gerekmediği hususu pratikte önem arz etmemektedir.

Tamer'e göre, pay sahiplerinin borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358 hükmünde açıklama olmadığından genel hükümler uygulama alanı bulmalı ve borçlanma yasağına aykırılık taşıyan işlem, Kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle butlanla geçersiz sayılmalıdır. Buna karşılık, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ve yakınlarının şirkete borçlanmasını düzenleyen TTK m. 395/2 hükmünde, yasağa uyulmaması halinde şirket alacaklılarının bu kişileri doğrudan takip edebilecekleri düzenlendiğinden söz konusu işlem geçerliliğini korumaktadır<sup>69</sup>. Gerçekten de, TTK m. 395/2 hükmüne aykırı işlemin kesin hükümsüz olduğunu kabul etmek, hükümde şirket alacaklılarına özel olarak düzenlenen doğrudan başvuru hakkını işlevsiz hale getirecektir.

## SONUÇ

Tüzel kişilere yönetim kurulu üyesi olma hakkının tanınması, adil ve etkin bir sorumluluk rejimi oluşturmak bakımından yerindedir. Nitekim geçmişte tüzel kişilerin, mali yapısı zayıf temsilcilerinin arkasına saklanarak sorumluluktan kaçtığı ve gerek şirketin gerekse alacaklılarının büyük mağduriyetler yaşadığı örneklere sıkça rastlanmıştır.

<sup>66</sup> TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, s. 122.

<sup>67</sup> Aynı yönde ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 502.

<sup>68</sup> KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 677.

<sup>69</sup> TAMER, s. 113.



Tüzel kişilerinin yönetim kurulu üyesi olabilmelerine imkan tanıyan TTK m. 359/2 hükmünde, kamu tüzel kişisi-özel tüzel kişi ayrımı yapılmadığından, kamu tüzel kişileri de bu hüküm uyarınca yönetim kuruluna üye olabilecektir. TTK m. 334 ile m. 359/2 hükümleri 2 farklı uygulamaya hizmet etmekte ise de, kamu tüzel kişisinin yönetim kurulu üyesi olabilmesi mümkünken, ETK döneminde de tartışmalara neden olan “yönetim kurulunda temsilci bulundurması” düzenlemesine yeni Kanunda yer verilmesi ETK döneminde yapılan tartışmaların devam etmesine neden olmuştur. Dahası, 6455 sayılı Kanun ile TTK m. 359 hükmüne eklenen 5. fıkra, mevcut tartışmaları sona erdirmek yerine artırmıştır. Söz konusu hükümde, kamu tüzel kişilerinin gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilebileceğinin düzenlenmesi, ETK döneminde var olan, temsilcinin sorumluluk sahasına ve yönetim kurulu üyeliği sıfatının kime ait olduğuna ilişkin tartışmaların devam etmesine yol açmıştır. Gerçekten de, gerek TTK m. 334 uyarınca yönetim kurulunda bulunan kamu tüzel kişi temsilcisi gerekse TTK m. 359/5 hükmü uyarınca genel kurul tarafından yönetim kuruluna seçilen kamu tüzel kişisi temsilcisi bakımından yönetim kurulu üyeliği sıfatının kime ait olacağı tartışma konusudur.

Borçlanma yasağına ilişkin düzenlemenin amacı şirket menfaatlerinin ve malvarlığının korunmasıdır. TTK m. 395/2 hükmünde, nakit borçlanma yasağı kapsamındaki kişiler sayılırken, gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri esas alınarak düzenleme yapılmıştır. “Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan TTK m. 393 üncü maddede sayılan yakınları” ifadesi bakımından tüzel kişi yönetim kurulu üyelerinin düşünülmediği açıktır. Nitekim tüzel kişilerin “yakını” diye bir kavram bulunmamaktadır. Hükmün 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde yer alan: “*Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar.*” ifadesinde tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin yanı sıra “ortağı olduğu şahıs şirketleri ve en az %20’sine katıldıkları sermaye şirketleri” bakımından da borçlanma yasağı öngörülmüş olmasına rağmen, yeni düzenlemedeki ifade ile yasağın kapsamı, tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından üyenin bizatihi kendisini kapsayacak biçimde daraltılmıştır. Hükmün bu anlamda eksik bırakıldığı söylenebilir.

Yönetim kurulunda tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket eden gerçek kişi bakımından TTK m. 395/2’de herhangi bir düzenlemeye yer veril-

memiş olması da hükmün bir diğer eksikliğidir. Gerçekten de, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin, şirket faaliyetlerinin yürütülmesi noktasında, gerçek kişi yönetim kurulu üyesinin Kanunda sayılan yakınlarından çok daha fazla güç ve imkana sahip olduğu açıktır. Bu nedenle, yapılacak bir değişiklikte, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket eden gerçek kişinin yasak kapsamına dahil edilmesi yerinde olacaktır.

Borçlanma yasağı, TTK'da iki ayrı hükümde düzenlenmiş, düzenlemeler arasındaki farklılık, yasağın muhatabı esas alınarak belirlenmiştir. Pay sahiplerinin borçlanma yasağı TTK m. 358 hükmünde, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağı TTK m. 395/2 hükmünde yer almıştır. TTK m. 358'de nakit-ayın ayırımı yapılmaksızın, belirli koşulların sağlanmış olması halinde pay sahiplerinin şirkete borçlanması mümkün kılınmışken; TTK m. 395/2'de pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile üyelerin Kanunda sayılan yakınlarının şirkete ayın borçlanmaları serbest tutulmuş, nakit borçlanmaları ise istisna tanınmaksızın yasaklanmıştır. Yasağın ihlal edilmesine ilişkin sonuçlara bakıldığında pay sahiplerinin borçlanma yasağını ihlal eden işlemleri geçersizlik ile karşı karşıya iken, yönetim kurulu üyeleri bakımından hukuki bir sonuç öngörülmesi olduğundan işlemin geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Bu da göstermektedir ki, pay sahipleri bakımından öngörülen yasak hükmü, yönetim kurulu üyeleri bakımından öngörülen hükme nazaran daha ağır bir sonuca bağlanmıştır. Yönetim kurulu üyelerini pay sahibi olan ve olmayan şeklinde ikiye ayırmak ve daha sonra da pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri için daha ağır bir sonuç bağlamak kolay açıklanabilir bir durum değildir. Zira şirketin temsili ve yönetilmesi konusunda yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olup olmaması büyük bir önem taşımamaktadır. Kaldı ki, pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri yapacakları borçlanma işlemleriyle şirket malvarlığını ne kadar riske sokabileceklerse, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri de yapacakları borçlanma işlemleriyle şirketi o derece riske sokabilecektir. Bu nedenle, yapılacak bir değişiklikte pay sahipleri ve (pay sahibi olsun veya olmasın) yönetim kurulu üyeleri arasında ayırım yapılarak, yönetim kurulu üyeleri için daha ağır sonuçlar getirilmesi yerinde olacaktır.

Yönetim kurulu üyeleri, aynı zamanda şirkette pay sahibi iseler TTK m. 395/2'nin kapsamından çıkarak TTK m. 358'in kapsamına girmektedir. Burada yönetim kurulu üyesinin şirkette tek bir paya sahip olması bu sonucun doğumu açısından yeterlidir. Kanunda, pay sayısı veya niteliği bakımından herhangi bir yeterlilik aranmamıştır. Öte yandan, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile pay sahibi olmayan yakınları, borçlanma yasağı bakımından

aynı hükme tabi iken, yönetim kurulu üyesi, şirketten hisse satın alarak pay sahipliği sıfatı kazandığında, pay sahibi olmayan yakınları ile ayrı hükümlere tabi olmaktadır. Örneğin, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi (A) ve eşi (E), TTK m. 395/2 kapsamında borçlanma yasağına tabidir. (A) anonim şirketten hisse satın aldığı anda borçlanma yasağı bakımından TTK m. 358'e tabi olacaktır. TTK m. 358'de ise pay sahiplerinin yakınları ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden (E)'nin şirkete borçlanması durumunda TTK m. 395/2 hükmü uygulanmaya devam edecektir. Burada, pay sahibi olan yönetim kurulu üyesi TTK m 358'e tabi iken, pay sahibi olmayan yakınlarının m. 395/2'ye tabi kılınması ilginçtir. Zira pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri, yaptırım nispeten daha yumuşak olan 395. maddenin 2. fıkrasını işletmek (bir bakıma kanunu dolanmak) için, şirkete borçlanma işlemlerini pay sahibi olmayan yakınları aracılığıyla yapabilecektir. Bu nedenle, yapılacak bir kanun değişikliği ile, 395/2 hükmünün kapsamından çıkmak için, ek bir paya sahip olmanın yeterli olmadığı kabul edilmeli, pay sahipliği oransal veya niteliksel olarak belirli bir yeterliliğe ulaşmamış kişilerin şirkete borçlanmaları yasaklanmalı ve yasağına tabi olmak veya yasak kapsamından çıkmak için aranacak niteliklerin hangi anda bulunması gerektiği Kanunda açıkça düzenlenmelidir.

Borçlanma yasağı ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirkete nakit borçlanmaları yasaklanmıştır. Burada hedeflenen, hükümde sayılan kişilerin şirkete nakit olarak borçlanmaları neticesini doğuran bütün borç ilişkilerinin değil; şirketten konusu para olan tüketim ödücü almalarının engellenmesidir. Gerçekten de, TTK m. 395/2 hükmünün gerekçesinde, hükmün TTK m. 358'in tamamlayıcısı olduğu ifade edildiğinden, gerekçeleri de dahil edilerek birlikte değerlendirilmeleri neticesinde TTK m. 395/2 ile yasaklanmanın, şirketten ödünç para alınması (tüketim ödücü sözleşmesi yapılması) olduğu kabul edilmelidir.

Tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin yasak kapsamında olup olmadığına ilişkin kanunda düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yasağına aykırılık suç teşkil ettiğinden ve anayasal düzlemde koruma altında olan kanunilik ilkesi gereğince, suç ve ceza içeren normlarda kıyas ve yorum yapılamayacağından, söz konusu gerçek kişinin yasak kapsamında olmadığı kabul edilmelidir.

Borçlanma yasağının ihlali halinde hükmü ihlal edenlerin üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Söz konusu cezai yaptırım, gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri düşünülerek hazırlanmış olup, tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından uygulanabilir

değildir. Zira Hukukumuzda tüzel kişilerin fail olamayacakları kabul edilmektedir. Gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından TTK m. 562’de düzenlenen yaptırımın yanı sıra güveni kötüye kullanma suçunun (TCK m. 155) gündeme gelmesi de mümkündür; buna karşılık, tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından hükmün nasıl uygulanacağı belirsizdir.

### KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016 (Yönetim Kurulu).

AKDAĞ GÜNEY, Necla: “Yeni Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişi Ortağın Yönetim Kurulunda Temsili”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, Sa. 2, s. 273 – 294 (Tüzel Kişi Ortağın Temsili). (<https://www.jurix.com.tr/article/3998>, erişim: 06.02.2018)

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

ARKAN, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 23. Basıdan tıpkı basım, BTHAE Yayınları, Ankara 2017.

ATLIHAN, Özen: “Türk Ticaret Kanunu’na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketle İşlem Yapma ve Borçlanma Yasağı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. LXXXIII, Sa. 4, s. 1949-1992.

(<http://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd20094.pdf>, erişim: 06.02.2018)

BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, Güncellenmiş 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: **Şirketler Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Dora Yayınları, Şubat 2017.

ÇAKIR, Rasim Can: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni**

**Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları (Ceza Sorumluluğu)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

ÇAMOĞLU, Ersin: **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

ÇEKER, Mustafa: “Şirkete Borçlanma Yasağı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XVIII, S. 2, s. 559-670.

(<http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf>, erişim: 06.02.2018)

ÇOŞTAN, Hülya: “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXIX, Sa.1, s. 117- 137.

EMİNOĞLU, Cafer/ÇAKIR, Fatma Betül: “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Sa. 3-4, s. 277-297. ([http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18\\_3-4\\_12.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_12.pdf), erişim: 06.02.2018)

HELVACI, Mehmet: **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

HIZIR, Serdar/MERKİ, Duygu: “Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LXIII, Sa. 4, s. 779-812. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1974/20642.pdf>, erişim: 06.02.2018)

KARAHAN, Sami: “Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları”, **Yaklaşım Dergisi**, Sa. 239, s. 258-262 (Borçlanma Yasağı).

KARAHAN, Sami: **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya: 2013 (Şirketler Hukuku).

KENDİGELEN, Abuzer: **Yeni Türk Ticaret Kanunu - Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

KIRCA, İsmail: “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXVIII, Sa. 2, s. 51 – 59

(Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği).

KIRCA, İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/ MANAVGAT, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, BTHAE Yayınları, Ankara 2013.

KIRCA, İsmail: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, Sa. 3-4, Erzincan 2012, s. 121-137 (Başlıca Yenilikler).

(<http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/category/dergiler/2012/cilt-xvi-sayi-3-4/>, erişim:06.02.2018)

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: **Kişiler Hukuku– Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

ÖZDAMAR, Mehmet/DOĞAN, İlker: “Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı”, **Bankacılar Dergisi**, Sa. 86, s. 3-26. (<https://www.tbb.org.tr/tr/bankacilik/arastirma-ve-yayinlar/bankacilar-dergisi/detay/60>, erişim: 06.02.2018)

POROY, Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi C. I-II**, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2015 (Şerh).

PULAŞLI, Hasan: “6335 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklerin Şirketler Hukukuna İlişkin Kısmının Değerlendirilmesi”, **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**, C. II, Sa. 2, s. 9- 34 (Değişiklikler).

SEVİ, Ali Murat: “Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi Adına Hareket Eden Gerçek Kişinin Hukuki Sorumluluğu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXXII, Sa. 3, s. 39-74.

ŞENER, Oruç Hami: **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

TAMER, Ahmet: Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: “Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m. 358)”,

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 102 s. 93-114. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-102-1214>, erişim: 06.02.2018)

TANDOĞAN, Haluk: “Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. I, Sa. 1, s. 2-35.

TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015 (Sermaye Ortaklıkları).

TEKİNALP, Ünal: **Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili**, BTHAE Yayınları, Ankara 1965 (Tüzel Kişilerin Temsili).

TEKİNALP, Ünal: **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Tek Kişi Ortaklık).

ÖZKORKUT, Korkut: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXVIII, Sa. 3, s. 45-71.

ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın: **Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt I**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.





**KAMU HUKUKU >>**

BOŞ

# ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN REFORM İHTİYACI

Esra ATA\*

## ÖZ

*Birleşmiş Milletler'in temel yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı, kurulduğu günden günümüze değin, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde ve uluslararası hukukun gelişiminde büyük bir rol oynamıştır. Uluslararası mahkemeler içinde belki de en önemli yere sahip olan Divan devletlerarası adaletin sağlanmasında ileri bir merhalelidir. Uluslararası hukuk bağlamında yeri inkâr edilemese de Divan, sınırlı etkililiği, siyasallaşan yapıları, işleyişi ve yapılan hatalar nedeniyle sıkça eleştirilere maruz kalmıştır. Divan'ın etkinliğini arttırmak için ise mevcut sistem içinde bazı hayati reformların yapılması gerekmektedir. Bu reformlar şunları içermelidir; Divan hâkimlerinin seçiminin siyasallaşması sürecinin önlenmesi bu bağlamda hâkimlerin seçim sisteminin revize edilmesi; Güvenlik Konseyi ve üyelerinin Divan üzerindeki etkilerinin azaltılması, günümüzdeki uluslararası kişilik kavramının gelişmesine paralel bir biçimde Divan'a erişimin uluslararası örgütler için de kabul edilmesi ve uluslararası hukuk içtihatlarında birlik sağlamak amacıyla uluslararası mahkemelere Divan'dan danışma görüşü talep etme yetkisinin getirilmesi.*

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Adalet Divanı, Yargı Yetkisi, Danışma Yetkisi, Divan'ın Mevcut Problemleri, Reform Önerileri

## THE NEED FOR REFORM OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

### ABSTRACT

*The International Court of Justice, the main jurisdiction of the United Nations, played a major role in the resolution of interstate conflicts and in the development of international law from day to day. The Court, perhaps the most important of the international courts, is a further step in the provision of interstate justice. Although it can not be denied in the context of international law, the Court is often criticized for its limited effectiveness, politicized structures, functioning and erroneous construction. In order to increase the efficiency of the Court, some vital reforms have to be made within the existing system. These reforms should include: Prevention of the process of politicization of the election of judges, in this context revised judges election system; In addition to reducing the influence of the Security Council and its members on the Court, the accessibility of the Court to international organizations in line with the*

---

\* **Arş. Gör.**, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, **E-Posta Adresi:** esraata06@gmail.com

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** :19/03/2018

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 31/05/2018

*development of the concept of international personality today, and the international courts right to request advisory opinion from the Court in order to ensure unity in international jurisprudence.*

**Keywords:** *The International Court of Justice, the Jurisdiction of the Court, Advisory Jurisdiction, Current Problems of the Court, Reform Proposals*

## GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı (Divan), devletlerarasındaki uyuşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözülmesine hizmet eden evrensel bir mahkemedir. Divan, Birleşmiş Milletler (BM) içinde bir yargı organı fonksiyonu görmesinin yanında verdiği yargı kararları ve danışma görüşleri ile uluslararası hukukun gelişimine son derece önemli bir katkı sağlamaktadır.

Divan uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözülmesinde önemli bir rol oynasa da sınırlı etkililiği ve yapılmış birçok hata nedeni ile eleştirilmektedir<sup>1</sup>. Divanı düzenleyen pek çok kural ile tarafsız ve üstün bir kurum yaratılmaya çalışılmış olsa da Divan'ın meşruiyeti ve bağımsızlığı hâkimlerin seçimi ve yeniden seçilmesi, BM Güvenlik Konseyi'nin Divan üzerindeki etkisi, yargı ve danışma görüşü verme yetkisinin sınırlı yapısı ve kararların uygulanmasında etkili bir mekanizma olmaması sebebiyle tehlikeye atılmış bulunmaktadır. Bu sakıncaların giderilmesi için ise sivil toplum örgütleri, devletler, akademisyenler, Divan'ın hâkimleri, uluslararası kuruluşlar tarafından birçok reform önerisi getirilmiştir.

Bu bağlamda çalışmamızda reform önerilerinden özellikle Divan'ın güvenilirliği ve etkinliğini arttıracak siyasal manipülasyonlara karşı savunmasız alanları oluşturan yapı ve yargı yetkisindeki kimi sorunlar ele alınacak ve olası reform önerilerinin neler olabileceği değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılmadan önce, reform ihtiyacının uluslararası platformdaki yansımalarını oluşturan, önemli uluslararası kuruluşlar tarafından Divan'ın reformuna ilişkin yapılan öneriler hakkında kısa bir bilgi verilecektir. Bu bilgilendirmenin ardından, Divan'ın güvenilirliğinin artırılmasına ilişkin olarak Divan'ın yapısındaki mevcut problemler ve bu problemlerin giderilmesine ilişkin reform önerileri değerlendirilecek ve son olarak Divan'ın fonksiyonel anlamda işle-

<sup>1</sup> LU, Bingbin, "Reform of International Court of Justice-A Jurisdictional Perspective", *Perspectives*, Vol. 5, No. 2, 2004, s. 8.

yişinin arttırılabilmesi için yetkisinin genişlemesi yönünde reform önerileri ele alınacaktır.

## I. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN REFORMUNA İLİŞKİN YAPILAN ÖNERİLERE GENEL BİR BAKIŞ

Divan'ı düzenleyen kuralların çoğunun tarafsız ve bağımsız bir kurum yaratmaya çalıştığı halde Divan'ın meşruiyeti ve tarafsızlığı bazı konularda zedelenmiştir<sup>2</sup>. Divan, yapısı, işleyişi, yargı yetkisinin yeterince kapsayıcı ve etkili olmaması, Divan'ın siyasallaşmaya karşı savunmasız olması gibi pek çok konuda eleştiriye maruz kalmıştır. Divan'ın kendinden beklenen asıl işlevi yerine getirebilmesi için ise reform ihtiyacı olduğu tartışmasız bir gerçektir. Bazı reform önerileri, BM Şartını ve Divan Statüsünü ve Divan'ın işleyişine ilişkin kuralları değiştirilerek yapılabilirken, bazıları bu gibi adımları gerektirmez. BM Şartında değişiklik yapılmasının zorluğu ise Divan hükümlerinde değişiklik yapılmasını da mutlaka etkilemektedir. Divan Statüsü, ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu BM Şartına eklenmiştir; böylece Statü, Şartın revizyon hükümlerine tabi kılınmıştır<sup>3</sup>. Bu bağlamda yapılacak reform önerilerinin çok kolay bir şekilde hayata geçirileceğini söylemek gerçekçi olmasa da Divan'ın tarafsızlığının ve etkinliğinin arttırılması ise ancak ciddi reform hareketleriyle sağlanabilir.

Divan'ın mevcut yapı ve yetkisini iyileştirmeye yönelik birçok reform önerisi vardır. Bu reform önerileri, devletler, Divan'ın kendi resmi organları, uluslararası hukuk kurumları, *Institut de Droit International* gibi örgütlenmiş topluluklar ve bireyler de dâhil olmak üzere çeşitli mecralar tarafından yapılmıştır<sup>4</sup>. Farklı doğası, hacmi ve önemi nedeniyle Divan reformu için

---

<sup>2</sup> OGBODO, S. Gozie, "An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century", **Annual Survey of International & Comparative Law**, Vol. 18, Issue 1, 2012, s. 105.

<sup>3</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü madde 69: "İşbu Statü'de yapılacak değişiklikler, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda yapılacak değişiklikler için öngörülen yöntemle göre gerçekleştirilir; şu kadar ki Divan Statüsü'ne taraf olmak ile birlikte Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin bu yöntemle katılmalarını sağlamak için Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul'un kabul edeceği hükümler saklıdır." Uluslararası Adalet Divanı Statüsü çalışmamızda bundan sonra UAD Statüsü olarak anılacaktır. UAD Statüsü'nün resmi metni için bkz: [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj\\_statute\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf) (20.02.218)

<sup>4</sup> YEE, Sionhe, "Notes on the International Court of Justice (Part 2): Reform Proposals Regarding the International Court of Justice - A Preliminary Report for the International Law Association Study Group on United Nations Reform", **Chinese Journal International Law**, Vol. 8, No. 1, 2009, s. 182.

önerileri sınıflandırmak oldukça güçtür<sup>5</sup>. Bu bakımdan çalışmamızda sadece önemli uluslararası hukuk kuruluşlarının yaptığı reform önerilerinden bahsedilecektir.

*The International Law Association's American Branch* (ABILA), Divan'ın olası reformları üzerine bir araştırma yapmak ve bu reformlara dair kapsamlı bir rapor hazırlamak gayesiyle 2001'de Hükümetler Arası Uyuşmazlıkların Çözümü komitesini oluşturmuş ve bu komite Divan'ın reformuna ilişkin olası öneriler hakkında detaylı raporlar yayınlamıştır<sup>6</sup>. Uluslararası Hukuk Birliği (ILA) ise 2011 yılında, BM Reformu hakkında bir başka rapor yayınlamış ve bunlar arasında Divan konusunda değerlendirmeler yer almıştır<sup>7</sup>. Rapor, ABILA Raporunda gözlemlenen tüm önerileri içermekle birlikte birtakım yeni hususlara da yer vermiştir. Reform önerileri için bir başka ilginç kaynak ise 9 Eylül 2011 tarihli *Institut de Droit International* tarafından kabul edilen Divan da dâhil olmak üzere uluslararası mahkemelerdeki yargıçlara yönelik tavsiyelere ilişkin karardır<sup>8</sup>. Karar, yargıçların seçim kriterlerini tekrar değerlendirmektedir.

Bahsi geçen belgeler Divan reformu ile ilgili tekliflerden yalnızca birkaç tanesini oluşturmaktadır bunların haricinde de çok sayıda başka öneriler yapılmıştır<sup>9</sup>. Bu çeşitlilikten Divan reformunun önem kazandığı ve Divan re-

<sup>5</sup> NESHEVA, Ralitsa, "100 Years of the International Justice- Time to Consider a Reform of the International Court of Justice", *IALS Student Law Review*, Volume 2, Issue 2, Spring 2015, s. 15.

<sup>6</sup> ABILA'nın yayınladığı rapora göre, BM üyesi ülkelerin Divanda temsili genişletilmeli; hâkimlerin yeniden seçilmelerine izin verilmemeli ve görev süresi 12 yıla çıkarılmalıdır; yaş sınırları getirilmelidir; seçilecek kadın adayların sayısı artırılmalıdır; hükümetlerarası örgütler çekişmeli yargı davalarında taraf olma ehliyetine sahip olmalıdır ve İnsan Hakları Konseyi ve bazı uluslararası mahkemelere danışma görüşü talep etme yetkisi verilmelidir. ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, *Reforming the United Nations: What About the International Court of Justice?*, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1, 2006, s. 39.

<sup>7</sup> International Law Association Study Group on United Nations Reform, "United Nations Reform Through Practice", 2011, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1971008](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971008) (Erişim Tarihi: 01. 12. 2017)

<sup>8</sup> Resolution "The Position of the International Judge", Sixth Commission, *institute de Droit International*, 9 September, 2011, [http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2011\\_rhodes\\_06\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2011_rhodes_06_en.pdf) (Erişim Tarihi: 01. 12. 2017)

<sup>9</sup> Uluslararası Barolar Birliği'nin uluslararası mahkemelerdeki yargılama değerlerine ilişkin 31 Ekim 2011 tarihinde yayınladığı rapor için bkz: International Bar Association Human Rights Institute, *Resolution on the Values Pertaining to Judicial Appointments to International Courts and Tribunal*, <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=6e67bd11-de7d-4b52-b2f2-777e3f08d530> (Erişim Tarihi: 01. 12. 2017)

formuna olan ilginin gittikçe arttığı sonucuna varabiliriz<sup>10</sup>. Bu önemine binaen Divan'ın günümüzdeki mevcut problemleri ve bu problemlerin bertaraf edilebilmesi için Divan'ın güvenilirliğini ve işleyişini arttıracak olası reform önerileri aşağıda detaylı olarak incelenecektir. Bu reform önerileri incelenirken Divan'ın yapı ve yetkisi hakkında da konu ile ilgili olarak yeri geldiğinde açıklamalarda bulunulacaktır.

## **II. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN MEVCUT YAPISI VE GÜVENİLİRLİĞİNİN ARTTIRILMASINA İLİŞKİN REFORM ÖNERİLERİ**

Divan'ın mevcut yapısındaki birtakım problemler ve Divan'ın verdiği kararların etkili bir şekilde uygulama mekanizmasının olmaması Divan'ın güvenilirliğinin zedelenmesine sebebiyet vermiştir. Bu bakımdan Divan'ın yapısındaki mevcut problemlerin giderilmesi Divan'ın meşruiyetinin sağlanması açısından elzemdir. Bu hususun sağlıklı bir şekilde incelenebilmesi için ise çalışmamızda öncelikle Divan'ın yapısı hakkında genel bir bilgi verilecek ardından mevcut problemler ve reform önerileri ele alınmaya çalışılacaktır.

### **A. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN MEVCUT YAPISI**

Uluslararası yargı organları arasında belki de en önemli yeri, Birleşmiş Milletler'in yargı organı<sup>11</sup> olan Uluslararası Adalet Divanı oluşturmaktadır<sup>12</sup>. Devletlerarası hukuki uyuşmazlıkların çözümü bakımından genel yetkiye sahip bir evrensel mahkeme olan Uluslararası Adalet Divanı, Milletler Cemiyeti Misakı uyarınca 1920 yılında kurulmuş olan Uluslararası Sürekli Adalet

---

<sup>10</sup> NESHEVA, s. 17.

<sup>11</sup> Hükümde geçen "yargı organı" terimi Divan'ın BM'nin siyasi organları olan Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinden rolünü ayırt etmeye hizmet etmektedir. Divan'ın örgüt içinde, bir yüksek mahkeme ya da bir anayasa mahkemesine benzeyen herhangi bir pozisyona sahip olduğu anlamına gelmez. THIRLWAY, Hugh, The International Court of Justice, in EVANS, Malcolm D. (ed), **International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 560.

<sup>12</sup> Birleşmiş Milletler Andlaşması madde 92.

Divanı'nın<sup>13</sup> (USAD) yerine geçmiştir<sup>14</sup>. Divan, BM çatısı altında Milletler Cemiyeti'nin eksikliklerini gidermek için mevcut sistemi iyileştirmek ve so-fistike bir uluslararası mahkeme haline getirme amacıyla oluşturulmuştur ve USAD'dan daha güçlü ve etkili olmaya başlamıştır<sup>15</sup>.

Divan 15 hâkimden oluşur ve aynı devletin birden çok uyruğu aynı zamanda Divan'da hâkim olamaz<sup>16</sup>. Hâkimler ise belli özelliklere sahip kişiler arasından seçilmektedir. Divan hâkimlerinin seçiminde başlıca iki esas dikkate alınır. Bunlardan birisi mevcut hukuk sistemlerinin temsili diğeri ise hâkimin şahsi ehliyetidir<sup>17</sup>. Hâkimlerin, *yüksek ahlaki karaktere sahip, kendi ülkelerinde en yüksek adli görevlerin yerine getirilmesi için gerekli koşulları benliklerinde toplayan ya da uluslararası hukuk alanında yetkileri herkesçe kabul edilmiş birer hukukçu niteliğinde olan kişiler arasından uyruklarına*

<sup>13</sup> Birinci Dünya Savaşından sonra kurulan USAD, uluslararası bir yargı organı kurulması bakımından ilk başarılı örnek olarak kabul edilmektedir. Milletler Cemiyeti bünyesinde kurulan USAD 15. 02. 1922'den 18. 04. 1946 tarihine kadar varlığını resmen sürdürmüştür. USAD görevde bulunduğu süre boyunca devletlerarasındaki 29 çekişmeli yargı davasına bakmış ve 27 danışma görüşü vermiştir. AKSAR, Yusuf, **Evrensel Yargı Kuruluşları**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 42; SCHLOCHAUER, H. J. Schlochauer, "Permanent Court of International Justice", **Encyclopedia of Public International Law**, Vol. I, 1981, s. 160-179; USAD'ın görevde kaldığı sürece verdiği kararlar ve danışma görüşleri için bkz: LÜTEM, İlhan, **Devletler Hukuku Dersleri II**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1958, s. 645-648.

<sup>14</sup> GILMORE, Grant, "The International Court of Justice", **Yale Law Journal**, Vol. 55, 1946, s. 1049; Uluslararası Adalet Divanı'nın USAD'ın yerine geçmiş olması USAD'ın devamı sayıldığı manasına gelmemektedir. UAD, Milletler Cemiyeti'nin bir organı olmadığı gibi Statüsü de Versay Andlaşması'nın bir parçası değildir. Buna karşılık USAD ile belirli bir hukuki ilişki kurulmuştur. SUR, Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 194; Yeni Divan, savaş öncesi Mahkeme'nin binalarını ve arşivlerini devralmakla kalmayıp aynı zamanda yargı yetkisini de devralmıştır. THIRLWAY, s. 561.

<sup>15</sup> POSNER, Eric A. / FIGUEIREDO, Miguel de , **'Is the International Court of Justice Biased?'**, Chicago Law & Economics, Working Paper, 2004, <http://ssrn.com/abstract=642581> (Erişim Tarihi: 03. 12. 2017)

<sup>16</sup> UAD Statüsü madde3/1; Divan'ın mevcut üyeleri şu şekildedir; Ronny Abraham (Fransa), Abdulqawi Ahmed Yusuf (Somali), Hisashi Owada (Japonya), Peter Tomka (Slovakya), Mohamed Bennouna (Fas), Antonia Augusto Çançada Trindade (Brezilya), Christopher Greenwood (İngiltere), Xue Hanqin (Çin), Joan Donoghue (Amerika Birleşik Devletleri), Giorgio Gaja (İtalya), Julia Sebutinde (Uganda), Dalveer Bhandari (Hindistan), Patrick Lipton Robinson (Jameika), James Richard Crawford (Avustralya), Kirill Gevorgian (Rusya) ve Philippe Couvreur (Belçika). <http://www.icj-cij.org/en/current-members> (Erişim Tarihi: 27. 10. 2017); Türkiye bugüne kadar Divan'da temsil edilmemiştir.

<sup>17</sup> BİLGE, A. Suat, "Milletlerarası Adalet Divanının Faaliyetini Arttırma İmkanları", **AÜSBFD**, C. 14, S. 4, 1959, s. 125.



*bakılmaksızın*<sup>18</sup> seçilmeleri gerekmektedir. Bunun yanında hâkimler seçilirken dünyada başlıca uygarlıkların ve hukuk sistemlerinin temsili de gözetilmektedir<sup>19</sup>. Mahkemenin oluşumundaki amaç hem kalifiye kişilerin seçilmesini sağlamak hem de gerçekten küresel nitelikte oluşmasını temin etmektir.

Divan hâkimlerinin seçimi ise belli aşamalardan geçilerek yapılmaktadır. Hâkimler, 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri ile kurulan Uluslararası Sürekli Hakemlik Mahkemesi'nin ulusal gruplarının gösterdiği adaylar arasından<sup>20</sup>, BM Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulu tarafından yapılan ayrı ayrı oylamalarla seçilmektedir<sup>21</sup>. Bir adayın hâkim seçilebilmesi için hem BM Genel Kurulunda üye sayısının oy çokluğunu hem de Güvenlik Konseyinin oy çokluğunu elde etmiş olması gerekir<sup>22</sup>.

Hâkimler dokuz yıl için seçilirler ve yeniden seçilmeleri olanaklıdır ayrıca hâkimlerin bir emeklilik yaşı da yoktur<sup>23</sup>. Divan üyeleri, siyasal ve idari herhangi bir görev yapamayacakları gibi, mesleki nitelikte herhangi bir başka işle de uğraşamazlar. Divan önüne gelen hiçbir işte ajanlık, danışmanlık ya da avukatlık yapamazlar. Daha önce taraflardan birinin temsilcisi, danışmanı ya da avukatı, ulusal ya da uluslararası bir mahkemenin veya bir uluslararası so-

<sup>18</sup> UAD Statüsü madde 2.

<sup>19</sup> Divan'ın küreselleşmesine yönelik girişim uygulamada kurumsallaşmıştır. Günümüzde Divan üyeliklerinin paylaşımı şu şekildedir; Afrika 3, Latin Amerika ve Karayipler 2, Asya 3, Batı Avrupa ve diğer devletler 5 ve Doğu Avrupa 2. The International Court Of Justice, **Fifth Edition of the Handbook of the International Court of Justice**, The Hague, 2014, s. 22; Gönülbol'a göre, Divanda farklı hukuk sistemlerinin temsil edilmesi, kararların alınmasını ve karar gerekçeleri üzerinde bir görüş birliğine varılmasını güçleştirmiştir. GÖNLÜBOL, Mehmet, **Milletlerarası Siyasal Teşkilatlanma**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964, s. 283.

<sup>20</sup> Bilge'ye göre, aday gösterme sürecinin Uluslararası Sürekli Hakemlik Mahkemesi vasıtasıyla yapılması hâkim seçiminin karmaşık olan yapısını bir kat daha zorlaştırmaktadır. BM'ye üye olan ve Divan Statüsü'ne taraf olup Hakemlik Mahkemesi'ne taraf olmayan devletlerin çok sayıda olması hâkimlerin seçimini güçleştirmektedir. Bu bakımdan devletler Statü'nün 6. maddesine uygun olarak doğrudan aday gösterebilmelidirler. Böylelikle, Divan hâkimlerinin seçim sistemi nispeten daha kolaylaşmış ve seçim sisteminde Hakem Divanına taraf olmayan devletler bakımından bir birlik sağlanmış olur. BİLGE, s. 128.

<sup>21</sup> UAD Statüsü madde 4 ve 8; Bu seçim sisteminin temeli USAD'ın statüsünün hazırlanmasında oluşturulmuş Root-Phillmore planına dayanmaktadır. Bu plana göre, Divan hâkimleri seçiminde Genel Kurulda küçük devletler, Konseyde ise büyük devletler çoğunlukta idi. Böylelikle, bir hâkim adayı her iki organda da çoğunluğu kazanmış ise bu adayın Divan'a hâkim olması hem küçük devletler hem de büyük devletlerce istenmektedir. Aynı usul 1945'te yapılan Statü'de korunmuştur. BİLGE, s. 125.

<sup>22</sup> UAD Statüsü madde 10/1.

<sup>23</sup> UAD Statüsü madde 13.

ruşturma komisyonunun üyesi olarak ya da herhangi bir başka sıfatla karışmış oldukları hiç bir işin çözümüne katılamazlar<sup>24</sup>.

Divan'a sunulan bir uyuşmazlığın taraflarından sadece birinin uyuşuğu olan bir yargıcın Divan'da bulunması durumunda veya Divan'da tarafların uyuşuğunda hiçbir hâkim bulunmaması durumunda, taraf veya taraflar sadece o davada görev yapmak üzere *ad hoc* hâkim atayabilir<sup>25</sup>. Örneğin, *Karadeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırması Davası'nda*, taraflar Romanya ve Ukrayna, Divan'da uyuşuklarında hâkim bulunmadığı için *ad hoc* hâkim atamışlardır<sup>26</sup>.

## B. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN MEVCUT YAPISINA İLİŞKİN PROBLEMLER VE REFORM ÖNERİLERİ

Divan'ın mevcut yapısına ilişkin problemlerin en başında şüphesiz ki hâkimlerin seçim süreci gelmektedir. Tarafsız bir mahkeme imajına aykırı olarak seçimlerin siyasi bir organ olan BM bünyesinde yapılması Divan'ın güvenilirliğini azaltırken BM Güvenlik Konseyi'nin hem Divan yapısı üzerinde hem de kararların uygulanmasındaki etkisi Divan'ın tarafsızlık ve güvenilirliğini zedelemektedir.

### 1. Hâkimlerin Seçim Sürecinin Siyasallaşması Riski ve *Ad Hoc* Hâkimlik Uygulamasının Yeniden Gözden Geçirilmesi

Divan hâkimlerinin seçilmesinde uygulanan usul, birçok sebeple eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin en önemlileri, mevcut seçim sistemi ile hâkimlerin

<sup>24</sup> UAD Statüsü madde 16 ve 17; Örneğin, Ege Kıta Sahanelığı Davası sırasında Japon Hâkim S. Oda bir dönemde bu konuda Türk Hükümetine yazılı görüş bildirdiği için davadan çekilmiştir. PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 48; Hüküm ne kadar açık bir üslup ile yazılmış olsa da uygulamada belirsiz alanları vardır. Örneğin, Hâkim Zafrullah Khan, BM Genel Kurulunda yer alan genel sorulara ilişkin tartışmalara katıldığından Güney Batı Afrika Davasından çekilmeye yönelik tartışmalı bir tavır takındı. SHAW, Malcolm, N., "The International Court of Justice: A Practical Perspective", **International & Comparative Law Quarterly**, Vol. 36, Issue 4, October 1997, s. 845. Buna karşın Divan, Nambiya Davasında, Divan'a seçilmeden önce yetkileri uyarınca üye devletlerin temsilcileri olarak BM organlarına katılımın madde 17/2 uygulamasını oluşturmadığı görüşünü aldı. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, s. 16, 18-9. Karar için bkz: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 28. 10. 2017).

<sup>25</sup> UAD Statüsü 31/2-3.

<sup>26</sup> Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 61, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/132/132-20090203-JUD-01-00-EN.pdf>

bağımsızlıklarının temin edilememesidir. Genel Kurul'da ve Güvenlik Konseyi'nde hâkimlerin seçilmesi her zaman önemli bir tartışma konusu olmuş ve adaylar arasında seçim yapılırken daima siyasi düşüncelerle hareket edilmiştir<sup>27</sup>. Divan'da daima Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin tabiyetinde olan bir yargıç bulunmuştur. Güvenlik Konseyi'nde Divan hâkimleri seçilirken kararların çoğunluk ile alınması, büyük devletlerin tabiyetinde olan adayların seçilmesini kolaylaştırmıştır<sup>28</sup>.

Yeniden seçilme süreci siyasetten büyük ölçüde etkilenebilir ve dolayısıyla bir aday BM Güvenlik Konseyi ve BM Genel Kurulunda yapılan ulusal kampanyaların siyasetine bağlı olarak diğerlerinden daha şanslı olabilir<sup>29</sup>. Hâkim, ev sahibi ülkenin vazgeçilmez desteğini güvence altına almazsa yeniden seçilme ihtimali bir hayal olacaktır. Şüphesiz böyle bir süreç, bir gün Genel Kurul'da yeniden seçimlere çıkacak olan, oylamayla yüzleşeceklerini düşünen hâkimlerin bağımsızlığını olumsuz bir şekilde etkileyecektir<sup>30</sup>.

Bu bağlamda, hâkimlerin bağımsızlığının sağlanması ve siyasetten etkilenmemesi gerektiğini belirten birçok öneri ileri sürülmüştür<sup>31</sup>. ABILA Rapo- runa göre, Divan'ın içtihatlarında istikrarın sağlanması amacıyla hâkimlerin kürsüde yeterli süre kalması için görev süreleri 12 yıla uzatılabilir<sup>32</sup>. *Institut de*

---

(Erişim Tarihi: 21. 01. 2017)

<sup>27</sup> Hâkimlerin atanmasına ilişkin usul doğrudan devletler tarafından değil de ulusal gruplar aracılığıyla yapılması, yasal ve siyasi unsurları bir araya getirirken ulusal devletlerin onlara karşı olumsuz etkilerini mümkün olduğunca hariç tutmaya çalıştığı ileri sürülmüştür. SHAW, Malcolm N. , **International Law**, Sixth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 1058; Ancak, uygulamada aday gösterme işleminde hükümetlerin, ulusal gruplar üzerinde büyük bir etkisi vardır. MERRILLS, J. G. , **International Dispute Settlement**, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 135.

<sup>28</sup> GÖNLÜBOL, s. 282-283.

<sup>29</sup> NESHEVA, s. 16.

<sup>30</sup> OGBODO, s. 106.

<sup>31</sup> McLaughlin'e göre, siyasi olmayan bir mahkemeye ulaşma önerileri, mahkeme hâkimlerinin vatandaşlıklarını bırakmaları ve dünya vatandaşı olmaları ve hâkimlerin hayat boyu yargıçlığa sahip olması ile sağlanabilir. McLAUGHLIN, William T. , "Allowing Federal Courts Access to International Court of Justice Advisory Opinions: Critique and Proposal", **Hastings International and Comparative Law**, Vol. 6, 1983, s. 766-777. Bu reform önerisi hâkimlerin uyrıklarının karar alama süreçleri üzerindeki etkisinin azalmasına yardımcı olabilir. Bununla birlikte, hâkimler insandrlar ve bilinçaltındaki önyargılar karar vermeyi etkileyebilir. WIER, Keith, "The International Court of Justice: Is It Time for a Change", **Houston Journal of Law**, Vol. 8, 1985, s. 190.

<sup>32</sup> Yec'e göre, görev süresinin 12 yıla uzatılması mahkemenin yargı içtihatlarında birlikteliği teşvik etmeyi amaçlayan makul bir yöntem gibi görünse de, bir yandan yargılama siyaseti

*Droit International* tarafından kabul edilen karara göre de, hâkimlerin bağımsızlığını güçlendirmek için hâkimler daha uzun bir süre için seçilmeli ancak yeniden seçilme imkânı olmamalıdır<sup>33</sup>. Hâkimlerin, yeniden seçilme zamanında kendilerine yüklenebilecek gerçek veya potansiyel baskı kaynaklarının ortadan kaldırılması, yeniden seçilme olasılığının önlenmesi ile sağlanabilir<sup>34</sup>. Hâkimlerin yeniden seçilmemesi usulü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>35</sup> ve Uluslararası Ceza Mahkemesi<sup>36</sup> gibi önemli yargı organlarının hâkimleri için uygulanmaktadır. Bu prosedürler Divan için de bir çerçeve sunabilir. Seçim ve yeniden seçimdeki siyasi etkilerin bertaraf edilmesi, Divanda bütünlüğün sağlanması adına bir revizyon gerektirir. Böylelikle, Divan yargıçları, adaletin etkili bir şekilde uygulanması için esas olan maksimum bağımsızlıktan yararlanacaktır<sup>37</sup>.

hala var olabilecek ve diğer taraftan öneri yargıçlarda bir zayıflık varsaymaktadır. Dahası görev süresinin 12 yıla çıkarılması iyi performans göstermeyen bir hâkimin mahkemeden ayrılmasının daha uzun süreceği dikkate alındığında bir dezavantaja dönüşebilir. YEE, s. 184-185.

<sup>33</sup> Resolution 'The Position of the International Judge', Sixth Commission, institute de Droit International, Article 2.

<sup>34</sup> ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, s. 50; Bu öneri, 2004 yılında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi davalarında, yeniden seçilme olasılığına sahip 6 yıllık bir süre yerine yeniden seçilme olasılığının olmadığı 9 yıllık bir dönem için olması kabul edildi. 13 Mayıs 2004 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 14 no.lu Protokol, Sözleşme'nin 23. Maddesini değiştiren 2. Madde.

<sup>35</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 23. maddesine göre hâkimler 9 yıllık bir süre için seçilirler ve yeniden seçilmeleri mümkün değildir. European Convention of Human Rights, [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 02. 12. 2017)

<sup>36</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Andlaşması 36. maddenin 9. fıkrası uyarınca, yargıçlar 9 yıl süreyle görev yaparlar ve yeniden seçilemezler. Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 UNTS 90, [http://legal.un.org/icc/statute/99\\_corr/cstatute.htm](http://legal.un.org/icc/statute/99_corr/cstatute.htm) (Erişim Tarihi: 02. 12. 2017)

<sup>37</sup> Ogbodo'ya göre, geçerli sisteme devam etmek yerine, seçim sürecinde eşgüdümün ve yeniden seçilmenin, BM'nin bir kolu olan Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından yapılmasının önerenler vardır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, uluslararası hukuk alanında yetkin hukukçulardan oluştuğundan Divan hâkimlerini gereksiz siyasi nüfuz olmadan seçmek ve yeniden seçmek için daha iyi bir konumda olacaktır. Pratik olarak Genel Kurul, Divan'a aday gösterilen kişilerin derlenmesi ve listelenmesiyle ilgili işlevleri, Uluslararası Hukuk Komisyonuna bırakabilir. Böylece, Uluslararası Hukuk Komisyonu Divan için seçim organı olarak belirlenebilir. Seçim ve yeniden seçilme süreci Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından gerçekleştirildikten sonra onay işlemi Genel Kurul tarafından yapılabilir. Seçim ve yeniden seçim süreci, öncelikle hukuk mesleğinin en yüksek etik ve standartları tarafından yönlendirilecek olan meslektaşlar tarafından profesyonelce yürütülecek, onaylama süreci Genel kurul tarafından yapılarak seçim evrensel onay sağlanarak yürütülecektir. OGBODO, s. 112-113.

Divan hâkimlerinin seçim sisteminin yanında *ad hoc* hâkim uygulaması da siyasallaşmaya meyilli yapısıyla Divan'ın tarafsızlığını zedeleyen bir başka sorunu oluşturmaktadır. *Ad hoc* hâkim uygulaması, taraflar arasında eşitlik sağlanması, Divan'a olan güvenin tam olarak gerçekleştirilmesi ve kimi durumlarda da dava ile ilgili tarafların görüş ve düşüncelerini daha iyi anlamak bakımından, Divan'a yararlı olacağı düşünülmektedir<sup>38</sup>. Ancak, kayıtlar, Divan'ın çoğunluk kararına bakılmaksızın, *ad hoc* yargıçların genellikle kendi vatandaşı olduğu ülkeler için oy kullandığına işaret etmektedir<sup>39</sup>.

Çekişmeli bir tarafı teminat altına alacak bir temsilciye verilen hak, Divan'ın tarafsızlık imgesi için iyi bir alamet değildir. Bu uygulamayla yaratılan izlenim, bir tarafın mahkeme önünde adil ve tarafsız yargılamaya erişiminin ancak tarafın hâkimlerinden birisi tarafından temsil edilmesi halinde garanti edilebileceği izlenimini uyandırır<sup>40</sup>. *Ad hoc* hâkim atama prosedürü, Divan'ın bağımsız hukuk uzmanlarından oluşan bir kurum olma özelliğini olumsuz yönde etkilemektedir<sup>41</sup>. Bu bağlamda, *ad hoc* hâkim uygulaması siyasallaşmaya yatkın doğası sebebiyle Divan'ın tarafsızlık imajını zedelediğinden, bu uygulamanın Statü hükümlerinden çıkarılması isabetli bir adım olacaktır.

## 2. Güvenlik Konseyi ve Daimi Üyelerinin Rolünün Divan'ın Yapısı ve Güvenilirliği Üzerindeki Olumsuz Etkisi

BM Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesi, BM Güvenlik Konseyinde olduğu gibi BM Mahkemesi'nin bağımsızlığını zayıflatan bir başka unsurdur. Sürekli üye ülkelerden gelen hâkimler, Divan ile ilgili olarak, Divan'ın yar-

<sup>38</sup> THIRLWAY, s. 563; MERRILLS, s. 136; **The International Court of Justice**, s. 25-27.

<sup>39</sup> SCHWEBEL, Stephen M. , "National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice", **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 48, No. 4, 1999, s. 893. Suh, hâkimlerin hem olağan hem de geçici oylama modelini araştırırken, toplanan veriden kategorik olarak, olağan hâkimlerin ulusal konularda *ad hoc* yargıçlardan daha az taraflı olduğu belirtilmiştir. SUH, Ro, "Voting Behavior of National Judges in International Courts", **American Journal of International Law**, Vol. 63, No. 2, 1969, s. 230, dpn. 66; Gönülbol'un da belirttiğine göre, "*tatbikatta, Divanda davası olan bir devletin vatandaşı olan hâkimler, genel olarak, bu devlet lehine sonuç verecek iddialar ileri sürmüşlerdir. Ad hoc yargıçlar ise daima kendilerini tayin eden devletin görüşünü savunmuşlardır.*" GÖNLÜBOL, s. 285; Benzer şekilde Thirlway ise, mahkemenin seçilmiş üyelerinin çoğunlukla uyrukları bulunan devlet lehine oy kullanmazken; ancak bugüne kadar *ad hoc* hâkimlerin, neredeyse her zaman onu atayan devlet lehine oy kullandıklarını aksi şekilde davranmalarını beklemenin ise yüksek bir beklenti olduğunu belirtmiştir. THIRLWAY, s. 562.

<sup>40</sup> OGBODO, s. 108-109.

<sup>41</sup> SHAW, (2008), s. 1061.

gısal imajına bir renk katmaz. Daha ziyade, Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinin hâkimiyetinin bir başka uzantısıdır<sup>42</sup>.

Güvenlik Konseyi sadece yargıçların Divanda temsil edilmesinde değil Divan'ın etkinliğinin belirlenmesinde de egemen bir rol oynamaktadır. Güvenlik Konseyi, Divan kararlarının baş yürütücüsüdür<sup>43</sup>. Divan kararlarının uygulanması ise ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Divan'ın çekişmeli yargı konusunda vermiş olduğu kararlar bağlayıcıdır. Ancak eğer bir taraf Divan tarafından verilen karara uygun yükümlülüklerini yerine getirmese, diğer taraf, kararın yerine getirilmesi için Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir ve Konsey lüzum gördüğü takdirde, kararın yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir veya alınabilecek tedbirleri kararlaştırabilir<sup>44</sup>. BM Güvenlik Konseyi, icra gücünü kullanıp kullanmamaya karar verme konusunda takdir yetkisine sahiptir<sup>45</sup>. Bu gelişmiş ülkelerin, Divan kararlarının doğrudan ve dolaylı olarak uygulanması üzerinde bir yetkiye sahip olduklarını göstermektedir<sup>46</sup>. Böylece, veto yetkisine sahip olarak, daimi üyelerin Güvenlik Konseyindeki etkisi, Divan kararlarının uygulanmasını büyük ölçüde etkilemektedir. Aynı beş büyük için hem Güvenlik Konseyinde hem de Divan'da muazzam güçleri elinde tutmak Divan'ın tarafsızlık imajını algısal olarak etkilemektedir<sup>47</sup>.

Birtakım faktörler, Divan kararlarını potansiyel olarak etkisiz hale getirir. Divan kararlarına uyma çoğunlukla gönüllüdür. Bu bağlamda devletler çoğunlukla Divan'ın kararlarına uyma yönünde eğilim gösterse de Divan'ın

<sup>42</sup> OGBODO, s. 110.

<sup>43</sup> OGBODO, s. 106.

<sup>44</sup> BM Andlaşması madde 94/2; Şimdiye kadar BM Andlaşması madde 94/2 hükmü çerçevesinde Güvenlik Konseyi'ne oldukça nadir başvuru yapıldığını görmekteyiz. İlk örnekler olarak İngiltere tarafından 1951 yılında İran Petrol Şirketine karşı açılan davada, 1986 yılında Nikaragua tarafından ABD aleyhine karşı açılan davada; Bosna Hersek tarafından 1993 yılında Federal Yugoslavya aleyhine açılan dava Konsey önüne gelmiştir. TANZI, Attila, "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", **EJIL**, 6, 1995, s. 540.

<sup>45</sup> DILLARD, Hardy Cross, "Law, Policy and The World Court-Attacking Some Misconceptions", **Willamette Law Review**, Vol. 17, 1980, s. 17; ÇELİK, Edip, **Milletlerarası Hukuk**, Cilt: 2, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 386-387.

<sup>46</sup> WIER, s. 185.

<sup>47</sup> OGBODO, s. 107; Suh'un da benzer yönde belirttiği gibi; "*Büyük güçlerin hâkimler heyetinde güvence altına alınmasından sonra, küçük devletlere ad hoc yargıçları atama hakkını bırakmaları ve böylece daha güçlü muhaliflerle eşitlik sağlama çabası, Divanın üyeliğini genişletmek ve küçük devletlerin Divanda daha adil bir şekilde temsil edilmesine olanak sağlamak için Mahkeme Statüsü değiştirilmedikçe faydasız olacaktır.*" SUH, s. 224-236.

aldığı kararlara devletlerin uymamaları olaylarına da rastlanmış<sup>48</sup> ve BM'nin bu devletlere karşı herhangi bir teşebbüse girişmediği örnekler de görülmüştür. Örneğin, *Korfu Boğazı Davası*'nda önce Divan'ın yargı yetkisini kabul eden Arnavutluk, sonradan Divan'ın yargı yetkisine itiraz etmiş ve Divan tarafından İngiltere lehine kararlaştırılan tazminatı ödememiştir<sup>49</sup>. Benzer şekilde *Tahran Rehinele Davası*'nda, İran, diplomasi temsilcilerinin serbest bırakılması gerektiği kararına<sup>50</sup> uymayı reddetmiş ve uluslararası hukuka aykırı tutumunu mesele diplomasi yoluyla çözülene kadar devam ettirmiştir.

BM Güvenlik Konseyi tarafından Divan kararlarının uygulanması Konseydeki gibi bazı siyasi çatışmalara tabi olma ihtimali doğurabilecektir. Bu durumun klasik bir örneği olarak, *Nicaragua Davası*'nda Divan'ın kararına uyum için Güvenlik Konseyi kararını aksatmak gayesiyle 1986'da Birleşik Devletler'in veto yetkisini kullanması gösterilebilir<sup>51</sup>. Nikaragua Hükümeti, ABD aleyhine, 9 Nisan 1984'te, iç işlerine karıştığı ve kuvvet kullandığı gerekçesiyle askeri ve yarı askeri faaliyetleri dolayısıyla tazminat talebiyle Divan'a başvurmuştur. Divan, Birleşik Devletler'in uluslararası teamül hukukunu ve Nikaragua ile 21 Ocak 1956'da imzalamış bulunduğu, dostluk, ticaret ve deniz ulaştırması anlaşmasının kendisine yüklediği yükümlülükleri ihlal etmiş olduğu sonucuna varmış ve bu yüzden meydana gelen zararları Nikaragua'ya ödemesine karar vermiştir<sup>52</sup>. Birleşik Devletler Divan'ın vermiş olduğu bu kararı uygulamayınca, Nikaragua Hükümeti BM Andlaşması'nın 94/2. maddesine dayanarak Güvenlik Konseyi'ne başvurmuştur. Ancak bu başvuru, Birleşik Devletler'in vetosu nedeniyle sonuçsuz kalmıştır<sup>53</sup>. Böyle-

<sup>48</sup> SHAW, (2008), s. 1104.

<sup>49</sup> GÖNLÜBOL, s. 300.

<sup>50</sup> United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 20. 01. 2018)

<sup>51</sup> Security Council, U.N. Docs. S/18250, 31 July 1986 and S/PV. 2704, 31 July 1986, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/18250](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/18250) (Erişim Tarihi: 02. 12. 2017).

<sup>52</sup> Militarv and Puramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 136-140, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 20. 01. 2018)

<sup>53</sup> Güvenlik Konseyinde geri çevrilmesinin ardından Nikaragua aynı çözüm taslağını BM Genel Kuruluna götürmüştür. Böylece Genel Kurulun Divan'ın uygulanmayan kararları sorusunda yetkili olup olmadığı sorusu ortaya çıkmıştır. Güvenlik Konseyinden farklı olarak Genel Kurul benzer bir yetki ile donatılmış değildir. Nikaragua'nın çözüm taslağı tartışılmış ve oylamaya sunulmuştur. Taslak 3'e karşı 94 olumlu oy ve 47 çekimser oy ile benimsenmiştir. El Salvador, Amerika ve İsrail aleyhte oy kullanmıştır. TANZI, s. 546-547; Tanzi'ye göre, Konseyin ve Kurulun statüden kaynaklı güçleri, onları mahkemenin yargısal otoritesi-

likle, Divan'ın hukuki gerekçelere dayanarak vermiş olduğu kararının uygulanması, BM Güvenlik Konseyinde siyasi gerekçelerle engellenmiş ve hukukun üstünlüğü ilkesi göz ardı edilmiştir.

Güvenlik Konseyi beş daimi üyesinden dördünün Divan'ın zorunlu yargı yetkisini reddederken aynı zamanda kararların baş icracıları olarak hareket etmesinin beklenmesi de çok gerçekçi değildir<sup>54</sup>. BM Andlaşması'nın 94/2 maddesi kapsamında “beş büyük” ten birinin Divan'ın kararını yürütmesini reddetmesi durumunda kararın zorla yerine getirilmesi seçeneği olamayacağından bir bakıma karar pratikte etkisiz olacaktır.

BM'nin, Divan kararlarını etkili bir şekilde uygulanmasını garanti edecek herhangi bir mekanizması yoktur. Bazıları bunun bir sorun olmadığını ileri sürse de bazıları Divan'ın bir “Dünya Mahkemesi” olarak karar verdiğini ve bu kararlara saygı gösterilmesi ve hukuka üstünlük verilmesi gerektiğini savunuyor<sup>55</sup>. Nitekim, Divan'ın rolü, kararın uygulanması değildir<sup>56</sup>. Bununla birlikte, uygulanma bir şekilde sağlanmalıdır. BM Andlaşması'nın 94. maddesi bir uygulama mekanizması sunmaktadır; ancak BM Güvenlik Konseyi'nin veto yetkisine tabidir. Bu itibarla, BM Andlaşması, bir taraftan Divan'ın BM'nin başlıca adalet uzvu olduğunu söylerken, diğer taraftan, bu Divan'ın kararlarını icra ve infaz konusunda gerekli tedbirleri layıkıyla öngörememiş bulunmaktadır<sup>57</sup>.

### III. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YETKİSİNİ ARTTIRMAYA YÖNELİK REFORM İHTİYACI VE ÖNERİLER

Divan'ın etkinliğini ve işleyişini arttıracak reform önerilerinden bir diğer önemli kısmı ise Divan'ın yetkisinin genişletilmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda bir değerlendirmenin yapılabilmesi için ise öncelikle Divan'ın yet-

---

ne müdahale etmesini engelleyecek ve Statünün BM sistemi ile güçler ayrılığını amaçladığını doğrular şekilde yorumlanmalıdır. TANZI, s. 547-548.

<sup>54</sup> Günümüzde, Divan'ın zorunlu yargı yetkisini tanıyan 73 devlet bulunmaktadır. Bu devletler arasında Güvenlik Konseyinin daimi üyelerinden yalnızca İngiltere bulunmaktadır. Fransa ve ABD kabul bildirimlerini sırasıyla 1974 ve 1984 yılında çekmişlerdir. <http://www.icj-cij.org/en/declarations> (Erişim Tarihi: 21. 01. 2018)

<sup>55</sup> WIER, s. 180.

<sup>56</sup> DILLARD, s. 15.

<sup>57</sup> AKİPEK, Ömer İlhan, *Milletlerarası Adalet Divanı*, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 90.



kisi hakkında bir değerlendirme yapılacak ardından bu konuya ilişkin reform önerileri detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

## A. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YETKİSİ

Divan iki tür yetki ile donatılmıştır: bunlardan birincisi, devletler tarafından kendisine sunulan hukuki uyuşmazlıkları çözümlenmek; ikincisi, hukuki olarak yetkileri bulunan uluslararası organ, kurum ya da örgütlerin sorduğu hukuki sorunlar hakkında danışma görüşü vermektir<sup>58</sup>. Divan'ın bu temel görevleri yanında sınırlı da olsa temyiz yetkisini kullandığını da belirtmemiz gerekir<sup>59</sup>. Bu iki tür yetki sırasıyla aşağıda ele alınacaktır.

### 1. Devletlerarası Davalara Bakma Yetkisi

Divan'ın temel görevi, bağımsız devletler tarafından önüne getirilen hukuki uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmektir<sup>60</sup>. Divan önündeki davalara ise Divan Statüsü'nün *ipso facto* tarafı bulunan BM üyesi devletler taraf olabilmektedir. BM üyesi olmayıp Divan Statüsü'ne taraf olan devletlerin ise, Divan önünde bir davaya taraf olabilmemesinin şartlarını tespit etme yetkisi Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesinin üzerine Genel Kurul'a bırakılmıştır<sup>61</sup>. Ne Birleşmiş Milletler'e üye ne de Divan Statüsü'ne taraf olan devletler, Divan Statüsü'nün 35/2 maddesine göre Güvenlik Konseyince belirlenecek koşullar uyarınca Divan önündeki davalara taraf olma hakkına sahiptir<sup>62</sup>. Statü'ye taraf olmak, Statü'ye göre Divan'ın yargı hakkını tanımak,

<sup>58</sup> AKSAR, s. 50; THIRLWAY, s. 559.

<sup>59</sup> Örneğin, 1944 Uluslararası Sivil Havacılık Andlaşması 84. maddesine göre, akit devletler Konseyin kararlarına karşı Uluslararası Daimi Adalet Divanına temyiz başvurusunda bulunabilir. Convention on International Civil Aviation, 07 December 1944, [https://www.icao.int/publications/Documents/7300\\_orig.pdf](https://www.icao.int/publications/Documents/7300_orig.pdf) (Erişim Tarihi: 02. 12. 2017)

<sup>60</sup> UAD Statüsü madde 38/1.

<sup>61</sup> BM Andlaşması madde 93/2; 6 Temmuz 1948 tarihinde İsviçre ve 10 Mart 1950 tarihinde Liechtenstein bu şekilde Statüye taraf olmuşlardır. ÇELİK, Edip, “**Milletlerarası Adalet Divanı**”, Milletlerarası Mahkemeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956, s. 10.

<sup>62</sup> Divan Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin hangi koşullar altında Divan'a başvurma yetkisini elde edeceğini Güvenlik Konseyi 15.10.1946 tarihinde 9 (1946) sayılı kararıyla saptamıştır. Bu karara göre; *Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'ne taraf olmayan bir devlet Birleşmiş Milletler Şartı'na ve Divan Statüsü'ne ve İçtüzük hükümlerine göre ve onların öngördüğü şartlara tabi olarak, Divan'ın yetkisini kabul ettiğini, Divan'ın karar veya kararlarına uyacağını ve Birleşmiş Milletler üyelerinin Şart'ın 94. maddesine göre taşıdığı bütün yükümlülükleri kabul ettiğini belirten bir beyannameyi Divan Başkâtibine vermiş olmaları şartıyla* Divan'a başvurabilecektir. Güvenlik Konseyinin bu kararının metni için bkz: GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 175-176; ÇELİK, (1956), s. 11.

yargısal konularda başka devletlerce tanınacak yetkinin veya istişari konularda yetkinin Divan tarafından kullanılmasına rıza göstermektir. Böylelikle, devlet Statü'ye taraf olmakla sadece Statü'nün hüküm ifade etmesine rızasını deklare etmektedir<sup>63</sup>.

Divan önünde davalara taraf olma yeteneğine sahip olunması, tek başına uyuşmazlığın Divan tarafından çözümlenebilmesi için yeterli değildir. Divan, ancak kendisine müracaat etmeye ehil devletlerin rızalarıyla davalara bakmaya yetkilidir. Divan da çeşitli kararlarında yargı yetkisinin uyuşmazlık halindeki tarafların bu konudaki olumlu iradelerine bağlı olduğunu belirtmiştir<sup>64</sup>. Yani bir devlet kendi rızası dışında Divan'ın yargısına tabi tutulamaz. Bu kural devletlerin egemen olmasının doğal sonucu olarak, ortaya çıkmıştır<sup>65</sup>. Uluslararası hukuka göre, egemen devletler, egemenlik haklarından kaynaklanan işlemlerden ötürü kendi olumlu iradelerinin dışında yargılanamazlar<sup>66</sup>.

Devletlerin, Divan'ın yargı yetkisini kabul etmeleri ise dört farklı şekilde olmaktadır: tahkimname, önceden yapılan uluslararası anlaşmalar, tek taraflı bildiri ve *forum prorogatum*<sup>67</sup>. Yargı yetkisini kabul etme şekilleri aşağıda kısaca ele alınacaktır.

#### a. Tahkimname

Tarafların rızasıyla yargı yetkisinin Divan'a verilmesi ilkesinin hayata geçirilmesinin en basit yolu uyuşmazlığın Divan tarafından çözülmesini isteyen iki devletin bu konuda anlaşmaya varmasıdır. Bu da tahkimname yoluyla

<sup>63</sup> BELİK, Mahmut R. , "Milletlerarası Adalet Divanının Kazai Yetkisi", **Ord. Prof. Dr. Ernest Hirsch'e Armağan**, AÜHF Yayınları, 1964, s. 2.

<sup>64</sup> Örneğin, Divan Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan Barış Andlaşmalarının yorumlanmasıyla ilgili olarak BM Genel Kurulunun istemiş olduğu danışma görüşüne verdiği yanıtta, uyuşmazlığa taraf olan devletlerin rızasının Divan'ın yargı yetkisinin temelini oluşturduğunu belirtmiştir. Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion: I. C. J. Reports 1950, s. 10; Benzer şekilde Arnavutluk ve Birleşik Krallık arasındaki *Korfu Boğazı Davasında* Divan, yetkisinin tarafların rızasına dayandığını belirtmiştir. Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection: I. C. J. Reports 1948, s. 27; <http://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19480325-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 14. 11. 2017)

<sup>65</sup> ROSENNE, Shabtai, **The Law and Practice of the International Court**, Vol. I, A. W. Sijthoff, Leyden, 1965, s. 313.

<sup>66</sup> İNAN, Yüksel, **Uluslararası Adalet Divanının Yargı Yetkisi**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1982, s. 11.

<sup>67</sup> PAZARCI, s. 51; AKSAR, s. 53.

gerçekleştirilmektedir<sup>68</sup>. Uyuşmazlığın niteliğini belirleyen ve Divan'ın ilgili uyuşmazlıkta yanıtlanması istenilen hususları ortaya koyan andlaşma "tahkimname" olarak nitelendirilmektedir<sup>69</sup>. Anlaşıldığı üzere tahkimname uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra başvurulmuş bir yoldur ve bu yola başvurulması durumunda uyuşmazlığın konusunun ve taraflarının tahkimnamede açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir<sup>70</sup>. Divan, tahkimname hususunda fazla şekilci davranmamaktadır, her iki tarafın rızasını taşıyan bir senedin imza edilmiş olmasını kesinlikle aramamaktadır, aranılan her iki tarafın rızasının bulunmasıdır, bu rıza birbirini takip eden iki ayrı işlemle de açıklanmış olabilir<sup>71</sup>.

Divan'a tahkimname yoluyla getirilen uyuşmazlıklara örnek verecek olursak; Kolombiya ve Peru arasındaki *Sığınma Davası*<sup>72</sup>, Fransa ve Birleşik Krallık arasındaki *Minquiers ve Ecrehos Uyuşmazlığı*<sup>73</sup>, Tunus ve Libya arasındaki *Kıta Sahanlığı Davası*<sup>74</sup>.

## **b. Uluslararası Andlaşma ve Sözleşmelerle Yargı Yetkisinin Kabulü**

Devletler akdetmiş oldukları iki veya çok taraflı andlaşmalarla, o andlaşmalarda öngörülen hallerde veya durumlarda Divan'ın mecburi yetkisini kabul edebilirler. Andlaşmalarda, uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi amacıyla belirtilen konulardaki uyuşmazlıkların yargı kuruluşlarına tevdi edilmesini öngören bu düzenlemeler, yetki sözleşmesi veya yetki maddesi olarak adlandırılmaktadır<sup>75</sup>. Devletlerin andlaşmalar aracılığıyla uyuşmazlıklarını Divan'ın önüne getirebilecekleri Divan Statüsü'nün 36/1 düzenlemesi ile kabul edilmektedir. Bu hükme göre "*Divan yetkisi tarafların kendisine tev-*

<sup>68</sup> THIRLWAY, s. 568; BELİK, s. 5.

<sup>69</sup> İNAN, s. 38; Tahkimname örneği için bkz: AKİPEK, Ömer İlhan, **Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, ANKARA, 1966, s. 758.

<sup>70</sup> UAD Statüsü madde 40/1.

<sup>71</sup> BELİK, s. 9.

<sup>72</sup> Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th 1950: I.C. J. Reports 1950, p. 266. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 15. 11. 2017)

<sup>73</sup> The Minquiers and Ecrehos Case, Judgment of November 17th, 1953: I.C.J. Reports 1953, p. 47; <http://www.icj-cij.org/files/case-related/17/017-19531117-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 15. 11. 2017)

<sup>74</sup> Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/63/063-19820224-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 15. 11. 2017)

<sup>75</sup> **The International Court of Justice**, s. 37.

*di edecekleri bütün işlerle Birleşmiş Milletler Andlaşmasında veya yürürlükte olan andlaşma ve andlaşmalarda derpiş olunan hallere şamildir*". Hükmün ikinci kısmı açık olmasına rağmen birinci kısımda yer alan ifadelerden BM Andlaşması'nda yer alan hükümlerden Divan'a zorunlu yargı yetkisi tanınıp tanınmayacağı sorusunu akıllara getirmektedir. Ancak BM Andlaşması'nın hiçbir hükmünde Divan'ın zorunlu yargı yetkisinin salt olarak doğduğunu gösteren açık bir hüküm bulunmadığı gibi yorumlama yoluyla da olsa böyle bir sonuca varılamaz<sup>76</sup>.

Divan'ın yargı yetkisini kabul eden birçok andlaşma ve sözleşme bulunmaktadır. Divan'ın Temmuz 2017'de yayınladığı rapora göre, Divan'ın yargı yetkisini tanıyan 300'den fazla iki veya çok taraflı sözleşme yürürlükte bulunmaktadır<sup>77</sup>. Örneğin, 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin 9. maddesine göre, Sözleşmeci devletler arasında Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıkların Divan önüne götürülebileceği belirtilmiştir<sup>78</sup>. Andlaşmalarda doğrudan Divan'a başvurmayı öngören yetki kayıtları olması yanında, bazı yolların tüketilmesinden sonra Divan'a başvurulabileceğini düzenleyen yetki kayıtları da vardır. Örneğin, 1970 tarihli Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesine Dair La Haye Sözleşmesi'nin 12/1. maddesine göre, Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanması konusunda akit devletler arasında uyuşmazlık çıkması durumunda ihtilaf müzakere yolu ile halledilemezse hakeme sunulacaktır, taraflar 6 ay içinde hakem heyetinin teşekkül tarzı hususunda anlaşmaya varamazlarsa, isterlerse Divan'a başvurabilecektir<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> İNAN, s. 69-75; Rosenne'ye göre, bu hükmün Divan Statüsünde yer alması Statünün yazılış sırasındaki bir hatadan kaynaklanmaktadır. ROSENNE, s. 342-343.

<sup>77</sup> Report of the International Court of Justice, 1 August 2016-31 July 2017, p. 12, <http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/2016-2017-en.pdf> (Erişim Tarihi: 15. 01. 2018); Ayrıca Divan Statüsü'nün 37. maddesine göre, yürürlükte bulunan bir antlaşma ya da sözleşme bir davanın Milletler Cemiyeti tarafından kurulmuş olması gereken bir mahkemeye ya da Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'na gönderilmesini öngörmekteyse, işbu Statü'nün tarafları arasında söz konusu davanın bakılacağı yargı organı Uluslararası Adalet Divanı olacaktır. Bu nedenle, daha önce imzalanan ve Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın yargı yetkisine sahip olduğu diğer anlaşmalar ve sözleşmeler bu sözleşmelere eklenmelidir. KARAKAYA, Mustafa, "The Jurisdiction of the International Court of Justice: How Effective Is It?", **Law & Justice Review**, Volume: IV, Issue: 2, December 2013, s. 153.

<sup>78</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 78 UNTS 277, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2078/volume-78-i-1021-english.pdf> (Erişim Tarihi: 18. 11. 2017)

<sup>79</sup> Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 16 December 1970, 860 UNTS 105, <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/Conv2-english.pdf> (Erişim Tarihi: 18

### c. Tek Taraflı Bildiri İle Yargı Yetkisinin Kabulü

Devletlerin tek taraflı bildiri ile Divan'ın yargı yetkisini kabul edebilmeleri mümkündür. Statü'nün 36. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*İşbu Statüye taraf olan devletler, her hangi bir zaman, aynı vecibeyi kabul eden her hangi bir başka devlete karşı, mevzuu aşağıda gösterilmiş olan hukuki mahiyette uyumsuzlukların hepsi hususunda Divanın kaza hakkını bihakkın ve özel anlaşma olmaksızın, mecburi olarak tanıdıklarını beyan edebilirler: a) Bir andlaşmanın yorumlanması; b) Devletlerarası hukuka ait her husus; c) Sabit olduğu takdirde, milletlerarası bir taahhüdün ihlalini teşkil edebilecek olan her olayın gerçekliği; d) Milletlerarası bir taahhüdün ihlalinin icap ettirdiği tazminatın mahiyet veya vüs'ati.*”

Tek taraflı bildiri ile yargı yetkisinin kabulü hakkında devletler tarafından yapılan beyanlarla ilgili en önemli meselelerden biri, bu beyanlara eklenen çekincelerdir<sup>80</sup>. Statü'nün 36. maddesinin 3. fıkrasına göre, bu beyanlar “kayıtsız şartsız olarak yahut mütekabiliyet şartı ile birkaç veya bazı devletlerce veya muayyen bir müddet için yapılabilecektir”. Bu hüküm kaleme alınış tarzı itibariyle çekince koyulmasına imkân veren hallerin tahdidi olduğu izlenimi vermesine karşın uygulamada, Divan'ın zorunlu yargı yetkisini çekince koyarak kabul eden devletler, bu fıkrayı diledikleri kayıt ve şartı ileri sürebilecekleri şekilde yorumlamışlardır<sup>81</sup>.

Uygulamada, kabul sürelerini sınırlama, başka çözüm yollarına sunulması andlaşmalarda öngörülmüş ya da kabul bildirisinden önce ortaya çıkmış ya da devletin ulusal yetki alanına giren sorunlarla ilgili uyumsuzlukları saklı tutmak biçiminde çeşitli çekincelerin koyulduğu görülmektedir<sup>82</sup>. Peki, Statü-

11. 2017); Benzer şekilde 14.09.2005 tarihli Nükleer Terörizmin Önlenmesine ilişkin Uluslararası Sözleşmenin 23. maddesine göre, *Sözleşmenin yorum ve uygulanmasına ilişkin olarak iki ya da daha fazla taraf devlet arasında meydana gelen anlaşmazlık, makul bir süre zarfında görüşmeler yoluyla çözülemediği takdirde, taraf devletlerden birinin talebi üzerine, tahkime sunulacaktır. Tahkim talebinde bulunulmasından sonra 6 ay içerisinde tahkim tesisinde anlaşma sağlanamadığı takdirde, taraf devletlerden biri, anlaşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'na, Divanın Statüsüne uygun bir başvuruyla götürebilir.* United Nations, General Assembly Resolution A/RES/59/290 (15 April 2005), on the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, New York, 13 April 2005, opened for signature on 14 September 2005, and entered into force on 7 July 2007, <http://www.un-documents.net/a59r290.htm> (Erişim Tarihi: 15. 01. 2018)

<sup>80</sup> GÖNLÜBOL, s. 293.

<sup>81</sup> AKİPEK, (1974), s. 66.

<sup>82</sup> MERAY, Scha L. , **Devletler Hukukuna Giriş 2. Cilt**, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975, s. 394-395.

de belirtilenler dışında çekincenin kapsamını genişlemesine yol açan bu tarz kayıtların geçerliliği ne olacaktır? Yaygın görüşe göre, devletler tek taraflı bildiri ile Divan'ın yargı yetkisini kabul edip etmemekte özgür olması nedeniyle, kabullerine uygun gördüğü çekinceleri koyma hakkına da sahiptir<sup>83</sup>. Devletlerin iradelerinin üstünlüğü söz konusuysa da, getirilen çekincelerin kabul edilebilir nitelikte olup olmadığı, bazı temel prensipler ve 36. madde ışığında bizzat Divan tarafından kararlaştırılmaktadır<sup>84</sup>. Çekince getirme ve bu çekincelerin uygulanması konularında devletlerin iradeleri, iyi niyet, ahde vefa ve antlaşmaların konu ve amacına uygunluk gibi uluslararası hukukun temel prensiplerine tabidir<sup>85</sup>.

#### d. *Forum Prorogatum*

Devletlerin Divan'ın yargı yetkisini tanıma yollarından biri olan *forum prorogatum*, bir uyumsuzluğun bir devlet tarafından dilekçeyle Divan'a getirilmesi ve diğer tarafın da Divan'ın yargı yetkisini önceden kabul etmemiş olmasına rağmen, Divan'ın yargı yetkisine açıkça karşı çıkmayarak davaya taraf olmayı kabul etmesidir<sup>86</sup>. Başka bir deyişle *forum prorogatum*, bir devletin aralarında uyumsuzluk bulunan bir başka devlete karşı, bu devletin Divan'ın yetkisini kabul edip etmeyeceğini bilmeden, tek taraflı olarak Divan'a başvurmak suretiyle karşı tarafı Divan önüne çekmeye çalışmasıdır<sup>87</sup>.

*Forum prorogatum*, bir devletin Divan'ın yargı alanına rızasını ifade etmesi için resmi olmayan bir yol sağlar; ancak rıza esastır. Böylelikle davalı devlete, Divan'ın yargı yetkisini tanıma fırsatı verilmektedir. Bazen, davalı devlet rızasını, uyumsuzlukla ilgili dava açıldıktan sonra açık bildiri ile veya Divan'ın yargı yetkisini kabul etmeye yönelik anlaşmayı ima eden birbirini izleyen davranışlar yoluyla kabul eder. Divan içtihadına göre, devletlerin *forum prorogatum* yoluyla Divan'ı yetkili kılmaları şu durumlarda olanaklıdır: i)

<sup>83</sup> THIRLWAY, s. 570; Divan, 2000 yılında vermiş olduğu *Aerial Incident* kararında, Statünün 36. maddesinin 3. fıkrasının, bildirimlerde bulunabilecek koşulları kapsamlı bir şekilde ortaya koymadığını belirtmiştir. Divan bu kararda, 1928 yılında Milletler Meclisi Kurulunun 1928'de, çekincelerin Statüde öngörülenlerle sınırlı olmadığını öngören kararına atıfta bulunulmuştur. *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v India)*, ICJ Reports 2000, para. 37, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/119/119-20000621-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 18. 11. 2017)

<sup>84</sup> ACER, Yücel, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımada Çekinceler Ve Geçerlilikleri", *AÜSBFD*, C. 58, S. 1, 2003, s. 25.

<sup>85</sup> ACER, s. 25-26.

<sup>86</sup> İNAN, s. 50.

<sup>87</sup> ROSENNE, s. 344-345.

Divan'a verilen cevapta yetkisinin kabul edildiğinin bildirilmesi; ii) Divan'ın özüne giren sorunların Divan önünde cevaplanması ve öze ilişkin bir karar alınmasına karşı çıkılmaması; iii) Divan'ın yetkisizliğinin ileri sürülmemesi ya da dava sırasında bu yetkisizlik iddiasından vazgeçilmesi<sup>88</sup>.

Divan Statüsünde *forum prorogatum* yoluyla ilgili herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, Divan Usul Kuralları bu adı kullanmadan 38/5 maddesinde karşı devletçe henüz verilmeyen bir rıza söz konusu olan durumlarda bir devlet tek taraflı bir dilekçeyle bir uyuşmazlığı Divan'a götürmüşse bu dilekçenin karşı tarafa bildirileceğini ve karşı tarafça Divan'ın yetkisinin tanınması ile davanın Divan'ın baktığı davalar arasında kaydedileceği belirtilmektedir. Örneğin, Aralık 2002'de Kongo Cumhuriyeti, Fransa'nın egemen eşitlik ilkesini ve devlet başkanının cezai bağışıklığını ihlal ettiği gerekçesiyle Fransa aleyhinde Divan'a bir başvuruda bulundu. Kongo Cumhuriyeti, Mahkeme Usul Kuralları'nın 38/5 maddesi uyarınca, Divan'ın yargı yetkisini tesis etmeye çalıştı ve Fransa, bu madde uyarınca başvuruyu kabul ettiğini belirtti<sup>89</sup>.

*Forum prorogatum* uygulaması, bazı devletlerin siyasi kazançlar için adli sürecin istismar edilmesine yol açması bakımından eleştirilmektedir<sup>90</sup>. Şöyle ki, bu yöntem bazı devletlerin siyasi kazançlar elde etmek için yargı sürecini kötüye kullanmasına neden olabilmektedir. Başvuran, davalının Divan huzuruna çıkma davetini asla kabul etmeyeceğini bilmesine rağmen, uluslararası arenada usulsüz propoganda yapmak için tek taraflı başvuruda bulunabilmektedir<sup>91</sup>.

Divan'ın yetkisinin *forum prorogatum* yoluyla tanınmasına<sup>92</sup> bir örnek vermek gerekirse; İngiltere ve Arnavutluk arasındaki *Korfu Boğazı Uyuşmazlığında*, İngiltere'nin Divan'a başvurması üzerine önceden Divan'ın yetkisini tanımamış olan Arnavutluk Divan'a göndermiş olduğu mektupla bir taraftan İngiltere'nin Divan'a başvurmaya yetkisi olmadığını belirtirken, diğer taraf-

---

<sup>88</sup> PAZARCI, s. 53.

<sup>89</sup> YEE, Sienho, "Forum Prorogatum Returns to the International Court of Justice", **Leiden Journal of International Law**, 16, 2003, s. 701-702.

<sup>90</sup> YEE, Sienho, "Forum Prorogatum in the International Court", **German Yearbook International Law**, Vol. 42, 1999, s. 190.

<sup>91</sup> YEE, (2003), s. 706-707

<sup>92</sup> Devletlerin *forum prorogatum* yoluyla Divan'ın yargı yetkisini tanıması çok sık rastlanılan bir durum değildir. Divan'da *forum prorogatum* yolunun işletilmesi 1951 *Haye de la Torre* davasından 2003 *Certain Criminal Proceedings in France* davasına kadar söz konusu olmamıştır. YEE, (2003), s. 707.

tan Divan önüne çıkmaya hazır olduğunu belirtmiştir. Divan, Arnavutluk'un göndermiş olduğu bu mektubu, yargı yetkisinin tartışmasız bir şekilde kabul edildiği yönünde değerlendirmiştir<sup>93</sup>.

## 2. Danışma Görüşü Verme Yetkisi

Divan kendisine havale edilen uyuşmazlıklarda uyulması mecburi kararlar verdiği gibi danışma görüşü vermekle de yetkilidir. Danışma görüşü, uluslararası hukuk alanında önemli bir ağırlığa sahip, devletlerarasındaki barışçıl ilişkileri güçlendirebilecek nitelikte olan Divan'ın bağlayıcı olmayan görüşüdür<sup>94</sup>.

Divan'dan danışma görüşü isteme yetkisinin kimlere tanınacağı BM Andlaşması 96. maddesi ile düzenlenmiştir. BM Andlaşması 96/1 hükmüne göre, Genel Kurul ya da Güvenlik Konseyi herhangi bir hukuksal sorun konusunda Divan'dan görüş isteyebilir. BM Andlaşması 96/2 hükmüne göre ise, *Genel Kurul'ca bu konuda herhangi bir anda yetkili kılınabilecek olan tüm öteki Birleşmiş Milletler organları ve ihtisas kuruluşları da kendi çalışma alanları içinde karşularına çıkacak hukuksal sorunlar konusunda Divan'dan görüş isteyebilirler*.<sup>95</sup> Divan'dan, devletler danışma görüşü isteyememektedir; ancak, danışma görüşü istemeye yetkilendirilmiş organlar danışma görüşü isteyebilir<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection : I. C. J. Reports 1948, p. 27-28, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19480325-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 02. 12. 2017)

<sup>94</sup> International Court of Justice Website, **Advisory Jurisdiction**, <http://www.icj-cij.org/en/advisory-jurisdiction> (Erişim Tarihi: 02. 12. 2017)

<sup>95</sup> Genel Kurul bu maddenin kendisine verdiği yetkiye dayanarak BM'nin iki asli organı olan Ekonomik ve Sosyal Konsey ve Vesayet Konseyi'ne; BM'nin iki tali organı olan Genel Kurul Dönemlerarası Komisyonu ve Yönetim Mahkemesi Kararlarının Yenilenmesini İsteme Komitesi'ne danışma görüşü isteme yetkisi tanıyabilir. Ayrıca uzmanlık kuruluşlarına da bu yetkiyi tanıyabilir. Divan'dan hukuksal sorunlar hakkında danışma görüşü istemeye yetkili uzmanlık kuruluşları şunlardır: Uluslararası Çalışma Örgütü, Gıda ve Tarım Örgütü, UNESCO, Dünya Sağlık Örgütü, Dünya Bankası, Uluslararası Mali Ortaklık, Uluslararası Para Fonu, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü, Dünya Meteoroloji Örgütü, Uluslararası Denizcilik Örgütü, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu, BM Sınai Kalkınma Fonu, Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı. **International Court of Justice**, s. 83.

<sup>96</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ, 8 July 1996, para. 14-19, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 17. 01. 2018)



Divan, her türlü hukuki sorun<sup>97</sup> hakkında danışma görüşü verebilir<sup>98</sup> ancak Divan uygulamada istenilen danışma görüşleri arasında bir ayrıma gitmekte ve halen devletlerarası uyuşmazlık oluşturan konuların esas noktalarıyla doğrudan ilgili bulunan sorunlara yönelik danışma görüşü istemlerinin reddedilmesi gerektiği kanaatindedir<sup>99</sup>. Buna rağmen, Divan içtihatlarında sıklıkla “ilke olarak danışma görüşü talebinin reddedilmemesi gerektiğini” belirtmiştir. Çünkü Divan’ın danışma görüşü verme yetkisi, BM faaliyetlerine Mahkeme’nin katılımını temsil eder. Divan’ın istikrarlı içtihadına göre ancak “kesin/zorlayıcı sebepler” talebin reddine neden olabilir<sup>100</sup>. Divan, *İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları Konusundaki Danışma Görüşü*’nde, danışma görüşü verip vermeme konusunda takdir hakkı olduğunu ancak, BM Andlaşması’nın 92. maddesi gereğince BM’nin

<sup>97</sup> Divan, uyuşmazlığın konusunun hukuki niteliğinin bulunmasının yanında siyasi niteliği de barındırması sebebiyle görüş vermeyi reddetmemektedir. LÜTEM, İlhan, “Milletlerarası Adalet Divanının İstişari Mütalaaları”, *AÜSBFD*, C. 45, S. 1, 1990, s. 114; Divan, *İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları Konusundaki Danışma Görüşü*’nde, önüne gelen meselenin siyasi yönlerinin de varlığının, yerleşik içtihatları gereğince sorunun hukuki niteliğini ortadan kaldırmaya ve Divan’ı, Statü ile tanınan yetkiyi kullanmayı engellemeye yeterli olmayacağını belirtmiştir. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ, 9 July 2004, para. 41, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 17. 01. 2018)

<sup>98</sup> UAD Statüsü madde 65/1; Bu hükmün sarih ifadesinden de anlaşılacağı üzere Divan’ın danışma görüşü verme hususunda bir takdir yetkisi vardır. Örneğin, Uluslararası Sürekli Adalet Divan, *Doğu Karelia* sorununda, danışma görüşü verirse, bu görüşün sorunun esası bakımından çözümünü anlamına geleceğini, bunun için de tarafların rızası gerektiğini, böyle bir rızanın da kendisine bildirilmediğini belirterek, danışma görüşü vermektan çekindiğini belirtmiştir. Permenant Court of International Justice, Serie B, No.5, s. 28-29, [http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_B/B\\_05/Statut\\_de\\_la\\_Carelie\\_orientale\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_05/Statut_de_la_Carelie_orientale_Avis_consultatif.pdf) (Erişim Tarihi: 02. 12. 2017)

<sup>99</sup> Örneğin, Divan’ın *Bariş Andlaşmalarının Yorumu Konusundaki Danışma Görüşü* bu düşüncüyü ortaya koymaktadır. Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion : I.C. J. Reports 1950, s. 72, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/8/008-19500330-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 03. 12. 2017)

<sup>100</sup> LÜTEM, (1990), s. 113-114; Divan, kurulduğu günden bu yana, takdir yetkisine dayanarak, bir danışma görüşü talep edilmesi üzerine harekete geçmeyi reddetmesi görülmemiştir. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, para. 14; Divan sadece *Silahlı Çatışmada Bir Devletin Nükleer Silahlar Kullanmasının Hukukiliği Konusundaki Danışma Görüşü*’nde nükleer silah kullanımının hukuki olup olmadığının Dünya Sağlık Örgütü’nün faaliyet alanının dışında kaldığına ve örgütün faaliyetleri kapsamında karşılaştığı hukuki sorun olarak değerlendirilemeyeceğine karar vererek danışma görüşü vermeyi reddetmiştir. Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, ICJ, 8 July 1996, para. 31, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/93/093-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 17. 01. 2018)

ana yargı organı olan Divan'ın, zorlayıcı bir sebep olmadan danışma görüşü vermeyi reddetmesinin sorumluluklarıyla bağdaşmayacağını belirtmiştir<sup>101</sup>.

Divan'ın danışma görüşleri yargı kararlarının aksine bağlayıcı değildir. Danışma görüşlerinin bağlayıcı olmaması, bunların hiçbir değer taşımadığı anlamına gelmez. Danışma görüşleri, görüş istenilen konu hakkında hukuki durumu belirtmeleri bakımından özel bir önem taşımaktadırlar. Divan eğer bir durumun uluslararası hukuka aykırı olduğunu bildirirse görüş talep eden organın Divan'ın görüşüne aykırı hareket etmesi zorlaşacaktır<sup>102</sup>.

## B. DİVAN'IN YETKİSİNE İLİŞKİN PROBLEMLER VE REFORM ÖNERİLERİ

### 1. Divan'ın Yargı Yetkisinin Sınırlılığı Meselesi ve Reform Önerileri

Yargı reformunun argümanlarından birisi, Divan'ın kişisel yargı yetkisinin (*ratione personae jurisdiction*) uluslararası örgütlere<sup>103</sup> de genişletilmesinin gerekip gerekmediğidir. Bu argüman uluslararası örgütlerin uluslararası platformdaki rolü göz önüne alındığında güçlü bir argümandır. USAD'ın halefi olarak "Dünya Mahkemesi" kurulduğunda durum tamamen farklıydı, devletler uluslararası toplumun ana aktörleriydi ve pek çok uluslararası organizasyon ya da sivil toplum örgütü yoktu<sup>104</sup>. Divan Statüsü'nün 20. yüzyılın ilk yarısında hazırlandığı ve bu dönemde yürürlüğe girdiği düşünüldüğünde uluslararası hukukun süjelerinin devletler olduğunu belirten klasik görüşü Divan Statüsüne tezahür etmiş<sup>105</sup> ve günümüzde tartışmasız bir şekilde uluslararası hukuk kişisi olarak kabul edilen uluslararası örgütler Statü kapsamı dışında kalmıştır.

<sup>101</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, para. 44-45.

<sup>102</sup> GÖNLÜBOL, s. 304.

<sup>103</sup> Uluslararası örgüt en geniş anlamda, uluslararası düzeyde faaliyet gösteren, ticari amaç taşımayan ve birden çok devleti ilgilendiren ancak devlet niteliği taşımayan her türlü işbirliği ya da birleşmedir. Fakat, statülerini ve ilişkilerini düzenleyen hukuk düzeninin belirlenmesi söz konusu olduğu zaman, uluslararası hukukun konusunu oluşturan hükümetlerarası uluslararası örgütler ile çeşitli ulusal hukuk düzenlerine bağlı olan hükümetler-dışı uluslararası örgütler arasında bir ayırım yapılmaktadır. Uluslararası hukuk özünde yalnızca hükümetlerarası uluslararası örgütleri ele almaktadır. PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 185. Çalışmamızda da bu bağlamda, uluslararası örgütten kastedilen uluslararası hukukun asıl konusunu oluşturan hükümetlerarası örgütlerdir.

<sup>104</sup> NESHEVA, s. 20

<sup>105</sup> GÜLGEÇ, Yahya Berkol, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi", **TBB Dergisi**, S. 117, 2015, s. 381.

Uluslararası örgütlere veya en azından BM'nin kendisine veya organlarına, Divan'ın çekişmeli yargı yetkisine erişim sağlamaya başlamasının düşünülmesinin çeşitli nedenleri vardır<sup>106</sup>. İlk olarak, uluslararası örgütler günümüzde uluslararası ilişkilerde önemli aktörler haline gelmiştir. Uluslararası toplum 19. yüzyılın sonuna kadar olduğu gibi, sadece egemen devletlerden oluşmamaktadır. Uluslararası örgütlerin çağdaş dünyada yürüttükleri işlevlerin niteliği ve sayısı şaşırtıcıdır. Bu bağlamda, Divan'ın yetkisini devletlerarası uyumsuzluklarla sınırlamak gerçeği uluslararası hukukun gelişmesini görmezden gelmektir<sup>107</sup>. İkincisi, soğuk savaşın bitiminden bu yana BM reformu üzerine ana motiflerden biri, BM'nin bölgesel, alt-bölgesel ve uzmanlaşmış örgütlerle daha güçlü ilişkiler kurması gereğidir. BM Şartında 8. Bölüm uluslararası örgütler yoluyla uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına adanmıştır. Ayrıca BM, sınırlı kapasiteye ve bütçeye sahip olan afet yardımı, insani yardım, seçim izleme ve insan hakları gibi barışı koruma haricinde birçok alanda faaliyet göstermek üzere düzinelerce uzmanlaşmış ve bölgesel örgütlerle ortak çalışmaktadır<sup>108</sup>.

Günümüzde, sadece devlet bazlı bir "Dünya Mahkemesi"nin işleyişi ciddi pratik zorluklar yaratan durumlara da neden olabilmektedir<sup>109</sup>. Örneğin, 1999 yılında Kosova'daki savaş sırasında NATO, Güvenlik Konseyinden izin almaksızın Yugoslavya'ya karşı hava saldırısı düzenlediğinde, Yugoslavya, NATO'nun eylemlerinin meşruiyeti sorusunu Divan huzurunda gündeme getirmeye çalıştı. Ancak, Yugoslavya, Divan Statüsündeki engel nedeniyle NATO'ya karşı dava açamadı ve NATO üyesi on ayrı devlete dava açmak zorunda kaldı. Yugoslavya'nın yılda yaklaşık iki yeni vakayı ele alan bir mahkemeye yönelik tek bir iddianame içeren bu on ayrı dava Divan'a gereksiz bir yük getiren istenmeyen bir gelişme olmuştur. NATO'nun davaya taraf olma imkânı olsaydı ve Divan bu konuda NATO üzerinde yetkiye sahip olsaydı, Divan önündeki davalar kolaylıkla birleştirilebilirdi<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> SZASZ, Paul, "Granting International Organizations Ius standi in the International Court of Justice", in: A. Muller(eds), **The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years**, The Hague, 1997, s. 169.

<sup>107</sup> QADEER, Anwar-i, "The International Court of Justice: A Proposal to Amend Its Statute", **Houston Journal of Law**, Vol. 5 ,1982, s. 49.

<sup>108</sup> ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, s. 54-55.

<sup>109</sup> ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, s. 55.

<sup>110</sup> ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes , s. 56

Bu öneri için bazı dezavantajlar olabileceği kabul edilmektedir. Birincisi, giderek artan davalarla uğraşmak için sınırlı kapasiteye sahip bir mahkemeye daha fazla yük bindirme tehlikesi olacaktır. Bununla birlikte, hükümetlerarası örgütler ile devletler arasındaki uyuşmazlıkların tahkiminin nadir olduğu göz önüne alındığında, böyle bir reformun büyük bir dava dalgası başlatma ihtimali bulunmamaktadır<sup>111</sup>. Ayrıca, hem devletlerin hem hükümetlerarası örgütlerin yargı yetkisini kabul etmesi, mevcut ihtilafları mahkeme nezdinde danışma usulü kisvesi altında getirme uygulamasına potansiyel olarak yararlı ve etkili bir alternatif sağlayacaktır<sup>112</sup>.

Divan'ın yargılama yetkisini, yasal rejimlere veya bu örgütlerin üyelelerine veya bu devletler ile örgüt veya rejim organları arasındaki anlaşmazlıklara kadar genişletmek istenmemektedir. Bunlar, yasal olarak kendine yeten özel organizasyon ve rejimlerdir. Ancak, uluslararası örgütler ile üye olmayan devletler arasındaki anlaşmazlıklar gibi, yukarıda adı geçen Yugoslavya ve NATO örneği gibi, Divan yararlı bir uyuşmazlık çözümü rolü oynayabilir<sup>113</sup>.

## **2. Divan'ın Danışma Yetkisine Erişimin Sınırlılığı Meselesi ve Reform Önerileri**

Divan'ın danışma yetkisi ile ilgili olarak tartışılan en önemli meselelerden birisi Divan'dan danışma görüşü talep etmenin sınırlı kurumlara tanınmış olmasıdır. Yıllar boyunca akademisyenler ve Divan hâkimleri, Divan'ın danışma yetkisine erişim engellerini azaltmak için bir dizi öneri sundular. Bunlar, Genel Kurulun görüş talep etme kararını vermesi için yeter sayıyı azaltmak; BM'nin diğer temel organlarını, Sekreteryaya gibi, yetkili olanlar listesine dâhil etmek; BM Geliştirme Programı, BM Çevre Programı ya da BM Mülteciler Yüksek Komiserliği gibi bazı BM Programlarına izin vermek; NATO veya Amerikan Devletleri Örgütü gibi BM ailesi dışındaki örgütlere izin vermek<sup>114</sup>.

Çağdaş uluslararası hukukun en dikkat çekici özelliklerinden biri, uluslararası yargı organlarının çoğalmasındır. Uluslararası yargı organlarının çoğalması, uluslararası hukukun birliği ve tutarlılığı için ortaya çıkardığı riskler hususunda pek çok konuda endişeler yaratmıştır<sup>115</sup>. Uluslararası yargı organları

<sup>111</sup> ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes , s. 57.

<sup>112</sup> ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, s. 59.

<sup>113</sup> ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes , s. 56.

<sup>114</sup> ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, s. 60.

<sup>115</sup> BUERGENTHAL, Thomas, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?", *Leiden Journal of International Law*, Volume 14, Issue 2, June 2001, s. 267–

nın sayı olarak artması, beraberinde bu kurumlar arasında birbirleriyle çelişen uygulamalar ve dolayısıyla uluslararası hukuk alanında sapmalar olması riskini de getirmektedir<sup>116</sup>. Örneğin, Divan *Soykırım Davası*’nda sorumluluğu belirlerken *etkin kontrol* yöntemini benimseyerek Sırbistan’ın, Bosna Hersek’te soykırım suçunun işlenmesini önlemek açısından sorumlu olduğuna, fakat soykırım suçunun işlenmesine iştirak eden veya işleyen olarak sorumlu olmayacağına hükmetmiştir<sup>117</sup>. Oysa, Divan, Eski Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemesi’nin *Tadic Davası*’nda başvurduğu *genel kontrol ölçütünü* temel alsaydı farklı bir sonuca ulaşırdı. Divan’ın etkin kontrol yöntemi çerçevesinde karar vermesi, Eski Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemesi uygulamaları ile özellikle insan hakları ve uluslararası ceza hukukundaki gelişmelerle ters düşmesi yönünden eleştirilmiştir<sup>118</sup>.

Uluslararası mahkemeler arasındaki görüş farklılıklarını en aza indirilmesi bu bağlamda da Divan’dan danışma görüşü talep edilmesi düşüncesi Divan’ın hâkimleri tarafından da belirtilmiştir. Uluslararası Adalet Divanı Başkanı Stephen Schwebel, 26 Ekim 1999’da, Genel Kurul’a sunduğu yıllık raporunda şunları belirtti: “*Uluslararası hukukun önemli yorum sonuçlarını... en aza indirmek için diğer uluslararası mahkemeler uluslararası hukukun birliği için önem taşıyan davalarda ortaya çıkan uluslararası hukuk konularında Uluslararası Adalet Divanından danışma görüşü talep edebilmesine olanak sağlanmasında bir takım faydalar vardır.*”<sup>119</sup>. Bu husus, ertesini yıl Yargıç Gilbert Guillaume tarafından “*uluslararası mahkemeler... Güvenlik Konseyi veya Genel Kurul vasıtasıyla Divandan danışma görüşü istemeye teşvik edilebilir*” şeklinde daha nüanslı bir şekilde gündeme getirilmiştir<sup>120</sup>.

275; Speech by Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations, 27 October 2000

<sup>116</sup> AKSAR, s. 99.

<sup>117</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 432. <http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 21. 02. 2018)

<sup>118</sup> AKSAR, Yusuf, **Uluslararası Hukuk II**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 187.

<sup>119</sup> Plenary Session of the General Assembly of the United Nations by Judge Stephen Schwebel, President of the International Court of Justice, 26 October 1999, <http://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-19991026-PRE-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 01. 12. 2017)

<sup>120</sup> Plenary Session of the General Assembly of the United Nations by Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, 26 October 2000, <http://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20001026-PRE-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 01. 12. 2017)

Başkan Schwebel, “BM organları olan uluslararası mahkemelerden yani savaş suçlarının yargılanması için kurulmuş mahkemelerden başlanmasını” önerdi<sup>121</sup>. Bu iki çeşit *ad hoc* mahkemenin BM ile olan organik ilişkisi önerinin gerekçesi ise, BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulan BM Güvenlik Konseyi'nin Özel Temsilcisine verilen yetkiye göre yaratılan hibrit mahkemelerin ( Doğu Timor ve Kosova'daki karma kuruluşlar gibi) ve BM ile bir devlet arasında kurulan (Sierro Leone ve Kamboçya için özel mahkemeler gibi) mahkemelerin de listeye eklenmesi düşünülebilir<sup>122</sup>. Ayrıca, Başkan Schwebel, “Deniz Hukuku Mahkemesi veya Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi BM organı olmayan uluslararası mahkemelerin dahi” listeye eklenebileceği argümanını ileri sürmüştür<sup>123</sup>.

Avrupa Birliği Adalet Divanına benzer “dANIŞMA GÖRÜŞÜ YETKİSİNE” izin verecek öneriler de getirildi, böylece uluslararası mahkemeler, bir davada karar alırken uluslararası hukukun birliğini sağlamak için Divandan tavsiye görüşü alabilirler<sup>124</sup>. Avrupa Birliği gibi bölgesel örgütlerin, Anlaşmazlık Çözme Organı önünde duruşmaya katıldığı ve prosedürü daha kolay ve uygun hale getirdiği Dünya Ticaret Örgütü ile bir başka karşılaştırma yapılabilir<sup>125</sup>.

## SONUÇ

Devletlerarası ilişkilerin giderek arttığı ve karmaşıklaştığı çağımızda uluslararası uyuşmazlıkların etkili bir şekilde çözülmesi çok önemlidir. Uluslararası uyuşmazlıkların üstesinden gelmek için etkili bir şekilde tasarlanmış bir yargı sistemi olmaksızın, uluslararası işlemlerin geleceği tehdit altındadır<sup>126</sup>. Bu tehdidin önlenmesi ve devletlerarası uyuşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözülmesi amacına hizmet eden Uluslararası Adalet Divanı, BM'nin temel yargı organı olarak seçkin konumunu sürdürmeye devam etmekle birlikte, Divan'ın etkisini ve etkinliğini zedeleyen bir takım sorunlarla karşılaşmıştır.

<sup>121</sup> Plenary Session of the General Assembly, p. 2

<sup>122</sup> ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, s. 63.

<sup>123</sup> Plenary Session of the General Assembly, p. 2.

<sup>124</sup> YEE, (2009), s. 186.

<sup>125</sup> Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, annex 2 of the Agreement Establishing the World Trade Organization (adopted 15 April 1994; entry into force 1 January 1995) art. 2, 3; [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dsu\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm) (Erişim Tarihi: 02. 12. 2017)

<sup>126</sup> WIER, s. 175.

Hâkimlerin siyasi organ olan Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinde oylanması ulusal kampanyalarını iyi yapan devletlerin adaylarını ön plana çıkarırken, Güvenlik Konseyindeki daimi üyelerin birbirini desteklemesi ise seçimlerin siyasallaşmasına sebebiyet verdiği için Divan'ın bağımsızlık imajı zedelenmektedir. Seçimlerin siyasi etkiden arındırılması için bu sürecin Uluslararası Hukuk Komisyonu gibi bağımsız ve uzman bir hukuk komisyonuna bırakılması düşünülebilir. Ayrıca, hâkimler üzerinde olası siyasi baskıya yol açan yeniden seçilme uygulamasına son verilmelidir. Böylelikle hâkimler kararlarını verirken bir sonraki seçimi ve ev sahibi devletin kendisini tekrar aday gösterip göstermeyeceğini düşünmeksizin bağımsız bir şekilde hareket edebilir. Bu bağlamda, hâkimlerin seçim süreci ile ilgili olarak Divan Statüsünde bir değişiklik yapılmalıdır.

BM sisteminde olduğu gibi Divan'ın yapısında ve işleyişinde Güvenlik Konseyi'nin etkisi çok büyüktür. Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri sürekli bir şekilde Divanda temsil edilmiştir. Bu durum diğer devletlerin temsili için olumsuz bir etki yaratmaktadır. Ayrıca, Güvenlik Konseyi Divan kararlarının baş yürütücüsü olma görevini üstlenmekle birlikte bu hususta takdir yetkisine sahiptir. Bu durum ise veto yetkisine sahip devletlerin bir kararın icrasını istemedikleri durumda, Divan'ın kararının icrasının imkânsız olmasına yol açabilmektedir. Bu bakımdan Güvenlik Konseyi'nin Divan üzerindeki etkisinin azaltılması gerekmekte ve kararların uygulanması için daha etkili bir sistemin Statüye eklenmesi gerekmektedir. Kararların yürütülmesinin ise siyasi çatışmaların olmadığı veto yetkisi engeline takılmayacağı bir kuruma devredilmesi çok daha isabetli olacaktır.

Divan'ın yargı yetkisinin sadece devletlere tanınmış olması ise günümüzdeki uluslararası hukukun gelişimini göz ardı etmekle eş anlama gelmektedir. Bu bağlamda, günümüzde sayısız faaliyet gösteren ve uluslararası hukukun gelişimine büyük katkı sağlayan uluslararası örgütlerin Divan'ın yargı kapsamına girmesi gerekmektedir. Bunun yanında Divan'ın danışma görüşü verme yetkisine uluslararası mahkemeler de dâhil edilmelidir. Uluslararası uyuşmazlıkların çözümü ve adaletin sağlanması için kurulan uluslararası mahkemelerin sayısı geçtiğimiz yıllarda artmıştır. Uluslararası mahkemelerin sayısındaki artış uluslararası hukukun gelişimi için çok önemli olsa da mahkemeler arasındaki görüş farklılıkları uluslararası hukuk uygulamalarında sapmalara sebep olabileceğinden mevcut düzende olumsuz bir etki yaratabilecektir. Bu bağlamda uluslararası mahkemelerin Divandan danışma görüşü isteme yetkisi tanınması uluslararası hukuk kurallarında içtihat birliğinin sağlanabilmesi için önemli bir adım olacaktır.

Sonuç olarak, hem Divan'ın yapısı hem de yargı yetkisi, siyasi faktörlerin ve dış çıkarların manipüle edilmesine karşı halen savunmasızdır. Siyasi çıkarların Divan üzerinde etki yaratmaya devam etmesi halinde Divan adaletinin etkili olması düşünülemez. Bu bağlamda uluslararası adaletin sağlanabilmesi ve Divan'ın etkinliğinin ve tarafsızlığının artırılması ancak birtakım reformlar yapılmasıyla sağlanabilir.

### KAYNAKÇA

- ABILA Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes, Reforming the United Nations: What About the International Court of Justice?, Chinese Journal of International Law , Vol. 5, No. 1, 2006, ss. 39-65.
- ACER, Yücel, “Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımda Çekinceler Ve Geçerlilikleri”, AÜSBFD, C. 58, S. 1, 2003, ss. 11-27.
- AKİPEK, Ömer İlhan, Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Ankara, 1966
- AKİPEK, Ömer İlhan, Milletlerarası Adalet Divanı, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974
- AKSAR, Yusuf, Evrensel Yargı Kuruluşları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
- AKSAR, Yusuf, Uluslararası Hukuk II, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- BELİK, Mahmut R. , “Milletlerarası Adalet Divanının Kazai Yetkisi”, Ord. Prof. Dr. Ernest Hirsch'e Armağan, AÜHF Yayınları, 1964, ss. 1-9.
- BİLGE, A. Suat, “Milletlerarası Adalet Divanının Faaliyetini Arttırma İmkanları”, AÜSBFD, C. 14, S. 4, 1959, ss. 119-136.
- BUERGENTHAL, Thomas, “Proliferation of International Courts and



- Tribunals: Is it Good or Bad?”, *Leiden Journal of International Law*, Volume 14, Issue 2, June 2001, ss. 267-275.
- ÇELİK, Edip, “Milletlerarası Adalet Divanı”, *Milletlerarası Mahkemeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956*
- ÇELİK, Edip, *Milletlerarası Hukuk, Cilt: 2, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987*
- DILLARD, Hardy Cross, “Law, Policy and The World Court-Attacking Some Misconceptions”, *Willamette Law Review*, Vol. 17, 1980, ss. 13-25.
- GILMORE, Grant, “The International Court of Justice”, *Yale Law Journal*, Vol. 55, 1946, ss. 1049-1066.
- GÖNLÜBOL, Mehmet, *Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964*
- GÜLGEÇ, Yahya Berkol, “Uluslararası Adalet Divanı’nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi”, *TBB Dergisi*, S. 117, 2015, ss. 379-418.
- GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Hukuk, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014*
- İNAN, Yüksel, *Uluslararası Adalet Divanının Yargı Yetkisi, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1982*
- KARAKAYA, Mustafa, “The Jurisdiction of the International Court of Justice: How Effective Is It?”, *Law & Justice Review*, Volume: IV, Issue: 2, December 2013, ss. 143-163.
- LU, Bingbin, “Reform of International Court of Justice-A Jurisdictional Perspective”, *Perspectives*, Vol. 5, No. 2, 2004, ss. 1-13.
- LÜTEM, İlhan, *Devletler Hukuku Dersleri II, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1958*
- LÜTEM, İlhan, “Milletlerarası Adalet Divanının İstisnâ Mütalaaları”, *AÜSBFD, C. 45, S. 1, 1990, ss. 81-117.*
- McLAUGHLIN, William T., “Allowing Federal Courts Access to International Court of Justice Advisory Opinions: Critique and Proposal”, *Hastings International and Comparative Law*, Vol. 6, Issue 3, 1983, ss. 745-772.
- MERAY, Seha L. , *Devletler Hukukuna Giriş 2. Cilt, 4. Bası, Ankara*

Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975.

MERRILLS, J. G. , International Dispute Settlement, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

NESHEVA, Ralitsa, "100 Years of the International Justice- Time to Consider a Reform of the International Court of Justice", IALS Student Law Review, Volume 2, Issue 2, Spring 2015, ss. 12-25.

OGBODO, S. Gozie, "An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century", Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 18, Issue 1, 2012, ss. 93-113.

QADEER, Anwar-i, "The International Court of Justice: A Proposal to Amend Its Statute", Houston Journal of Law, Vol. 5, 1982, ss. 35-52.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016

POSNER, Eric A./ FIGUEIREDO, Miguel de, 'Is the International Court of Justice Biased?', Chicago Law & Economics, Working Paper, 2004

ROSENNE, Shabtai, The Law and Practice of the International Court, Vol. I, A. W. Sijthoff, Leyden, 1965

SCHLOCHAUER, H. J. , "Permanent Court of International Justice", Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, 1981, ss. 160-179.

SCHWEBEL, Stephen M. , "National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 48, No. 4, October 1999, ss. 889-900.

SHAW, Malcolm, N. , "The International Court of Justice: A Practical Perspective", International & Comparative Law Quarterly, Vol. 36, Issue 4, October 1997, ss. 831-865.

SHAW, Malcolm N. , International Law, Sixth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008

SUH, Ro, "Voting Behavior of National Judges in International Courts", American Journal of International Law, Vol. 63, No. 2, 1969, ss. 224-236.

- SUR, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015
- SZASZ, Paul, “Granting International Organizations Ius standi in the International Court of Justice”, in: A. Muller(eds), *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years*, The Hague, 1997
- TANZI, Attila, “Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations”, *EJIL*, 6, 1995, ss. 539-572.
- The International Court Of Justice, Fifth Edition of the Handbook of the International Court of Justice, The Hague, 2014
- THIRLWAY, Hugh, *The Internaional Court of Justice*, in Malcolm D. Evans (ed), *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003
- WIER, Keith, “The International Court of Justice: Is It Time for a Change”, *Houston Journal of Law*, Vol. 8, 1985, ss. 175-191.
- YEE, Sienho, “Forum Prorogatum in the International Court”, *German Yearbook International Law*, Vol. 42, 1999, ss. 147-191.
- YEE, Sienho, “Forum Prorogatum Returns to the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law*, 16, 2003, ss. 701–713.
- YEE, Sionhe, “Notes on the International Court of Justice (Part 2): Reform Proposals Regarding the International Court of Justice - A Preliminary Report for the International Law Association Study Group on United Nations Reform”, *Chinese Journal International Law*, Vol. 8, No. 1, 2009, ss. 181-189.



# CORE INTERNATIONAL CRIMES IN TURKISH CRIMINAL LAW AND THE ROME STATUTE

## A Comparative Analysis in the Light of International Jurisprudence

Zeynep ERHAN\*

### ABSTRACT

*By virtue of the Europeanisation process, Turkey has carried out some legal reforms to its domestic law with the aim of fulfilling the requirements to join the European Union (EU). The Turkish Penal Code (TPC) includes the crime of genocide, as well as crimes against humanity, since 2004. Nonetheless, Turkey has not incorporated all the crimes listed in the Rome Statute into domestic law. Thus, this paper will be looking at the inconsistencies between the TPC and the Rome Statute from a state interest point of view by scrutinising the constitutive effect of the EU and the International Criminal Court (ICC) on Turkey. Within the scope of this focus, it will be shown how the constitutive effects of the ICC and the EU have influenced Turkey. The second focus will be to shed light on the question of how Turkey's self-interest was reflected in forming the new TPC and during the negotiation process for the Rome Statute. Although the TPC was adopted after the Rome Statute, the question remains as to why Turkey did not embrace all international crimes as defined in the Rome Statute.*

**Keywords:** Turkish penal code, Rome Statute, comparative analysis, state interest, Europeanisation process.

### TÜRK CEZA KANUNU VE ROMA STATÜSÜNDE DÜZENLENEN ULUSLARARASI SUÇLARA YÖNELİK ULUSLARARASI YARGI ORGANLARININ KARARLARI İŞİĞİNDE KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ

### ÖZ

*Türkiye, Avrupa Birliğine katılma sürecinin bir sonucu olarak, iç hukukunda bazı reformlar yapmıştır. Avrupa Birliğine uyum süreci ile birlikte, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlar, 2004 yılı itibariyle Türk Ceza Kanunu kapsamına alınmıştır. Bu çalışma, Türk Ceza Kanunu ile Roma Statüsü'nde düzenlenen uluslararası suçlar*

\* Dr., Research Assistant at Çankırı Karatekin University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of International Law, e-mail: zeynep.erhan@karatekin.edu.tr

I hereby declare that this study (by papers) submitted for the degree of Doctor of Philosophy at University of Sussex.

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 13/02/2018

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 19/07/2018

*arasındaki farkları, Avrupa birliğine ve mahkemeye taraf olma sürecinin Türkiye üzerindeki etkilerini temel alarak analiz etmektedir. Farlılıklara yönelik yapılan karşılaştırmalı analizde, Uluslararası yargı organlarının bu suçları yorumlama biçimi detaylı bir biçimde gözden geçirilmektedir. Bu süreçte yapılan iç hukuk düzenlemelerine ve Roma Statüsünün oluşum sürecindeki tartışmalara, Türkiye'nin çıkarları olgusunun ne yönde etki ettiği tartışılmaktadır. Sonuç olarak, Türkiye'nin neden Roma Statüsünde yer alan tüm suçlara yer vermediği ve yer verdiği suçları neden farklı şekilde düzenlediği analiz edilmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Türk Ceza Kanunu, Roma Statüsü, karşılaştırmalı analiz, devlet çıkarları, Avrupa Birliğine uyum süreci.

## INTRODUCTION

At the Helsinki summit in December 1999,<sup>1</sup> the EU decided to designate Turkey as a candidate country for full European Union membership. It was declared that the EU could start the accession process once Turkey had met the essential requirements for membership.<sup>2</sup> Its candidacy status vis-à-vis the EU encouraged Turkey to initiate reforms to its domestic law.<sup>3</sup> The EU emphasised its sensitivity with regard to Turkey's accession to the Rome Statute in the EU Commission's Progress Reports on Turkey. The report published in 2005 noted that 'Turkey has still not signed the Statute of the ICC.'<sup>4</sup>

A new working group was established in February 2005 'with the aim of elaborating and structuring the articles related to war crimes in Turkish civil and military legislation in light of the Rome Statute'<sup>5</sup>. Following this report, in 2008, the Turkish government agreed on a third National Programme for Adoption of the EU *acquis*.<sup>6</sup> In this national programme, the government

<sup>1</sup> European Commission Enlargement, EU-Turkey Relations. ([http://ec.europa.eu/enlargement/candidate-countries/turkey/eu\\_turkey\\_relations\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/candidate-countries/turkey/eu_turkey_relations_en.htm)) Date accessed:14.6.2016)

<sup>2</sup> Michael J BAUN, **A wider Europe: The process and politics of European Union enlargement**, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, Boulder, New York and Oxford, 2000, p. xviii

<sup>3</sup> For further information, see Edel HUGHES, **Turkey's Accession to the European Union: The Politics of Exclusion?**, Routledge, London & New York, 2010.

<sup>4</sup> European Commission, Turkey 2005 Progress Report, SEC (2005) 1426, Brussels 9 November 2005, p.130. See others until 2011.

<sup>5</sup> European Commission, Turkey 2005 Progress Report, SEC (2005) 1426, Brussels 9 November 2005, p.130.

<sup>6</sup> Republic of Turkey, Ministry for EU Affairs, National Programme for the Adoption of the Acquis (NPAA), (2008), Chapter 31, Foreign, Security and Defence Policy, p.394. (<http://>

referred to its efforts in terms of fulfilling the key regulations for membership of the ICC.<sup>7</sup>

Though this process has not resulted in membership of the EU thus far, Turkey has carried out some legal reforms to its domestic law with the aim of fulfilling the requirements to join the Union. The TPC currently includes the crime of genocide, as well as crimes against humanity, since 2004.<sup>8</sup> Nonetheless, Turkey has not incorporated all the crimes listed in the Rome Statute into domestic law. I will be looking at the inconsistencies between the TPC and the Rome Statute from a state interest point of view by scrutinising the constitutive effect of the EU and the ICC on Turkey.

It will be also elaborated how Turkey contributed to the negotiation process of the Rome Statute. During negotiations, Turkey suggested that war crimes committed in non-international armed conflicts should not be included in the Rome Statute. Presumably the reason was the existence of clashes within its territory. The conflict in Turkey has been defined as a war against terrorism, but the Rome Statute reduces the threshold for an armed conflict. Thus, the definition of a non-international armed conflict in the Rome Statute may concern Turkey regarding the armed clashes between the terrorist group PKK and the Turkish government.

War crimes committed during international armed conflicts<sup>9</sup> have been covered to a limited extent in the Turkish Military Penal Code (TMPC) since 1930,<sup>10</sup> but war crimes committed in non-international armed conflict have not been covered in the new TPC. The new TPC also failed to include the crime of aggression. As for recently recognised crimes, those of genocide and crimes against humanity, these show significant differences from those set out in the Rome Statute.

Based on the differences in the TPC outlined above, the first focus of this section will be on explaining the differences between the Turkish Criminal

---

[www.ab.gov.tr/?p=194&l=2](http://www.ab.gov.tr/?p=194&l=2)) Date accessed: 14.6.2016)

<sup>7</sup> Republic of Turkey, Ministry for EU Affairs, National Programme for the Adoption of the Acquis (NPAA), (2008), Chapter 31, Foreign, Security and Defence Policy, p.394. (<http://www.ab.gov.tr/?p=194&l=2>) Date accessed: 14.6.2016)

<sup>8</sup> The new Turkish Penal Code, Code No. 5237, The Turkish Official Gazette No. 26611, 12 October 2004. It came into force on June 1, 2005.

<sup>9</sup> The Turkish Military Penal Code, Articles 124, 125, 126, 127.

<sup>10</sup> The Turkish Military Penal Code was promulgated on the 15.6.1930.

Code, the Turkish Military Penal Code and the Rome Statute<sup>11</sup> in the light of international jurisprudence. Within the scope of this focus, it will be shown how the constitutive effects of the ICC and the EU have influenced Turkey. The second focus will be to shed light on the question of how Turkey's self-interest was reflected in forming the new TPC and during the negotiation process for the Rome Statute. Although the TPC was adopted after the Rome Statute, the question remains as to why Turkey did not embrace all international crimes as defined in the Rome Statute.

### **CRIME OF GENOCIDE**

By virtue of the Europeanisation process, which also embraced the idea of being party to the Rome Statute, the crime of genocide was incorporated into domestic law for the first time. As asserted by Koca, Turkey had to regulate the crime of genocide under domestic law in order to fulfil its obligations under the 1948 Genocide Convention, as the treaty was ratified by Turkey in 1950.<sup>12</sup> The crime of genocide has been incorporated into Article 76 of the TPC. Its definition in the TPC is in accordance with Article 6 of the Rome Statute because, while the crime was being included, Turkish legislators followed the definition of the crime as laid out in Article 2 of the Genocide Convention.<sup>13</sup> The definition of the crime of genocide as specified in the Genocide Convention was also adopted literally, without any revisions by the Rome Statute, in Article 6.<sup>14</sup> Thus, as will be clarified, both the TPC and the Rome Statute employ similar definitions of the crime of genocide.

If we look at the context of both articles, it will be seen that protected groups are the same in each case. Article 76 of the TPC states that 'the commission of any of the following acts against any member of any national, ethnic, racial, or religious group with the intent to destroy such group, in whole or in part, through the execution of a plan shall constitute Genocide.'<sup>15</sup> In the same vein, Article 6 of the Rome Statute states that 'for the purpose of

---

<sup>11</sup> See also detailed study of Ali Emrah BOZBAYINDIR, **Turkey and the International Criminal Court**, Nomos Verlagsgesellschaft, Köln, 2013.

<sup>12</sup> Published in the Official Gazette dated 29 March 1950 and numbered 7469. Mahmut KOCA, "The Crime of Genocide in the New Turkish Penal Code", In **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Vol. 42, No. 59, 2010, p.260.

<sup>13</sup> The official comment on Article 77, see Vahit BIÇAK / Edward GRIEVES, **Turkish Penal Code**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, p.222.

<sup>14</sup> KOCA, p.261.

<sup>15</sup> BIÇAK / GRIEVES, p.220.



this Statute, ‘genocide’ means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group [...]’. In both definitions, in order to commit the crime of genocide, victim(s) of the crime must be targeted due to being members of a particular national, ethnical, racial or religious group. As Koca remarks, ‘this aspect makes the crime of genocide, a peculiar crime in respect of its victims’.<sup>16</sup>

As can be seen from the two contexts, however, a significant difference between these definitions hinges on the term ‘plan’, which is a chapeau element of the TPC’s definition.<sup>17</sup> The term ‘plan’ does indeed underpin the crime of genocide in the TPC.<sup>18</sup> Therefore, someone who commits this crime must know that he/she is acting pursuant to a genocidal plan. As Bozbayındır explains it, the TPC introduces two tests: ‘one is an objective test about the existence of a plan, and the perpetrator’s knowledge of it, and a subjective test asserts that a perpetrator must have acted with special intent to destroy a protected group, in part or in whole’.<sup>19</sup> In both definitions, the common feature is *dolus specialis* or special intent; however, the definition of the Rome Statute does not require a ‘plan’ in order to commit the crime of genocide.

Yet, interpretation of the crime of genocide should be explored under international jurisprudence in order to see how the terms plan and policy have been perceived by international courts. For instance, in the *Jelisić* Appeal Judgment, the Appeal Chamber concluded that ‘the existence of a plan or policy is not a legal ingredient of the crime’.<sup>20</sup> Following this conclusion, the

---

<sup>16</sup> KOCA, p.265.

Neither definition includes the meaning of national, ethnical, racial or religious groups. Stanton defines these groups as follow, ‘A national group means a set of individuals whose identity is defined by a common country of nationality or national origin. An ethnical group is a set of individuals whose identity is defined by common cultural traditions, language or heritage. A racial group means a set of individuals whose identity is defined by physical characteristics. A religious group is a set of individuals whose identity is defined by common religious creeds, beliefs, doctrines, practices, or rituals’ Gregory H. STANTON, “What is Genocide?”, **Genocide Watch**, 2002.

<sup>17</sup> See also BOZBAYINDIR.

<sup>18</sup> Murat ÖNOK, Uluslararası Ceza Divanı’ni Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor, 2011. (Report concerning the Inconsistencies between the Turkish Penal Code and the Rome Statute; available only in Turkish, so translated by the author).

([http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM\\_rapor-web.pdf](http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM_rapor-web.pdf)) Date accessed: 16.12.2015)

<sup>19</sup> BOZBAYINDIR, p.60.

<sup>20</sup> *Prosecutor v. Goran Jelisić*, (Appeals Judgement) IT-95-10-A (5 July 2001), para. 48;

Appeal Chamber implied that the presence of a plan or policy can be seen as an indication of the intent to destroy.<sup>21</sup> The Appeal Chamber reached a very similar conclusion in the *Kayishema and Ruzindana* case, as it was reaffirmed that a genocidal plan is necessary for evidential purposes.<sup>22</sup> In that case, the Trial Chamber concluded that '[...] it is not easy to carry out genocide without a plan or organization',<sup>23</sup> and thus 'the existence of a plan would be strong evidence of the specific intent requirement for the crime of genocide'.<sup>24</sup> Based on these decisions, it could be said that although the ICTR rejects the existence of a plan as a legal ingredient of the crime, its jurisprudence reveals the probative value of such a plan,<sup>25</sup> as it clearly argues that 'proof of the objective context in which genocidal acts are committed with requisite intent is an integral part of the proof of a genocide case'.<sup>26</sup>

The International Court of Justice (ICJ) also arrived at a significant decision concerning the mental element of the crime of genocide. For instance, regarding the claim filed by Bosnia and Herzegovina against Serbia and Montenegro pursuant to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the ICJ focused on the policy of Serbia in order to decide whether the impugned acts constituted ethnic cleansing or genocide.<sup>27</sup> To this end, the Court looked for evidence of a state plan or policy. Due to the lack of such evidence, the court concluded that genocide was not committed.<sup>28</sup>

---

*Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, (Appeals Judgement) ICTR-95-1-T (21 May 1999), para. 138.

<sup>21</sup> *Prosecutor v. Goran Jelisić*, (Appeals Judgement) IT-95-10-A (5 July 2001), para. 48; *Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, (Appeals Judgement) ICTR-95-1-T (21 May 1999), para. 138.

<sup>22</sup> *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, (21 May 1998).

<sup>23</sup> *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, (21 May 1998). para. 94.

<sup>24</sup> *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, (21 May 1998). para. 276.

<sup>25</sup> *Prosecutor v. Goran Jelisić*, (Appeals Judgement) IT-95-10-A (5 July 2001), para. 48; *Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, (Appeals Judgement) ICTR-95-1-T (21 May 1999), para. 138.

<sup>26</sup> *Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10-A, *Prosecution's Appeal Brief* (Redacted Version) (14 July 2000), para. 64.

<sup>27</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), 2007 I.C.J. 70, paras 277 and 190.

<sup>28</sup> William A. SCHABAS, "Whither genocide? The International Court of Justice finally pronounces", *Journal of Genocide Research*, Vol. 9, No. 2, pp. 183–192, 2007, p.189.

According to Schabas, ‘the Court did not focus its inquiry on the nature of acts committed by individuals that could be attributed to the Federal Republic of Yugoslavia, but on the existence of a state plan to commit such acts that apparently considered it a formal element of the crime of genocide’.<sup>29</sup>

If we look at recent ICC jurisprudence, it can be seen that the ICC’s interpretation of Article 6 of the Rome Statute is explicit. In his application for the issue of a warrant for the arrest of Omar Al Bashir, the Prosecutor refers to the existence of a state or organisational genocidal plan or policy.<sup>30</sup> In this decision, it is made clear that although the term plan is not involved in the context of the crime, it amounts to a formal element of the crime.<sup>31</sup> Based on the Prosecutor’s interpretation it can be said that the Prosecutor adopts the notion that ‘a plan is an indispensable element of the crime of genocide’.<sup>32</sup> It means that a genocidal plan or policy is a necessary element of the offence.<sup>33</sup>

Very similar to the Court’s interpretation, Schabas states that the existence of a plan in order to commit the crime of genocide should be accepted as an element of the crime.<sup>34</sup> As he explains, ‘it is [almost] impossible to imagine genocide that is not planned or organized either by the State itself or a state-like entity or by some clique associated with it’.<sup>35</sup> Based on the interpretations of Schabas and the ICC, it can be said that although the term ‘plan’ is not

---

<sup>29</sup> William A. SCHABAS, “State policy as an element of international crimes”, **The Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 98, No. 3, pp. 953–982, 2008, p. 968.

<sup>30</sup> *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, *Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (4 March 2009), para. 121, footnote 142.

<sup>31</sup> Stylianos MALLIARIS, “Assessing the ICTY Jurisprudence in Defining the Elements of the Crime of Genocide: The Need for Plan”, **Review of International Law Politics**, Vol. 5, No: 20, pp. 105–128, 2009, p.110.

*Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, *Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (4 March 2009), para. 121, footnote 142.

<sup>32</sup> *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Case No. ICC-02/05, *Summary of Prosecutor’s Application under Article 58* (14 July 2008), paras 49–52.

<sup>33</sup> MALLIARIS, (2009). p.157.

*Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, *Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (4 March 2009), para. 121, footnote 142.

<sup>34</sup> William A. SCHABAS, “Developments in the law of genocide”, **Yearbook of International Humanitarian Law**, Vol.5, pp. 131–165, 2002, p. 156.

<sup>35</sup> SCHABAS, (2002), p. 156.

included in the content of Article 9 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and Article 6 of the Rome Statute, there is a wide consensus for the necessity of the presence of a genocidal plan as a formal element of the crime of genocide.<sup>36</sup>

On this basis, it can be asserted that the TPC's definition of the crime of genocide does not narrow down the scope of the crime because international judicial bodies interpret a genocidal plan as an element of the crime. Nevertheless, as pointed out by Malliaris, 'the TPC's definition is still narrower than the explicit language of the relevant texts of international law, since it subscribes explicitly to the position of this article that a plan must exist to affirm both the *actus reus* and *mens rea* of the crime'.<sup>37</sup> Thus, in order to bring the TPC into compliance with the Rome Statute, the requirement for the 'execution of a plan' should be removed from the context of the definition.

### CRIMES AGAINST HUMANITY

Crimes against humanity were introduced into domestic law in 2004, in Article 77 of the TPC. Yet, the definition of the TPC is a significant departure from the definition set out in Article 7 of the Rome Statute.<sup>38</sup> If both articles are briefly examined, the main differences can be listed as follows: i) the contextual elements of the two definitions, ii) the definition of the protected groups iii) and the catalogues of crimes in Article 7 of the Rome Statute and Article 77 of the TPC.<sup>39</sup> As will be elaborated later, the TPC narrows the concept of crimes against humanity when compared to the Rome Statute.

Crimes against humanity are defined in Article 7 of the ICC Statute as '...any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack...'.<sup>40</sup> The article then lists a catalogue of crimes categorised as crimes against humanity. Article 77 of the TPC, however, establishes that 'the systematic performance an act, described below, against a part of

---

<sup>36</sup> Stylianos MALLIARIS, "Assessing the ICTY Jurisprudence in Defining the Elements of the Crime of Genocide: the Need for a 'Plan'", **USAK Yearbook of Politics and International Relations**, Vol. 3, pp. 145–170, 2010, p.162.

<sup>37</sup> MALLIARIS, (2010), p.166.

<sup>38</sup> Leila Nadya SADAT, "Crimes against humanity in the modern age", **American Journal of International Law**, Vol. 107, No. 2, pp. 334–377, 2013, p.352.

<sup>39</sup> See also BOZBAYINDIR.

<sup>40</sup> Article 7 of the Rome Statute.

society and in accordance with a plan with a political, philosophical, racial or religious motive shall constitute a crime against humanity.<sup>41</sup> It is not easy to make a fair comparison between these two articles because the terms in Article 7, such as ‘civilian population’, ‘widespread’, ‘systematic attacks’ and ‘organization’ are not defined in either the Rome Statute or in the elements of the crime.<sup>42</sup> The most significant reason for the vagueness of the terms is the contextual complexity of the phrases. As Von Hebel and Robinson state, ‘[m]ost delegations quickly agreed that this was too complex a subject and an evolving area in the law, better left for resolution in case-law’.<sup>43</sup> For this reason, the Prosecutor and the Court have defined or interpreted how these terms should be understood.

The first remarkable difference hinges on the term ‘widespread or systematic attack’ in the Rome Statute.<sup>44</sup> The conjunction between these two is ‘or’, not ‘and’. This means that the requirements of ‘widespread’ and ‘systematic’ are established in a discrete manner.<sup>45</sup> Hence, it can be said that if an attack is systematic it does not have to be widespread, or vice versa.<sup>46</sup> As noted above, neither the term ‘widespread’ nor the term ‘systematic’ is described in the Court’s Statute. Yet, in terms of the meaning of ‘widespread’, Pre-Trial Chamber I concluded that ‘widespread’ refers to the ‘large-scale nature of an attack, as well as to the number of victims’.<sup>47</sup> An attack is considered to be widespread if it ‘affected hundreds of thousands of individuals and took place across large swathes of the territory of the Darfur region’.<sup>48</sup> The Court

---

<sup>41</sup> BIÇAK / GRIEVES, p.222.

<sup>42</sup> SADAT, p.355.

<sup>43</sup> Herman VON HEBEL / Darryl ROBINSON, “Crimes within the Jurisdiction of the Court”. In Roy S. K. LEE, (Ed.) **The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute**, pp.78–126, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p.78.

<sup>44</sup> For further information, see Volkan MAVİŞ, “Crimes Against Humanity in the Turkish Criminal Code: A Critical Review in the Light of International Mechanisms”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. XX, No. 2, 2016, p.695.

<sup>45</sup> William A. SCHABAS, **The International Criminal Court: a commentary on the Rome statute**, Oxford University Press, 2010, p.147.

<sup>46</sup> *Bemba* (ICC-01/05-01/08), Decision Pursuant to Articles 67(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 82.

<sup>47</sup> *Bashir* (ICC-02/05-01/09), Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hasan Al Bashir, 4 March 2009, para. 81; *Katanga et al.* (ICC-01/04-01/07), Decision on the Confirmation of the Charges, 30 September 2008, paras 394–397.

<sup>48</sup> *Bashir* (ICC-02/05-01/09), Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of

determined that an attack must be ‘massive, frequent, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims’.<sup>49</sup>

The other term, ‘systematic’, relates to ‘the organised nature of acts of violence and to the improbability of their random occurrence’.<sup>50</sup> For instance, in the application for a warrant of arrest against Omer Hassan Al Bashir, it was concluded that the attack in question was to be considered ‘systematic’ since ‘it lasted for well over five years and the acts of violence of which it was comprised followed, to a considerable extent, a similar pattern’.<sup>51</sup> An attack’s systematic pattern can ‘often be expressed through patterns of crimes, in the sense of non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis’.<sup>52</sup> Based on interpretations of both terms, it could be concluded that these two requirements have different meanings,<sup>53</sup> and in order to commit crimes against humanity, the inclusion of one facet of the acts, either ‘widespread’ or ‘systematic’, would be satisfactory to confirm the offence.<sup>54</sup>

The definition adopted in the TPC, however, contends that the crime must be committed systematically, through the ‘execution of a plan’. In the

---

Arrest against Omar Hasan Al Bashir, 4 March 2009, para. 84.

<sup>49</sup> *Bemba* (ICC-01/05-01/08), Decision Pursuant to Articles 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, para. 83.

<sup>50</sup> *Bashir* (ICC-02/05-01/09), Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omer Hassan Al Bashir, 4 March 2009, para. 81; *Katanga et al.* (ICC-04/04-01/07), Decision on the Confirmation of Charges, 30 September, paras 394–397. ICC-01/09-19-Corr, para. 96. Pre-Trial Chamber referred to ICC-01/04-01/07-717, para. 394; ICC-02/05-01/07-1-Corr, para. 62. See also ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997, para. 648; ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeal Judgment, 17 December 2004, para. 94; ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-A, Appeal Judgment, 29 July 2004, para. 101.

<sup>51</sup> *Bashir* (ICC-02/05-01-09), Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omer Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, para. 85.

<sup>52</sup> ICC-01/09-19-Corr, para. 96, Pre-Trial Chamber II referred to ICC-01/04-01/07-717, para. 397. It also cited ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeal Judgement, 17 December 2004, para. 94; *Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, Case No. IT-02-60-T, Judgment, 17 January 2005, para. 545.

<sup>53</sup> However, the Pre-Trial Chamber III, regarding the situation in the Republic of *Côte d’Ivoire* implies that all attacks must be widespread *and* systematic, quite a contrary reading of Article 7’s text. This formulation was most recently reiterated by Pre-trial Chamber III in the decision pursuant to Article 15 authorizing the investigation in *Côte d’Ivoire*. See *Situation in Côte d’Ivoire*, ICC-02/11, para. 43.

<sup>54</sup> For further information, see *Prosecutor v. Katanga*, Case No: ICC-01/04-01/07, Confirmation of the Charges, 30 September 2008.

TPC's formulation, the elements 'execution of a plan' and 'in a systematic manner' complement each other.<sup>55</sup> The definition provided in the TPC does not contain the term 'widespread'. It states that if a crime is committed 'systematically', according to a plan, it does not have to be widespread. Thus, it could be argued that the absence of the 'widespread' element in the TPC narrows its scope of application, as national courts may categorise crimes against humanity as ordinary crimes if they just consist of widespread attacks which are not systematic.<sup>56</sup>

The second difference is the requirement for a 'plan' to commit a crime against humanity in the TPC. Article 77 states that crimes against humanity must be committed via the 'execution of a plan', and on political, philosophical, racial or religious grounds.<sup>57</sup> Based on this definition, it could be said that the 'execution of a plan' and 'discriminatory animus' are contextual elements of crimes against humanity in the TPC.<sup>58</sup> On the other hand, Article 7(2)(a) of the Rome Statute establishes that 'crimes against humanity are preconditioned on the existence of an attack on a civilian population pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such an attack'.<sup>59</sup> Article 7 of the Rome Statute refers to 'a State or organizational policy' as a chapeau element for crimes against humanity.<sup>60</sup> It seems that both articles serve to narrow the concept of such crimes. But in order to clarify whether Article 77 of the TPC is more restrictive than Article 7 of the Rome Statute, the current interpretation of Article 7(2)(a) by the Prosecutor and Pre-Trial Chambers should be reviewed.

Regarding the situation in *Kenya*,<sup>61</sup> former Prosecutor Ocampo concluded that '[the existence of a State or organisational policy is] an element from

---

<sup>55</sup> The Turkish Penal Code, Article 77.

<sup>56</sup> BOZBAYINDIR, p.73.

<sup>57</sup> The official comment on Article 77, see BIÇAK / GRIEVES, p.222

<sup>58</sup> BOZBAYINDIR, pp.66–67.

<sup>59</sup> Thomas Obel HANSEN, "The policy requirement in crimes against humanity: lessons from and for the case of Kenya", *The George Washington International Law Review*, Vol. 43, No. 1, pp. 1–42, 2011, p.1.

<sup>60</sup> For further information, see HANSEN, pp.1–42. Gerhard WERLE / Burghardt BORIS, "Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a 'State-like' Organization?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.10, No. 5, 2012, pp. 1151–1170.

<sup>61</sup> For the background of the case see: Situation in the Republic of Kenya, ([https://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/Pages/situation%20index.aspx](https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/Pages/situation%20index.aspx)) Date accessed: 11.12.2015)

which the systematic nature of an attack may be inferred'.<sup>62</sup> Yet, regarding the decision of the Prosecutor, Pre-Trial Chamber II (the Chamber that authorized an investigation of the Situation in the Republic of Kenya) stated that the prosecutor must prove the following chapeau and contextual requirements of the offence: '(i) an attack directed against any civilian population, (ii) a State or organizational policy, (iii) the widespread or systematic nature of the attack, (iv) a nexus between the individual act and the attack, and (v) knowledge of the attack'.<sup>63</sup> According to this list, a State or organizational policy appears to be a separate requirement in order to commit an offence.

In its interpretation, however, Pre-Trial Chamber II states that the Statute does not establish definitions of the terms 'policy' or 'State' or 'organizational'. Due to a lack of definitions in policy requirements, Pre-Trial Chamber II highlights the decision of Pre-Trial Chamber I in the case against *Katanga and Ngudjolo Chui*:

[...] ensures that the attack, even if carried out over a large geographical area or directed against a large number of victims, must still be thoroughly organised and follow a regular pattern. It must also be conducted in furtherance of a common policy involving public or private resources. Such a policy may be made either by groups of persons who govern a specific territory or by any organisation with the capability to commit a widespread or systematic attack against a civilian population. The policy need not be explicitly defined by the organisational group. Indeed, an attack which is planned, directed or organised – as opposed to spontaneous or isolated acts of violence – will satisfy this criterion.<sup>64</sup>

According to the decision of Pre-Trial Chamber I, an attack which is organised, directed or planned will be considered as evidence of the existence

---

<sup>62</sup> International Criminal Court, Office of the Prosecutor, Situation in the Republic of Kenya: Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15, para. 106, ICC Doc. ICC- 01/09 (26 Nov. 2009), para. 79.

<sup>63</sup> Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 March 2010, Pre-Trial Chamber II Decision, para. 93.

<sup>64</sup> Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Articles 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against *Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, para. 8. See also ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997, para. 653.



of a state or organisational policy.<sup>65</sup> As summarised by Hansen, by endorsing the views taken on other occasions by the ICC pre-trial chambers, ‘the threshold for a policy adopted by the majority seems simply to be that the attack must be something more than spontaneous or isolated acts of violence’.<sup>66</sup>

In parallel to the interpretation of Pre-Trial Chamber I, the majority of judges in Pre-Trial Chamber II ‘link[ed] the existence of a state or organisational policy to the requirement of systematic attack’,<sup>67</sup> as they opined that the requirement for ‘a state or organisational policy’ is one of the relevant criteria to be taken into consideration when deciding whether a group qualifies as an organisation under Article 7(2)(a), and ‘whether the group possesses, in fact, the means to carry out a widespread or systematic attack against a civilian population’.<sup>68</sup> Thus, considering these interpretations, it can be said that a state or organizational policy is not a separate requirement.

In order to make a clear comparison, how the term has been interpreted by Turkish national courts should be reviewed. Yet, there have been no decisions by Turkish domestic courts on such crimes; thus, to arrive at a concrete conclusion as to whether there is a substantial difference between the requirement for a ‘plan’ in the TPC and the requirement for a ‘state or organisational policy’ is highly challenging. But, as Bozbayındır explains, the difference between these two terms is based on the fact that ‘a plan is more concrete than the notion of policy’.<sup>69</sup> He further implies that Turkish domestic courts may consider the term ‘plan’ in accordance with the Rome Statute.<sup>70</sup> Thus, in their interpretation of the term ‘plan’, Turkish judges may apply the standards of international jurisprudence raised above.

Another difference between the TPC and the Rome Statute is based on protected groups. In the Rome Statute, an attack must be conducted against ‘any civilian population’, but in the TPC, the crime must be committed against

---

<sup>65</sup> See *Tadic*, Case No. IT-94-1-T, para. 653.

<sup>66</sup> HANSEN, p.12.

<sup>67</sup> Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19,31 March 2010, Pre-Trial Chamber II Decision, para. 93.

<sup>68</sup> Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19,31 March 2010, Pre-Trial Chamber II Decision, para. 93.

<sup>69</sup> BOZBAYINDIR, p.72.

<sup>70</sup> BOZBAYINDIR, p.72

a sector of the community for political, philosophical, racial or religious reasons.<sup>71</sup> With these terms, the TPC attaches a discriminatory ground to crimes against humanity. This feature of crimes against humanity in the TPC, compared to the definition of the Rome Statute, narrows the norm's scope of application. In terms of this discriminatory ground, Turkey partially copies the definition settled in Article 3 of the Statute of the International Tribunal for Rwanda, rather than the Rome Statute. According to Article 3, the Court 'shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds'.<sup>72</sup> However, different from this definition, Turkey excludes 'ethnic' and 'national' grounds for committing a crime.

Another significant difference between the TPC and the Rome Statute is the catalogues of listed crimes; many of the crimes listed in the Rome Statute do not exist in the TPC, for instance 'the crime of apartheid, some sexual crimes, persecution, [extermination] and other inhuman acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to the body or to physical health',<sup>73</sup> the deportation or forcible transfer of a population and enforced disappearances of persons. These crimes will thus be covered by other ordinary crimes that have been regulated in the TPC.<sup>74</sup> But, we should bear in mind that the punishment of ordinary crimes can never act as a deterrent to crimes against humanity.

Due to the aforementioned differences, it can be said that when the Turkish legislator was defining crimes against humanity under the new TPC, the Rome Statute was not carefully taken into consideration. Yet, in order to fulfil the expectations of the Rome Statute, Turkey should comprehensively revise its notion of crimes against humanity under the TPC.

---

<sup>71</sup> For further information, see Ayşen SEYMEYEN ÇAKAR, "İnsanlığa Karşı Suçlar" ("Crimes Against Humanity"), **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol.103, 2012, p. 192.

<sup>72</sup> Article 3 of the Statute of the International Tribunal for Rwanda. Although no officially recognized definition of the four protected groups has been agreed upon, the ICTR has attempted to define each in its judgments. For the definitions, see *Akayesu*, (Trial Chamber), 2 September 1998, paras 512-513-514-515.

<sup>73</sup> BOZBAYINDIR, p.64.

<sup>74</sup> For further information, see also BOZBAYINDIR.

## WAR CRIMES

The TPC does not include any provisions on war crimes. The Turkish Military Penal Code does, however, contain some war crimes, which are only applicable to international armed conflicts. The Rome Statute, on the other hand, has two categories of war crimes that are applicable to both international and non-international armed conflicts. During the negotiation process, Turkey suggested that war crimes committed in non-international armed conflicts should not be covered by the Rome Statute. Turkey suggested that the crime of terrorism should be included in the Rome Statute instead of war crimes committed in non-international armed conflicts. According to Güney, a Turkish delegate to the Rome Conference, one of the main reasons for Turkey remaining outside the Court's jurisdiction relates to war crimes committed in non-international armed conflicts. In his words:

Article 8, paragraphs (2) and (d), on war crimes, were not satisfactory. The Court should have competence to take cognizance of war crimes only in the context of policies or as part of series of analogous large-scale crimes. The future court should have nothing to do with internal troubles, including measures designed to maintain national security or root out terrorism.<sup>75</sup>

From my standpoint, Turkey's main reluctance regarding the inclusion of non-international armed conflicts under the ICC's jurisdiction is based on any possible 'political abuse' regarding Turkey's war against terrorism.<sup>76</sup> For instance, Bayillioğlu asserts that the conflict between the terrorist group PKK and the Turkish government is still ongoing; thus, Turkey's war against terrorism, given the ICC's jurisdiction over non-international armed conflicts,

---

<sup>75</sup> United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/13, Official Records, Vol. II, 124.

<sup>76</sup> See also, BAYILLIOĞLU, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye", ("Turkey and the International Criminal Court"). **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 56, No. 1, 2007, pp.51–121. Elif UZUN, "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", ("The Development of International Justice and the Rome Statute"), 2003. Cemalettin KARADAŞ, "Türkiye'in Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne Yaklaşımı: Mahkemeyi Kuran Roma Statüsü'ne Taraf Olacak mı?", (Turkey's Attitude towards the International Criminal Court), **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Vol.5, No.20, 2009, pp.33–57. Orçun ULUSOY / Utku KILINÇ, **Uluslararası ceza mahkemesi (International Criminal Court)**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2008., Hakan KARAKEHYA, "Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve Uygulanabilir Hukuk", ("International Criminal Court and Applicable Law"), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, pp. 133–164.

is open to misuse.<sup>77</sup> That situation may result in unexpected political and legal costs for Turkey and may go against Turkey's self-interest.

This perception regarding war crimes committed in non-international armed conflicts is reflected in domestic regulations. As previously mentioned, the Turkish Military Penal Code adopted a limited list of war crimes only applicable in international armed conflicts; however, compared to the Rome Statute, the TMPC remains very dubious. The TMPC was established in 1930; thus, it is rather inadequate in relation to improvements to international law on war crimes. The TMPC provides a list of war crimes that aims to protect legal assets with regard to people and property.<sup>78</sup> In terms of protecting the value of property, the TMPC regulates war crimes covering booty, plunder and the destruction of property.<sup>79</sup> Pertaining to crimes against people, the TMPC includes the crime of torture against wounded persons.<sup>80</sup> But Article 8 of the Rome Statute, one of the most substantial provisions, is more emphatic when compared to the relatively laconic text of the TMPC. For this reason, war crimes prohibited under the Rome Statute should be included in the TPC.

### **CRIME OF AGGRESSION**

Turkish legislators also did not regulate the crime of aggression in 2004 under the new TPC. Compared to other crimes listed in the Rome Statute, the absence of this crime from the TPC is comprehensible, because the definition of 'aggression' was unclear under the Rome Statute in 2004. In 1998, at the end of the negotiations for the Rome Statute, the crime of aggression was listed along with war crimes, crimes against humanity and genocide; however, different from those three defined crimes, the ICC could not exercise jurisdiction over the crime of aggression, because a definition could not be provided at that time. Thus, the vagueness of the crime of aggression would contradict the principle of clarity.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> BAYILLIOĞLU, pp.106–107.

<sup>78</sup> BOZBAYINDIR, p.98.

<sup>79</sup> Turkish Military Penal Code Arts 125 and 127.

<sup>80</sup> Turkish Military Penal Code Arts 127 (2) and 127 (3).

<sup>81</sup> For further information, see Alexandre FLÜCKIGER, "The ambiguous principle of the clarity of law". In Anne WAGNER / Sophie CACCIAGUIDI-FAHY, **Obscurity and Clarity in the Law**, Ashgate, Aldershot, 2008, pp.100-133.

At the Review Conference in Kampala in June 2010, a definition which partly reflects General Assembly Resolution 3314 (XXIX) was agreed upon.<sup>82</sup> Hence, as a consequence of the conference, a list of acts constituting aggression and the conditions under which the Court would exercise jurisdiction in respect of that crime were provided.<sup>83</sup> For the ICC to actively exercise its jurisdiction over the crime of aggression, the amendments stipulate two additional conditions. According to Article 15*bis* (2), the Court ‘may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty state parties’. And Article 15*bis* (3) states: ‘[t]he Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute’.<sup>84</sup> With this decision, the concrete exercising of ICC jurisdiction over the crime of aggression had been postponed until 2017.<sup>85</sup> On December 14, 2017, the Assembly of State Parties to the International Criminal Court decided to activate Court’s jurisdiction over the crime of aggression as of July 17, 2018.<sup>86</sup> Although the crime of aggression is not included in the TPC, Turkey’s argument during the Kampala Conference should be reviewed so as to comprehend Turkey’s perspective regarding this particular crime.

The jurisdictional conditions for the crime of aggression presented in Kampala are far more restrictive than for other crimes under the Statute.<sup>87</sup> The crime of aggression differs from crimes of genocide, war crimes and crimes against humanity in certain respects. First, the former three crimes can be committed by anyone; however, regarding perpetrators of the crime of

---

<sup>82</sup> General Assembly Resolution, 3314 (XXIX), 14 December 1974, 29 U.N. GAOR, 29<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 31, UN Doc. A/9631, p.142.

<sup>83</sup> Victor KATTAN, Review of **The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court** by Carrie MCDUGALL, **Journal of Conflict and Security Law**, Vol. 20, No. 3, 2015, p.1.

<sup>84</sup> On December 14, 2017, the Assembly of State Parties to the International Criminal Court decided to activate Court’s jurisdiction over the crime of aggression as of July 17, 2018.

<sup>85</sup> Drew KOSTIC, “Whose Crime is it Anyway – The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 22, No. 1, pp.109-142, 2011, p.109.

<sup>86</sup> International Criminal Court, Assembly activates Court’s Jurisdiction over Crime of Aggression, (<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1350>) Date accessed: 29.03.2018)

<sup>87</sup> BOZBAYINDIR, p.104.

aggression, a restrictive view has been adopted. Article 8bis limits individual responsibility to people in command or leadership positions, as submitted in 8bis (1): '[those] in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State'.<sup>88</sup> This regulation restricts those who can be investigated for aggression to 'presidents, prime ministers, and top military leaders such as minister of defence and commanding generals'.<sup>89</sup> For this reason, the crime has been referred to as a 'leadership crime',<sup>90</sup> and therefore different from other offences within the ICC's jurisdiction.

Another crucial point for this crime is the issue of trigger mechanisms.<sup>91</sup> A highly controversial discussion was based on the *proprio motu* competence of the prosecutor and the role of the Security Council.<sup>92</sup> Some state delegates referred to the Security Council's exclusive right under Article 39 of the Charter of the United Nations when deciding whether an act of aggression took place.<sup>93</sup> As Article 39 of the Charter states: '[t]he Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression'.<sup>94</sup> State delegates, mainly from permanent members of the Security Council,<sup>95</sup> requested the Security Council's approval as a precondition for the investigation of aggression; on the other hand, most of the other representatives suggested this role be given to the Court's Pre-Trial Division.<sup>96</sup>

---

<sup>88</sup> Article 8bis of the Rome Statute.

<sup>89</sup> Michael P. SCHARF, "Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression", **Harvard International Law Journal**, Vol. 53, No. 2, pp.357–388, 2012, p.362.

<sup>90</sup> SCHARF, p.362.

<sup>91</sup> For further information about trigger mechanisms of the Court, see Vahit BIÇAK, **Suç Muhakemesi Hukuku (Penal Procedure Law)**, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013, p. 834.

<sup>92</sup> See Claus KREß / Leonie VON HOLTZENDORFF, "The Kampala compromise on the crime of aggression", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 8, No. 5, 2010, pp.1179–1217.

<sup>93</sup> For further information, see KREß / VON HOLTZENDORFF. Jennifer TRAHAN, "The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference", **International Criminal Law Review**, Vol. 11, No. 1, 2011, pp.49–104. Christian WENAWESER, "Reaching the Kampala Compromise on Aggression: The Chair's Perspective", **Leiden Journal of International Law**, Vol. 23, No. 4, 2010, pp. 883–887.

<sup>94</sup> Article 39 of the UN Charter.

<sup>95</sup> State parties France and the United Kingdom, and observer delegations China, Russia and the United States. For further information, see TRAHAN and KREß / VON HOLTZENDORFF.

<sup>96</sup> SCHARF, p.363.

Regarding trigger mechanisms, Turkey referred to the Security Council's exclusive right to decide on the existence of acts of aggression. Within this scope, Turkey supported the idea that 'an investigation into an alleged case of aggression should be initiated only where the UN Security Council has determined that an act of aggression has taken place'.<sup>97</sup> Mr. Aramaz, the head of the Turkish delegation, asserted that 'the Prosecutor should launch an investigation in respect of an alleged act of aggression only if a prior affirmative determination has been made by the Security Council'.<sup>98</sup> This conclusion does, however, have some drawbacks with regard to the independence of the Court. This perspective implies that the Court can only prosecute a crime of aggression if the Council makes a decision on such acts. As pointed out by Schabas, 'such a view seems an incredible encroachment upon the independence of the Court, and would almost certainly mean, for starters, that no permanent member of the Security Council would ever be subject to prosecution for aggression'.<sup>99</sup> Thus, considering the Council to be an arbiter of situations of aggression may affect the reliability of the Court.

Therefore, the majority of the representatives deftly 'rejected the idea of leaving the criminal conduct issue to what is essentially a political body'.<sup>100</sup> It was then concluded under Article 15*bis* and 15*ter* that:

...the ICC can exercise jurisdiction over the crime of aggression committed by any state when the Security Council refers a situation to the Court. The Court can also exercise jurisdiction over the crime of aggression committed by state parties when either the Security Council has made a determination that an act of aggression has been committed or, where no determination is rendered by the Council within six months of an incident, the ICC's Pre-Trial Division authorizes the Prosecutor to proceed with an investigation.<sup>101</sup>

Under this article, the Security Council still plays a crucial role in deciding whether an act of aggression has taken place; however, under the

---

<sup>97</sup> Statement by Mr. Ismail Aramaz, Head of the Turkish Delegation, ICC Review Conference, Kampala, 1 June 2010.

<sup>98</sup> Statement by Mr. Ismail Aramaz, Head of the Turkish Delegation, ICC Review Conference, Kampala, 1 June 2010.

<sup>99</sup> William A. SCHABAS, **An Introduction to the International Criminal Court**. 3<sup>rd</sup> edition. Cambridge University Press, 2007, p.137.

<sup>100</sup> SCHABAS, (2007), p.152.

<sup>101</sup> SCHARF, p.362.

adopted articles, the Council does not have exclusive authorization to do so, because the prosecutor of the Court can take action *proprio motu* if the conditions submitted in Article 15*bis* are invoked.<sup>102</sup>

## CONCLUSION

It has been argued here that the TPC does not cover the crime of aggression or war crimes. Also, the definitions of the crime of genocide and crimes against humanity do not correspond to those included in the Rome Statute. Hence Turkey, considering the inconsistencies between the Rome Statute and the TPC, must review and revise its domestic law in a comprehensive way in order to authorize its domestic courts to prosecute the crimes listed in the Rome Statute. As for substantive law, war crimes and the crime of aggression should be incorporated into Turkey's criminal law. Moreover, in terms of the crime of genocide and war crimes, the TPC should be expanded to bring it into line with the Rome Statute.

In the interest of conducting a comparative analysis, it has been argued here that the Europeanisation process, which obliged Turkey to join the ICC, had a constitutive effect on Turkey regarding restructuring its penal code in 2004. During the legislative drafting process in Turkey, the Rome Statute represented a set of concerns, and thus lawmakers aimed to introduce the crimes listed in the Statute into this process of legal reforms.

Turkey as an individual state before the Court should transform itself into one which can make a full commitment to this human rights regime. The amendment of the TPC was one of the domestic requisites for joining the ICC; and more significantly, it was a membership condition of the EU, which therefore had a significant effect on the amendment of the TPC. However, due to differences between the TPC and the Rome Statute, it has been suggested that states are guided not only by the legal norms provided in the Statute, but also by their national interest.

Thus, many significant gaps remain between international standards and the Turkish law governing criminal matters and procedures. As has already been noted, this is a concept of national interest, which includes national security,<sup>103</sup> and this was prioritised when the new TPC was introduced by

---

<sup>102</sup> BOZBAYINDIR, p.104.

<sup>103</sup> For further information, see Betül URHAN / Seydi ÇELİK, "Perceptions of 'National Security' in Turkey and Their Impacts on the Labor Movement and Trade Union Activities",



Turkish lawmakers in 2004. Although the Europeanisation process and the idea of joining the ICC have affected the Turkish authorities, Turkish parliament could not bring domestic legislation in line with the Rome Statute. Thus, it can be said that the differences between the Rome Statute and Turkish domestic law constitute an obstacle for Turkey's accession to the Rome Statute.

### BIBLIOGRAPHY

BAUN, Michael J: **A wider Europe: The process and politics of European Union enlargement**, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, Boulder, New York and Oxford, 2000.

BAYILLIOĞLU, Uğur: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye”, (“Turkey and the International Criminal Court”). **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 56, No. 1, 2007.

BIÇAK, Vahit / GRIEVES, Edward: **Turkish Penal Code**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

BIÇAK, Vahit: **Suç Muhakemesi Hukuku (Penal Procedure Law)**, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013.

BOZBAYINDIR, Ali Emrah: **Turkey and the International Criminal Court**, Nomos Verlagsgesellschaft, Köln, 2013.

FLÜCKIGER, Alexandre: “The ambiguous principle of the clarity of law”. In WAGNER, Anne / CACCIAGUIDI-FAHY, Sophie: **Obscurity and Clarity in the Law**, Ashgate, Aldershot, 2008, pp.100-133.

HANSEN, Thomas Obel: “The policy requirement in crimes against humanity: lessons from and for the case of Kenya”, **The George Washington International Law Review**, Vol. 43, No. 1, pp. 1–42, 2011.

HUGHES, Edel: **Turkey's Accession to the European Union: The Politics**

---

**European Journal of Turkish Studies. Social Sciences on Contemporary Turkey**, Vol. 11, 2010, pp. 1–23.

**of Exclusion?**, Routledge, London & New York, 2010.

KARADAŞ, Cemalettin: “Türkiye’in Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne Yaklaşımı: Mahkemeyi Kuran Roma Statüsü’ne Taraf Olacak mı?”, (Turkey’s Attitude towards the International Criminal Court), **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Vol.5, No.20, 2009, pp.33–57.

KARAKEHYA, Hakan: “Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve Uygulanabilir Hukuk”, (“International Criminal Court and Applicable Law”), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, pp. 133–164.

KATTAN, Victor: Review of **The Crime of Aggression Under the Rome Statute of the International Criminal Court** by Carrie McDougall, **Journal of Conflict and Security Law**, Vol. 20, No. 3, 2015.

KOCA, Mahmut: “The Crime of Genocide in the New Turkish Penal Code”, In **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, Vol. 42, No. 59, 2010.

KOSTIC, Drew: “Whose Crime is it Anyway – The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 22, No. 1, pp.109-142, 2011.

KREß, Claus / VON HOLTZENDORFF, Leonie: “The Kampala compromise on the crime of aggression”, **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 8, No. 5, 2010.

MALLIARIS, Stylianos: “Assessing the ICTY Jurisprudence in Defining the Elements of the Crime of Genocide: The Need for Plan”, **Review of International Law Politics**, Vol. 5, No: 20, pp. 105–128, 2009.

MALLIARIS, Stylianos: “Assessing the ICTY Jurisprudence in Defining the Elements of the Crime of Genocide: the Need for a ‘Plan’”, **USAK Yearbook of Politics and International Relations**, Vol. 3, pp. 145–170, 2010.

MAVİŞ, Volkan: “Crimes Against Humanity in the Turkish Criminal Code: A Critical Review in the Light of International Mechanisms”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. XX, No. 2, 2016.

ÖNOK, Murat: Uluslararası Ceza Divanı’ni Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor, 2011. (Report concerning the Inconsistencies between the Turkish Penal Code and the Rome Statute; available only in Turkish,

translated by the author).

([http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM\\_rapor-web.pdf](http://www.ucmk.org.tr/dosya/Yayin/UCM_rapor-web.pdf) ) Date accessed: 16.12.2015)

SADAT, Leila Nadya: “Crimes against humanity in the modern age”, **American Journal of International Law**, Vol. 107, No. 2, pp. 334–377, 2013.

SCHARF, Michael. P: “Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 53, No. 2, pp.357–388, 2012.

SCHABAS, William. A: “Developments in the law of genocide”, **Yearbook of International Humanitarian Law**, Vol.5, pp. 131–165, 2002.

SCHABAS, William A: “Whither genocide? The International Court of Justice finally pronounces”, **Journal of Genocide Research**, Vol. 9, No. 2, pp. 183–192, 2007.

SCHABAS, William A: **An Introduction to the International Criminal Court**. 3<sup>rd</sup> edition. Cambridge University Press, 2007.

SCHABAS, William A: “State policy as an element of international crimes”, **The Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 98, No. 3, pp. 953–982, 2008.

SCHABAS, William A: **The International Criminal Court: a commentary on the Rome statute**, Oxford University Press, 2010.

SEYMEN ÇAKAR, Ayşen: “İnsanlığa Karşı Suçlar” (Crimes Against Humanity), **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol.103, 2012.

STANTON, Gregory H: “What is Genocide?”, **Genocide Watch**, 2002.

TRAHAN, Jennifer: “The Rome Statute’s Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference”, **International Criminal Law Review**, Vol. 11, No. 1, 2011.

ULUSOY, Orçun / KILINÇ, Utku: **Uluslararası ceza mahkemesi (International Criminal Court)**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2008.

URHAN, Betül / ÇELİK, Seydi: “Perceptions of ‘National Security’ in

Turkey and Their Impacts on the Labor Movement and Trade Union Activities”, **European Journal of Turkish Studies. Social Sciences on Contemporary Turkey**, Vol. 11, 2010.

UZUN, Elif: “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, (“The Development of International Justice and the Rome Statute”), 2003.

VON HEBEL, Herman / ROBINSON, Darryl: “Crimes within the Jurisdiction of the Court”. In Lee, R.S. (Ed.) **The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute**, pp.78–126, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

WERLE, Gerhard / BORIS, Burghardt: “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a ‘State-like’ Organization?”, **Journal of International Criminal Justice**, Vol.10, No. 5, 2012.

WENAWESER, Christian: “Reaching the Kampala Compromise on Aggression: The Chair’s Perspective”, **Leiden Journal of International Law**, Vol. 23, No. 4, 2010.

### CASES and REPORTS

*Akayesu*, (Trial Chamber), 2 September 1998.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), 2007 I.C.J. 70.

*Bashir* (ICC-02/05-01/09), Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hasan Al Bashir, 4 March 2009.

*Bemba* (ICC-01/05-01/08), Decision Pursuant to Articles 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009.

Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 March 2010, Pre-Trial Chamber II Decision.

European Commission Enlargement, EU-Turkey Relations. ([http://ec.europa.eu/enlargement/candidate-countries/turkey/eu\\_turkey\\_relations\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/candidate-countries/turkey/eu_turkey_relations_en.htm)) Date accessed:14.6.2016)

European Commission, Turkey 2005 Progress Report, SEC (2005) 1426,

Brussels 9 November 2005, p.130.

General Assembly Resolution, 3314 (XXIX), 14 December 1974, 29 U.N. GAOR, 29<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 31, UN Doc. A/9631.

ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997.

ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeal Judgment, 17 December 2004.

ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-A, Appeal Judgment, 29 July 2004.

ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-A, Appeal Judgement, 17 December 2004.

ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Judgment, 7 May 1997.

ICC, Office of the Prosecutor, Situation in the Republic of Kenya: Request for Authorisation of an Investigation Pursuant to Article 15, para. 106, ICC Doc. ICC- 01/09 (26 Nov. 2009).

International Criminal Court, Assembly activates Court's Jurisdiction over Crime of Aggression, (<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1350>) Date accessed: 29.03.2018)

Katanga et al. (ICC-01/04-01/07), Decision on the Confirmation of the Charges, 30 September 2008.

Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Articles 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against *Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424.

Press Release, 29 June 2016, State of Palestine becomes the thirtieth State to ratify the Kampala amendments on the crime of aggression. (<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1225>) Date accessed: 8.3.2017).

*Prosecutor v. Goran Jelisić*, (Appeals Judgement) IT-95-10-A (5 July 2001).

*Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, (Appeals Judgement) ICTR-95-1-T (21 May 1999).

*Prosecutor v. Goran Jelisić*, (Appeals Judgement) IT-95-10-A (5 July 2001).

*Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, (21 May 1998).

- Prosecutor v. Goran Jelisić*, (Appeals Judgement) IT-95-10-A (5 July 2001).
- Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, (Appeals Judgement) ICTR-95-1-T (21 May 1999).
- Prosecutor v. Jelisić*, Case No. IT-95-10-A, *Prosecution's Appeal Brief* (Redacted Version) (14 July 2000).
- Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (4 March 2009).
- Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Case No. ICC-02/05, *Summary of Prosecutor's Application under Article 58* (14 July 2008).
- Prosecutor v. Blagojevic and Jokic*, Case No. IT-02-60-T, Judgment, 17 January 2005.
- Prosecutor v. Katanga*, Case No: ICC-01/04-01/07, Confirmation of the Charges, 30 September 2008.
- Republic of Turkey, Ministry for EU Affairs, National Programme for the Adoption of the Acquis (NPAA), (2008), Chapter 31, Foreign, Security and Defence Policy, p.394. (<http://www.ab.gov.tr/?p=194&l=2> ) Date accessed: 14.6.2016).
- Situation in the Republic of Kenya, ([https://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/Pages/situation%20index.aspx](https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/Pages/situation%20index.aspx)) Date accessed: 11.12.2015).
- Statement by Mr. Ismail Aramaz, Head of the Turkish Delegation, ICC Review Conference, Kampala, 1 June 2010.
- The new Turkish Penal Code, Code No. 5237, The Turkish Official Gazette No. 26611, 12 October 2004. It came into force on June 1, 2005.
- The Turkish Military Penal Code.
- United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/13, Official Records, Vol. II, 124.

# HUKUKTA YAŞLI VE YAŞLILARA SUNULAN SOSYAL HİZMETLERİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Çınar Can EVREN\*\*

## ÖZ

Çocuklar, kadınlar, yaşlılar, engelliler gibi toplumdaki dezavantajlı grupların korunması özel düzenlemeler yapılmasını gerektirir. Bu düzenlemeler ise hukukun konusudur. Bu çalışmada; bireyin yaşlılık döneminde, bu sıfatı dolayısıyla tabi olacağı hukuki statü ve bu statü sonucu sahip olacağı hak, yetki ve yükümlülükler, ulusal ve uluslararası mevzuat göz önünde bulundurularak incelenecek; Türk hukukunda, hukukun farklı dallarında yaşlılar için tanınmış hak, yetki ve yükümlülükler tespit edilmeye ve yaşlılara sunulan hizmetlerin (sosyal hizmetler) kamu hizmeti ilkeleri bağlamında bir değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Yaşlı, yaşlı hukuku, sosyal hizmetler, kamu hizmeti.

## **ELDERLY IN LAW AND THE EVALUATION OF THE SOCIAL SERVICES OFFERED TO SENIORS IN THE CONTEXT OF ADMINISTRATIVE LAW**

### **ABSTRACT**

Protection of the disadvantaged population in our society including children, women, the elderly and the handicapped requires specific regulations, which is basically a matter of law. In this study, the legal status in which the individual will be subject to in senior years as well as the rights, authorities and obligations to be obtained by this status will be examined with the perspective of national and international legislation. Also, the recognized rights, powers and obligations for the elderly in different branches of law will be determined, and elderly services (social services) in the context of public service principles will be evaluated.

**Keywords:** The elderly, elderly law, social services, public service.

\* Bu makale 2017 yılı 29-31 Mayıs tarihleri arasında Hacettepe Üniversitesinde gerçekleştirilen Uluslararası Sosyal Hizmet Kongresinde sunulan tebliğin gözden geçirilmiş son halidir.

\*\* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi.

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 28/02/2018

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 20/09/2018

## I. Yaşlılık ve Yaşlı Kişi

Nüfusun yaşlanması, 21. Yüzyılda ön plana çıkan en önemli demografik olgulardan biridir. Bütün Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de insanlar artık daha uzun yaşamakta, doğum oranları azalmakta, dolayısıyla yaşlı nüfus sayısal ve oransal olarak artmaktadır.

Nüfusun yaşlanması; sağlık hizmetlerinden sosyal güvenliğe, çevre ile ilgili konulardan eğitime, çalışma hayatından, sosyo-kültürel faaliyetlere ve aile hayatına kadar pek çok alanı etkilemektedir<sup>1</sup>. Yaşlı nüfusun toplam nüfus içindeki oranının artması, sağlık harcamalarının artmasına; üretim ve vergi gelirlerinin azalmasına, sosyal güvenlik sisteminde dengesizlik oluşmasına neden olmaktadır<sup>2</sup>. Kısaca, nüfusun yaşlanması çözümlenmesi gereken pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu cümleden olmak üzere, emeklilik sisteminin sürdürülmesi; sağlık ve bakım hizmetlilerinin sağlanması; yaşlıların sosyal hayata entegre edilmesi; yaşlıların her türlü istismardan korunması bu sorunlardan sadece bir kaçıdır<sup>3</sup>.

Yaşlılık, kavramsal olarak, toplumdaki topluma ve hatta aynı toplum içinde kişiden kişiye ya da zamana göre değişiklik göstermektedir. İklim, beslenme, yapılan işin niteliği, cinsiyet gibi pek çok etken her zaman ve her yerde geçerli bir yaşlı tanımı yapılmasını zorlaştırmaktadır<sup>4</sup>. Birleşmiş Milletler’e (BM) göre de yaşlılık, her toplumda aynı anlama gelmediğinden kesin olarak tanımlanamaz, yaşam süresinin sürekli uzaması, yaşlılığın belirli bir zaman dilimine hasredilmesini güçleştirir<sup>5</sup>. Bu açıdan hangi yaşta sonra kişinin yaşlı kabul edileceği devletlerin takdirinde olup değişiklik göstermektedir<sup>6</sup>.

Yaşlı kişileri tanımlamak için kullanılan terimler arasında da bir birlik yoktur. Terminolojide “yaşlı kişiler”, “ileri yaşta kişiler”, “yaşlılar”, “üçüncü

<sup>1</sup> Devlet Planlama Teşkilatı (DPT): Türkiye’de Yaşlıların Durumu ve Yaşlanma Ulusal Eylem Planı, Yayın No. 2741, 2007, s. vii.

<sup>2</sup> 10. Kalkınma Planı (2013-2018): s. 10.

<sup>3</sup> United Nations (UN): Department of Economic and Social Affairs, World Economic and Social Survey 2007, Development in an Ageing World, E/2007/50/Rev.1 ST/ESA/314, New York 2007, s. 1, (2007).

<sup>4</sup> Altan Ömer Zühtü - Şişman Yener: “Yaşlılara Yönelik Sosyal Politikalar”, Kamu-İş; Y. 2003, C. 7, S. 2, s. 5.

<sup>5</sup> United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC): Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı, New York 2009, s. 123.

<sup>6</sup> UNODC: s. 123.



çağ”, “yaşlananlar” ve 80 yaş ve üstündekileri tanımlamak için de “dördüncü çağ” gibi ifadeler kullanılmaktadır<sup>7</sup>.

Kesin ve değişmez olmamakla birlikte Dünya Sağlık Örgütü’nün (DSÖ) yaptığı bir ayrıma göre, 60-74 yaş arasındaki kişiler “yaşlı”; 75-89 yaş arasındakiler “ileri yaşlı” ve 90 yaş ve üstündekiler “ihtiyar” kabul edilmektedir<sup>8</sup>. BM genellikle 60 yaş<sup>9</sup>; AB İstatistik Ofisi (Eurostat) ise 65 yaş<sup>10</sup> yaşlılık için eşik değer almaktadır<sup>10</sup>.

Türkiye için mevzuat incelendiğinde, genellikle 65 yaşın, yaşlılık statüsüne girmek için eşik değer kabul edildiği görülmektedir. Örneğin 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun uyarınca kişilerin sosyal yardımdan yararlanması için 65 yaşını doldurmuş olmaları gerekir (madde 1). Yine 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununa göre bir kişiye bakım hizmeti verilebilmesi, Kanunda belirtilen diğer şartlar yanında, kişinin 65 yaşını doldurmuş olmasına bağlıdır (ek madde 10). 4736 sayılı Kamu Kurum Ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal Ve Hizmet Tarifeleri İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 1/3. fıkrasına göre ise Türk vatandaşı olan 65 yaş ve üzeri kişiler, demiryolları ve denizyollarının şehir içi hatları ile belediyelere, belediyeler tarafından kurulan şirketlere, birlik, müessese ve işletmelere veya belediyeler tarafından yetki verilen özel şahıs ya da şirketlere ait şehir içi toplu taşıma hizmetlerinden ücretsiz olarak, demiryolları ve denizyollarının şehirlerarası hatlarından ise %50 indirimli olarak yararlanırlar. Belirtilen bu kurum ve kuruluşlar 60 ila 65 yaş arasında bulunan kişilerin toplu taşıma hizmetlerinden ücretsiz veya indirimli olarak yararlanmasını da sağlayabilirler.

<sup>7</sup> **Kara Bülent:** Sosyal Haklar Ve Özel Olarak Korunması Gereken Kişiler, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Isparta 2008, s. 84; **CESCR General Comment No. 6:** The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, Adopted at the Thirteenth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 8 December 1995 (Contained in Document E/1996/22), par. 9; Law Commission Of Ontario: **A Framework for the Law as It Affects Older Adults:** Advancing Substantive Equality for Older Persons through Law, Policy and Practice, Final Report April 2012, s. 24.

<sup>8</sup> **DPT:** s. 10.

<sup>9</sup> **UN:** s. 1, (2007).

<sup>10</sup> **CESCR General Comment No. 6:** The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, Adopted at the Thirteenth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 8 December 1995 (Contained in Document E/1996/22), par 9.

## II. Yaşlıların Karşılaştıkları Sorunlar

İnsan için yaşlanma özellikle sanayi devriminden sonra sosyal bir sorun haline gelmiştir. Bu sorunda, sanayileşme ve kentleşme sonucu ortaya çıkan toplumsal değişimler; göçün artması; geniş ailenin çekirdek aileye evrilmesi ve bunun bir sonucu olarak ailenin sosyal güvenlik müessesesi olmaktan çıkması; yaşamını ayrı sürdürmek zorunda kalan yaşlının, yaşlanmanın yarattığı sorunlarla yalnız mücadele etmek zorunda kalması etkili olmuştur<sup>11</sup>.

Yaşlılar, ayrımcılık<sup>12</sup>; yoksulluk<sup>13</sup>; fiziki, sözlü, cinsel saldırı ve suiistimal; ihmal, sağlık ve sosyal hizmetlere ulaşamamak gibi çok çeşitli problemlerle karşılaşabilmektedirler<sup>14</sup>. Bütün bu problemlere rağmen devletler, siyasi isteğin yetersizliği ve diğer dezavantajlı gruplara yönelik çalışmaların öncelenmesi nedeniyle yaşlılara ilişkin sorunlara hızlı ve gerekli cevapları verememektedirler<sup>15</sup>.

Yaşlıların mevcut haklarının kullanmaları önünde; haklar konusunda yeterli bilgi sahibi olmamaları, korkmaları, hukuki yardımların yetersizliği, istenen sonucun alınamayacağı düşüncesi ve adalete erişimin yetersiz olduğu şeklindeki inanç gibi engeller bulunmaktadır<sup>16</sup>.

Esasında yaşlılık genellikle olumsuz algılanıp yaşlı bireylerin fiziki ve hatta ruhsal ve mental durumlarının zayıfladığı düşünülse de yaşla birlikte kişinin bilgi ve tecrübesinin arttığı da bir gerçektir. Nitekim bu durum kanuni düzenlemelerde göz önünde bulundurulmaktadır. Başta TBMM<sup>17</sup> olmak üzere

<sup>11</sup> Altan/Şişman: s. 2.

<sup>12</sup> 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 3. maddesinde herkesin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit olduğu; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmektedir.

<sup>13</sup> Zorunlu emeklilik yaşı uygulaması, mali yönden suistimale uğramak, sabit gelir yokluğu, emekli maaşlarının yetersizliği yoksulluğa yol açan temel nedenlerdendir. **Fredvang** Marthe - **Biggs** Simon: The Rights of Older Persons, Protection and Gaps Under Human Rights Law, Social Policy Working Paper no. 16, s. 18.

<sup>14</sup> **Fredvang/Biggs**: s. 16.

<sup>15</sup> **Fredvang/Biggs**: s. 5.

<sup>16</sup> **Sanz Rosa**: Older People and Human Rights, A Reference Guide for Professionals Working with Older People, Age UK and BIHR, 2011, s. 7.

<sup>17</sup> Meclis İçtüzüğü madde 8: "*Yasama döneminin birinci birleşiminin ilk oturumundan başlayarak Başkan seçilinceye kadar, en yaşlı milletvekili, Geçici Başkanlık görevini yapar. İkinci derecede en yaşlı üye, Başkanvekilliği görevini yerine getirir. En genç altı milletvekili de, geçici olarak kâtip üyelik yaparlar.*"

pek çok Devlet biriminin kuruluş kanununda konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Örneğin 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu madde 11 uyarınca “İl genel meclisi, seçim sonuçlarının ilânını izleyen beşinci gün kendiliğinden toplanır. Bu toplantıda meclise en yaşlı üye başkanlık eder”<sup>18</sup>.

### III. Hukukta Yaşlı

Yaşlı hukuku<sup>19</sup> uyarınca kişi kanunda belirlenmiş olan yaşı doldurmakla yine kanunun belirlediği hukuki statüye girer. Bu hukuki statü yaşlının hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenler. Örneğin bir kişinin yaşlılık yardımından yararlanması, emekli maaşı alması, evlenmesi, araba kullanabilmesi veya işlediği suçtan sorumlu tutulabilmesi için mevzuatta belirlenmiş olan yaşta olması gerekir. Örneklerden de görüldüğü üzere yaş sadece yaşlılıkta değil gençlik döneminde de bir kısım hak ve yetkiden yararlanmak veya yükümlülüklerle tabi olmak için gereklidir.

Yaşlı hukukunun konusunu oluşturan yaşlının tespiti örneğin engelli hukukunun konusunu oluşturan engellinin tespitine göre daha kolaydır<sup>20</sup>. Zira birden çok engel çeşidi olup bunların farklı kurallara tabi olması mümkünken belli bir yaş sınırı kabul edildikten sonra o yaşa ulaşan herkes yaşlı sayılacak ve mevzuatta öngörülen hak, yetki ve yükümlülüklerle tabi olacaktır. Bu noktada yaşlılık için belli eşik değerleri kabul etmek, objektifliğin ve eşitliğin sağlanması açısından da yararlıdır.

Genellikle yaşlıları korumak amacına yönelik olmakla birlikte yaşa bağlı bazı düzenlemelerin yaşlıları mağdur etmesi de mümkündür. Örneğin yaşa bağlı zorunlu emeklilik uygulamasında, kanunun belirlediği yaşı dolduran

---

<sup>18</sup> Ayrıca bkz. 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu madde 28’de Başkanlığın boşalması halinde en yaşlı üyenin başkanlığı altında toplanacak Banka Meclisince Başkan vekili olarak seçilecek bir Başkan Yardımcısının, Başkanlık görevini ifa edeceği belirtilmiştir. Yaşlı üyelere ilişkin hükümler kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları hakkındaki kanunlarda da yer almaktadır. Örneğin 3224 sayılı Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu madde 14’e göre “Disiplin Kurulu toplantılarında Disiplin Kurulu Başkanı bulunmazsa o toplantıyı yönetmek üzere katılanlar arasından bir başkan seçilir. Seçim gerçekleşemezse kurula toplantıya katılanların en yaşlısı başkanlık eder.” 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu madde 40’a göre de Yüksek Haysiyet Divanı her toplantıda gizli oyla bir başkan ve bir raportör seçer. Toplantıyı bir önceki toplantının başkanı, o yoksa en yaşlı üye açar.

<sup>19</sup> “Yaşlı hukuku”nun bağımsız bir hukuk dalı olarak varlığının gerekip gerekmediği aşağıda değerlendirilecektir.

<sup>20</sup> **Kara:** s. 81.

kişi, halen çalışabilecek durumda olsa bile görevine devam edemez<sup>21</sup>. Ancak bir hizmetin görülebileceği azami yaşı gösteren kanunların mevcudiyeti, hizmetten yararlananlar için de önem arz eder. Şöyle ki belirli bir yaşın üstündeki kişilerin çalışması, en azından bazı hizmetler için, hizmetin istenen kalitede sunulması önünde engel teşkil edebileceği gibi genç kuşakların iş sahibi olmasını da zorlaştırır. Ayrıca yaşa dayalı düzenlemelerin çalışanlar açısından yararları da yok değildir. Örneğin yaşlı bu düzenlemeler sayesinde ücretsiz sağlık hizmetine veya çalışmadan devletten gelir elde etme hakkına kavuşabilmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi yaş sadece yaşlılıkta değil gençlikte de önem arz eder. Zira pek çok hak ve yetki ancak belli bir yaşa eriştikten sonra kullanılabilir. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 40'a göre genel olarak 18 yaşını tamamlayanlar Devlet memuru olabilir. Anayasanın 67. maddesine göre de 18 yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.

Belirli bir yaşı doldurmak bazı hak ve yetkilerin kullanılmasını sağlarken bazen bir hak ve yetkinin kullanılamamasına ve bazen de yaşının diğer kişilere göre farklı uygulamalara tabi tutulmasına da neden olabilir. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 50/3. fıkrası uyarınca *“daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.”* Maddede kanun koyucu mahkemelere takdir yetkisi tanımamış ve hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi konusunda bir yükümlülük getirmiştir. Yine TCK'nın 51. maddesi uyarınca işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilecek olup bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya **altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler** bakımından üç yıldır. TCK'nın 97. maddesinde ise *“Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* ve 98. maddesinde de *“Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların*

<sup>21</sup> Kanunun belirlediği bu yaşın, aynı zamanda, yaşlı kişileri diğerleri karşısından farklılaştırdığı ve onlardan daha güçsüz oldukları algısını yarattığı ileri sürülmektedir. **A Framework for the Law As It Affects Older Adults**: s. 124.

*elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”* hükümlerine yer verilmek suretiyle diğerlerinin yanında yaşlıların da korunması amaçlanmıştır<sup>22</sup>.

#### IV. Uluslararası Hukukta Yaşlı

Uluslararası ve bölgesel sözleşmelerde yaşlı ve yaşlılığa ilişkin çeşitli hükümler ve konuya ilişkin uluslararası organizasyonların<sup>23</sup> tavsiye kararları bulunmaktadır<sup>24</sup>. Bu metinlerin<sup>25</sup> dağınık halde bulunması ise yaşlıların hak, yetki ve yükümlülüklerinin ne olması gerektiğinin tespitini zorlaştırmaktadır.

Toplumdaki zayıf grupları korumaya yönelik uluslararası alanda bir dizi düzenleme bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, BM Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Önlenmesi Sözleşmesi (*The Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*); BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (*The Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*); Çocuk Hakları Sözleşmesi (*The Convention on the Rights of The Child*); Göçmen İşçilerin ve Onların Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Hakkında Sözleşme (*The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*)<sup>26</sup> ve BM Engelli Hakları Sözleşmesi (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006*) sayılabilir<sup>27</sup>. Örneklerden de görüleceği üzere yaşlılara yönelik münhasır bir sözleşme henüz kabul edilmemiştir.

<sup>22</sup> Yaşlıların korunmasına yönelik bir diğer düzenleme ise 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun madde 110'da yer almaktadır.

<sup>23</sup> Uluslararası Yaşlanma Federasyonunun (International Federation on Ageing) 1990 tarihli Yaşlıların Hak Ve Sorumluluklarına İlişkin Deklarasyonu (*Declaration of Rights and Responsibilities Of Older Persons*) buna örnek verilebilir.

<sup>24</sup> Yaşlılık uluslararası alanda daha görünür hale gelmiştir. Bu durumun gerçekleşmesinde bu alanda çalışan hükümet dışı organizasyonların payı büyüktür. Örneğin HelpAge International, the International Federation on Ageing (IFA), the Council on the Ageing (COTA) gibi kuruluşlar yaşlılık ve yaşlı hakları konusunda önemli çalışmalara imza atmaktadırlar. **Fredvang/Biggs**: s. 13.

<sup>25</sup> **The Rights of Older Persons**, Collection of International Documents, Editors: Israel Doron - Kate Mewhinney, International Federation on Ageing, Jerusalem 2007, s. 11.

<sup>26</sup> Bu Sözleşmenin 7. maddesi ile yaş temelli ayrımcılık yasağı getirilmiştir.

<sup>27</sup> Bu Sözleşmeler koruma altına aldığı toplum kesimlerine ek haklar bahsetmemekle birlikte bunların uğradıkları ayrımcılığı ve karşılaştıkları sorunları gözler önüne sermektedir. Yani bu sözleşmeler mevcut insan haklarını belli gruplar için özel olarak vurgulamaktadır. **Sanz**: s. 12.

Yaşlı haklarına münhasır bir sözleşmenin olmayışı<sup>28</sup> yaşlı haklarının uluslararası insan hakları hukukunda açıkça tanınmadığı; yeterince korunmadığı ve hükümetlere yaşlı haklarının gerçekleştirilmesi konusunda yükümlülük getiren yeterli düzenlemeler bulunmadığı eleştirilerine neden olmaktadır<sup>29</sup>.

Uluslararası insan hakları hukuku, insan haklarını kodifiye eden ve bunların uygulanmasını sağlayan bir sistem oluşturmaktadır. Bu hukuk düzeni, devletle birey arasındaki ilişkiyi konu alır. Birden çok sözleşmeden oluşan bu sistemde devlet sözleşmeye taraf olduktan sonra sözleşme ile bağlı hale gelir ve kendi iç hukukunda sözleşmeye istinaden gerekli değişiklikleri yapma yükümlülüğü altına girer. Taraf devlet sözleşme hükümlerine uygun biçimde iç hukukunda gerekli düzenlemeleri yapmaz veya herhangi bir suretle sözleşme hükümlerine uymazsa sözleşmeyi ihlal etmiş olur<sup>30</sup>.

Uluslararası sözleşmelerin zayıf yanı, sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin devlete ait olmasıdır. Özel sektör sözleşmeyle belirlenmiş yükümlülüklerin doğrudan muhatabı değildir. Ancak temel hak ve hürriyetler devlete/idareye karşı yöneltilebilir olmakla birlikte bazı hallerde özel sektöre de çeşitli yükümlülükler getirilmesi gerekir<sup>31</sup>. Bu nedenle devletler sözleşmede yer alan hükümlere istinaden özel sektöre yönelik yapacakları düzenlemelerde sözleşme ilke ve kurallarını göz önünde bulundurmaları zorundadırlar<sup>32</sup>. Esasen bazı metinlerde bu husus açıkça belirtilmiştir: BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin (*International Covenant on Civil and Political Rights*) 5. maddesi uyarınca sözleşme hükümlerinin hiçbirisi, bir devlet, kişi veya grup tarafından, hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amacıyla bir tasarrufta

<sup>28</sup> Yaşlı haklarının yeterince konuşulmamasının, yaşlıların lobi faaliyetlerinin yetersizliğinden kaynaklandığı söylenebilir.

<sup>29</sup> **Strengthening Older People's Rights: Towards a UN Convention, A resource for promoting dialogue on creating a new UN Convention on the Rights of Older Persons**, s. 3.

<sup>30</sup> Uluslararası sözleşmelerin hemen hepsinde bağımsız uzmanlardan oluşan, komite şeklinde örgütlenmiş bir sözleşme organı bulunmaktadır. Sözleşmeye taraf devletler bu komiteye düzenli olarak sözleşme hükümlerine uyum konusunda yapılan düzenlemeleri rapor ederler. Komite bu raporları inceler ve sözleşmelerin nasıl daha iyi uyarlanabileceği konusunda tavsiyelerde bulunabilir. Yine birçok komitenin aynı zamanda hak ihlallerini inceleme ve soruşturma yetkisi de bulunmaktadır. **Strengthening Older People's Rights**: s. 6.

<sup>31</sup> **Sanz**: s. 6.

<sup>32</sup> Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu madde 5'de "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." ifadesiyle açıkça olmasa da yaşın da dahil olduğu ayrımcılık yasağı kabul edilmiştir.

bulunmasına veya bu hak ve özgürlüklerin sözleşmede belirtilenden daha geniş biçimde sınırlandırılmasına imkân verir tarzda yorumlanamaz<sup>33</sup>.

Türk hukuku açısından 1982 Anayasasının 11. maddesi uyarınca “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır.*” Bu hukuk kurallarının içinde, dayanağını insan haklarından alan, temel hak ve özgürlüklerin de bulunduğu açıktır. Yaşlı hakları olarak ifade edilenler de temelde insan hakkı olup Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” Bu hükümlere istinaden, gerek uluslararası alanda taraf olunan sözleşmelerin ve gerekse iç hukuktaki düzenlemelerin yaşlılara sağlayacağı hak, yetki ve korumaya sadece kamunun değil özel sektörün de uyması gerektiği söylenebilir.

Bir kısım uluslararası sözleşmede yaşa yönelik hükümlere<sup>34</sup> yer verilmekle birlikte, münhasıran yaşlılara yönelik, kapsamlı ve bağlayıcı hükümler içeren bir sözleşme bulunmamaktadır<sup>35</sup>. Bu eksiklik nedeniyle uluslararası alanda yaşlı haklarına ilişkin bir sözleşme hazırlanması gerektiği şeklinde görüşler dile getirilmekte ve çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Ancak yaşlılara yönelik uluslararası bir sözleşme yapılması gerektiği konusunda görüş birliği de yoktur<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Aynı hüküm BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) 5. maddesinde de yer almaktadır.

<sup>34</sup> Göçmen İşçilerin ve Onların Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Hakkında Sözleşme madde 7.

<sup>35</sup> **Fredvang/Biggs**: s. 12; **Sanz**: s. 6. Bazı düzenlemelerin dolaylı olarak yaş ayrımcılığını engellediği söylenebilir. Örneğin BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 26’da ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Madde uyarınca herkesin kanun önünde eşit olduğu ve hiçbir ayırım gözetilmeden kanunun koruması altında olduğu belirtilmektedir. Madde uyarınca Sözleşmeye taraf devletler ırk, renk, cinsiyet, dil ve diğer nedenlerle ayrımcılık yapamaz. Dikkat edileceği üzere burada açıkça yaştan bahsedilmemektedir. Ancak diğer nedenlerin içine yaşın dahil edilmesi pekala mümkündür. Bununla birlikte “diğer nedenler” ifadesinin yeterli koruma sağlamadığı ve devletlerin yükümlülükten kaçmak için bu ifadenin içeriğini diledikleri gibi doldurma ihtimallerinin bulunduğu getirilen eleştiriler arasındadır. **Murphy Maggie**: Strengthening the Rights of Older People Worldwide: Building Greater European Support, HelpAge International and HelpAge Deutschland, 2012, s. 8.

<sup>36</sup> **Murphy**: s. 9.

Ayrı bir sözleşme yapılmasına gerek olmadığı şu gerekçelerle savunulmaktadır<sup>37</sup>: **1)** İnsan haklarının evrenselliği bütün grupların haklarının korunmasına imkân verir. **2)** Sözleşme hazırlamak masraflı ve uzun bir iştir, ayrıca uluslararası sözleşmelerin uygulanabilirliği sağlamak zordur. **3)** Sözleşmenin imzalanması, imzacı devletin bu hakları tanıyacağı anlamına gelmez. **4)** Bağlayıcı olmayan hükümler de yeterli korumayı sağlar. **5)** Yaşlılar için ayrı bir düzenleme yapmak, dikkatlerin onlar üzerine çevrilmesine, toplumla aralarındaki farkın daha da artmasına neden olur ve yaşlıları sosyal açıdan daha da marjinalleştirir.

Yaşlılara yönelik bağımsız bir sözleşme olması gerektiği ise şu gerekçelerle savunulmaktadır<sup>38</sup>: **1)** Yaşlılar sadece yaşlılık nedeniyle pek çok hak ihlaliyle karşılaşmaktadırlar. Bu ihlaller evrensel olup her ülkede birbirine benzer şekilde gerçekleşir. **2)** Yaşlılara ilişkin olarak, pek çok yasal boşluk bulunmaktadır<sup>39</sup>. Bu boşluk uluslararası bir sözleşme ile giderilebilir. **3)** Düzenleme sayesinde yaşlılara dikkat çekilecek ve yaşa dayalı ayrımcılıkla mücadele edilebilecektir. **4)** Sözleşme, yaşlı hakları ile ilgili kişi ve kurumların ülkedeki durumu incelemesine, hükümetlerin yasal yükümlülüklerini yerine getirmesi için baskı yapılmasına imkan sağlar. **5)** Sözleşme; gözetimde, bilgi toplamada ve suiistimallerin gerçekleşmeden önce önlenmesinde kolaylık sağlar.

## V. Avrupa Birliği Müktesebatında Yaşlı

Avrupa Birliği'nin (AB) İşleyişi Hakkında Antlaşma (*The Treaty On The Functioning Of The European Union*) madde 19'da Konseyin, Avrupa Parlamentosu'nun muvafakatini aldıktan sonra, özel yasama usulü uyarınca hareket ederek, oybirliğiyle, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, **yaş** veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alacağı; AB Anayasasının II-85. maddesinde ise, Birliğin yaşlı haklarını ve yaşlıların onurlu, bağımsız bir hayat sürme ve sosyal ve kültürel hayata katılma haklarına saygı duyacağı belirtilmektedir.

<sup>37</sup> Fredvang/Biggs: s. 14.

<sup>38</sup> Fredvang/Biggs: s. 15; Murphy: s. 17; **Strengthening Older People's Rights**: s. 7.

<sup>39</sup> Yasal boşluk yanında uygulama boşluğu da bulunmaktadır. Uygulama boşluğu, devletlerin taraf olduğu sözleşmelerin gereğini iç hukuklarında yerine getirmemesidir. Bu ikisi yanında yaşlıların haklarını öğrenmelerine engel olan bilgi boşluğu ve kurallara uyulup uyulmadığını denetlemeye imkan veren mekanizmaların eksikliğini ifade eden gözetim boşluğundan da söz edilmektedir. **Fredvang/Biggs**: s. 16; **Murphy**: s. 15 vd.



AB Temel Haklar Şartı'nın (*EU Charter of Fundamental Rights*) 21. maddesinde yaş temelinde ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır; 25. maddede ise Birliğin yaşlıların saygın ve bağımsız bir yaşam sürdürme ve sosyal ve kültürel hayata katılma hakkını tanıyıp saygı duyacağı belirtilmiştir.

Avrupa Sosyal Şartı'nın (*Revised European Social Charter*) 23. maddesinde akit taraflara yaşlıların sosyal korunma hakkını etkili bir biçimde kullanmasını sağlamak amacıyla doğrudan harekete geçme veya kamu ve özel sektörle işbirliği yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Madde uyarınca yaşlıların mümkün olduğunca uzun bir süre<sup>40</sup> topluluğun tam bir üyesi olarak kalmalarını sağlamak amacıyla, onların iyi bir yaşam sürmeleri ve sosyal ve kültürel hayatta aktif bir rol oynamalarına imkân verecek uygunlukta kaynaklar sağlanması; yararlanabilecekleri hizmet ve kolaylıklar hakkında bilgilendirilmeleri gerekir. Yine aynı maddede yaşlıların mümkün olduğunca uzun bir süre kendi hayat tarzlarını serbestçe seçmeleri ve bildikleri çevrede bağımsız bir biçimde hayatlarını sürdürebilmeleri için, ihtiyaçlarına ve sağlık durumlarına uygun konut sağlanması, evlerini bu koşullara uygun hale getirmeleri için destek verilmesi ve durumlarına uygun sağlık hizmetleri sunulması gerekir. Son olarak maddede kurumlarda yaşayan yaşlılara uygun destekler verilmesi ve onların özel hayatlarına ve kuruma ilişkin karar alma süreçlerine katılma imkânı tanınması gerektiği vurgulanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (*European Convention on Human Rights*) açıkça yaş bakımından ayrımcılık yasağını belirtmemiş olmakla birlikte Sözleşmenin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı, yaşa dayalı ayrımcılık yapılmasını da önlemektedir<sup>41</sup>.

## VI. Bağlayıcı Olmayan Metinler

Yaşlılara yönelik hukuken bağlayıcı olmayan ancak devletlere moral yükümlülük getiren tavsiye kararları da bulunmaktadır. Bu metinler devletlerin standart ve politika oluşturmalarında göz önünde bulundurulabilecekleri belgeler olmakla birlikte bağlayıcı değildirler. Bu nedenle uygulanabilirlikleri sınırlıdır. Ayrıca devletler bu metinlerle öngörülen standartları iç hukuklarına

---

<sup>40</sup> Appendix to the Revised European Social Charter art. 23 uyarınca “uzun süre”, yaşlının fiziksel, psikolojik ve zihinsel yeteneklerine bağlıdır.

<sup>41</sup> Avrupa Adalet Divanı (European Court of Justice), 22.11.2005 tarihli Mangold Kararında yaş temelinde ayrımcılık yapma yasağı genel prensibinin etkin bir şekilde uygulanmasını garanti etmenin ulusal mahkemelerin yükümlülüğünde olduğunu belirtmiştir. **Davies** Ron: *Older People In Europe EU Policies And Programmes European Parliamentary Research Service, Briefing 2014, s. 2.*

aktarmada isteksiz davranabilmektedirler<sup>42</sup>. 1991 tarihli BM 46/91 sayılı Yaşlı İlkeleri (*UN Principles for Older Persons*)<sup>43</sup> ve yaşlanma hakkında Madrid Uluslararası Eylem Planı (*Madrid International Plan of Action on Ageing*) bunlara örnek verilebilir.

1982 tarihli Viyana Uluslararası Yaşlanma Eylem Planı (*Vienna International Plan of Action on Ageing*), BM'nin yaşlı insan haklarına ilişkin ilk çalışması kabul edilmektedir. Bu Planda yaşlılara ayrımcılık yapılmasının engellenmesi, evde bakım hizmeti sunulması, hükümetlerin basmakalıp yaklaşımlardan kurtularak yaşlılığın değerini anlaması önerilmiştir. Bu Planı 20 yıl sonra 2002 tarihli Madrid Eylem Planı (*Madrid International Plan of Action on Ageing*) izlemiştir. 1982 tarihli Planın güncellenmiş ve genişletilmiş şekli olan Madrid Planında yaşlıların temel hak ve hürriyetlerinin tamamen gerçekleştirilmesi; yaşlıların ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi haklarını kullanabilmelerinin sağlanması ve yaşlılara her türlü şiddet ve ayrımcılığın önlenmesi amaçlanmıştır<sup>44</sup>.

## VII.Yaşlı Hukuku

Türkiye'de hemen hiç gündeme gelmemiş olan yaşlı hukuku, diğer devletler için de genç bir hukuk dalıdır. Örneğin yaşlı hukuku ABD'de 1980 ortalarında gündeme gelmiştir<sup>45</sup>. Yaşlı hukukunun gündeme gelmesinde, yaşlı nüfusun artması sonucu bu grubun daha fazla ön plana çıkmaya başlaması etkili olmuştur.

Yaşlı hukuku farklı ülkelerde farklı biçimlerde gelişmekte olup bu farklılaşmada ülkelerin demografik özellikleri, sağlık hizmetleri ve emeklilikle ilgili ulusal mevzuat ve politikaları etkilidir<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Fredvang/Biggs: s. 13.

<sup>43</sup> Bağlayıcı olmayan bu Deklerasyon herhangi bir gözetim veya zorlama mekanizması getirmemiştir. Sanz: s. 12.

<sup>44</sup> Fredvang/Biggs: s. 12.

<sup>45</sup> Amerika'da yaşlıların korunması ve onlara yardım sağlamak amacıyla 1979 yılında Amerikan Barosu Hukuk ve Yaşlılık Komisyonu kurmuştur. Bu multidisipliner komisyon kendi profesyonel görevlileri yanında geriatristleri, akademisyenleri, avukatları, hâkimleri, sosyal hizmet çalışanlarını, sosyologları, doktorları yani çeşitli meslek gruplarını bir araya getirmekte, yaşlılığa yönelik özel yasal konuların belirlenmesi, tanımlanması ve çözümler bulunması için çalışmalar yapmaktadır. Bogutz A. D: "Elder Law: A Personal Perspective", in Theories on Law and Ageing, The Jurisprudence of Elder Law, Edt. Israel Doron, Springer 2009, s. 2 vd.

<sup>46</sup> Dayton A. K: "A Feminist Approach to Elder Law", in Theories on Law and Ageing, The

Yaşlı hukuku, yaşlıların yaşamına dokunan hukukun her dalı ile ilgilidir<sup>47</sup>. Bu nedenle disiplinler arası olup anayasa, ceza, idare, sosyal güvenlik, sağlık, iş, medeni hukuk gibi hukukun birçok dalı ile ilgilidir<sup>48</sup>.

Yaşlı hukuku, yaşlı kabul edilen kişilere hukukun nasıl etki edeceğini konu alan, yaşlılara çeşitli hak ve yetkiler bahşeden, onları korumaya yönelik hükümler getiren; yaşlıların haklarını, onlara karşı devletin ve kişilerin yükümlülüklerini ve yasal sorumluluklarını konu alan hukuk dalı şeklinde tanımlanabilir<sup>49</sup>.

Yaşlı hukukuna ilişkin bir kısım konu doğrudan yaşlılığa yönelik düzenlemeler öngörmekle birlikte bazıları böyle bir amaç gütmemekte; dolaylı olarak yaşlıları daha çok ilgilendirmektedir<sup>50</sup>. Genellikle emeklilik ve emekli maaşına ve yaşlı bakım hizmetlerine ilişkin düzenlemeler birinci gruba dahilken sağlık veya sosyal hizmetleri düzenleyen mevzuat, bu hizmetler yaşlılarca daha fazla kullanılacağından, yaşlıları dolaylı olarak, ancak gençlere göre daha fazla ilgilendirmektedir.

Yaşlı hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olmasının gereksiz olduğu nitekim mevcut kural ve ilkelerle aynı sonuca ulaşılabileceği savunulan görüşler arasındadır. Bu görüşe göre örneğin yaşlı istismarı için ayrı bir düzenleme yapmak gereksizdir ve ceza kanunlarındaki hükümlerle aynı amaca ulaşılabilir. Yine bu görüş taraftarları uyarınca yaşlılara ilişkin konuların genel kurallar çerçevesinde çözülmesi, yaşlılarla diğer kişilere aynı kurallar uygulanacağından, onların toplumun eşit bireyleri olarak kabul edilmesini sağlayacaktır<sup>51</sup>.

Bağımsız bir yaşlı hukukunun oluşturulması gerektiğini savunanlar ise yaşlılara özgü konuların genel düzenlemelerle karşılanamayacağını; genel hükümlerin yaşlıların ihtiyaçlarına yeterli cevabı veremeyeceğini

---

Jurisprudence of Elder Law, Edt. Israel Doron, Springer 2009, s. 51.

<sup>47</sup> **Dayton**: s. 51.

<sup>48</sup> **Yazıcıoğlu** Cafer Tufan: “Yaşlılık Hukuku”, Akademik Geriatri 2010, s. 158.

<sup>49</sup> **Surtees** D: “What can Elder Law Learn from Disability Law?”, in Theories on Law and Ageing, The Jurisprudence of Elder Law, Edt. Israel Doron, Springer 2009, s. 102; **Yazıcıoğlu** Cafer Tufan: Yaşlılık Hukuku, Türkiye İşçi Emeklileri Derneği, s. xxviii, (kitap).

<sup>50</sup> **Dayton**: s. 52.

<sup>51</sup> **Doron** I: “A Multi-Dimensional Model of Elder Law”, in Theories on Law and Ageing, The Jurisprudence of Elder Law, Edt. Israel Doron, Springer 2009, s. 60.

belirtmektedirler<sup>52</sup>. Bu görüş taraftarlarından Yazıcıoğlu'na göre<sup>53</sup> “*Yaş, yaşlı, yaşlılık, yaşlanma, ihtiyarlık, kocamak ve emeklilik gibi kavramlar yaşlılıkla ilgilidir ve bu kavramları hukukten de tanımlamak gerekir. İşte bu noktalarda hukukun yeni bir disiplini olarak “yaşlılık hukuku” devreye girmelidir. Özel bir hukuk dalı yaşlılığı korumalıdır. Bir hakkın varlığı ancak bir hukuk kuralının olması ile mümkündür. Hukuk düzenlemelerinin temel ilkesi insandır. Yaşlı istismar ve ihmaline ilişkin cezaları da içeren özel yasal düzenlemelere ihtiyaç büyüktür.*”

Uluslararası alanda olduğu gibi Türk hukukunda da yaşlılara münhasır düzenlemeler dağınık halde bulunmaktadır. Bu hükümlerin bir araya getirilmesiyle yaşlıların insan haklarının korunması için gerekli yükümlülüklerin daha belirgin hale geleceği söylenebilir<sup>54</sup>. Yapılacak düzenlemede yaşlılara insan haklarının nasıl uygulanacağı açıklanmalı, devletin yükümlülükleri net bir biçimde ortaya konmalıdır.

### VIII. Yaşlı Hakları

Yaşlı haklarının temelinde onur, adalet, saygı, eşitlik, özerklik gibi ilkeler yatar. Bu ilkelerin yaşlılara sunulacak hizmetlerde, onların bağımsızlığını ve topluma katılmalarını sağlamak için temel esaslar kabul edilmesi gerekir<sup>55</sup>.

Yaşlılara çeşitli hak ve yetkiler tanınırken aynı zamanda onları korumaya yönelik mekanizmalar da getirilmelidir. Yaşlılara yönelik yapılacak düzenlemelerin sorumlusu büyük ölçüde devlet/idare olmakla birlikte sunulacak hizmetlerde özel sektöre yönelik olarak da belirli standartlar getirilmesi gerekir<sup>56</sup>.

Yabancı yazında, uluslararası sözleşmelerde, tavsiye kararlarında ve sivil toplum örgütlerinin çalışma raporlarında yaşlılara aşağıda belirtilen hak, yetki ve korumaların tanınması ve sağlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>57</sup>:

<sup>52</sup> Doron: s. 62.

<sup>53</sup> Yazıcıoğlu: s. 158.

<sup>54</sup> **Strengthening Older People's Rights**: s. 6. Yaşlıların diğer insanlar gibi insan haklarını kullanabilmeleri için en etkili yolun bu olduğu ifade edilmektedir. **Towards A Convention On The Rights Of Older People**, <http://www.helpage.org>

<sup>55</sup> **The Rights of Older Persons**: s. 12; **A Framework for the Law As It Affects Older Adults**: s. 100.

<sup>56</sup> **Strengthening Older People's Rights**: s. 8.

<sup>57</sup> İnsan Hakları Evrensel Deklarasyonu (*Universal Declaration of Human Rights*, art. 25); *Recommendation 1254 (94) of the Parliamentary Assembly on the Medical and Welfare*

- Yaşına, sağlığına ve çevre şartlarına uygun yiyecek, su, barınma ve giyecek,
- Yaşa bağlı bir engelle karşılaşmadan çalışma, gelir getirici faaliyetlerde bulunma,
- Eşit ve adil muamele görme, ayrımcılığa maruz kalmama<sup>58</sup>,
- Emekli olma, işi bırakma,
- Emekli maaşının çalışırken alınan ücretle uyumlu olması ve bu sayede sosyal hayata katılabilme,
- Kaynaklardan adil şekilde yararlanma,
- Uygun sosyal korunma ve asgari gelir,
- Fiziki, zihni ve duygusal durumunu korumak veya geri kazanmak için ulaşılabilir fiyatlarla veya ücretsiz sağlık ve evde bakım hizmetlerinden yararlanma,
- Okur-yazarlığı artırma ve iş bulma amacıyla eğitim ve staj programlarına katılma,
- Güvenli bir ortamda yaşama, kendisi ve ailesi için sağlığına ve huzuruna uygun standartlarda bir hayat sürdürme,
- Mümkün olduğunca uzun süre evde ikamet etme,
- Toplumla bir arada kalma ve toplumsal yaşama aktif biçimde katılma,
- Esenliğini doğrudan etkileyecek politika süreçlerine katılma<sup>59</sup>,

---

*Rights of the Elderly: Ethics and Policies, 1994; Recommendation No. R (94) 9 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Elderly People, 1994. Draft Resolution on a Declaration of Old Age Rights 1948; Help Age International - Ten Actions to End Age Discrimination, 2001; East and Central Europe Network - Prague Declaration, 2002; 1990 ve 1999 tarihli IFA Deklarasyonları (IFA Declaration of Rights and Responsibilities Of Older Persons 1990; IFA Montreal Declaration 1999). Metinleri için bkz. **The Rights of Older Persons**: s. 15 vd; **Strengthening Older People's Rights**: s. 4.*

<sup>58</sup> Yaş ayrımcılığı (ageism); ırkçılık, cinsiyetçilik gibi, kişinin yaşına bağlı olarak yapılan ve yaşlının daha değersiz, yarırsız olduğu yönündeki inanç sistemi şeklinde tanımlanmaktadır. **A Framework for the Law As It Affects Older Adults**: s. 68.

<sup>59</sup> Sayılan bu hakların elde edilebilmesinin, yaşlıların karar alma süreçlerine aktif bir biçimde katılmalarına bağlı olduğu belirtilmektedir. IFA Montreal Declaration, 1999.

- Bilgi birikimi ve deneyimlerini genç nesillere aktarma,
- Toplumla hizmet için imkânlar arama, geliştirme ve ilgi ve yeterliklerine uygun ölçüde topluma gönüllü hizmet verme,
- Aile yardımı ve bakımından yararlanma,
- Dernek kurma,
- Herhangi bir kurumda kalırken hak ve özgürlüklerini kullanmaya devam etme,
- Toplumun eğitim, kültürel, dini ve rekreasyonel kaynaklarına erişme,
- Fiziksel, ruhsal veya ekonomik yönden suiistimal edilmeme<sup>60</sup>,
- Sağlığı hakkında kendi başına karar verme, sadece yaşamını uzatmak için verilecek tedaviyi reddetme veya onay vermek suretiyle ölme,
- Son yıllarını stres ve üzüntüden uzak yaşama.

Bu hakların bir kısmı yaşla doğrudan ilgili iken bir kısmında bu haklara yaşlıların ihtiyacı daha fazla olabilmektedir. Örneğin sağlık hizmetleri bütün insanlar için gereklidir ancak yaşlıların gençlere nazaran bu hizmete daha fazla ihtiyaç duyduğu bir gerçektir. Yaşlılık sigortası ise doğrudan yaşlılara yöneliktir.

Yukarıda sayılan hak, yetki ve korumaların büyük kısmının mevzuatta, dağınık halde de olsa, yaşlılara tanındığı görülmektedir<sup>61</sup>. Örneğin 2828 sayılı Kanun madde 16/3'de korunmaya ve bakıma alınmış olup, iş görme gücüne sahip ve istekli olanların buldukları sosyal hizmet kuruluşlarının uygun görülen hizmetlerinde haftada 40 saati geçmemek üzere tespit edilecek çalışma saatleri içinde, saat başına ücret ödenmek kaydıyla çalıştırılabilecekleri düzenlenmiştir. Yine aynı Kanun madde 27 uyarınca sosyal hizmet kuruluşlarında muhafaza ve bakımlarına terkedilen şahıslara karşı herhangi bir suç işleyen kuruluş görevlileri hakkında bu suç nedeniyle genel hükümlere

<sup>60</sup> Yaşlı istismarı ve ihmeline örnekler şunlardır: besinsiz veya susuz kalma, fiziki, psikolojik veya cinsel istismar, yardım taleplerinin görmezden gelme, yatakların değiştirilmemesi, yatak yararları, yetersiz hijyen koşulları, aşırı fiziki kısıtlama. **Sanz:** s. 21.

<sup>61</sup> Yaşlılara sunulacak hizmetler ve bu hizmetleri sunmakla görevli olanlar çeşitli ve çok sayıdadır. Örneğin sağlık, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler gibi hizmetler hem sayısal olarak çoktur hem de kamunun farklı birimleri ve özel sektör tarafından sunulmaktadır. Bu durum ister istemez mevzuatın tedvin edilmesini güçleştirmektedir.

göre verilecek muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezalar ile para cezaları üçte bir oranında artırılarak hükmolunur.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu madde 4’de elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde teknolojik yeniliklerin kullanılması da dahil olmak üzere engelli, **yaşlı** ve sosyal açıdan korunmaya muhtaç diğer kesimlerin özel ihtiyaçlarının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun madde 37’de RTÜK’ün görevleri arasında “*Engellilerin ve **yaşlıların** yayın hizmetlerine ve yeni teknolojilere erişimini kolaylaştırmak amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasını teşvik etmek*” sayılmaktadır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 61 uyarınca “*tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, **yaşlıları**, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklam*” yapılması yasaklanmıştır. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu madde 55’de ise ciddi sağlık sorunları, **yaş** ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülen yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı verilemeyeceği belirtilmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 408. maddesinde ise yaşlıların mali yönden suiistimal edilmesini önlemeye yönelik hükümlere yer verilmiş olup madde uyarınca yaşlılığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden her ergin kısıtlanmasını isteyebilir. Yine mali suiistimali önlemeye yönelik başka bir düzenleme de Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin 91. maddesinde bulunmaktadır<sup>62</sup>.

Yaşlıların buldukları çevrenin karar alma sürecine katılmalarına imkan tanıyan düzenlemelere de mevzuatta rastlamak mümkündür. T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Dinlenme Ve Bakımevleri (Huzurevleri) İşletme Yönetmeliğinin 10. maddesinde dinlenme ve bakımevlerinde bulunması gereken koordinasyon ve değerlendirme kurulunun üyeleri arasında aynı Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca seçimle gelen 3 emekli, 1 dul ve 1de diğer sakinlerden olmak üzere 5 sakin temsilcisi bulunması gerekir<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> “İlgilinin yaşlılık, hastalık veya dış görünüşü itibariyle yeteneğinden şüphe edilmesi veya bu konuda ihbar ve şikayet bulunması hallerinde temyiz kudretinin varlığı doktor raporu ile saptanır. Bu takdirde metnin içinde tarih ve numarası ile rapordan bahsedilir, raporun aslı işlemin noterde kalan nüshasına eklenir.”

<sup>63</sup> Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca “Sakin temsilcileri her yılın başında sakinler arasından

## IX. Yaşlı Hakları - İnsan Hakları Ayrımı

İnsanlara tanınan haklar için “*insan hakları*”, “*temel hak ve hürriyetler*” gibi terimler kullanılmaktadır. Bunlardan temel hak ve hürriyetler, Anayasa tarafından tanınan ve güvence altına alınan haklardır. İnsan hakları bir ideali, olması gerekeni ifade eder ve anayasa ve kanunlarla tanınan kamu hürriyetlerinin felsefi temelini oluşturur. Yani insan hakları Anayasada tanınan temel hak ve hürriyetlere kaynaklık eden ilkedir<sup>64</sup>.

İnsan hakları evrenseldir. İnsan haklarının bu niteliği, sahip olduğu sınıflara bakılmadan insanın bu haklara sahip olduğunu anlatır. Yani insanın yaşlı-genç, zengin-fakir, sağlıklı-hasta olması arasında insan haklarına sahip olmak açısından bir fark yoktur.

İnsan haklarının evrenselliği göz önünde bulundurulduğunda yalnızca yaşlılara tanınacak hakların insan hakkı olarak kabul edilemeyeceği söylenebilir. Ayrıca yaşlı hakları başlığı altında sayılan bütün haklar da aslında birer insan hakkıdır. Örneğin yaşlı istismarı ve ihmaline karşı korunma hakkı yaşama hakkı ve özel hayata saygı hakkıyla ilgilidir. Yine tedaviyi kabul veya reddetme de özel hayata saygı hakkı ile ilgilidir<sup>65</sup>. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bu açıklamalar uyarınca ayrı bir yaşlı hakları kategorisi yaratmaya gerek olmadığı düşünülmektedir<sup>66</sup>. Aksi halin kabulü hakların sayısının artmasına, bu durum ise belirsizliğe ve bu hakların önemlerini yitirmesine neden olabilir.

İnsan hakları yaşlıların da yeterince korunmasını sağlar. Zira insan haklarının ve insan haklarının pozitif hukukta görünümü olan kamu hürriyetleri ve temel hak ve hürriyetlerin temelinde yatan görüş insan onurudur. Nitekim 2828 sayılı Kanun’da da korunmaya, bakıma ve yardıma ihtiyacı olan kişilere hizmet sunumunun insan haysiyet ve vakarına yaraşır şekilde yerine getirileceği sosyal hizmetlere ilişkin genel esaslar arasında sayılmıştır (m. 4/1-1). 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 1. maddesinde ise insan onuru temel alınarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesinden bahsedilmektedir.

---

*seçimle belirlenir: Seçilenlerden en fazla oy alanlar asil, onlardan az oy alan 5 sakın yedek üye olur.”*

<sup>64</sup> **Kuçuradi** İoanna: İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s. 57 vd.

<sup>65</sup> **Sanz**: s. 21 ve 25.

<sup>66</sup> Yabancı yazında da yaşlıların insan haklarının güçlendirilmesinden bahsedilmektedir. **Strengthening Older People’s Rights**: s. 3.



İnsan onurunun korunması ayırım yapmadan tüm insanlar için gereklidir. Nitekim insan hakları gelişim süreci içinde, kadın haklarının ayrı bir kategori oluşturmadığı; 20. Yüzyılın yarısından sonra, kadının insan haklarının gelişmeye başladığı görülmektedir<sup>67</sup>. Aynı husus yaşlı ve engelliler gibi toplumun kırılgan diğer grupları için de geçerlidir.

Ayrı bir yaşlı hakları kategorisine gerek olmamakla birlikte ayrı bir yaşlı hukuku kanaatimizce gereklidir. Bu sayede yaşlıların insan haklarını bu sıfatları dolayısıyla sahip oldukları güçlükler ve özellikler gözetilerek kullanmalarına yönelik düzenlemeler yapılabilir.

## X. Türkiye’deki Durum

Anayasa’nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına saygılı sosyal bir hukuk Devletidir. Anayasa’nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri “*Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” şeklinde sayılmıştır. Yine Anayasa’nın 56. maddesi uyarınca “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip*” olup 61. madde uyarınca da **yaşlıların**, Devletçe korunacağı, yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıkların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa mahkemesine göre<sup>68</sup>:

“*Sosyal devletin amaçlarından biri de kısmen ya da tamamen çalışamamaları nedeniyle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşebileceklere, insan onuruna yaraşır asgarî bir hayat sürmeleri için gerekli olan geliri sağlamaktır. Böylece toplumdaki ekonomik eşitsizlikler bir ölçüde azaltılmış, sosyal devlet ve sosyal adalet ilkelerine uygunluk sağlanmış olur*”

Danıştay’a göre de<sup>69</sup>:

“*... sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum*

<sup>67</sup> **Dinçkol** Bihterin: “*Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 4 Sayı: 8 Güz 2005/2, s. 101.

<sup>68</sup> AyM: 11.03.2003, E. 2001/351, K. 2003/10.

<sup>69</sup> D2D: 23.12.2005, E. 2004/7942, K. 2005/4297, (DBB).

*yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi, bu arada çalışanları, emeklilerle yaşlıları durumlarına uygun düzenlemelerle, sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir.”*

Bu noktada sosyal devletin ne olduğu üzerinde kısaca durmak yararlı olacaktır. Sosyal devlet, liberal devletin 20. Yüzyılda kendi içinde geliştirdiği bir aşamadır. Sosyal devlet, liberal devletin hak, eşitlik ve özgürlük anlayışını korumakla birlikte kişiler için sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetler getirmiştir<sup>70</sup>.

Liberal devlette herkes doğuştan özgür ve eşit kabul edilir. Kişiler arasındaki sosyo-ekonomik farklar liberal devlette devlet için önem arz etmez. Zira bireylerin maharetlerini, yeteneklerini ve şanslarını kullanarak eşitliği sağlayabileceklerine inanılır. Oysa sosyal devlette bireyler arasında fırsat eşitliği sağlanır. Bu sayede kanun önünde eşitlik sosyal eşitlikle desteklenir ve daha sağlam hale gelir<sup>71</sup>. Yani sosyal devletin amacı ekonomik eşitsizliklerin toplum ve düşük gelirliilerin hayatının yaşanmaz hale gelmesini önlemektir<sup>72</sup>.

Cumhuriyetin niteliklerinden hukuk devleti ilkesiyle yakından ilgili olan ve aynı zamanda kendisi de anayasal bir ilke olan “eşitlik ilkesi”yle de konu yakından ilgilidir. Anayasa’nın 10. maddesi uyarınca “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Maddede her ne kadar açıkça “yaş” belirtilmemişse de maddede geçen “benzeri sebepler” ifadesinin yaş temelli ayrımcılık yapılmasını yasakladığı açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında Anayasanın 10. maddesine atıf yaparak “yasalar önünde aynı hukuksal konumda bulunan yaşlı ile gencin ... fark gözetilmeksizin eşit haklara sahip olması ve yasalar tarafından eşit olarak korunmaları gerek”tiğini ifade etmiştir<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Göze Ayferi: Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist Ve Sosyal Devlet, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 143.

<sup>71</sup> Göze: s. 166 vd.

<sup>72</sup> Göze: s. 187.

<sup>73</sup> AyM: 20.03.2002, E. 2000/39, K. 2002/35.

Anayasanın 10. maddesine 2010 yılında eklenen fıkrayla çocuklar, **yaşlılar**, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı belirtilmiştir. Bu ek fıkra ile toplumda dezavantajlı kabul edilen kesimlere yönelik pozitif ayrımcılık Anayasal düzeyde kabul edilmiş ve devleti bu ilkeyi yaşama geçirme bakımından yükümlü kılmıştır<sup>74</sup>.

Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hüküm hukuki eşitliği anlatır. Ancak hukuki eşitlik toplumu oluşturan dezavantajlı grupların bu dezavantajlarını ortadan kaldırmaya yetmez. Bu eşitsizliğin azaltılabilmesi için devletin zayıf olanları korumaya yönelik ayrımcı uygulamalar yapması gerekir ki buna "*pozitif ayrımcılık*" denir<sup>75</sup>.

Pozitif ayrımcılık; toplum kesimlerinden birinin diğerlerine oranla daha olumsuz koşullarda bulunması nedeniyle bu olumsuzluğu ortadan kaldırmak adına o kesime diğer kesimlere tanınmayan, eşitliği sağlamak için, çeşitli avantajlar sağlamaktır. Yani burada amaç aslında mevcut eşitsizliği gidererek eşitliği tesis etmektir<sup>76</sup>. Pozitif ayrımcılık; cinsiyet, engelli olma, çocuk veya yaşlı olma gibi kişinin farklı özelliklerine istinaden yapılabilir. Bu özelliklerin her biri bu özelliklere sahip kişilere toplumun diğer bireylerinden daha farklı uygulamalar yapılmasını gerektirir<sup>77</sup>.

Pozitif ayrımcılık, geleneksel normatif eşitlik anlayışı nedeniyle toplumda fiili olarak ortaya çıkan adaletsizlikleri düzeltmek için kabul edilmiştir. Bu amacın gerçekleşmesi devlete bu konuda pozitif yükümlülükler getirilmesine bağlıdır. Pozitif ayrımcılık tanımı gereği toplumdaki zayıf ve dezavantajlı kesimleri korumayı amaçlar<sup>78</sup>. Nitekim 2828 sayılı Kanun 4/1-c'de de "*Sosyal hizmet programlarının uygulanmasında korunmaya ihtiyacı olan çocuk, ihtiyacı olan engelli ve **ihtiyacı olan yaşlıya öncelik tanınır***" hükmü yer almaktadır.

<sup>74</sup> **Ulucan** Devrim: "*Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S, 2013, s. 369-383 (Basım Yılı: 2014), s. 372.

<sup>75</sup> **İba** Şeref: "*Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği*", AİD, Y. 2006, C. 39, S. 1, s. 1. "*Sadece kanun önünde eşitlik sağlamak yeterli değildir. Eylemli eşitlik, hukuksal eşitliğin önüne geçmelidir. Yaşlılara kamusal destek artmalı, toplumsal, ekonomik ve sosyal yaşamdaki eşitsizlikler giderilmelidir. Yaşlılar için özel önlemler almak, eşitlik düzenlemeleri içinde yer almalıdır.*" **Yazıcıoğlu**: s. 158.

<sup>76</sup> **Ulusoy** Ali: Türk İdare Hukuku, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 119.

<sup>77</sup> **Ünlü** Tuğba: Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya 2009, s. 21.

<sup>78</sup> **İba**: s. 8.

Anayasanın 11. madde hükmüne göre “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” Bu hüküm uyarınca eşit davranma sadece devlete değil özel kişiler için de kabul edilmiş bir yükümlülüktür<sup>79</sup>. Ancak eşitlik ilkesi, özel hukuk alanında kamu hukukunda olduğu kapsamda ve genişlikte uygulanamaz. Aksi halde Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetini açıklamak çok güçleşir<sup>80</sup>. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu 6. madde uyarınca özel sektör tarafından yapılacak işe alımlarda yaşa dayalı ayrımcılık yapılamayacak olup bunun tek istisnası işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanmasının gereklilik ve amaçla orantılı olmasıdır. Yani işin niteliği gerçekten böyle bir ayırım yapılmasını gerektirmediği sürece işverenin yaşa dayalı ayırım yapması hukuka aykırıdır.

Yukarıda da belirtildiği gibi yaşlı hakları aslında insan haklarından başka bir şey değildir. Yine yukarıda belirtilen yaşlı haklarından bir kısmı Anayasa’da temel hak ve hürriyetler olarak bir kısmı ise kanunlarda kamu hürriyetleri olarak düzenlenmiştir. Anayasa’da temel hak ve hürriyetler kişi hak ve ödevleri, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ve siyasi haklar ve ödevler başlıkları altında üç kategoriye ayrılmıştır. Birinci grupta yer alan kişi hak ve hürriyetlerinde genel olarak devletin bu haklara müdahale etmemesi yükümlülüğü bulunmakta olup bu nedenle ilk sınıf haklara negatif statü hakları da denir. Siyasi haklar ise vatandaşın devlet yönetimine katılımını konu almakta olup bu grupta yer alan haklara da aktif statü hakları denir. Üçüncü grupta yer alan ve aynı zamanda pozitif statü hakları olarak da ifade edilen sosyal ve ekonomik haklarda ise, bireylerin bu haklardan yararlanması, devletin çeşitli edimlerde bulunmasına bağlıdır<sup>81</sup>.

Yaşlı hakları insan hakları olmaları hasebiyle bu üç tür hak grubuna da dahildir. Ancak bu noktada özellikle sosyal ve ekonomik haklara tabi olanların kullanılabilmesi, devletin bu konuda gerekli tedbirleri almasına bağlıdır.

<sup>79</sup> **Ulucan:** s. 372.

<sup>80</sup> **Ulucan:** s. 373.

<sup>81</sup> “*Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, bir ekonomik ve sosyal haktır. Bu yönüyle ... devlete belli yükümlülükler öngörür. Devlet bu ödevleri altına imza attığı “Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi”nin de bir gereği olarak yerine getirmek ve herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almak, kişilerin sağlık hizmetlerinden gecikmeksizin yararlanmasını sağlamak durumundadır.*” DİDDK: 10.04.2013, E. 2012/2606, K. 2013/1271, (Kazancı).

Örneğin, Anayasa madde 56’da yer alan sağlık ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı; 57. maddede düzenlenen konut hakkı; 59. madde uyarınca Devletin, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alma yükümlülüğü; 60. maddede yer alan sosyal güvenlik hakkı; 61. madde uyarınca yaşlıların Devletçe korunması yükümlülüğü<sup>82</sup> Devlete bu hakları sadece tanımakla kalmayıp aynı zamanda geçerli kılmak için harekete geçme yükümlülüğü de getirmektedir. Nitekim 2828 sayılı Kanun 4/1-1’de yer alan “İhtiyacı olan, engelli ve yaşlıların hayatlarını sağlık, huzur ve güven içinde sürdürmesi ... amacıyla gerekli her türlü tertip ve tedbir alınır” şeklindeki hükümlerle idareye geniş bir yükümlülük getirilmektedir.

Anayasa’nın 65. maddesinde yer alan “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” şeklindeki hüküm, Devlete; yaşlılara ve tüm topluma sunacağı hizmetleri sınırlama imkânı vermektedir<sup>83</sup>. Ancak bu noktada Danıştay haklı olarak Anayasanın 65. maddesiyle “Devlete ... yüklenen ödevler arasında öncelikler gözetilmek suretiyle mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde görevlerini yerine getirme imkanı tanınmış (olduğunu), bu öncelikler arasında yaşama hakkı en başta olmak üzere kişilerin ruh ve fizik sağlığı içinde insana yaraşır bir hayat sürdürmesini sağlama görevinin en önde geldiği(nin) tartışmasız” olduğunu ve 65. maddenin gerekçe gösterilerek kişilerin ruh ve fizik sağlığı içinde insana yaraşır bir hayat sürdürmesi için gerekli atılımları yapmasını engelleyecek tarzda yorumlanamayacağını ifade etmiştir<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Madde uyarınca yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir ve yaşlıların korunması amacıyla gerekli teşkilat ve tesisleri kurmak veya kurdurmak Devletin görevidir.

<sup>83</sup> “Anayasa’nın 60. maddesinin ikinci fıkrasında sosyal güvenlik alanında, Devlete gerekli önlemleri alma görevi yüklenmiş, 65. maddesinde ise, bu yükümlülüğün sınırları belirtilerek, sosyal güvenlik konusunda, ancak Devletin ekonomik ve mali kaynakları ölçüsünde ve ekonomik kararlılığın bozulmaması koşuluyla önlem alma yükümlülüğü verilmiştir.” AyM: 02.05.1991, E.1990/28, K. 1991/11.

<sup>84</sup> D11D: YD kararı, 22.07.2009, E. 2009/1498, (Kazancı).

## XI. Yaşlılara Sunulan Sosyal Hizmetler

Sosyal güvenlik veya sosyal hizmetler başlıkları altında ele alınan, yaşlılara ve yaşlılığa ilişkin politikalar<sup>85</sup> hemen tüm kalkınma planlarında yer almaktadır<sup>86</sup>.

10. Kalkınma Planında yaşlılara yönelik pek çok düzenleme yapılacağı ifade edilmiştir. Bu cümleden olmak üzere artan yaşlı nüfusun aktif bir hayat sürmesinin, sağlıklı ve güvenli yaşam şartlarına erişiminin, toplumda kuşaklar arası dayanışmanın sağlanacağı; fırsat eşitliğini ve hakkaniyeti gözeten mekânsal planlama ve kentsel tasarım uygulamalarının hayata geçirileceği; ekonomik ve sosyal hayata katılım ile bakım ve diğer sosyal hizmetlere erişimin kolaylaştırılması amacıyla yerel düzeyde kamunun hizmet sunum kapasitesinin güçlendirileceği ve yenilikçi modeller geliştirileceği belirtilmektedir<sup>87</sup>. Yine 10. Kalkınma Planında sosyal hizmet ve yardımlarda hizmet standartları oluşturulması, nitelikli personel istihdam edilmesi, denetimin geliştirilmesi, bakım hizmetlerinin niteliğinin yükseltilmesi, artan yaşlı nüfusa yönelik hizmetlerin çeşitlendirilmesi ve yaygınlaştırılması çalışmalarına devam edilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>88</sup>.

Yaşlılara yönelik sosyal politikalar<sup>89</sup> geliştirilmesinin demografik, ekonomik, sosyal, siyasî, insani ve hukukî nedenleri bulunmaktadır<sup>90</sup>. Bizi ilgilendiren hukuki neden, kısaca, Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olmasıdır. Hukuki nedenlerin de zaman içinde diğer nedenler

<sup>85</sup> Taşçı, Makalesinde İsveç, Almanya, İngiltere ve İtalya örneklerinden yola çıkılarak yaşlılara yönelik sosyal politikaların temel özelliklerini şöyle belirlemektedir: **1)** Yaşlılara dönük düzenlemelerde emeklilik ön plana çıkmakta, bakım hizmetleri, sosyal hizmetler ve sosyal yardımlar ise uygulanmakla birlikte ülkeler arasında farklılıklar göstermektedir. **2)** Emeklilik sistemleri, 1990'larda yaşlılar için çekiciliğini kaybetmeye başlamıştır. **3)** Yaşlılara yönelik faaliyetlerde devlet, yerel yönetimler ve aile gibi aktörlerin farklı yerlerde farklı derecelerde ağırlığı görülmektedir. **4)** Refah seviyesi düşük ülkelerde, koordinasyon zafiyeti, bölgeler arasında farklılıklar bulunmaktadır. **5)** Emeklilik yaşı gittikçe artmaktadır. **Taşçı** Faruk: "Yaşlılara Yönelik Sosyal Politikalar: İsveç, Almanya, İngiltere ve İtalya Örnekleri", Çalışma ve Toplum, 2010/1, s. 197 vd.

<sup>86</sup> **DPT**: s. 14.

<sup>87</sup> **10. Kalkınma Planı** (2013-2018): s. 50, 127, 128 ve 136.

<sup>88</sup> **10. Kalkınma Planı** (2013-2018): s. 43.

<sup>89</sup> Yaşlılara yönelik sosyal politikalar genellikle emeklilik sistemi görünümündedir. Ancak yaşlıların çalışma hayatında karşılaştıkları sosyal dışlanma, ayrımcılık vb. sorunların giderilmesi; sosyal hizmetler ve sosyal yardımlar da yaşlılara yönelik sosyal politika araçlarıdır. **Taşçı**: s. 183.

<sup>90</sup> **Taşçı**: s. 177; **Altan/Şişman**: s. 9.

sonucu oluştuğu söylenebilir. Yani demografik yapıdaki, sosyal ilişkilerdeki, ekonomideki değişiklikler nedeniyle dezavantajlı hale gelen toplum kesimleri için sosyal hukuk devleti kabul edilmiştir. Ayrıca yaşlı nüfusun giderek artması ve baskı grubu haline gelmesi de sonraki düzenlemeler üzerinde etkili olmaktadır.

Türk hukukunda yaşlılara tanınacak haklar ve sunulacak hizmetler genellikle üç ana başlık altında toplanmakta olup bunlar; sosyal güvenlik, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetlerdir<sup>91</sup>. Bunlardan sosyal hizmetlerde diğerlerinden farklı olarak nakdi yardımın ötesinde bir hizmet sunumu söz konusu olup klasik anlamdaki kamu hizmeti kavramına daha uygun düştüğünden, inceleme sosyal hizmetler üzerinden yapılacaktır.

Temelde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 28 ile 31. maddeleri arasında (emeklilik) yaşlılık sigortası adı altında düzenlenmiş olan **sosyal güvenlik** ve sosyal güvenlik hakkı Anayasa Mahkemesi'ne göre<sup>92</sup> "...çalışanların yaşamlarının ve yarılarının güvencesidir... toplumun parçası olan bireylere, gelirleri ne olursa olsun doğal bir olay olan yaşlılık ile hastalık, kaza, ölüm ve malüllük gibi sosyal riskler karşısında asgari bir yaşam düzeyi sağlama amacına yöneliktir." Danıştay'a göre de "Bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alınması" anlamına gelen sosyal güvenlik özellikle emekli maaşı ve emekli ikramiyesi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>93</sup>. Bunun yanında 6327 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf Ve Yatırım Sistemi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca bireysel emeklilik için yatırım yapanlara devlet katkısı uygulaması da mevcuttur<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Yazıcıoğlu: s. 159; Altan/Şişman: s. 28.

<sup>92</sup> AyM: 25.10.1994, E. 1994/73, K. 1994/75. AyM bir diğer kararında konuya ilişkin olarak şu ifadelerle yer vermektedir: "Çağdaş uygarlığın simgesi olarak tüm toplumların benimsediği ve evrensellik kazanmış sosyal güvenlik kavramı, özde bireyin karşılaşacağı ve yaşamı için tehlikeli olaylara karşı bir güvence arayışının ürünüdür. Tehlikeyle karşılaşan ve yoksulluğa düşen bireye, asgari bir güvence sağlamak sosyal güvenliğin temel amacıdır. Günümüzde, uygulama alanının genişlediğini gördüğümüz, sosyal güvenlik politikalarının temelini, sosyal risklerin, bireyler üzerindeki etkilerini gösterme çabalan oluşturmaktadır. Sosyal güvenlik kavramı, kişileri, gelirleri ne olursa olsun belli sayıdaki risklere karşı ekonomik güvence sağlama görevine sahip bir kurum ve kurumlar topluluğudur." AyM: 02.05.1991.E.1990/28, K. 1991/11.

<sup>93</sup> D15D: 13.10.2015, E. 2013/2969, K. 2015/5931, (kazancı).

<sup>94</sup> Kocakoç Nurgül: Türk Hukukunda Yaşlı Hakları, Orion Kitabevi, İzmir 2016, s. 31.

**Sosyal yardımlar** ise güvenlik kuruluşuna tabi olmayan ve muhtaç olan yaşlılara 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Kanunu gereği yapılan yardımlardır<sup>95</sup>. Ancak yapılan bu sosyal yardımların yetersizliği mahkeme kararlarında dahi açıkça dile getirilmektedir<sup>96</sup>.

2828 sayılı Kanun ek madde 11’de de sosyal yardım düzenlenmiş olup madde uyarınca “*Sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne ad altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar hariç olmak kaydıyla, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının sosyal hizmet kuruluşları ile Darülaceze Müessesesinde ücretsiz bakılan veya bakım ücreti Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından ödenerek özel sosyal hizmet kuruluşlarında bakımı sağlanan ya da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca yardım yapılmak suretiyle desteklenen resmî sosyal hizmet kuruluşlarında verilen bakım hizmetinden yararlanıp da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının sosyal hizmet kuruluşlarınca verilen bakım hizmetinden ücretsiz yararlanmaya ilişkin koşulları haiz olan yaşlılar ile engelli bireylere, her yıl merkezî yönetim bütçe kanunu ile belirlenecek miktar üzerinden hiçbir kesinti yapılmaksızın aylık net harçlık verilir.*” Bu Kanuna istinaden çıkarılan Sosyal Hizmet Kuruluşlarında Bakımı Sağlanan Engelli Ve Yaşlı Bireylere Harçlık Ödenmesine İlişkin Yönetmelik uyarınca bu harçlık her yıl merkezî yönetim bütçe kanunu ile belirlenecek miktar üzerinden hiçbir kesinti yapılmaksızın ödenir (m. 5).

Danıştay’a göre **sosyal hizmetler**; maddi, manevi ve sosyal yoksunlukların giderilmesini, ihtiyaçların karşılanmasını, sosyal sorunların önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olmayı ve hayat standartlarının iyileştirilmesini, yükseltilmesini amaçlar<sup>97</sup>. Yine Danıştay’a göre<sup>98</sup> “*En genel anlamda, yoksulluklarından veya başka nedenlerle, toplumdaki mevcut ortalama yaşayış ve algılayış seviyesine, ellerinde olmayan sebeplerle*

<sup>95</sup> Yazıcıoğlu: s. 159.

<sup>96</sup> “Emekli Sandığına, 2022 sayılı Yasa uyarınca ödenen ve yoksulluğa karine oluşturabilecek nitelikteki bu aylıkların, hizmet ve pirim esasına dayanmayıp sadece sosyal yardım niteliğinde olduğu dikkate alındığında, ana ve babanın, “65 yaş aylığı ya da muhtaçlık aylığı” olarak da adlandırılan aylıkları almalarının, sağlık yardımlarından yararlanmalarına engel teşkil etmeyeceği kabul olunmalıdır. Zira anılan yasa uyarınca bağlanan aylığın tutarı ve günümüzün ekonomik koşulları gözetildiğinde ana ve babanın geçimini sağlamaya yetmeyeceği açık seçik ortadır.” Y3HD: 03.07.2012, E. 2012/11185, K. 2012/16653, (HT).

<sup>97</sup> DİDDGK: 03.07.2000E. 2000/401, K. 2000/938, (DBB).

<sup>98</sup> D10D: 14.03.2008, E. 2004/11533, K. 2008/1156, (Kazancı).



*ulaşamayıp, toplumsal veya ekonomik yönden desteklenme gereksinimi duyan kişilere, karşılıklı veya karşılıksız biçimde sunulan hizmetler olarak tanımlanan “sosyal hizmetler”, sadece yoksulluktan kaynaklanan sorunların giderilmesini amaçlayan hizmetler olmayıp, ekonomik yetersizlikleri sebebiyle geçimini sağlama olanağı bulamayan yoksul kişilerin yanı sıra, kişisel sebeplerle değişik türde uzmanlık hizmetlerine ihtiyaç duyan, fakat ekonomik yönden yetersizlikleri söz konusu olmayan kişilere yönelik hizmetleri de kapsamaktadır.”*

Sosyal hizmetlerin<sup>99</sup> çeşitli gönüllü kuruluşlar ve kamu kurumları tarafından dağıtık ve programsız yürütülmesi karşısında, verilen hizmetlerin bir şemsiye altına alınması amacıyla 2828 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Bu Kanunun 3, 4, 34 ve 35. maddelerinin farklı fıkralarında yaşlılarla ilgili sosyal hizmet uygulamalarına yönelik hükümler yer almaktadır.

2828 sayılı Kanunda sosyal hizmetler *“kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksunluklarının giderilmesine ve ihtiyaçlarının karşılanmasına, sosyal sorunlarının önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olunmasını ve hayat standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesini amaçlayan sistemli ve programlı hizmetler bütünü”* şeklinde tanımlanmıştır (m. 3).

<sup>99</sup> Sosyal hizmetler konusunda tartışma özellikle evde bakım hizmetleri üzerinden yapılmaktadır. 10. Kalkınma Planında yaşlıların kendi çevrelerinden uzaklaşmadan evlerinde bakımını sağlamaya yönelik hizmetlerin çeşitlendirilip yaygınlaştırılacağı ve ayrıca yaşlılara yönelik kurumsal bakım hizmetlerinin sayı ve niteliğinin artırılacağı belirtilmiştir. TTB’ne göre evde bakım hizmetlerinin yetersizliğinin nedenleri: **1)** Sağlık ve sosyal hizmet çalışanlarının hastanelerdeki yoğun iş yüküne evde bakım işlerinin de eklenmesi, **2)** Evde bakım hizmetlerinin finansmanına ilişkin bütüncül bir modelin/sigortanın bulunmaması **3)** Evde bakım hizmeti verecek personelin nicel ve nitel olarak yetersizliği, **4)** Özel sektörde sunulan hizmetlerin yeterince denetlenememesi, **5)** Evde bakım hizmeti görececek personelin görev tanımının belirsizliği, **6)** Mevzuatın karışık ve yetersiz olması”dır. Bu olumsuzluklara rağmen bakım almak bir insan hakkıdır. Bu hak aynı zamanda Devletçe sunulması gereken bir sosyal haktır. TTB’ne göre bu hakkın eşit bir biçimde kurumsal yapıda kamu görevlileri eliyle yürütülmesi; görevlilerin hizmetin denetiminde, desteklenmesinde ve yürütülmesinde görev alması; hizmet giderlerinin kamu bütçesinde karşılanması veya en azından hizmetten yararlanacak olanların ödeme gücünü esas alan bedeller belirlenmesi gerekir. Bütün bu sayılan sorunların giderilmesi mali kaynak ayrılmasını, bu sayede yeterli personel istihdam edilmesini ve fiziki şartların iyileştirilmesini gerektirir. Ayrıca evde bakım hizmetlerin planlanması, uygulanması, izlenmesi için güçlü bir mevzuat gerekli olup mevcut düzenleme dağıntıdır ve çeşitli belirsizlikler içermektedir. **10. Kalkınma Planı** (2013-2018): s. 44; **DPT**: s. 11; **TTB**: Evde Bakım Hizmetleri İle İlgili Sağlık Emek Ve Meslek Örgütlerinin Görüş Ve Yaklaşımları, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2016, s. 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 20, 21, 22, 23,24, 25; **Altan/Şişman**: s. 34; **Millî Eğitim Bakanlığı**: Aile Ve Tüketici Hizmetleri Yaşlı Bireylere Sosyal Destek Hizmeti Veren Kurum Ve Kuruluşlar, Ankara 2011, s. 15.

Sosyal hizmetler kamu hizmeti olduğundan kamu hizmeti ilkelerine uygun bir biçimde sunulmaları gerekir. Bu durumda öncelikle kamu hizmetinin ve kamu hizmeti ilkelerinin açıklanması ve sosyal hizmetlere ilişkin mevzuat hükümlerinin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

### A. Sosyal Hizmetlerin Kamu Hizmeti Niteliği

Kamu hizmeti<sup>100</sup>, kamu hizmeti olarak nitelendirilen, idare ya da onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla,

<sup>100</sup> Yaşlılara yönelik sosyal hizmetlerde Devlet/idare sadece hizmet sunucusu olarak değil aynı zamanda politika belirleyici ve kolluk olarak da hareket etmektedir. Örneğin 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesininin 65. maddesinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının görevlerinden bir kısmı şöyle sıralanmıştır: “Sosyal hizmetler ve yardımlara ilişkin ulusal düzeyde politika ve stratejilerin geliştirilmesi amacıyla gerekli çalışmalar yapmak, uygulamak, uygulanmasını izlemek ve ortaya çıkan yeni hizmet modellerine göre güncelleyerek geliştirmek”, “Sosyal ve kültürel dokudaki aşınmalara karşı aile yapısının ve değerlerinin korunarak gelecek nesillere sağlıklı biçimde aktarılmasını sağlamak üzere; ulusal politika ve stratejilerin belirlenmesi amacıyla gerekli çalışmaları koordine etmek, aile bütünlüğünün korunması ve aile refahının artırılmasına yönelik sosyal hizmet ve yardım faaliyetlerini yürütmek, bu alanda ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak”, “Engellilerin ve yaşlıların her türlü engel, ihmal ve dışlanmaya karşı toplumsal hayata ayrımcılığa uğramadan ve etkin biçimde katılmalarını sağlamak üzere; belirlenen ulusal politika ve stratejilerin uygulanmasını koordine etmek, engellilere ve yaşlılara yönelik sosyal hizmet ve yardım faaliyetlerini yürütmek, bu alanda ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak, engellilerin mesleki rehabilitasyonunu sağlayacak tedbirler almak”, “Toplumun sosyal yardım ve korumaya ihtiyaç duyan kesimlerine yönelik yardım faaliyetlerini düzenli ve etkin biçimde yürütmek; yoksullukla mücadelede ilişkin ulusal politika ve stratejilerin belirlenmesi amacıyla gerekli çalışmaları koordine etmek, bu alanda ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak”, “Öncelikle çocuğun aile içinde yetiştirilmesi ve desteklenmesi amacıyla aileyi eğitim, danışmanlık ve sosyal yardımlarla güçlendirmek; korunmaya, bakıma ve yardıma muhtaç çocuk, kadın, engelli ve yaşlıların tespiti, bunların korunması, bakımı, yetiştirilmesi ve rehabilitasyonlarını sağlamak üzere gerekli hizmetleri yürütmek, bu hizmetler için gündüzlü ve yatılı sosyal hizmet kuruluşları kurmak ve işletmek”, “Kamu kurum ve kuruluşları, gönüllü kuruluşlar ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yürütülen sosyal hizmetler ve yardımlara ilişkin ilke, usul ve standartları belirlemek, bu çerçevede denetimini yapmak, bu alanda faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların taşınması zorunlu olan nitelikleri ve bunlara rehberlik edecek programları geliştirmek”, “Sosyal hizmet ve yardım faaliyetleriyle bunlardan yararlananlara ilişkin bilgileri merkezi bir sistemde oluşturulacak veri tabanı aracılığıyla işlemek, kontrol etmek, izlemek ve geliştirilecek politika, strateji ve önlemler bağlamında değerlendirmek”, “Sosyal hizmetler ve yardımlar alanındaki uluslararası gelişmeleri ve faaliyetleri izlemek, bunlara katkı vermek ve yürütülecek çalışmalarda yararlanmak üzere değerlendirmek, bu alanda taraf olduğumuz uluslararası sözleşme ve anlaşmaların ulusal düzeyde uygulanmasını sağlamak”, “Sosyal adalet ve sosyal refahın gerçekleşmesi için gerekli tedbirleri almak”, “Çeşitli fizyolojik, ekonomik ve sosyal risklere karşı sosyal sigorta hizmetlerini uygulamak, sosyal güvenlik imkanını sağlamak, yaygınlaştırılması ve geliştirilmesi için gerekli tedbirleri almak”

toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin için yapılan faaliyetlerdir<sup>101</sup>. Kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmemesi ve kamu yararının sağlanamaması, kamu düzenin bozulmasına neden olur.

Kamu hizmeti, kim tarafından görülürse görülsün, bireysel faaliyetten farklı bir hukuki rejime tabidir. Bu hukuki rejim idarenin özel kişinin sunduğu kamu hizmetini sürekli denetleme, hizmetin sunulma şartlarını tek taraflı değiştirebilme, özel hukuk kişisine çeşitli yükümlülükler getirebilme yetkisine sahip olması; hizmete, hizmet araç, gereç ve personeline yönelik geniş bir mevzuatın bulunması şeklinde kendini gösterir.

Sosyal hizmetler mevzuatında sıradan bir bireysel, ticari faaliyette olmayacak pek çok sınırlayıcı hüküm görmek mümkündür. Örneğin 2828 sayılı Kanunda özel sosyal hizmet kuruluşlarının kapasitelerinin yüzde üçünün, Bakanlıkça tespit edilecek kişilerin ücretsiz yararlanması için ayrılacağı belirtilmiştir (m. 34). Yine mevzuatta özel kişiler tarafından açılacak sosyal hizmet kurumlarında (huzurevi, yaşlı bakım merkezleri, gündüzlü bakım merkezleri gibi) binanın fiziki şartları<sup>102</sup>, binanın kullanımına ilişkin taahditler<sup>103</sup>, çalışacak personelin nitelikleri<sup>104</sup>, iş yeri açmak için gerekli şartlar, kimlerin bu kuruluşlara kabul edilebileceği, personel ve yaşlıların sağlık kontrollerine ilişkin hususlar<sup>105</sup>, huzurevi ve/veya yaşlı bakım merkezlerinin

---

<sup>101</sup> **Akıymaz** Bahtiyar - **Sezginer** Murat - **Kaya** Cemil: Türk İdare Hukuku, 7. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 568.

<sup>102</sup> Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği madde 21 uyarınca kuruluşun, girişi ve çıkışı ile işleyişi yönünden bağımsız olan bir binada bulunması; binanın tümünde yalnızca yaşlılara yönelik hizmet verilmesi, binanın bulunduğu yerin yaşlıların gidiş gelişlerinde trafik yönünden uygun ve emniyetli olması gerekir. Yönetmeliğin 23. maddesinde ise her kuruluşta, binanın fiziksel koşullarına ve olanaklarına uygun olarak düzenlenmiş yönetim odası, sosyal servis, fizik tedavi bölümü, revir, yatak odaları, oturma salon ve köşeleri, yemek salonu, mutfak, banyo, tuvalet, çamaşırhane ve diğer ihtiyaç duyulan bölümler bulunacağı ve bu bölümlerin belirlenen kapasiteye cevap verebilecek büyüklükte olması gerektiği belirtilmiştir.

<sup>103</sup> Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik madde 43: “*Merkezlerde yaşlılara ayrılan bölümler mesken olarak kullanılamaz. Merkez binası açılış amacı dışında, başka bir amaçla kullanılamaz.*”

<sup>104</sup> Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği 10. maddede sayılan yerlerde sorumlu müdür, sosyal çalışmacı, tabip, hemşire, yaşlı bakım elemanı, aşçı ve bazı hallerde psikiyatri uzmanı tabibin çalıştırılması zorunlu tutulmuştur. Yönetmeliğin 13. maddesinde ise sorumlu müdür olacaklarda en az 4 yıllık yükseköğrenim mezunu olma şartı aranır. 18. maddede yaşlı bakım elemanının kuruluşun temizlik ve diğer işlerinde çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir.

<sup>105</sup> Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik madde 46: “*Merkezlerde çalışan personelin ve yaşlıların gerekli*

devrinde uyulması gereken zorunluluklar, ücrete ilişkin esaslar<sup>106</sup>, kuruluşun kurucusu tarafından kapatılmak istenmesi halinde yapılması gerekenler<sup>107</sup>, il ve ilçe müdürlüklerine gönderilmesi gereken bilgi ve belgeler<sup>108</sup>, merkezlere verilemeyecek adlar<sup>109</sup> detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Kamu hizmetinin varlığı bu hizmetlerin bizzat Devlet/idare tarafından yerine getirilmesini gerektirmez<sup>110</sup>. Kamu hizmetinin nasıl görüleceği hizmeti kuran kanunda tespit edilir. Kanun koyucu hizmeti kurduğu kanunda hizmetin bizzat idarece yerine getirilmesini belirtebileceği gibi özel sektörün de hizmet sunumuna katılmasına cevaz verebilir. 2828 sayılı Kanunda “*Sosyal hizmetler alanında faaliyet gösteren kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında koordinasyon ve işbirliği tesis edilerek güç birliği sağlanır ve mevcut kaynaklara en verimli şekilde işlerlik kazandırılır*” ifadelerine yer verilmek suretiyle hizmetin idare veya özel sektör tarafından yerine getirilebileceği belirtilmiştir (m. 4/1-b).

Yaşlılara yönelik hizmetleri merkezi idare, yerinden yönetimler ve özel sektör bir arada sunmaktadır. 2828 sayılı Kanun madde 4’de “*Bu Kanun*

---

*sağlık muayene ve kontrollerinin periyodik olarak yapılması/yaptırılması en az yılda bir göğüs radyografilerinin çekilmesi ve portör muayenelerin yaptırılması, sonuçlarının personel ve yaşlılara ait dosyalarda saklanması zorunludur.”*

<sup>106</sup> Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği madde 28/6 uyarınca kuruluşa kabulü yapılan yaşlılardan kalma sürelerine ilişkin taahhütname istenmez, sözleşme yapılmaz.

<sup>107</sup> Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği madde 33: “*Kurucular, en az üç ay önceden İl Müdürlüğüne, personel ve yaşlılara yazılı olarak kuruluşu kapatma isteğini bildirmek zorundadır. İl Müdürlüğüne bildirmeden kuruluşu kapatan kurucular yeni bir kuruluş açamaz ve ortak olamaz.”*

<sup>108</sup> Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik madde 41: “*(1) Gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerince açılan merkezler her ayın ilk haftasında personel listesini, aylık ücret bordrosunun bir örneğini, değişiklik var ise o personel ile ilgili belgeleri hazırlar. Bir nüshası, merkezde kalır; diğer nüsha denetim için İl/İlçe Müdürlüğüne gönderilir. Uyarılara rağmen istenilen belgeleri göndermeyen merkezler hakkında 38 inci maddede belirtilen hükümler uygulanır. (2) Merkezler her üç ayda bir ve her yıl ocak ayında bir önceki yıla ait merkez hizmetlerinden yararlanan yaşlıların kadın-erkek olarak sayılarını ve gerektiğinde istenilecek diğer bilgileri İl/İlçe Müdürlüğüne gönderir. İl/İlçe Müdürlükleri bu bilgileri en kısa sürede Genel Müdürlüğe bildirir.”*

<sup>109</sup> Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik madde 42: “*Merkezler, devletin veya diğer kuruluşların kullandıkları ad ve unvanlar ile toplum değerlerine aykırı düşecek ad ve unvanları, yabancı dildeki kelime ve deyimleri kullanamaz.”*

<sup>110</sup> **Karahanogulları Onur**: “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı)*”, AÜSBFD, Y. 2011, C. 66, S. 3, s. 178.

kapsamına giren sosyal hizmetlere ilişkin faaliyetler, Devletin denetim ve gözetiminde, sivil toplum kuruluşları ile halkın gönüllü katkı ve katılımı da sağlanarak bir bütünlük içinde yürütülür. Sunulacak bakım ve diğer hizmetlerin kapsamı ve bu hizmetleri verecek olan gerçek ve tüzel kişilerin izin, çalışma usul ve esasları ve diğer hususlar Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir” hükmü yer almaktadır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu madde 7 uyarınca “**yaşlılar**, engelliler, kadınlar, gençler ve çocuklara yönelik her türlü sosyal ve kültürel hizmetleri yürütmek, geliştirmek ve bu amaçla sosyal tesisler kurmak, meslek ve beceri kazandırma kursları açmak, işletmek veya işlettirmek, bu hizmetleri yürütürken üniversiteler, yüksekokullar, meslek liseleri, kamu kuruluşları ve sivil toplum örgütleri ile işbirliği yapmak” büyükşehir belediyelerinin görevleri arasındadır. 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 14. maddesinde ise belediyelerin, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; sosyal hizmetleri yerine getirmesi görevleri arasındadır.

Belediyeler görevlerini vatandaşlara en yakın yerlerde ve en uygun yöntemlerle sunmakla yükümlü olduğu gibi hizmet sunumunda engelli, **yaşlı**, düşkün ve dar gelirlilerin durumuna uygun yöntemler kullanmak da zorundadırlar. Yine Belediye Kanunu’nun 77. maddesine göre “Belediye; sağlık, eğitim, spor, çevre, sosyal hizmet ve yardım, kütüphane, park, trafik ve kültür hizmetleriyle **yaşlılara**, kadın ve çocuklara, engellilere, yoksul ve düşkünlere yönelik hizmetlerin yapılmasında beldede dayanışma ve katılımı sağlamak, hizmetlerde etkinlik, tasarruf ve verimliliği artırmak amacıyla gönüllü kişilerin katılımına yönelik programlar uygular.”

Belediyeler sosyal hizmetleri bizzat yerine getirebileceği gibi özel kişilerin yerine getirdiği hizmetleri çeşitli şekillerde destekleyebilirler de. Belediye Kanunu’nun 14. maddesi uyarınca il sınırları içinde büyükşehir belediyeleri, belediye ve mücavir alan sınırları içinde il belediyeleri ile nüfusu 10.000’i geçen belediyeler, meclis kararıyla; sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla taşınmaz tahsis edebilirler.

Bunlara ek olarak, sosyal hizmetlerin gerçekleştirilmesi için özel hukuk kişileri tarafından yapılacak yardımlar da Devletçe desteklenmekte, sosyal hizmetleri yerine getirecek kurum ve kuruluşlara yapılacak her türlü bağış, yardım ve vasiyetler vergi, resim ve harçlardan muaf olup Gelir veya Kurumlar Vergisi mükellefleri tarafından makbuz karşılığında yapılacak nakdî

ve aynı bağışlar Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunları hükümlerine göre yıllık beyanname ile bildirilecek gelirlerden ve kurum kazancından indirilecektir (2828 sayılı Kanun m. 20).

Kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından sunulduğu hallerde bu faaliyet idarece sürekli bir gözetim ve denetim altında tutulur. 2828 sayılı Kanun madde 2’de “*Bu Kanun, sosyal hizmetlerle ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişileri ve özel hukuk tüzelkişilerini, sosyal hizmet kurum ve kuruluşlarında çalışan personeli, sosyal hizmetlerden faydalananları ve faydalananacak durumda olanları kapsar.*” ve 4/1-f’de “*Bu Kanunla kurulan Kuruma bağlı kuruluşların dışındaki sosyal hizmet kuruluşlarının kurulması izne tabi olup, alınacak tertip ve tedbirlerle bunların hizmet, işleyiş ve personele ilişkin hususlarda tespit edilen standart ve esaslara uygun olarak faaliyette bulunmaları sağlanır*” yer alan şeklindeki hükümler de bu hususu doğrulamaktadır. Denetim konusu 2828 sayılı Kanununun 34 ve 35. maddelerinde de düzenlenmiştir. Kanununun 34. maddesi uyarınca Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu “*dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişilerince bu Kanun kapsamına giren sosyal hizmet kuruluşlarının kurulmasına, teşvik edilmesine ve açılış izinlerinin verilmesine, varsa ücret tarifelerinin tespitine ilişkin usul ve esaslar ile bu kuruluşların hizmet ve personel standartları bir yönetmelikle düzenlenir.*” 35. maddede ise denetleme esasları düzenlenmiş olup madde uyarınca “*Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişileri tarafından işletilen sosyal hizmet kuruluşlarının 34. maddede yer alan yönetmelik esaslarına uygunluğu Kurumun kontrol ve denetlenmesine tabidir. Sosyal hizmet kuruluşları yılda en az bir defa Kurumca denetlenir. İlgililer kontrol ve denetlemeler sırasında denetleme heyetine her türlü kolaylığı göstermekle yükümlüdürler.*”

2828 sayılı Kanuna dayanılarak hazırlanan Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği de “*gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından açılacak huzurevi ile huzurevi yaşlı bakım merkezlerinin açılış işlemleri, hizmet standardı, personel durumu, işletilme koşulları, ücreti, denetimi, devri ve kapatılmasına yönelik usul ve esasları belirlemek*” amacıyla kabul edilmiş (m. 1 ve 3.) olup anılan Yönetmelik<sup>111</sup> madde 31’e göre “*Kuruluş İl/İlçe Müdürlüğünce kuruluş açılış işlemlerini yürütmeye yetkili meslek elemanları tarafında yılda en az iki kez denetlenir.*”

<sup>111</sup> Bener bir hükme Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik madde 37’de de yer verilmiştir.

*Gerektiğinde Genel Müdürlük denetim elemanları tarafından da denetlenir. Denetim sırasında kuruluş yetkilileri her türlü belgeyi sunmak ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlüdür.”*

### **B. Sosyal Hizmetlerin Kamu Hizmeti İlkeleri Karşısındaki Durumu**

Daha önce de ifade edildiği üzere kamu hizmetinin idare veya özel sektör tarafından gereği gibi karşılanmaması, kamu düzeninin bozulmasına neden olur. Ancak kamu düzeninin bozulmasını önlemek için kamu hizmetlerinin sunulması tek başına yeterli olmayıp sunulacak hizmetin belirli niteliklere sahip olması da gerekir. Bu özellikler için; “*kamu hizmeti ilkeleri*”, “*kamu hizmeti kanunları*”, “*kamu hizmetinin ortak hukuki rejimi*” gibi farklı ifadeler kullanılmaktadır.

*Eşitlik, süreklilik, değişkenlik, şeklinde sıralanabilecek bu ilkeler hizmet kim tarafından (idare veya özel sektör) sunulursa sunulsun, hizmet kamu hizmeti olduğu için, varlığını korumalıdır. Nitekim Danıştay’a göre kamu hizmetinin sunumu özel kişilere devredilse bile, hizmetin niteliği ve ilkeleri değişmez, hizmet kamu hizmeti olduğu sürece gerek idare ve gerekse hizmetin gördürülmesinin devredildiği özel sektör aynı yükümlülüklerle tabidir<sup>112</sup>. Nitekim pek çoğu kamu hizmeti olan ve maddede sayılan hizmetlerin ister idare ister özel sektör tarafından sunulsun ayrımcılık yapılarak sunulamayacağını ifade eden 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu madde 5 hükmü şöyledir: “(1) Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, **sosyal hizmetler**, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, **gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri**, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar. (2) Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesinden sorumlu olan kişi ve kurumlar, farklı engelli grupların ihtiyaçlarını dikkate almakla ve makul düzenlemelerin yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.” Benzer şekilde 4736 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifeleri İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında*

<sup>112</sup> D1D: 03.07.2008, E. 2008/744, K. 2008/834; D10D: 25.06.1997, E. 1997/160, K. 1997/2583, (DBB). D10D: 02.10.2001, E. 1999/1249, K. 2001/3327, (HT). Doktrinde de aynı görüş hakimdir. **Gölan** Aydın: Kamu Hizmeti Ve Görülüş Usulleri, İÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s. 33.

Kanunun 1/2. fıkrasında<sup>113</sup> idareler ve belediyeler tarafından yetki verilen özel şahıs ya da şirketlerin, ücretsiz ve indirimli seyahat hakkının kullanılması ile ilgili olarak gerekli tedbirleri alacakları; ücretsiz veya indirimli seyahat hakkının kullandırılmaması hâlinde idari para cezasına hükmedileceği belirtilmiştir (m. 1/6).

a. *Eşitlik ilkesi*

Eşitlik ilkesi hem kamu hizmetine girerken hem de hizmetten yararlanırken göz önünde bulundurulması gereken bir ilkedir. İdare, Anayasanın 70. maddesi uyarınca hizmete alırken görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetemeyeceği gibi yine Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca hizmet sunarken eşitlik ilkesine uygun davranmak zorundadır.

Sosyal hizmetlere ilişkin mevzuat incelendiğinde;

- 2828 sayılı Kanun 4/1-d: *“Sosyal hizmetlerin yürütülmesi ve sunulmasında sınıf, ırk, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı gözetilemez, hizmet talebinin hizmet arzından fazla olması halinde öncelikler, ihtiyacı olan olma derecesi ve başvuru veya tespit sırası esas alınarak belirlenir”* hükmü yer almaktadır.

Maddede yer alan *“başvuru veya tespit sırası”* objektif bir biçimde tespit edilebilir. Ancak *“ihtiyaç derecesi”* nin esaslarının ne olduğu belirsizdir. Bu noktada yapılması gereken, idarenin ihtiyaç derecesinin ne olduğunu düzenleyici işlemlerle somut ve objektif bir biçimde ortaya koymaktır.

- 2828 sayılı Kanun'un ek 10. maddesinde *“65 yaşını doldurmuş ve her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının üçte birinden az olan Türk vatandaşlarına 4734 sayılı Kanununun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin tabi olduğu usule göre hizmet alımıyla bakım hizmeti verilebilir”* şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

-

<sup>113</sup> *“Türk vatandaşı olan altmış beş yaş ve üzeri kişiler, demiryolları ve denizyollarının şehiriçi hatları ile belediyelere, belediyeler tarafından kurulan şirketlere, birlik, müessese ve işletmelere veya belediyeler tarafından yetki verilen özel şahıs ya da şirketlere ait şehiriçi toplu taşıma hizmetlerinden ücretsiz olarak, demiryolları ve denizyollarının şehirlerarası hatlarından ise %50 indirimli olarak yararlanırlar. Bu fıkrada belirtilen kurum ve kuruluşlar, belediyeler, belediyeler tarafından kurulan şirketler, birlikler, müessese ve işletmeler altmış ila altmış beş yaş arasında bulunan kişilerin toplu taşıma hizmetlerinden ücretsiz veya indirimli olarak yararlanmasını sağlayabilirler.”*



Bu maddede bir öncekinden farklı olarak hiçbir objektif kriter yer verilmemiştir. Bu durumda hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının üçte birinden az olan ve talep eden tüm Türk vatandaşlarına hizmetin satın alınarak sunulacağı söylenebilir. Ancak bu idarenin altından kalkamayacağı büyük bir yük olup fiilen gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yapılması gereken, Kanunun bu maddesine istinaden yapılacak hizmet sunumlarında kimlerin hak sahibi olabileceğini objektif kriterler getiren düzenleyici işlemlerle tespit etmektir. Düzenleyici işlem tesis edilmemesi, hizmetin verilmesinde tespit edilecek kişilerin belirlenmesinde idareye geniş bir takdir yetkisi bırakılmasına neden olacak ve bu durum da idarenin takdir yetkisini kamu yararı amacı dışındaki amaçlarla kullanması tehlikesini doğuracaktır.

- T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Dinlenme Ve Bakımevleri (Huzurevleri) İşletme Yönetmeliğinin 9. maddesinde konutların tahsisinde sıralamanın; başvuru tarihi, yaş durumu, emeklilik türü, kişinin sosyal ve ekonomik durumu ile varsa bağış miktarı ve buna benzer kriterler dikkate alınmak suretiyle yapılacak puanlamaya göre tespit edileceği belirtilmiştir.

Bu düzenleme puanlama öngördüğü için nispeten objektifliği sağlamaya daha uygun olmakla birlikte yine de bahsi geçen kriterlerin sayısal ağırlıklarının ne olacağı açık değildir.

- Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte ister kamu ister özel sektör tarafından sunulsun merkeze kabul edilecek yaşlılarda, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, tabiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç yönünden hiçbir ayırım yapılamayacağı ve geçmiş mahkumiyetlerin göz önüne alınmayacağı belirtilmiştir (m. 30/3).

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere hizmet kamu hizmeti olduğu sürece kamu hizmeti ilkeleri özel sektörü de bağlamaktadır.

- Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik uyarınca kamu kurum ve kuruluşları ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından sunulacak gündüzlü bakım ve evde bakım hizmetlerinden yararlanmak isteyen ve her hangi bir geliri olmayan, bakacak kimsesi bulunmayan yaşlılara kapasitesinin yüzde beş oranında ücretsiz hizmet verilecek olup ücretsiz hizmet verilecek yaşlılar il/ilçe sosyal hizmetler müdürlüklerince belirlenecektir (m. 25).

Bu maddede, idarenin ücretsiz hizmet verilecek kişilerin tespitinde objektif kriterlere yer vermemesinin, önemli bir eksiklik olduğu düşünülmektedir.

**b. Süreklilik ilkesi**

Kamu hizmeti kamu yararına yapılan bir faaliyet olup gereği gibi yerine getirilmemesi kamu düzeninin bozulması sonucunu doğurur. Bu olasılık, kamu hizmetlerinin sürekli ve belirli bir standartta sunulmasını gerektirir.

Süreklilik ilkesi uyarınca hizmetin hazır halde tutulması; hizmet mallarının yenilenmesi, kontrol edilmesi, onarılması ve korunması; personelin nitel<sup>114</sup> ve nicel olarak yeterli olması<sup>115</sup>, gerekir<sup>116</sup>. Kamu hizmetinin sürekliliği idare açısından bir yükümlülük iken<sup>117</sup> hizmetten yararlananlar için çoğu zaman hayati bir konudur.

Sosyal hizmetlere ilişkin mevzuat incelendiğinde;

- 2828 sayılı Kanun madde 4/1-j’de “*Sosyal hizmet kurum ve kuruluşlarında çalıştırılacak personelin seçim ve niteliklerinin tespitinde ve bunların hizmetiçi eğitim programlarının düzenlenmesinde bu kurum ve kuruluşların hizmet özellikleri(nin) dikkate alın*”acağı ifade edilmektedir.

Bu hükümle, sosyal hizmet sunacak personelin, hizmetin niteliğine uygun bir biçimde eğitilmesi ve hizmetin kaliteli bir biçimde sunulması amaçlanmaktadır.

- 2828 sayılı Kanun madde 4/1-g’de “*Sosyal hizmet kuruluşlarının coğrafik ve fonksiyonel görev alanlarının ve yurt sathında dengeli dağılımının görev boşluğu bırakılmayacak şekilde düzenlenmesi esastır*” hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm uyarınca ülkenin bölgeleri arasında hizmetin belirli bir standartta ve sürekli sağlanmasının amaçlandığı söylenebilir.

<sup>114</sup> Yaşlılara özgü sağlık ve bakım hizmetlerini sunacak eğitimli personelin yok denecek kadar az olduğu ifade edilmektedir. **Kocakoç**: s. 154.

<sup>115</sup> “*Korunmaya, bakıma veya yardıma muhtaç aile, çocuk, özürli, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetleri yürütmek üzere kurulan (Mülga) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunun, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini daha etkin, kaliteli ve verimli bir şekilde sunulabilmesi için, öncelikli olarak “sertifika” sahibi olan nitelikli personeli tercih etmesi, kamu yararının ve hizmetin gereğinin tabii bir sonucudur.*” D2D: 25.01.2013, E. 2008/4585, K. 2013/286, (Kazancı).

<sup>116</sup> **Yayla Yıldızhan**: İdare Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s. 74.

<sup>117</sup> Kamu hizmetlerinin sürekliliği idarenin varlık nedeni olarak ifade edilmektedir. **Karahanogulları Onur**: Kamu Hizmeti (Kavramsal Ve Hukuksal Rejim), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 190, (kitap).

- Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik madde 39, merkezin kurucu tarafından kapatılması halini düzenlemektedir. Madde uyarınca merkezlerin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinca kapatılmak istenmesi halinde kapatma isteğinin bir yazı ile en az üç ay önceden yaşlılara, ilgili yakınlarına, personele ve il/ilçe müdürlüğüne bildirilmesi zorunludur.

Bu hüküm sayesinde sosyal hizmetin kesilmesi sonucu oluşabilecek problemleri gidermek için idareye gerekli tedbirleri alma konusunda belirli bir süre bırakılmaktadır<sup>118</sup>.

### c. *Değişkenlik ilkesi*

Değişkenlik ilkesi, mevcut bir kamu hizmetinin değişen şartlara uygun olarak daha farklı sunulmasını ifade eder<sup>119</sup>. Bu ilke uyarınca kamu hizmetinin gelişen ve değişen ihtiyaç ve teknolojiye, yeni yöntemlere adapte edilmesi gerekir.

Danıştay, sosyal hizmetlerin; sosyal ve ekonomik yoksunluk içinde bulunan kişilerin, değişen koşullara uyumunu sağlamayı amaçladığını ve bu nedenle sosyal hizmetlerin çağdaş bir anlayış ve bilimsel uygulamalara paralel olarak yerine getirilmesi ve ihtiyaçlara cevap verebilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>120</sup>.

Değişkenlik ilkesi süreklilik ilkesi ile de yakından ilgilidir. Hizmetin sadece kesintisiz sunulması yetmez. Bu noktada kaliteli bir hizmetten bahsedebilmek için hizmetin yeni gelişmelere de uyum sağlaması gerekir.

### d. *Geçerliliğini yitirmiş bir ilke: Bedelsizlik*

Kamu hizmeti ilkeleri hakkında üzerinde en çok tartışma olan konu, bedelsizliğin bir ilke olup olmadığıdır.

Kamu hizmetlerinin sayıca artması, görülüş usullerinin değişmesi, karşılanmasının daha fazla kaynak gerektirmeye başlaması, kamu

---

<sup>118</sup> Yönetmeliğin 39. maddesinin devamında yaşlıların mağduriyetlerinin önlenmesi için İl/ İlçe Müdürlüğü ve merkez gereken önlemleri alacağı; sorumlu müdürün, onbeş gün içinde merkezle ilgili tüm belgeleri İl/İlçe Müdürlüğüne teslim etmek zorunda olduğu ve kapanan merkezlerin İl Müdürlüğü tarafından Genel Müdürlüğe bildirileceği düzenlenmiştir (m. 40).

<sup>119</sup> **Karahanoğulları**: s. 222, (kitap).

<sup>120</sup> D10D: 06.05.1999E. 1998/1582, K. 1999/2239, (DBB).

hizmetinden yararlananlardan bu yararlanma karşılığında bir bedel alınması sonucunu doğurmuştur<sup>121</sup>. Mevzuatta hangi hizmetler karşılığında bir bedel alınmayacağı açıkça düzenlenmiş olup bu suretle bedelsizliğin genel bir ilke olmadığı söylenebilir. Örneğin Anayasa'nın 42/5. fıkrası uyarınca *"İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır."* Bu hüküm haricinde çeşitli düzenlemelerde hizmet esas alınarak değil ancak kişi esas alınarak da bazı istisnalar getirilmiştir<sup>122</sup>. 4736 sayılı Kanun madde 1'de yer alan hüküm kamu hizmetlerinin bedelsiz olmadığını göstermektedir<sup>123</sup>. Madde uyarınca; *"Genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idareler; bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar; kanunla kurulan fonlar, kefalet sandıkları, sosyal güvenlik kuruluşları, genel ve katma bütçelerin transfer tertiplerinden yardım alan kuruluşlar; kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları ile müesseseleri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunların kurdukları birlik, müessese ve işletmeler; özel bütçeli kuruluşlar; özelleştirme işlemleri tamamlanuncaya kadar, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanuna tâbi kuruluşlar ve özel hukuk hükümlerine tâbi, kamunun çoğunluk hissesine sahip olduğu kuruluşlar; kamu banka ve kuruluşları ile bunlara bağlı iş yerleri ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca üretilen mal ve hizmet bedellerinde işletmecilik gereği yapılması gereken ticarî indirimler hariç herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanmaz."*

Bedelsizlik, her ne kadar kamu hizmeti ilkesi olmasa da kamu hizmetlerinden "kâr etmeme", aksi uygulamalara rağmen<sup>124</sup>, halen geçerli bir ilke olarak kabul edilmelidir<sup>125</sup>. Aksi halin kabulü, idareyi sunduğu hizmetleri

<sup>121</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya: s. 573.

<sup>122</sup> 4736 sayılı Kamu Kurum Ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal Ve Hizmet Tarifeleri İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun madde 1.

<sup>123</sup> Tan Turgut: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 359.

<sup>124</sup> 2560 sayılı İstanbul Su Ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun madde 23: *"Su satışı, kanalizasyon tesisi bulunan yerlerdeki kullanılan suların uzaklaştırılması, septik çukurların boşaltılması giderleri için ayrı tarifeler yapılır. Bu tarifelerin tespitinde, yönetim ve işletme giderleri ile, amortismanları doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masraflave bir kâr oranı esas alınır."* Anayasa Mahkemesi bu hükmü *"idarenin su tedariki ve suların uzaklaştırılması yönünde yaptığı hizmete karşılık ölçülü ve adil olarak belirleyeceği bir kâr oranını su tarifelerinin tespitinde esas alması ve bu tarife göre ücret istemesinde hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır"* gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmamıştır. AyM: 26.01.2012, E. 2011/6, K. 2012/16.

<sup>125</sup> Yıldırım Turan: *"Kamu Hizmeti ve Kar Amacı"*, in Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim Ve Kamu Hizmeti, Edt. Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 38.

satın tükere, sunulan hizmetleri de ticari mal ve hizmete dönüştürür.

Kâr etmeme ilkesi uyarınca bir hizmetin bedeli, en düşük gelirli ve onun asgari yararlanma sıklığının bütçesine getireceği mali yükümlülük esas alınarak belirlenmelidir<sup>126</sup>. Danıştay'a göre de<sup>127</sup> “*Kamu hizmetinin sağlıklı ve verimli bir şekilde, bu hizmetten yararlananlara sunulabilmesi için, hizmetin tesisinden doğacak olan giderlerin karşılanabilmesi amacıyla bu hizmetten yararlanacak olan ilgililerden ücret alınması doğal olmakla birlikte, ilgililere yansıtılacak olan bu yükün yapılan hizmetin bir karşılığı olması ve aynı hizmetten yararlananlar arasında eşitsizliğe ve haksızlığa yol açmayacak şekilde adil ve dengeli olmasına özen gösterilmesi gerekir.*”

Kamu hizmetlerinden bedel alınması Anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesi ile de yakından ilgilidir. Buna göre bir kamu hizmeti için alınacak bedel o hizmete ihtiyaç duyanların bir kısmının ödeyemeyeceği miktardaysa, kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olur<sup>128</sup>.

Kamu hizmetlerinden yararlananlardan bu yararlanma karşılığı alınacak bedelin niteliği ne olursa olsun fiyat değildir<sup>129</sup>. Fiyat maliyet+kâr'dan oluşmakta olup idarenin kamu hizmetlerinin sunulması sonucu alacağı bedelin fiyat olması onu tüccar haline getirir<sup>130</sup>. Bu noktada kamu hizmetleri karşılığında alınacak olan bedelin harç benzeri mali yükümlülük olduğu söylenebilir. Bedelin hukuki niteliğinin harç benzeri mali yükümlülük olması ise Anayasa uyarınca bu bedelin kanunla belirlenmesini gerektirir (Anayasa m. 73). Nitekim Danıştay da<sup>131</sup> “... yasa ile düzenlenmeyen ve yönetmelikle düzenlenmesi öngörülen konular kapsamında yer verilmeyen sosyal hizmetlerin bedel karşılığı sunulması koşulunun yönetmelikle getirilmesine olanak bulunmadığından” işlemin iptaline karar vermek suretiyle aynı görüşte olduğunu ifade etmiştir.

Sağlık, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler gibi kamu hizmetlerinden bedel istenmesinin sosyal devlet ilkesinin gereği olan imkân ve fırsat eşitliğini,

---

<sup>126</sup> **Gülan:** s. 41.

<sup>127</sup> D8D: 17.03.1999, E. 1998/ 6982, K. 1999/1478, (DBB).

<sup>128</sup> **Gülan:** s. 40; **Sancakdar Oğuz:** İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 259.

<sup>129</sup> **Tan:** s. 250; **Karahanoğulları:** s. 245, (kitap).

<sup>130</sup> **Akyılmaz/Sezginer/Kaya:** s. 497.

<sup>131</sup> DİDDGK: 03.07.2000, E. 2000/401, K. 2000/938, (DBB).

onurlu bir yaşam sürdürme hakkını zedelediği ve dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğu ifade edilmekle beraber<sup>132</sup> Danıştay'a göre<sup>133</sup> “Ülkemizin mevcut koşullarına göre korunmaya, bakıma, yardıma muhtaç aile çocuk, özürlü, yaşlı ve diğer kişilerin sosyal hizmetlerden yararlanma taleplerinin tümünün karşılanması mümkün olmayıp özürlülerin başvurularının öncelik sırası belirlenmek suretiyle değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda Yasanın tanıdığı yetkiye istinaden düzenlenen Yönetmelikle yeterli ekonomik güce sahip, zihinsel, ruhsal ve bedensel özürlü olup anne ve/veya babası bulunan kişilerden davalı kurumca sunulan sosyal hizmetlerden faydalanırken hizmetin maliyeti de göz önünde bulundurulduğunda bir miktar ücret istenilmesi esasının benimsenmesinde, kamu yararı ve hizmetin gereklerine aykırı” değildir. Ancak aynı Yüksek Mahkeme özellikle sosyal hizmetleri sunmakla yükümlü idarelerin bu hizmetlerin yerine getirilmesi sırasında hizmetlerden yararlananlardan alınacak bedelin belirlenmesinde objektif kriterlerden hareket etmesi gerektiğini belirtmekte ve görevi olan bir konuda kâr amacı gütmek suretiyle ücret tesbiti yoluna gitmesinde hukuka uygunluk görmemektedir<sup>134</sup>.

Sosyal hizmetler mevzuatı incelendiğinde hizmetler için bedelsizliğin kabul edilmediği ve hatta “kâr etmeme ilkesi”nin de özel sektör açısından geçersiz kaldığı görülmektedir. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere kamu hizmeti ilkelerine, hizmet kim tarafından görülürse görülsün, hizmetin ifası sırasında uyulması gerekir.

Sosyal hizmetler mevzuatı incelendiğinde;

- Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliğinin “ücret tespiti” başlıklı 27. maddesinde<sup>135</sup> “Kuruluşun aylık bakım ücreti

<sup>132</sup> Yıldırım: s. 45.

<sup>133</sup> D10D: 06.05.1999, E. 1998/1582, K. 1999/2239, (DBB).

<sup>134</sup> D10D: 18.11.1998, E. 1996/5007, K. 1998/5873, (DBB).

<sup>135</sup> Benzer bir hüküm Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik madde 33’de de bulunmaktadır: “(1) Hizmetin niteliğine göre 32 nci maddede belirtilen hizmetlere ilişkin yaşlı başına alınacak ücretler her yıl; a) Genel Müdürlüğe bağlı merkezler için Genel Müdürlükçe, b) Kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı merkezler için ilgili birimlerince, c) Gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinince açılan merkezlerin ücreti ise Valinin veya görevlendireceği bir yardımcısının başkanlığında İl Müdürü, Büyükşehir Belediyesi/Belediye, Defterdarlık, İl Sanayi ve Ticaret Müdürlüğü ve il dahilindeki merkez kurucularının kendi aralarından seçeceği en az bir, en çok üç temsilciden oluşan, her yıl aralık ayının ilk haftasında toplanarak gelecek yılın ücretlerini tespit eden bir komisyonca tesbit edilir. (2) Ücret, geçişme endeksi ile toptan eşya

valinin veya görevlendireceği bir vali yardımcısının başkanlığında İl Müdürü, Büyükşehir Belediyesi/Belediye, Defterdarlık, Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü ve il dahilindeki kuruluş kurucularının kendi aralarından seçecekleri bir temsilciden oluşan bir komisyon tarafından tespit edilir. Belirlenen ücretler üstünde ücret tahsil edilemez. (2) Komisyon, her yıl Aralık ayının ilk haftasında toplanarak, gelecek yılın aylık bakım ücretlerini tespit eder. (3) Ücret; geçinme endeksi ile toptan eşya fiyat endekslerindeki artış oranları esas olmak üzere, sosyo-ekonomik koşullar, personel, beslenme, kira, ısıtma, onarım, diğer cari giderler ve amortismanlar dikkate alınarak, **kâr oranının eklenmesi** sonucunda tespit edilir. (4) Komisyon, il dahilinde aylık bakım ücretlerini taban ve tavan olarak tespit eder. (5) Tespit edilen ücret, valilik onayına sunulur. Onay sonrası, ocak ayı itibarıyla yürürlüğe girer. Ücret onayının bir örneği genel müdürlüğe gönderilir. (6) Aylık bakım ücretine; barınma, beslenme, ilaç takibi, enjeksiyon, pansuman, tansiyon ölçümü, basit tıbbi müdahaleler, alt bezi ve temizlik hizmeti giderleri dahildir. Bu hizmetler için yaşlı veya yakınlarından ayrıca ücret talep edilemez. (7) Her kuruluş kapasitesinin en az %5'i oranında ücretsiz yaşlı bakmakla yükümlüdür. Ücretsiz bakılacak yaşlılar İl Müdürlüğünce belirlenir” şeklinde bir hüküm yer almaktadır.

Maddeden de anlaşılacağı üzere sosyal hizmetlerin bir kamu hizmeti olması, fiyatın belirlenmesinde idarenin yetkili olması sonucunu doğurmaktadır<sup>136</sup>. Ancak özel hukuk gerçek ve tüzelkişilerinin verecekleri hizmet bedelinin tespitinde kârın da göz önünde bulundurulacak olması yukarıda belirtilen kâr etmeme ilkesine aykırıdır. Bununla birlikte Anayasa’da kamu hizmetlerinin bedelinin kârı da kapsamına engel olan açık bir düzenleme mevcut değildir. Kamu hizmetleri karşısında hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin niteliği harç ve benzeri mali yükümlülük olarak tespit edildikten sonra kanunda dayanağı olmak şartıyla özel sektörün sunacağı kamu hizmet bedeline belli bir miktar kâr eklenmesi mümkündür<sup>137</sup>.

---

*fiyat endekslerindeki artış oranları esas olmak üzere, sosyo-ekonomik koşullar, personel, beslenme, kira, ısıtma, onarım, diğer cari giderler ve amortismanlar dikkate alınarak, **kâr oranının eklenmesi** sonucunda tespit edilir. (3) Komisyon, il dahilinde birden fazla merkez olması halinde, aylık bakım ücretlerini taban ve tavan olarak tespit edebilir. (4) Tespit edilen ücret, Valilik onayına sunulur. Onay sonrası, ocak ayı itibarıyla yürürlüğe girer. Ücret onayının bir örneği İl Müdürlüğünde muhafaza edilir.*

<sup>136</sup> Anılan Yönetmeliğin 32. maddesinde ise belirlenen ücretten fazla ücret alınması ve fazla ücret almak talebinde ısrar edilmesi kapatma nedeni sayılmıştır.

<sup>137</sup> DİDDGK: 03.07.2000, E. 2000/401, K. 2000/938, (DBB).

## Sonuç

Yaşlılık; uluslararası örgütlerin, akademisyenlerin, medyanın ve bir kısım devletin dikkatini çekmeye ve sonuçta yaşlılara ve yaşlılığa yönelik çalışmalar gündeme gelmeye başlamıştır. Bir kısım ülkede içinde hem yaşlıların veya yaşlı örgüt temsilcilerinin yer aldığı hem de kamu görevlilerinin bulunduğu bağımsız tavsiye birimleri kurulmakta; bu birimler yaşlılara yönelik politikaların tespitinde hükümete tavsiyelerde bulunmakta, ayrıca yaşlılara ilişkin hususların gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunda gözlemci sıfatıyla hareket edebilmektedir<sup>138</sup>. Ancak bu gelişmelerin ülkemiz için de geçerli olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Yaşlıların insan haklarının uluslararası alanda münhasır bir sözleşmeye konu olması, sözleşmeye taraf devletler için sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde bir zorunluluk arz edecek ve yine sözleşmenin getireceği denetim mekanizmaları da bu zorunluluğun yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesini sağlayacaktır. Bu açıdan uluslararası alanda kabul edilecek yaşlılara yönelik bir sözleşme yaşlıların lehine olacaktır. Bununla birlikte yaşlıların insan haklarının güvence altına alınması, sadece sözleşmelerle veya mevzuatla gerçekleştirilemez. Bunun için ayrıca toplumsal duyarlılık da geliştirilmelidir. Ülkemizde 18-24 mart “Yaşlılar Haftası”, 1 ekim “Dünya Yaşlılar Günü”, 15 haziran “Dünya Yaşlılara Yönelik Suiistimallerin ve Kötü Muamelelerin Önlenmesi” ve 29 nisan “Avrupa Nesiller Arası Dayanışma Günü” olarak kutlanmaktadır. Tüm bunlar yaşlı sorunlarına toplumsal duyarlılığı arttırmak amacıyla kabul edilmiştir<sup>139</sup>. Oluşturulacak kamuoyu sayesinde yaşlıların insan haklarının, yaşlılığın özellikleri de dikkate alınarak, hayata geçirilmesinde hükümetler sorumlu tutulabilir<sup>140</sup>. Bu noktada mutlaka artan yaşlı nüfusun da bir baskı grubu olarak örgütlenmesi lazımdır.

Yaşlı hakları başlığı altında sayılan bütün haklar aslında birer insan hakkıdır. Zira yaşlı hakları olarak da anılsa insan hakları gibi bu hakların da temelini insan onuru oluşturur. Bu nedenle ayrı bir yaşlı hakları kategorisi yaratmaya gerek yoktur. Aksi halin kabulü, hakların sayısının artmasına, sınırlarının ve kapsamalarının tespitinin güçleşmesine neden olur ki bu durum ise belirsizlik ve hakların önemlerini yitirmesi sonucunu doğurur.

<sup>138</sup> UN: s. 45, (2007).

<sup>139</sup> Yazıcıoğlu: s. 159.

<sup>140</sup> Strengthening Older People’s Rights: s. 3.



İnsan hakları olması hasebiyle ayrı bir yaşlı hakları kategorisine gerek olmamakla birlikte ayrı bir yaşlı hukuku kanaatimizce gereklidir. Zira mevzuatın genişliği ve tedvin edilmemiş olması, hizmet ve hizmet sunucularının çokluğu, yaşlı hukukunun disiplinler arası bir hukuk dalı olması yaşlıların tabi olacakları hak, yetki ve yükümlülüklerin tespitini bir hayli zorlaştırmaktadır. Ayrı bir yaşlı hukukunun varlığı, yaşlıların insan haklarını, bu sıfatları dolayısıyla sahip oldukları güçlükler ve özellikler gözetilerek kullanmalarını kolaylaştırabilir.

Sosyal güvenlik, sağlık, sosyal hizmetler gibi bir kısım haklar, sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetler kapsamında olup devletin bunları hayata geçirmesi için çeşitli edimlerde bulunması gerekir. Bu noktada her ne kadar Anayasa'nın 65. maddesi sosyal hak ve hürriyetlerin yerine getirilmesinde Devlet lehine bir sınır getirmiş olsa da Anayasanın 2 ve 5. maddeleri uyarınca devlete yüklenen insanın insan onuruna yaraşır bir hayat sürmesini sağlama görevi karşısında anılan maddenin bu tür hizmetlerin sunulmamasında geçerli bir neden kabul edilmemesi gerekir. Ayrıca devletin görebileceği hizmetlerin doğal sınırını yine devletin ekonomik kaynakları oluşturmakla birlikte, ekonomi kayıt altına alınmadan; özelleştirmeler gerçek değerinde yapılmadan; özel kişilere gördürülen kamu hizmetleri yeterince denetlenmeden; kamuda şişirilmiş istihdam önlenmeden; gerçek ve etkili vergi denetimleri yapılmadan; rücu mekanizmaları işletilmeden kamu hizmetlerinin Anayasa'nın 65. maddesi gerekçe gösterilerek sunulmaması veya hizmet sunumundan bedel alınması adil olmayacaktır<sup>141</sup>.

Devletin/idarenin sosyal hizmetler alanında hizmet görme, politika belirleme ve kolluk yetkileri mevcut olup bunlardan hizmet sunumu şeklinde olanların kamu hizmeti ilkelerine uygun bir biçimde sunulması gerekir. Bu noktada hizmetin bizzat idare veya özel sektör tarafından sunulması fark etmez.

Eşitlik ilkesi uyarınca sunulacak hizmetlerde hizmetten yararlanacaklar arasında hukuken kabul edilebilir bir neden olmadıkça ayırım yapılamaz. Bu yasak başta Anayasa olmak üzere sosyal hizmetler mevzuatında da düzenlenmiştir. Eşitliğin sağlanması amacıyla hizmetten yararlanmanın objektif şartlarının kanunda yeterince düzenlenmediği hallerde idarenin düzenleyici işlemleriyle bu eksikliği gidermesi gerekir.

---

<sup>141</sup> Yıldırım: s. 46.

Süreklilik ilkesi hizmetin hem ihtiyaç olduğu sürece kesintisiz sunulmasını hem de belirli bir kalitede sunulmasını gerektirir. Bu noktada personelin nitel ve nicel olarak yeterli; hizmet mallarının da hizmet sunumuna uygun olması son derece önemlidir.

Değişkenlik ilkesi uyarınca kamu hizmetinin, hizmetten yararlananların yararını en üst düzeyde tutabilmek için yeni yöntemlere adapte edilmesi gerekir.

Sosyal hizmetlerde ve genel olarak kamu hizmetlerinde bedelsizlik ilkesi kabul edilmemekle birlikte “kâr etmeme” geçerli bir ilke olarak varlığını sürdürmelidir. Zira aksi halin kabulü idareyi tüccar haline getirirken hizmetten yararlananları da zor duruma sokabilir. Oysa kamu hizmetleri devlete kazanç ve kâr sağlayan faaliyetler olarak değerlendirilemez. Hizmet kamu hizmeti ise sunumundan zarar edilse dahi devletin bu hizmeti sunmaya devam etmesi gerekir<sup>142</sup>.

Hizmetten yararlananlardan hizmet karşılığı alınacak bedel ise fiyat olmayıp harç ve benzeri mali yükümlülüktür. Bedelin bu niteliği ise onun kanunla belirlenmesini gerektirir.

---

<sup>142</sup> **Özyörük** Mukbil: İdare Hukuku Dersleri, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencileri için çoğaltılmış Ders Notları, 1972-1973, s. 64.

### KAYNAKÇA

- Akyılmaz** Bahtiyar - **Sezginer** Murat - **Kaya** Cemil: Türk İdare Hukuku, 7. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- Altan** Ömer Zühtü - **Şişman** Yener: “Yaşlılara Yönelik Sosyal Politikalar”, Kamu-İş; Y. 2003, C. 7, S. 2.
- Bogutz** A. D: “*Elder Law: A Personal Perspective*”, in Theories on Law and Ageing, The Jurisprudence of Elder Law, Edt. Israel Doron, Springer 2009.
- CESCR General Comment No. 6**: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, Adopted at the Thirteenth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 8 December 1995 (Contained in Document E/1996/22).
- Davies** Ron: Older People In Europe EU Policies And Programmes European Parliamentary Research Service, Briefing 2014.
- Dayton** A. K: “*A Feminist Approach to Elder Law*”, in Theories on Law and Ageing, The Jurisprudence of Elder Law, Edt. Israel Doron, Springer 2009.
- Dinçkol** Bihterin: “*Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 4 Sayı: 8 Güz 2005/2.
- Doron** I: “*A Multi-Dimensional Model of Elder Law*”, in Theories on Law and Ageing, The Jurisprudence of Elder Law, Edt. Israel Doron, Springer 2009.
- DPT**: Türkiye’de Yaşlıların Durumu ve Yaşlanma Ulusal Eylem Planı, Yayın No. 2741, 2007.
- Fredvang** Marthe - **Biggs** Simon: The Rights of Older Persons, Protection and Gaps Under Human Rights Law, Social Policy Working Paper no. 16.
- Göze** Ayferi: Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist Ve Sosyal Devlet, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- Gülan** Aydın: Kamu Hizmeti Ve Görülüş Usulleri, İÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987.
- İba** Şeref: Eşitlik Ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu

Anayasa Değişikliği”, AİD, Y. 2006, C. 39, S. 1.

**Kara** Bülent: Sosyal Haklar Ve Özel Olarak Korunması Gereken Kişiler, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Isparta 2008.

**Karahanoğulları** Onur: “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tıp: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı)*”, AÜSBFD, Y. 2011, C. 66, S. 3.

**Karahanoğulları** Onur: Kamu Hizmeti (Kavramsal Ve Hukuksal Rejim), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, (kitap).

**Kocakoç** Nurgül: Türk Hukukunda Yaşlı Hakları, Orion Kitabevi, İzmir 2016.

**Kuçuradi** İoanna: İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2011.

Law Commission Of Ontario: **A Framework for the Law as It Affects Older Adults**: Advancing Substantive Equality for Older Persons through Law, Policy and Practice, Final Report April 2012.

**Millî Eğitim Bakanlığı**: Aile Ve Tüketici Hizmetleri Yaşlı Bireylere Sosyal Destek Hizmeti Veren Kurum Ve Kuruluşlar, Ankara 2011.

**Murphy** Maggie: Strengthening the Rights of Older People Worldwide: Building Greater European Support, HelpAge International and HelpAge Deutschland, 2012.

**Özyörük** Mukbil: İdare Hukuku Dersleri, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencileri için çoğaltılmış Ders Notları, 1972-1973.

**Sancakdar** Oğuz: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012.

**Sanz** Rosa: Older People and Human Rights, A Reference Guide for Professionals Working with Older People, Age UK and BIHR, 2011.

**Strengthening Older People’s Rights**: Towards a UN Convention, A resource for promoting dialogue on creating a new UN Convention on the Rights of Older Persons.

**Surtees** D: “*What can Elder Law Learn from Disability Law?*”, in Theories on Law and Ageing, The Jurisprudence of Elder Law, Edt. Israel Doron, Springer 2009.

**Tan** Turgut: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

**Taşçı** Faruk: “Yaşlılara Yönelik Sosyal Politikalar: İsveç, Almanya, İngiltere ve İtalya Örnekleri”, Çalışma ve Toplum, 2010/1.

**The Rights of Older Persons**, Collection of International Documents, Editors: Israel Doron - Kate Mewhinney, International Federation on Ageing, Jerusalem 2007.

**Towards A Convention On The Rights Of Older People**, <http://www.helpage.org/>

**TTB**: Evde Bakım Hizmetleri İle İlgili Sağlık Emek Ve Meslek Örgütlerinin Görüş Ve Yaklaşımları, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2016.

**Ulucan** Devrim: “Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S, 2013, s. 369-383 (Basım Yılı: 2014).

**Ulusoy** Ali: Türk İdare Hukuku, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

**UN**: Department of Economic and Social Affairs, World Economic and Social Survey 2007, Development in an Ageing World, E/2007/50/Rev.1 ST/ESA/314, New York 2007, (2007).

**UNODC**: Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı, New York 2009.

**Ünlü** Tuğba: Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya 2009.

**Yayla** Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta, İstanbul 2009.

**Yazıcıoğlu** Cafer Tufan: “Yaşlılık Hukuku”, Akademik Geriatri 2010.

**Yazıcıoğlu** Cafer Tufan: Yaşlılık Hukuku, Türkiye İşçi Emeklileri Derneği, (kitap).

**Yıldırım** Turan: “Kamu Hizmeti ve Kar Amacı”, in Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim Ve Kamu Hizmeti, Edt. Ali Ulusoy, Liberte Yayınları, Ankara 2001.



# 1919 MECLİS-İ MEBUSAN SEÇİMLERİNİN “KURUCU MECLİS OLUŞTURUCU” NİTELİĞİ

Mehmet Faruk KOÇAK\*

## ÖZ

*Modern devlet anlayışının gelişmesinden sonra devlet iktidarının birbirinden bağımsız üç ayrı organa eşit şekilde dağıtılması gerektiği düşüncesi yaygın olarak kabul görmüştür. Anayasa Hukuku'nun temelinde; bu devlet organlarının kuruluşunu, ilkelerini, işleyişini düzenlemek ve vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almak üzere normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alacak kurallar olması gerektiği düşüncesi yatar. Anayasa Hukuku'na Türk anayasal gelişmeleri çerçevesinde baktığımızda Sened-i İttifak (1808) ile başlayan ve iki yüzyılı aşkın bir zamanın getirdiği birikimden oluşan bir hafıza görmekteyiz. Bu çalışmada da 1919 yılında gerçekleştirilen Meclis-i Mebusan seçimleri Anayasa Hukuku'nun bakış açısıyla incelenecek ve dönemin konuyla bağlantılı olayları; kurucu iktidar kavramı ekseninde aktararak, 1919 seçimlerinin TBMM'nin toplanmasına olan etkisi nedeniyle “kurucu meclis oluşturucu” niteliği olduğu ortaya konacaktır. I. ve II. bölümlerde terim açıklamalarına, III. ve IV. bölümlerde tarihi olaylara ve V. bölümde ise olayların ilgili kavramlar çerçevesinde değerlendirilmelerine yer verilmiştir. Çalışmada irdelenecek olan bu kavramlar, Kıta Avrupası Hukuku'na ve Türk Anayasa Hukuku öğretilerine olan belirgin etkisi nedeniyle Fransız Kamu Hukuku anlayışının çerçevesinden tarif edilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Hukuku, Türk anayasal gelişmeleri, kurucu iktidar, kurucu meclis, 1919 Meclis-i Mebusan seçimleri

## THE ‘CONSTITUENT ASSEMBLY-FORMING’ CHARACTERISTIC OF 1919 ELECTIONS FOR OTTOMAN CHAMBER OF DEPUTIES

### ABSTRACT

*The thought of separating state functions equally to three independent bodies was widely accepted in the world after the concept of modern state had been revealed. By the same token; through set of rules that are superior than statutes in the hierarchy of norms, defining the structure, principles, mechanism of these entities and ensuring the fundamental rights and liberties of the citizens from state lay the foundations of the Constitutional Law. As we research into this body of law in the perspective of constitutional development in Turkey, we observe a chain of historical events that are stemmed from Sened-i İttifak (1808). Respectively, in this study, with narrating the*

\* Yüksek Lisans Öğrencisi-İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. İstanbul Barosu'na kayıtlı stajyer avukat. (mehmetfarukkocak@gmail.com)

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 16/02/2018

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 03/07/2018

*regarding historical events of the Ottoman Chamber of Deputies (Meclis-i Mebusan) elections which took place in 1919 will be analysed in terms of constituent power and constituent assembly premises. In I. and II. chapters the related terms are clarified and in III. and IV. chapters historical events are explained. At the end, events are evaluated in the light of said premises under the title of Assessments. The terms examined in the article will be explained compliant with the French concept of public law due to its high impact on Continental Law and Turkish Constitutional Law doctrine.*

**Keywords:** *Constitutional law, Constitutional development in Turkey, Constituent power, Constituent assembly, 1919 elections for Ottoman Chamber of Deputies*

## I. KURUCU İKTİDAR KAVRAMI

Çalışmamızın konusunu teşkil eden “kurucu iktidar” (*constituent power, pouvoir constituant*), şüphesiz ki anayasa teorisinin temel kavramlarından biridir. Bundandır ki, Türk Anayasa Hukuku öğretisinde bu kavramının farklı bakış açılarına göre değişik tanımlarını bulmak mümkün haldedir. Örneğin; Atay bu kavramı “anayasayı yapan veya değiştiren, yani devletin hukuki ve siyasi kimliğini belirleyen kurucu güç” olarak,<sup>1</sup> Gül “devleti hukuki bir kurum olarak kuran güç” olarak<sup>2</sup> tanımlamakta; Can ise “toplumsal meşruiyet gereksinimi duymayan ‘güç ilişkilerinin’ bir ürünü” olarak<sup>3</sup> tarif etmektedir. Meseleyi sınırlarımızın dışına çıkıp karşılaştırmalı olarak irdelediğimizde de dünyanın çeşitli bölgelerinden akademisyenlerin bu alana katkı sağlayan tariflerinin olduğunu görürüz. Söz gelimi Alman hukukçu Schmitt kurucu iktidarı “kendi siyasal varlığının nitelik ve biçimi hakkındaki somut temel kararı verme gücüne sahip olan irade”<sup>4</sup> olarak tanımlarken; Fransız anayasa kuramcısı Sieyès bu kavramı *ulusa* işaret ederek “kurulu bir devlette kurulu olmayan bir iktidar”<sup>5</sup> olarak tanımlamaktadır.

Türk öğretisini incelemeye devam edecek olursak; Gözler, müstakil olarak kurucu iktidar kavramı üzerine yazdığı tezinde bu kavramı kabaca;

<sup>1</sup> Ender Ethem Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, **GÜHFD**, C.XII, Sy.1-2, 2008, s.525.

<sup>2</sup> Cengiz Gül, **İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti**, Ankara: Adalet Yayınları, 2010, s.62.

<sup>3</sup> Osman Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 62, Sa: 3, 2007, s. 105.

<sup>4</sup> CAN, **A.g.m.**, s. 105, Dn.5.

<sup>5</sup> CAN, **A.g.m.**, s. 105, Dn.5.



anayasa yapma ve var olan anayasayı değiştirme gücü olarak tanımlar.<sup>6</sup> Verilen bu tarifi oluşturan unsurlar olan “anayasa yapma” ve “anayasa değiştirme” güçleri ise öğretilerde genel olarak ‘asli kurucu iktidar’ ve ‘tali kurucu iktidar’ adları ile yerleşmiştir. Kurucu iktidarı; asli kurucu iktidar anlamıyla incelediğimizde karşımıza bağlı olduğu anayasa ile somutlaşan ‘kurulmuş iktidar’ kavramı çıkmaktadır. Kurulmuş iktidar var olan devletin içindedir, sınırları o devletin sınırları ile çakışır. Fakat kurucu iktidar herhangi bir devlet içinde değildir, bilakis o bizzat devletin kaynağıdır, devletin sınırlarını çizen güçtür.<sup>7</sup> Bahsedilen özellikleri nedeniyle kurucu iktidarın, kurulmuş iktidardan önce var olan<sup>8</sup> ve onun organlarını ve sınırlarını belirlemiş bir *güç* olduğunu söyleyebiliriz. Denilebilir ki kurucu iktidar anayasayı yapar, anayasa ise devleti şekillendirir ve ancak “egemen” olan, kurucu iktidarı kullanabilir. Dolayısıyla bu *gücün* ne olduğunu kavramak için öncelikle *egemenlik kuramları* üzerinde durulması gerekir. Zira egemenlik “devleti devlet yapan güç” olarak tanımlanmaktadır.<sup>9</sup> Yazının ilerleyen bölümlerinde bu iki kuramın tarif ettiği kurucu iktidar düşüncesi irdelenecek ve 1919 seçimleri bağlamında kurulan meclisin bu teorilerin ileri sürdüğü koşulları sağlayıp sağlamadığı incelenecektir.

Anayasa hukuku bağlamında; egemenliğin kaynağı, sınırları ve kimin eliyle kullanılacağı sorunları üzerine tarih boyunca ileri sürülmüş pek çok farklı görüş vardır. Bununla birlikte günümüz Anayasa Hukuku öğretisinde egemenlik kavramının anlamını halk egemenliği ve ulusal egemenlik kuramlarında bulduğunu görürüz.<sup>10</sup> Yazının ilerleyen bölümlerinde detaylandırılacağı üzere bu kuramlar iki büyük siyasal rejim modeline kaynaklık eden ayrı teoriler olarak değerlendirilmektedir.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Türk anayasa öğretisine yadsınamaz derecede katkı sağlamış olması ve sadece bu kavrama odaklanılmış bir çalışma olması dolayısıyla, bu makalede ağırlıklı olarak bu tanım ekseninde yorumlara yer verilmiştir. Kemal Gözler, **Kurucu İktidar**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1990, s.10.

<sup>7</sup> GÖZLER, **Kurucu İktidar**, s.14.

<sup>8</sup> Hans Kelsen’in, kurucu iktidar kavramını Malberg’in görüşlerine de paralel olarak, “hiçbir norm ile bağlı olmayan, anayasa öncesi iktidar” olarak tanımlamış olması hakkında bkz. CAN, **A.g.m.**, s. 105, Dn.5.

<sup>9</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s.63.

<sup>10</sup> Yusuf Soner Demirel, **Egemenlik Kavramı Ve Klasik Egemenlik Anlayışının Yeni Sınırları**, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s.42.

<sup>11</sup> Mehmet Ali Ağaoğulları, “Halk Ya Da Ulus Egemenliği’nin Kuramsal Temelleri Üzerine

Rousseau'nun Toplum Sözleşmesi'nde kavramsallaştırdığı *halk egemenliği kuramına* göre seçilmişler ile seçmenler arasında basit bir vekalet ilişkisi vardır. Yani seçilmişler seçmenlerin efendileri değil, görevlileridir. Buna göre seçilmişler adeta birer memurdur, seçmenler onları diledikleri zaman işbaşına getirir ve diledikleri zaman işten uzaklaştırır. Koşullar üzerinde tartışma hakları olmadığı gibi emir ve talimatlara da uymak zorundadırlar.<sup>12</sup> Seçilenlerin yetkileri hususunda ise *yürütme gücünü elinde bulunduranların* sözleşme yapma haklarının olmadığını savunulduğunu görürüz. Buna göre onlar sadece halkın onlara vermiş olduğu görevleri yurttaş olmanın bir gereği olarak yaparlar. Dolayısıyla sadece basit yasama faaliyeti yapma yetkisi olan ve sözleşme yapma yetkisi olmayan bu gücün *kurucu iktidar* olmadığını söylememiz gerekir. Bununla beraber, eserde geçen “*yürütme gücünü elinde bulunduranlar*” ifadesi bize bir iktidarın varlığını anlatır. İşte seçilenlerin sahip olduğu ve kurucu iktidar niteliği olmadığı açıklanmış bu gücü bir kurulmuş iktidar olarak anlamamız gerekir. Bu düşüncelerin savunulmasının hemen ardından ise ‘bütün yurttaşların’ *sözleşmeyi* geri alma yetkisinin olduğu ifade edilerek aslında sahibinin ‘bütün yurttaşların iradeleri’ olduğu bir tür kurucu iktidar tarif edilmektedir.<sup>13</sup> Dolayısıyla Rousseau'nun açıkça tanımlamamakla beraber, kurucu iktidar vasfını haiz olan ve olmayan iktidarlara tarif ederek aslında kurucu-kurulmuş iktidar ayrımının temellerini attığını ifade edebiliriz. Sözün özü, halk egemenliği kuramına göre kurucu iktidar bütün yurttaşların iradesi ile oluşur. Seçmenler kendilerine temsilci seçerek onlara yasa yapma yetkilerini devretmekle beraber, kurucu iktidarlara kullanmak için bizzat irade göstermeleri gerekir.

Kurucu iktidar, 20. yüzyılın başlarında Carre de Malberg tarafından halk egemenliği ve ulusal egemenlik kuramlarına göre ayrı ayrı temellendirilmiş ve pek çok kamu hukukçusu tarafından da kabul görmüştür.<sup>14</sup> Bu öğretiyeye göre halk egemenliğinin kabul edildiği bir sistemde kurucu iktidar özel vekaletle yetkilendirilmiş bir meclis aracılığı ile kullanılır:

Birkaç Düşünce”, **AÜSBFD**, Cilt: XLI, No: 1-4, Ocak-Aralık 1986, s.1.

<sup>12</sup> Jean-Jacques Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, çev. Vedat Günyol, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2012, s.95.

<sup>13</sup> ROUSSEAU, **A.g.e.**, s.96.

<sup>14</sup> Bahtiyar Akyılmaz, “Millî Egemenlik Kavramının Gelişimi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: II, Sa: 1-2, 1998. s. 216.

*“Anayasa yapmak için seçmenler tarafından özel bir vekaletle görevlendirilmiş yani halkın olağanüstü delegasyonunu almış bir meclise gerek vardır.”*

*(Carré de Malberg, c.II, s.536)<sup>15</sup>*

Aynı öğretide ulusal egemenlik ilkesi; halk egemenliği anlayışından farklı olarak toplumu oluşturan somut bireylerin değil, örgütlenmiş soyut bir birlik ifade eden bir ‘ulus’un egemenliği şeklinde açıklanır. Kurucu iktidar o toplum içinde geçmişte yaşamış, halihazırda yaşayan ve ileride yaşayacak olan tüm bireylere dağılmıştır, yani ‘ulus’a aittir. İşte ulusal egemenlik-halk egemenliği kuramlarının birbirinden ayrıldığı en temel anlayış farkı da burada doğar. Halk egemenliği anlayışında gücün kaynağı o zaman diliminde o devletin ülkesinde yaşayan belirli yurttaşların hakimiyeti iken, ulusal egemenlik anlayışında gücün kaynağı o zaman diliminde yaşayan yurttaşları kapsayan fakat daha büyük bir anlam ifade eden soyut bir varlık olarak ulustur. Dolayısıyla bu anlayışa göre sadece yaşayan bireylerden oluşan toplum fertlerinin bir araya gelerek anayasa yapma meşruiyeti bulunmamaktadır. Malberg, ulusal egemenlik ve kurucu iktidar ilişkisini şu şekilde açıklar:

*“Ulusal egemenliği hiçbir otorite kendisinde topladığını iddia edemez. Bu sistemde kurucu iktidar-kurulmuş iktidar ayrılığı sadece yasama organının kurma gücüne sahip olmadığı anlamına gelmez; aynı zamanda, kuruculuk için tüm iktidarların birleşmesi gerektiği anlamına gelir.” (Carré de Malberg, c.II, s.549)<sup>16</sup>*

Sonuç olarak anlatılan görüşlerin savunduğu ulusal egemenlik kuramına göre, kurucu iktidarın oluşması için “tüm iktidarların birleşmesi” gerekmektedir. Kurucu iktidarın öğretide asli ve tali kurucu iktidar olmak üzere iki şekilde incelendiğini belirtmiştik. Dolayısıyla hem asli hem tali kurucu iktidarın tüm iktidarlarının birleştiği varsayımında oluşacağını söyleyebiliriz. Ayrıca bu noktada Gözler’in tali kurucu iktidarı, sınırının asli kurucu iktidar tarafından çizilmiş olması yönüyle *kurulmuş* bir iktidar olduğunu savunduğunu ifade etmeliyiz.<sup>17</sup> Kanımızca incelenen konu, özellikle kurucu meclis ve asli kurucu iktidar kavramlarının kuramsal nitelikleri bakımından önem arz

---

<sup>15</sup> Aktaran: GÖZLER, dipnot **Kurucu İktidar**, s.15.

<sup>16</sup> Aktaran: GÖZLER, dipnot **Kurucu İktidar**, s.16.

<sup>17</sup> Kemal Gözler, **Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?**, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Editörler), Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s. 47.

etmektedir. Dolayısıyla, bu başlıkta kurucu iktidar kavramının kökenine yer verilmekle yetinilerek özelliikli tartışmaya bir sonraki başlıkta değinilecektir.

## II. ASLİ KURUCU İKTİDAR VE KURUCU MECLİS

Anayasa öğretisinde, anayasayı yapmak suretiyle devleti şekillendiren güç olarak tanımladığımız asli kurucu iktidarın niteliği hakkında görüş birliği bulunmamaktadır. Fakat yazının bağlamı nedeniyle bu tartışmalara derinlemesine girilmemiş ve 1919 seçimleri ile asli kurucu iktidar arasındaki ilişki hakkında yapılan değerlendirmeler, pozitivist hukuk anlayışına göre aktarılmıştır. Belirtmek gerekir ki asli kurucu iktidar, pozitivist görüşü benimsemiş hukukçuların “büyük bir kısma göre” *hukuk dışı ve sınırsız* bir iktidardır.<sup>18</sup> Öyle ki bu iktidar kendi kendini var etmiştir, ona hukukilik verecek daha eski bir kural bulunmadığı için de hukuk dışı bir olgudur.<sup>19</sup> Bu durumda; anlatılan görüşün benimsenmiş olması halinde bu hukuk dışı olgunun, adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzeninin<sup>20</sup> yok olduğu ve toplumun hukuka uymasını sağlayan soyut bağların koptuğu; savaş, darbe, devrim gibi olağanüstü hallerde oluştuğunu söylemek gerekir.<sup>21</sup> Bu olağanüstü halleri ise bu bağlamda rasyonel aklın ve mantığın olmadığı kriz dönemleri olarak çerçevlendirmek mümkündür.<sup>22</sup> O halde, bu görüşün kabulü halinde asli kurucu iktidarın önceden öngörülemeyen özel koşullarda ortaya çıktığını kabul etmemiz gerekmektedir.

İzah edilen çerçeveden bakıldığında; yeni baştan bir anayasa yapma gücü anlamına gelen asli kurucu iktidarın sadece hukuk boşluğu olan olağanüstü ortamlarda ortaya çıktığı sonucu çıkmaktadır. Bu düşünce; Türk hukuk öğretisinin çoğunluğu tarafından benimsenmekte ise de “siyaset kökenli akademisyenler” ve “bazı hukukçular” tarafından eleştirilmiştir.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Erdoğan Teziç. **Anayasa Hukuku**. 13. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009, s.156-57.

<sup>19</sup> Cem Eroğul. **Anayasayı Değiştirme Sorunu**. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1974, s.23.

<sup>20</sup> Yasemin Işıktaç, **Hukuk Başlangıcı**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s.16.

<sup>21</sup> Öğretimde birtakım yazarların bu sava şiddetle karşı çıktığı müşahade edilmektedir. Yazarlar bu görüşün sahiplerini “elitist” olarak nitelermekte ve bu şekilde “statükocu bir anlayış” benimsendiğini iddia ederek görüş sahiplerini anti-demokratik uygulamaları meşru görmekle suçlamaktadır. Bkz. Ahmet Nohutçu, Mücahit Bektaş, “Yeni Anayasa Tartışmaları Etrafında Kurucu İktidar, Kurucu Meclis ve Referandum Kavramlarının Analizi”, **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi**, Cilt.5, Sa: 1, 2017, s. 1-23.

<sup>22</sup> Jon Elster, The Optimal Design of a Constituent Assembly, Engin Saygın (çev.), **AÜHFD**, Cilt.58, Sayı 2, 2009, s.416.

<sup>23</sup> NOHUTÇU/BEKTAŞ, **A.g.m.**, s. 18.

Yapılan eleştirilerden birine göre<sup>24</sup> bu baskın görüş; anayasa, kurucu iktidar ve kurucu meclis kavramlarına *transandantal* (aşkın) bir anlam yüklemekte ve böylece *status quo* (statüko/mevcut düzen) yanlısı bir anlayış<sup>25</sup> benimsemektedir. Bu eleştirinin yoğunlaştığı hususun,<sup>26</sup> kurucu iktidarın kaynağının *ulus* olarak kabul edilmesi olduğu ifade edilebilir. Zira asli kurucu iktidarın ancak olağanüstü durumlarda ortaya çıkabileceği düşüncesinin kökünde ulus egemenliği kuramının yattığı söylenebilir. Kanaatimizce burada üzerinde durulması gereken konu, “anayasa yapmak” ve “anayasayı değiştirmek” eylemlerinin farklarıdır. Zira asli kurucu iktidar ve tali kurucu iktidar ayrımı yapılırken “sıfırdan anayasa yapmak” eylemi asli kurucu iktidara hasredilmekte ve fakat “anayasayı değiştirmek” eylemi tali kurucu iktidarın yetkisi içinde görülmektedir. Bu bakımdan asli kurucu iktidarın sadece olağanüstü durumlarda ortaya çıktığı düşüncesini “kan dökülmeden anayasanın değiştirilemeyeceği tehdidi” olarak niteleyen görüşü<sup>27</sup> isabetsiz olarak değerlendirmek gerekir. Zira; her ne kadar yazarlar kurucu iktidarın asli ve tali olarak ayrılması düşüncesine katılmadıklarını belirtse de

<sup>24</sup> NOHUTÇU/BEKTAŞ, **A.g.m.**, s. 3.

<sup>25</sup> “Kurucu iktidar ve demokrasi ilişkisini düşünme, düşüneni kurulu düzen hakkında, devrimcilik ya da muhafazakarlık uçları arasında açık bir pozisyon almaya sevk eder.” Bkz. Dinçer Demirkent, “Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt’te Kurucu İktidar Sorunu”, **Mülkiye Dergisi**, Cilt.39, Sa: 3, 2015, s. 93.

<sup>26</sup> Sözü edilen yazarların bazı ifadelerinin *eleştiriye açık* olduğu ifade olunabilir. Bkz. NOHUTÇU/BEKTAŞ, **A.g.m.** Öncelikle eserin 8. sayfasında asli kurucu iktidar kavramı “halk, millet, vatandaş, toplum egemenliği” olarak tanımlanarak ve 10. sayfasında ise “halk/millet egemenliği” ifadesi tercih edilerek bir terim karmaşası yaşanmasına yol açılmıştır. Eserin genelinde halk ve millet egemenliği kavramlarının birbirine koşturularak gösterildiği görülmektedir. Bununla beraber anayasa hukuku perspektifinden bakıldığında millet kavramı esasen halk kavramına değil, ulus kavramına koşturularak kullanılmaktadır. Dolayısıyla asli kurucu iktidarın halk egemenliğine işaret etmesi ile millet egemenliğine işaret etmesi arasında ciddi bir fark bulunmaktadır. Yazarların bu ciddi farklılığa rağmen, bu husus hakkında ortaya bir *açıklama getirmeksizin* sözü edilen kavramları birbirine denkmışçesine kullanmaları eleştiriye açıktır. Bir başka açıdan bakıldığında, eserin 11. sayfasında “...halk egemenliğine dayanmayan ve bu yönüyle meşru kabul edilemeyecek...” ifadesiyle millet egemenliği anlayışından temellenen anayasaların bir yönüyle meşru kabul edilmemesi gerektiği savunulmuştur. Kanaatimizce egemenlik kuramları nitelikleri gereği; “meşru” olanın ne olduğunu farklı bakış açılarından ifade eden teoriler olarak görülmelidir. Aynı soruna farklı perspektiften cevap veren bu kuramlar, meşruiyet kavramının niteliğini zaten en baştan farklı çizmektedir. Bu bakımdan, bazı anayasaların “halk egemenliğine dayanmadığı için meşru kabul edilmemesi gereğini” ifade eden düşünce, esasen bu hususta bir tartışmaya girilmeksizin meşruiyet kavramına tek taraflı bir bakış açısı ile yaklaşmış olması ile eleştiriye açıktır.

<sup>27</sup> NOHUTÇU/BEKTAŞ, **A.g.m.**, s. 19.

öğretide yapılan ayrıma göre tali kurucu iktidar esasen asli kurucu iktidarın kurduğu<sup>28</sup> bir iktidardır ve anayasal kuralların çerçevesinde kalarak anayasayı değiştirme gücünü haizdir. Dolayısıyla kurucu iktidarı asli ve tali olarak ikiye ayırarak inceleyenlerin; asli kurucu iktidarın sadece olağanüstü hallerde ortaya çıkacağını ifade etmesi, anayasanın barışçıl yollarla değiştirilemeyeceğini beyan etmek anlamına gelmemektedir. Anayasayı değiştirme eylemi bir yana, “sıfırdan anayasa yapmanın” olağan dönemde mümkün olup olmadığı sorunu, kökenini toplum sözleşmesi kuramlarından alan soyut bir tartışma olarak görülmelidir. Gerçekten de anayasaların oluşturulması veya buna kimin yetkisi olduğu gibi problemler “hukuk-normatif bir sorun olmaktan çok siyasal, ekonomik ve sosyal” sorunlardır.”<sup>29</sup>

İfade edildiği üzere Türk öğretisinde genel kabul gören görüşe göre anayasa yapma meşruiyetini haiz “iktidar”, olağanüstü durumlarda ortaya çıkmaktadır. Peki ya anayasanın kabul etmesinden sonra da ortaya çıkmış bu “anayasa yapma iktidarı” devam etmekte midir? Agamben bu konuda; kurucu iktidarın, anayasanın yapılmasından sonra kurulmuş iktidar vasfını kazanarak anayasal bir güce dönüştüğünü ifade etmekle beraber anayasayı sıfırdan inşa etme kudretini kaybetmediğini savunur.<sup>30</sup> Ona göre mevcut anayasa, kendisini oluşturan gücün asli kurucu iktidar olma doğasının devam ettiğini kabul eder. Dolayısıyla asli kurucu iktidar, Agamben’in görüşüne göre anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra da varlığını sürdürmektedir. Bu bakış açısı, anayasa yapma iktidarının ancak olağanüstü durumlarda ortaya çıktığı savına karşı gelmesi ve olağan durumlarda da sıfırdan anayasa yapılmasına imkân vermesiyle dikkat çekmektedir. Şüphesiz ki karşılaştırmalı hukukta Arendt ve Schmitt, kurucu iktidar hakkında ileri sürdükleri argümanlarla öne çıkan en önemli isimlerden ikisidir.

Sieyès’in; düşüncesine ulusal egemenlik kuramını kaynak olarak yaptığı kurucu-kurulu iktidar ayrımını savunan Schmitt, Agamben gibi kurucu iktidarın *sürekli* olduğunu ileri sürer. Ona göre kurucu iktidar, *yasal* bir alanda değil *meşru* bir alanda hareket etmektedir, zira bu iki alan arasında

<sup>28</sup> GÖZLER, *Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?*, s. 47.

<sup>29</sup> CAN, *A.g.m.*, s. 105.

<sup>30</sup> Hasan Küçükkaya, “Şiddeti Doğuran Bir Faktör Olarak Kurucu İktidar Sorunsalı”, **II. Hukukun Gençleri Sempozyumu: Şiddet Döngüsünü Kırmada Hukukun Rolü**, Ankara: Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 2011, s. 2.

uyuşmazlık çıktığında yasal olan ortadan kalkmaktadır.<sup>31</sup> “Demokrasinin üç momenti” olarak adlandırılan kavramsallaştırmasında<sup>32</sup> birinci moment olarak işaret ettiği “anayasanın öncesi ve üzerindeki” halk, kurucu iktidara işaret etmektedir. Bu dönemde yetki verme yetkisine (*competence-competence*) sahip halk, iradesini başka bir norma bağlı olmadan kullanır ve kamusal varlığı ile doğrudan ortaya çıkar. İkinci moment olarak tali kurucu iktidar olarak yorumlayabileceğimiz “anayasa kapsamında” halkı gösterir. Kurucu iktidarın sürekliliği tezinin kaynağını ise üçüncü moment olan “anayasa sonrası” halk oluşturur. Bu durumda; halk, biçimlendirilmemiş varlığı ile kamusal alanda toplanarak “anayasa kapsamında” olmayı aşar ve kurucu iktidarın sürekliliğini sağlar. Bu alanın önemli isimlerinden bir diğeri olan Arendt ise öğretilerdeki kurucu-kurulu iktidar ayrımını “Sieyés egemen kralın yerine egemen ulusu koymaktan başka ne yapmıştı ki?” diyerek dışlamaktadır.<sup>33</sup> Ona göre, anayasayı tıpkı Amerikan Devrimi örneğinde olduğu gibi; kamusal tartışma, ikna ve diyalog yöntemlerini kullanarak kurumların yapılması gerekir.<sup>34</sup>

Bu tartışmalar ile ulaşılan sonuç ne olursa olsun, anayasa yapma eylemi hakkındaki düşüncenin sonraki aşamasında bir sorun ile daha karşılaşılacaktır ki o da asli kurucu iktidarı kullanacak olan *organın* ne olacağı muammasıdır. Tarihsel örnekler incelendiğinde bu organın, anayasanın hazırlanış biçimine göre farklı şekiller aldığı görülmektedir. Gerçekten de anayasaların hazırlanma koşulları ve tarzlarına tarihsel perspektiften göz attığımızda 1848 Prusya Anayasa’sı gibi monarşik biçimlere veya 1789 ABD Anayasa’sı gibi demokratik biçimlere rastlamaktayız. Bu bağlamda monarşik biçimleri *ferman* ve *misak* olarak, demokratik biçimleri ise *kurucu meclis* ve *kurucu referandum* olarak sıralamak mümkündür.<sup>35</sup>

Kurucu meclis, (*constituent assembly, assemblée constituante*) kuramsal temellerini yukarıda açıklanan doğrultuda, esasen ulusal egemenlik teorisinden almaktadır. Şöyle ki; egemenliğin soyut ulusa ait olması durumunda demokrasi ancak temsil yoluyla gerçekleştirilebilir. Zira bu anlayışta halihazırda toplumu oluşturan bireyler egemenliği geçmiş ve gelecek bireylerle paylaşmaktadır.

---

<sup>31</sup> DEMİRKENT, A.g.m., s. 108.

<sup>32</sup> DEMİRKENT, A.g.m., s. 109-112.

<sup>33</sup> DEMİRKENT, A.g.m., s. 97.

<sup>34</sup> DEMİRKENT, A.g.m., s. 100.

<sup>35</sup> Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. 13. Baskı, İstanbul: Ekin Kitabevi, 2013, s.107.

Bu nedenle onların seçecekleri vekillerin sadece seçmenlerin değil, aynı zamanda toplumun geçmiş ve geleceğinin iradelerini de temsil ettiği kabul edilir. Dolayısıyla bu anlayışta anayasayı yapacak olan irade, seçmenlerin eliyle belirlenen ve tüm ulusu temsil ettikleri kabul edilen vekiller tarafından kullanılmalıdır. Kurucu meclisin, olağan dönem meclislerinden farkı ise kendilerine verilen görev ve duyulan güvenden doğar. Her ne kadar iki meclis de doğrudan genel oy ile seçiliyor olsa da birisine kurucu iktidar devredilerek anayasa yapma güveni verilmekte iken ötekine ise kurucu iktidar güveni verilmeyip yalnızca olağan dönem yasalarını yapma vekaleti verilmektedir.<sup>36</sup>

Elster kurucu meclisleri 4 kategoriye ayırarak inceler, bunlar; *anayasal konvansiyonlar, yetkilendirilmiş kurucu yasama organları, kendiliğinden oluşmuş yasama organları ve kendiliğinden oluşmuş yasama meclisleri* olarak sıralanmaktadır. Anayasal konvansiyon başlığı altında incelenen organlar sadece anayasa yapmaları için seçilirler ve sadece bu amacı yerine getirirler. Yetkilendirilmiş kurucu yasama organları ise anayasa yapmanın yanı sıra yasama işlemleri de gerçekleştirir. Üçüncü başlık olan kendiliğinden oluşmuş kurucu yasama organı, kurucu meclis olması amacıyla seçilmemiştir fakat ilerleyen süreçte kendisini kurucu meclise dönüştürür. Ve son olarak; kendiliğinden oluşmuş yasama meclisi, aslında anayasal konvansiyon olarak seçilen fakat sonrasında “daha fazlasını yapabilen daha azını da yapabilir” ve “bir gücü yaratan o gücü de kullanabilir” ilkeleri doğrultusunda yasama faaliyeti de yürütmeye başlamış bir meclis olarak tanımlanmaktadır.<sup>37</sup>

Şüphesiz ki bu sayılan başlıklarda incelenen kurucu meclis niteliğindeki parlamentoların her birinin kuramsal olarak hukuki zemini mevcuttur. Fakat uygulamadaki yansımaları, somut olay bazında incelenerek gerek ilkesel gerekse demokratik özellik ölçütlerine göre değerlendirilip nitelendirilebilir. Gözler’e göre asli kurucu iktidar niteliği gereği demokratik yollarla oluşmak zorunda değildir, hatta genelde anti-demokratik olarak oluşur ve bu durum anayasanın kendisinin demokratik nitelikte olup olmamasından bağımsızdır.<sup>38</sup> Gerçekten de açıklandığı üzere asli kurucu iktidar genellikle<sup>39</sup> rasyonel aklın

<sup>36</sup> GÖZLER, **Kurucu İktidar**, s.85.

<sup>37</sup> ELSTER, **A.g.m.**, s.421 vd.

<sup>38</sup> GÖZLER, **Kurucu İktidar**, s.104.

<sup>39</sup> Arendt’e göre başta Fransız Devrimi ve onu takip eden bütün devrimci hareketler, Amerikan devrimi hariç, kendilerine örnek olarak “en yüksek buyurma gücü” anlamına gelecek şekilde ulusal egemenlik düşüncesini almıştır. Aktaran: DEMİRKENT, **A.g.m.**, s. 100. O halde asli kurucu iktidarın olağanüstü durumlarda ortaya çıktığı savının ulusal egemenlik kuramı ile



ve sağduyunun ortadan kalktığı olağanüstü durumlarda oluşmaktadır. Böyle özellik arz eden durumlarda tam anlamıyla bir demokratik organın tesisine rastlamak güçtür. Bir başka açıdan baktığımızda, kurucu iktidarın görünüm şeklinin demokratik olmadığı fakat kurulan devletin demokratik olduğu örneklerin en barizi olarak; *anayasal devletin* Magna Carta gibi monokratik belgelerle şekillendirildiği fakat dünyanın en eski demokrasilerinden biri olarak kabul edilen İngiltere’yi gösterebiliriz.

Yazının bundan sonraki bölümünde, yukarıda açıklanan kurucu meclis kavramının kuramsal temelleri, dönemin koşullarından kısaca bahsedildikten sonra son Meclis-i Mebusan ve TBMM ile kıyaslanacaktır. Bu bilgiler ışığında ve aşağıda irdeleneceği üzere; 1919 yılı seçimiyle teşekkül eden Meclis-i Mebusan ile 1920 yılında Ankara’da toplanan TBMM arasında nitelikli bir ilişkinin varlığına işaret edilecek ve 1919 seçimlerinin “kurucu meclis oluşturucu niteliği” sorgulanacaktır.

### III. 1914-1918 MECLİS-İ MEBUSANI’NIN FESHİ VE 1919 SEÇİMLERİ

Bilindiği üzere I. Dünya Savaşı; 1918 yılının sonlarında galip devletler ile yenik çıkan devletler arasında ayrı ayrı imzalanan ateşkes antlaşmaları ve devamında akdedilen barış antlaşmaları ile son bulmuştur. Doğal bir sonuç olarak savaşın ve antlaşmaların her bir yenik devletin kendi örneklemeleri üzerinde etki bıraktığını söyleyebiliriz. Örneğin Almanya’nın, savaşın getirdiği ekonomik vaziyetin ve cephelerdeki başarısızlığın etkisiyle 1918’in Ekim ayında adeta bir “barut fıçısına”<sup>40</sup> dönüşmüş olduğu ifade edilmektedir. Bu dönemde arka arkaya gelen grevlerin başlattığı toplumsal olaylar; Kasım 1918’de cumhuriyetin ilanına giden olaylar silsilesini başlatmış ve sürecin bütününde Weimar Anayasasının kabulüyle yeni bir rejim teşekkül etmiştir. Osmanlı Devleti’nin savaş sonrası durumu da benzer olmakla birlikte anlaşılması için dönemin siyasal konjonktürü ve kronolojisinin irdelenmesi gerekir.

Osmanlı’nın son dönem devlet yönetimini elinde bulunduran İttihat ve Terakki Cemiyeti üyeleri (İTC), 1918’e kadar sürecek olan iktidarlarını Ocak 1913’te Bab-ı Ali baskını ile sağlamıştır. Takip eden yıl ise Meclis-i

---

bağını bu bakımdan kurmak mümkün haldedir.

<sup>40</sup> Colin Storer, “Weimar Cumhuriyeti’nin Kısa Tarihi”, çev. Sedef Özge, İstanbul: İletişim Yayınları 2. Baskı, 2015, s.49-50.

Mebusan’ın oluşumu için seçim tarihimizde *sopalı seçimler* adıyla bilinen seçimler yapılmış ve bunun sonucunda İTC mecliste ezici bir güç haline gelerek yönetimi tamamen ele geçirmiştir. İTC’nin yönetimde olduğu süre boyunca uyguladığı politikalarla rakip siyasi görüşlere baskı uyguladığı ve bunu sonucu olarak toplumda hoşnutsuzluk oluşturduğu savunulabilir.<sup>41</sup> Bu hoşnutsuzluğa ek olarak; devletin savaşta yenilmesi, hükümetin 30 Ekim 1918’de ağır hükümler içeren Mondros Ateşkes Antlaşması’nı imzalaması ve Kasım 1918’de yurdun işgalinin başlaması İTC hakimiyetindeki meclise ve hükümete karşı birçok eleştirinin/tepkinin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bu tepkilerin sonucu olarak ilk önce 8 Ekim 1918 tarihinde dönemin hükümeti olan Talat Paşa hükümetinin istifa ettiğini ve ardından İTC’nin ılımlı isimlerinden oluşan Ahmet İzzet Paşa hükümetinin kurulduğunu görmekteyiz. Hükümet değişikliğinin ardından ise meclise karşı eleştirilerin başladığını ifade edebiliriz. Örneğin aralık ayı Meclis-i Ayan içtimaındaki konuşmasında Ferit Paşa, “meclis üyelerinin işgal nedeniyle temsil ettikleri yerlerle irtibatlarını yitirdiğini ve bu nedenle yeni bir meclise ihtiyaç olduğunu” ifade etmiştir.<sup>42</sup> Aynı şekilde dönemin sadrazamı Tevfik Paşa; “meclisin ihtiyaç olan kanun taslaklarını komisyonlara iletmediğini, hatta bu kanunlarla düzenlenmeye çalışılan meselelerden ötürü hükümeti eleştirdiğini, bu nedenle mevcut meclis ile işleri yürütmeye imkân kalmadığını” belirtmiştir.<sup>43</sup>

Anlatılan şartlar içinde Sultan Vahidüddin, 21 Aralık 1918 tarihli *irade-i seniyyesi* ile 1914-1918 Meclis-i Mebusanı’nı feshetmiştir. Fakat belirtilmelidir ki Kanun-i Esasi’nin 7. maddesine göre<sup>44</sup> padişahın meclisi fesih yetkisi, 4 ay içinde yeni seçimlerin düzenlenmesi şartına bağlanmıştır. Buna rağmen bahsedilen irade-i seniyyede yeni seçim ile ilgili bir ifade bulunmaması, İstanbul basınından ve muhalif oluşumlardan tepkiler yükselmesine sebep olmuştur. Sonuçta *Meclis-i Vükela* durumu açıklığa kavuşturmak için 4 Ocak 1919 tarihinde bir karar alarak, işgal edilen bölgeleri ve mevcut seferberlik halini gerekçe göstererek seçimleri süre belirtmeden ertelediğini

<sup>41</sup> Niyazi Karaca (1995), “**Meclis-i Mebusan’dan Büyük Millet Meclisi’ne Geçiş Sürecinde 1919 Genel Seçimleri**”, Atatürk Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, s.18.

<sup>42</sup> KARACA, A.g.m., s.9.

<sup>43</sup> KARACA, A.g.m., s.11.

<sup>44</sup> “... **MADDE 7.-** .... Dört ay zarfında bilintihap içtima etmek üzere ledeliktiza Heyeti Mebusanın feshi hukuku mukaddesei padişahidendir...” Bkz. Türk Anayasa Hukuku Sitesi, <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>, (ET: 20.12.2017).

ilan etmiştir.<sup>45</sup> Bahsedilen kararın alınmasında işgal bölgelerinden bir şekilde mebus çıkarılmaması ihtimalinin gözetilmiş olduğunu ifade edebiliriz. Zira bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde; mebus çıkarılmayan bölgelerin devlete aidiyeti hususunun Paris Barış Konferansı toplantılarının sürdüğü bağlamda uluslararası tartışmaya açılabilmesi tehlikesinin düşünüldüğü söylenebilir.

Özetle; 1919 seçimleri öncesinde Osmanlı Devleti'nin içinde olduğu bu konjonktürde yurt toprakları işgal edilmeye başlanmış, İTC'nin savaş süresince muhalefeti baskı altında tuttuğu iktidarı kaybolmuş, birbiri ardına cemiyet ve fırkalar teşekkül etmeye başlamıştır.<sup>46</sup> Ayrıca anlatılan sürecin devamında bir iktidar boşluğu oluşmaya başladığını ifade edebiliriz. Zira mevcut yasama organının feshedilmesiyle artık gücünü halkı temsil etmesinden almayan bir iktidar tezahür etmiş ve bu iktidar gitgide İstanbul dışına söz geçiremez hale gelmiştir. Bu zaman diliminde İstanbul dışı olarak ifade edilen Anadolu ve Trakya'da, ileride Millî Mücadele hareketini oluşturacak olan ve vatan topraklarının işgaline çare bulmak için yerel ölçekli olarak toplanan kongreler görünmeye başlamıştır. İşte bu yerel toplantılarda oluşan yapılar ilerleyen süreçte İstanbul Hükümeti'nin boşluğunu doldurmuştur. Tanör bu toplantılara “yerel kongre iktidarları” ismini vermekte ve toplantıların Kemalist hareket öncesinde ve dışında tamamen sivil toplum inisiyatiflerinden doğmuş olduğunu belirtmektedir.<sup>47</sup> Gerçekten de bu oluşumlara bir tür iktidar gözüyle bakmak gerekir zira Mustafa Kemal bu kongreleri Sivas'ta Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti ismiyle (ARMH) birleştirinceye kadar kuruldukları bölgelerde bir tür idare organı hüviyetinde hareket etmişlerdir. ARMH ismiyle birleşmeleriyle bir ulusal kongre iktidarı genel kurulu oluşturmuş olan yerel kongreler,<sup>48</sup> ayrıca Heyet-i Temsiliye'nin (HT) seçimiyle bir yürütme organı da oluşturmuştur.

---

<sup>45</sup> Başbakanlık Osmanlı Arşivleri, Meclis-i Vükela Mazbataları No: 214, 4 Kanun-ı Sani 1335, sıra no: 8.

<sup>46</sup> Öyle ki Türkiye'de 1908 sonrası siyasi hareketliliğin en yoğun olduğu dönem olarak 1918-1920 arası gösterilmektedir. Bkz. KARACA, A.g.m., s.20.

<sup>47</sup> Tanör ayrıca yerel kongrelerin mütareke döneminin ürettiği siyasi yapıların ilk halkaları olduğunu ve açıkça devletleşme eğilimi gösterdiğini belirtir, buna Kars ve Batı Trakya Cumhuriyetleri'ni örnek verir. Bkz. Bülent Tanör, “Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri”, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 24. Baskı, 2014, s.227.

<sup>48</sup> Yerel kongrelerin sayısının 30, toplam delege sayısının ise 1500 civarında olduğu ve delegelerin orta sınıf-burjuva olarak değerlendirilebileceği söylenmektedir. Bkz. TANÖR, A.g.e., s.228.

ARMH'nin, düzenlediği kongrelerde bağlayıcı kararlar almaya başlamasına rağmen *egemenliğini* bir monarka dayandırmadığını, hatta gücünün kaynağı olarak milleti gösterdiğini görmekteyiz. Bununla beraber alınan kararların meşruiyet temelini, seçimle oluşmuş bir meclise dayanmıyor oluşu nedeniyle sağlam olmadığını söylememiz mümkündür. Zira kongre iktidarları tarafından belirlenen ilkeler ve alınan kararlar, ‘millet’ vekili sıfatı olmayan kongre delegeleri tarafından vücuda getirilmiştir. 1919 Meclis-i Mebusan seçimlerinin yerel toplantılarda şekillenen bu irade için önemi burada yatmaktadır. Gerçekleşen seçim ile birlikte yerel kongrelerde alınan kararların meşrulaştırılma imkânı yakalanmıştır.<sup>49</sup> Bu noktadan yola çıkarak; ARMH'nin kongrelerde kabul ettiği esasların bir mecliste kabul edilerek hukuki zemine oturtulmasını istediğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla ARMH'nin seçim yapılması kararı almasının ve İstanbul Hükümeti'ni bu seçime zorlamasının sebebi olarak bunu görmemiz mümkündür. Bu seçim kararının alınmasına giden sürecin belirleyici etmenlerinden ilki 23 Temmuz 1919'da başlayan Erzurum Kongresi'nin 14. toplantısıdır. Meclisin tekrar toplanması için İstanbul Hükümeti'ne baskı yapılması kararı bu toplantıda alınmış ve bu karar kongre beyannamesinin 8. maddesi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca kongre devam ederken Kazım Karabekir, İstanbul Hükümeti'nin kongre hakkında bilgi istediği telgraflara verdiği cevaplarında “bu kongre gibi hallerin önüne geçebilmek için meclisin açılması gerektiğini” ifade etmiştir.<sup>50</sup>

Erzurum Kongresi sonunda yayımlanan kararlar sonucu; kongrelerin, bağımsızlığını yitirmiş İstanbul Hükümeti'nin milli emellere aykırı hareketlerine karşı koyma görevini üstlendiği ve milli iradeye dayanmayan kararların milletçe kabul edilemez nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Bu kararlarla birlikte meclisin tekrar toplanması için seçim yapılması talebini içeren bir telgraf Sadaret'e gönderilmiştir. Durumun ARMH açısından önemine mukabil, açılacak bir meclisin ‘saltanat şurası’ ismiyle faaliyet gösteren İstanbul Hükümeti açısından da kararlarına hukuki bir zemin sağlamak adına hayati bir gereksinim olduğu ifade edilebilir. Nitekim Sivas Kongresi'nin hemen sonrasında 3 Ekim 1919'da İstanbul'daki Ali Rıza Paşa hükümeti seçim kararı almış ve 7 Ekim 1919'da seçim kararnamesini vilayetlere göndermiştir. Gelineen noktada bir meclis açılmasının hem İstanbul hükümeti hem de ARMH açısından kaçınılmaz ve her iki taraf için de risk barındıran bir ihtiyaç olduğu görülmektedir. Bahsedilen bu risk ise seçimlerden çıkacak sonuca bağlı olarak taraflardan birinin hukuki gücünü yitirmesi ihtimalidir.

<sup>49</sup> KARACA, A.g.m., s.117 vd, TANÖR, A.g.e., s.229.

<sup>50</sup> KARACA, A.g.m., s.119.

1919 seçimleri Ekim-Aralık ayları arasında 15 vilayette ve 51 livada icra edilmiştir. Mebusların seçim bölgeleri incelendiğinde günümüz Türkiye'sinin sınırlarından seçildikleri dikkat çeker. Bununla beraber işgal edilen bölgelerin büyük kısmı meclise temsilci gönderememiştir. Seçimler “İntihabat-ı Mebusan Kanun-ı Muvakkati”ne uygun olarak iki aşamalı olarak gerçekleştirilmiştir. Bu kanuna uygun olarak öncelikle ikinci seçmenler (müntehib-i sani) belirlenmiş ve ardından bu seçmenlerin oy kullandığı ikinci bir seçim daha düzenlenmiştir. İstanbul’da ilk derece seçimleri 15 Ekim 1919’da başlatılmış ve sonucunda 469 ikinci seçmen belirlenmiştir. İkinci derece seçimleri ise 18 Aralık 1919’da İstanbul Darülfünunu konferans salonunda düzenlenerek aralarında Darülfünun Hukuk Fakültesi profesörü ve İstanbul Barosu başkanının da olduğu on bir mebus seçilmiştir.

Seçimlerin Anadolu vilayetlerindeki aşamalarında ARMH hakimiyetinin olduğu söylenebilir de cemiyetin kendisinin aday göstermediğini ifade etmemiz gerekir. Bundan da öte Halide Edip’in<sup>51</sup> 1919 seçimleri için ‘seçimler mümkün olanın en hür olarak yapılması idi’ değerlendirmesini yapmış olduğunun altının çizilmesi gerekir.<sup>52</sup> Atatürk de seçimler için yaptığı değerlendirmede “intihabat mücadelesi o derece serbest cereyan etmektedir ki en müterakki ve medeni memleketlerde bile bu surette müdahalesiz intihap olmamıştır zannındayım” demiştir.<sup>53</sup> 1912 seçimlerinde tecrübe edilen hükümet baskısının toplumda oluşturduğu olumsuz etki hala zihinlerdeyken, bilhassa hassas özellik arz eden 1919 seçimlerinin şaibeli olmamasına gayret edilmiş olması ve gerekli önlemlerin alınmış olması beklenen bir durumdur.

1919 seçimlerinin dönemin koşullarına göre demokratiklik gösterdiğini ifade edebiliriz. Basınının seçimlere katılımı teşvik ettiğini, farklı görüşlerdeki gazetelerin güncel olayları yorumlarla beraber köşelerine taşıdığını görmekteyiz.<sup>54</sup> Seçimleri katılım açısından değerlendirdiğimizde

---

<sup>51</sup> Kadınların mebusluk hakkı olmamasına rağmen Halide Edip, Giresun’dan 8 ve Beypazar’dan 22 oyun 20’sini almıştır.

<sup>52</sup> Seçim yapılan işgal bölgelerine örnek olarak Batum’u verebiliriz. Seçilen vekiller Meclis-i Mebusan’a ulaşmadan meclis kapatılmıştır. Bu temsilciler doğrudan TBMM’ye katıldılar. Bkz KARACA, A.g.m., s.248.

<sup>53</sup> Bülent Tanör, “Türkiye’de Kongre İktidarları (1918-1920)”, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, 2002, s.329 vd.

<sup>54</sup> 1919 yılı seçim döneminde basın yazdıklarına örnek olarak; İfham Gazetesi: “Türkoğlu intihap hakkını kullan, vereceğin reylerle memleketin geleceğini sen tayin edeceksin” Alemdar Gazetesi: “Seçimler başlıyor, İttihatçılara rey vermeyiniz” Bkz. Niyazi Karaca (1995), “Meclis-i Mebusan’dan Büyük Millet Meclisi’ne Geçiş Sürecinde 1919 Genel

Türklerin yoğun bir ilgi gösterdiğini, Musevilerin ağırlıklı olarak katılım sağladığını söyleyebiliriz. Fakat vilayetlerdeki nüfus çoğunluğu iddialarının zarara uğramasını istemeyen Rum ve Ermeni cemaatlerinden oy kullanan gruplar olmakla beraber genel eğilimin seçimlere katılmama yönünde olduğu ifade edilebilir.<sup>55</sup> Seçime birçok siyasi parti katılmıştır ki bunlardan birisi Türkiye İşçi ve Çiftçi Sosyalist Fırkasıdır (TİÇSF). Bu firkanın rehberliğinde ve bir kısım sendikaların da eşliğinde işçi ve amelelerin Şehzadebaşı’nda iki bin kişilik bir miting düzenlediğini dönemin basınından öğrenmekteyiz<sup>56</sup>. Mitingde; halihazırdaki iki dereceli seçim sisteminin düzenlendiği kanunun yerine; doğrudan, eşit ve gizli oy ilkelerinin benimsendiği yeni bir kanun talep edilmiş, İstanbul’da ‘proletarya’nın üç mebus çıkarması için çalışılacağı ifade edilmiştir. Dönemin basınında seçimle ilgili yer almış ve dikkat çekici bir başka içerik ise kadınların seçim hakları ile ilgilidir. 20 Ekim 1919 tarihinde Vatan Gazetesi’nde yayınlanan bir anket çalışması ile seçimlerde kadınlara seçim hakkı verilip verilmemesi hususu tartışılmıştır. Toplumun önde gelen eğitim kurumlarının katıldığı çalışmanın sonucunda katılımcıların tümünün teorik olarak tüm kadınların seçimleri katılmasını desteklediği görülür. Fakat Türk kadınının seçim hakkı hususunda Amerikan Koleji’ndeki bazı öğretmen ve öğrencilerin de aralarında yer aldığı bir grubun, kadınların seçimlere katılmalarından önce eğitim ve kültür düzeylerini yükseltmeleri gerektiğini ve bunun da beş ila on beş yıl arasında süreceğini ifade ettikleri dikkat çekmektedir.<sup>57</sup>

Seçimler yurt genelinde devam ederken HT üyeleri arasında Meclis-i Mebusan’ın nerede toplanacağı hususunda fikir ayrılıkları baş göstermiştir. Meclisin İstanbul’da mı yoksa başka bir yerde mi toplanması gerektiği hususunda karar alınmak üzere toplantılar yapılmaya başlanmış ve 29 Kasım 1919’daki toplantı tutanağından öğrendiğimiz kadarıyla *yurdun sarsıntıya uğramasına mâni olmak için sakıncaları olsa bile* meclisin İstanbul’da toplanması gerektiği kararı alınmıştır.<sup>58</sup>Karar metninde; İstanbul’a gidecek

---

Seçimleri”, s.254.

<sup>55</sup> KENDİRCİ, A.g.e., s.28.

<sup>56</sup> Mehmet Öznur Alkan, “Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Seçim Tarihimizden Manzaralar”, **Toplumsal Tarih Dergisi**, Sa: 210, 2011, s.45-46.

<sup>57</sup> Serkan Tuna, “Son Osmanlı Mebusân Meclisi Seçimleri Sürecinde Siyasî Bir Anket: Türk Kadınına Seçim Hakkı Verilmeli mi?”, **CTAD**, Yıl 12, Sayı 23, 2016, s.25-52.

<sup>58</sup> Mustafa Kemal Atatürk, “**Nutuk**”, (Hazırlayan: Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu) İstanbul: Çağ Yayınları, 39. Baskı, 2002, s.152.

ARMH üyelerinin mecliste ulusal bir grup kurmaları, sivil örgüt liderleriyle görüşüp desteklerini almaları ve bu üyelerin güvenliklerini temine yönelik birtakım önlemlerin alınması maddelerinin yer aldığı görülmektedir. Ayrıca halihazırda devam eden ve Mondros Ateşkesini tamamlayacak barış antlaşmasının koşullarının tartışıldığı Paris Barış Konferansı'ndan millet için olumsuz bir karar çıkması halinde *milli iradeye* başvurulması kararı alınması gerektiği kaydedilmiştir. İlerleyen zaman diliminde ise İstanbul'a gidecek mebuslara; İtilaf devletlerinin ateşkes kurallarını bozarak millet haklarını zedeleyici işler yapabilecekleri, bunlara karşı durulması ihtimalinde meclisin dağıtılacağı, mebusların tutuklanabileceği ve sürgüne gönderilebileceği hususlarında uyarılar yapıldığı görülmektedir.<sup>59</sup>

En nihayetinde seçimlerin tamamlanmasının ardından 168 mebuslu son Meclis-i Mebusan Fındıklı'daki sahil sarayında 12 Ocak 1920'de padişahın Hatt-ı Hümayun'u ile açılmıştır. Seçilen mebusların çoğunluğunun ARMH destekçisi olduğunu ve içlerindeki tek gayrimüslimin Musevi cemaatinden İstanbul mebusu Prof. Mişon Ventura Efendi olduğunu görmekteyiz. Meclisin açılış konuşmasında Ahmet Ferid Bey olağanüstü koşullara rağmen toplanan meclis için; "Türk ölmemiştir, ölmeye de niyeti yoktur. Toplanan meclis bunun semeresidir, veni vidi vici, istedim toplandım çalışıyorum demiştir" ifadelerini kullanmıştır.<sup>60</sup> Kendirci'ye göre üyelerin altmış tanesinin ittihatçı, altısının liberal, ikisinin sosyalist ve geri kalan yüz tanesinin ise "bilinmeyen" olarak sınıflandırılması gerekir.<sup>61</sup> Dünya Savaşı'nın sonundan itibaren İTC üyelerinin kovuşturmaya başlandığı düşünüldüğünde, görüşü tespit edilemeyen bu yüz kişinin içinde de ittihatçı düşünceden üyeler olduğu savunulabilir. Fakat görev yaptığı süre oldukça kısa olan son mecliste siyasi bir hava esmemiş, genel itibarıyla ARMH'ci bir hava hâkim olmuştur.

Son Meclis-i Mebusan'ın kabul ettiği en önemli karar şüphesiz ki 28 Ocak 1920 tarihli Misak-ı Milli (*Ulusal Ant / Milli Yemin*) beyannamesidir. Bu metin; Amasya, Erzurum ve Sivas'ta alınan kararlarla doğrulmuş, esaslarını kongre iktidarlarının çizmiş olduğu ve devletin hangi sınırlarda, nasıl bir

---

<sup>59</sup> ATATÜRK, A.g.e, s.153.

<sup>60</sup> Niyazi Karaca (1991), "**İstanbul Basımında 1919 Genel Seçimleri**", Atatürk Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s.112. Yazar, son meclisin üye sayısı için 162 kaydını düşerken Hasan Kendirci 168 Mebus olduğunu ifade etmektedir.

<sup>61</sup> Hasan Kendirci, "**Meclis-i Mebusan'dan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Kopuş ve Süreklilikler**", İstanbul: Kitap Yayıncılık, 2009, s.27 vd.

egemenlik anlayışında olacağını ilan eden bir içeriğe sahiptir. Dolayısıyla denilebilir ki Misak-ı Milli; kendi kaderini çizmek üzere toplanmış yerel kongre iktidarlarının, birlikte yaşamak üzere anlaştıkları hususlar hakkında vücuda getirdikleri *sözleşmelerini* açıklamalarıdır. Gerçekten de bu beyanname gerek içeriği ile gerekse kongre iktidarlarının uzlaşmasıyla oluşması ile akıllara toplum sözleşmesi kuramlarını getirmektedir.<sup>28</sup> Ocak'ta gizli oturumda kabul edilen kararlar 17 Şubat 1920'deki meclis içtimanda bu sefer açık oturumda “umumen ve müttefikan kabul” sesleri eşliğinde oybirliği ile kabul edilmiştir.<sup>62</sup>

#### IV. SON MECLİS-İ MEBUSAN'IN FESHİ VE TBMM'NİN AÇILMASI

Meclis-i Mebusan, Fındıklı Sarayı'ndaki çalışmalarını sürdürürken 16 Mart 1920 tarihinde İtilaf Devletleri askerleri İstanbul'u resmen işgale başlamıştır. İşgal faaliyetleri çerçevesinde icra edilen tutuklamaların ve girişilen çatışmaların sonuçlarından birisi de meclisin tatil kararı alması olmuştur. Bu sonuçlara neden olan olayların ifadesi için öncelikle belirtilmesi gerekir ki işgalin 16 Mart sabah 10.00'da başlayacağı tebliğ edilmesine rağmen harekât gece yarısı başlamıştır. Dönemin gazetelerinin kaydettiği ilk olay, 05.45 saatinde Osmanlı Şehzadebaşı Karakolu'na ani bir baskın düzenlenmesi ve bunun sonucunda 4 Osmanlı askerinin yataklarında şehit edilmesidir.<sup>63</sup>

Olayların devamında bir işgal birliğinin Meclis-i Mebusan oturumunu bölmesi nedeniyle mecliste büyük bir kargaşa çıkmıştır. Kargaşanın sonunda bir tutanak hazırlanarak Meclis-i Mebusan Başkanlığı'na sunulmuş ve Rauf Bey ile Kara Vasıf Bey tutuklanmıştır.<sup>64</sup> Sonraki ilk meclis toplantısında Sinop mebusu Rıza Nur Bey'in verdiği “milletvekillerine sağlanan dokunulmazlığın son bulması dolayısıyla, kutsal görevlerini güvenle sürdürebilecekleri bir durum ortaya çıkıncaya kadar genel birleşimlerin ertelenmesini” öneren taktir oybirliği ile kabul edilerek meclis tatil edilmiştir. Dikkat edileceği üzere 18 Mart günü meclisin aldığı karar bir “askıya alma” kararıdır. Bu kararın meclis üyelerinin mebusluk sıfatlarında bir değişiklik yapmadığı unutulmamalıdır. Yani, mebusluk sıfatına sahip üyeler gerekli çoğunluğa ulaştığı herhangi

<sup>62</sup> Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi Devre: 4, Cilt: 1, s.144-145.

<sup>63</sup> Serpil Sürmeli, “Şehzadebaşı Karakolu Baskını ve Olay Mahalline Giren İlk Gazete Tevhid-i Efkâr”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, S:45, Bahar 2010, s.103.

<sup>64</sup> Doç. Dr. Erol Kaya, “**Son Osmanlı Meclis-i Mebusanı**”, <http://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=292385> (E.T: 03.01.2018).



bir yerde meşru meclisi oluşturma imkanını ellerinde bulundurmaya devam etmektedir. Fakat padişah 11 Nisan 1920 tarihinde bir irade-i seniyye yayımlayarak bir önceki meclis gibi 1920 meclisini de feshetmiş ve meclis üyelerinin mebusluk sıfatları bu şekilde tartışmalı hale gelmiştir.<sup>65</sup>Kararın alınmasında meclisin Ankara’da toplanma ihtimalinin görülmesi fakat istenmemesinin önemli rol oynadığını söyleyebiliriz. Nitekim TBMM fesih kararından 12 gün sonra 23 Nisan 1920’de Ankara’da teşekkül etmiştir. Bahsedildiği üzere fesih kararı ile tartışmalı hale gelen Meclis-İ Mebusan üyelerinin mebusluk sıfatları, 23 Nisan 1920 tarihinde TBMM’nin aldığı 1 Sayılı kararda yer alan ve Osmanlı Meclis-i Mebusan üyelerinin de TBMM üyeleri sayılacağı maddesiyle meşrulaştırılmıştır.

Mustafa Kemal, İstanbul’daki tutuklamalarından sonra 17 Mart’ta ordu komutanlarına Anadolu’da bir *kurucu meclis* oluşturulmasının gerekliliğine dikkat çeken genelge taslağı göndermiştir.<sup>66</sup> Fakat sonrasında konu hakkında silah arkadaşlarıyla yaptığı istişareler sonunda meclisin bu niteliğini “olağanüstü yetkilere sahip bir meclis” (*salahiyet-i fevkaladeyi haiz bir meclis*) olarak değiştirmiştir.<sup>67</sup> Buradan da anlaşılacağı üzere esasen Mustafa Kemal’in niyetinin, yayınladığı tebliğde meclisin adını rejimi değiştirici bir kurucu meclis (*meclis-i müessesan*) olarak nitelemek olduğunu söylememiz mümkün haldedir. 19 Mart’ta ise “bu olağanüstü yetkileri haiz meclisin” teşekkülü için yapılacak seçimlerin esaslarını düzenleyen ‘intihabat tebliği’ni yayımlanmıştır. Tebliğde, yapılacak olan yeni seçimde her livadan beşer vekil seçilmesinin düzenlenmesi dikkat çekicidir. Bu madde ile birlikte az gelişmiş ve az nüfuslu bölgelerin temsil gücünün arttırıldığını, bu sayede de demokratik/ eşitlikçi bir kimlik yakalandığını belirtmek gerekir. Ayrıca 1919’da seçilen İstanbul Meclis-i Mebusanı’ndan iltihak edecek mebusların da TBMM üyesi sayılacağı kaydedilmiştir. Dikkat edilmelidir ki Mustafa Kemal’in bahsedilen tebliği yayınladığı günlerde Osmanlı Meclis-i Mebusanı için henüz fesih kararı verilmemiş durumdadır, dolayısıyla meclisin hala mevcut olduğunu

<sup>65</sup> Meclis-i Ayan ise Meclis-i Mebusan dağıldıktan sonra 5 toplantı daha yapmış fakat sonra gerekli görüldüğünde tekrar toplanmak üzere toplantılarına ara vermişlerdir. 1922 yılına kadar maaş almaya devam etmişler İstanbul hükümetinin tasfiyesinden sonra meşru kabul edilen kurumlar arasında sayılmadıkları için mebuslukları düşmüştür. Bkz. Hasan Kendirci, “**Meclis-i Mebusan’dan Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne Kopuş ve Süreklilikler**”, İstanbul: Kitap Yayıncılık, 2009, s.44.

<sup>66</sup> Erdal Aydoğan/Tansu Barış Mahmutoğlu, “**Mustafa Kemal Atatürk Döneminde Yapılan Seçimler Ve Karakteristik Özellikleri**”, Tarihîn Peşinde Dergisi, Sa:10, 2013, s.114.

<sup>67</sup> Bülent Tanör, “**Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**”, sf.230 vd; KENDİRCİ, A.g.e., s.34.

ama tatil durumunda olduğunu ifade edebiliriz. Mebus sıfatları devam eden bu üyelerin Ankara’da açılacak olan ‘olağanüstü yetkilere sahip meclis’in üyeleri sayılacağına açıklanması, aslında ilk dönem TBMM’yi 1920 ve 1919 seçimlerinin beraber oluşturduğunu ifade etmektedir. Sonuçta ilk dönem TBMM’yi iki ayrı seçimin oluşturduğunu (1919/1920) ve üç ayrı kaynağı olduğunu (1920 seçim sandıkları, İstanbul meclisi, mebusların sürgün yerleri) söylemek mümkün haldedir. Bu nedenden ötürü ve beşinci bölümünde değinileceği üzere, I. TBMM’nin bir kurucu meclis olduğunun kabul edilmesi halinde 1919 seçimlerinin “kurucu meclis oluşturucu niteliğinin” de kabul edilmesi gerekmektedir.

Ankara’da kurulacak meclis için yapılacak bu yeni seçimler hızlı cereyan etmiştir. Seçim kararnamesi 19 Mart 1920’de dağıtılmış ve 23 Nisan 1920’de meclisin çalışmaya başlaması için her şey hazır hale getirilmiştir. Sonuçta; toplam 66 seçim çevresinde her livadan eşit ve beş tane olmak üzere 252 (23 Nisan’da Ankara’da bulunan vekil sayısı), bunların yanında son Meclis-i Mebusan’dan gelen 92 ve sürgünden kaçıp gelen 14 mebustan müteşekkil 337 üyeli I. TBMM 23 Nisan 1920’de açılmıştır.<sup>68</sup> Bu ilk meclisin eski İttihatçılarıyla, Hürriyet ve İtilafçılarıyla, Bolşevikleriyle renkli bir tablo çizdiğini fakat tüm bu farklı görüşlerin milli bağımsızlık ülküsünde birleştiğini görmekteyiz. Ayrıca bu dönemde Osmanlı dönemi siyasi partilerinin kendi faaliyetlerini büyük oranda askıya alarak yeni meclise destek verdiği görülmüştür.<sup>69</sup>

TBMM’nin 24 Nisan 1920’deki oturumunda; Teşkilat-ı Esasi’nin 20 Ocak 1921’deki kabulüne dek adeta geçici anayasa niteliği taşıyacak önemli bir karar alınmıştır. Bahsedilen bu kararda mecliste toplanan milli iradeyi vatanın kaderine hâkim kılmanın esas olduğu ve TBMM’nin üstünde bir güç olmadığı kabul edilmiştir. Padişah ve halifenin durumunun ise memleketin bağımsızlığı sağlandıktan sonra TBMM tarafından belirleneceği kaydedilmiştir. TBMM’nin bu kararının Kanun-i Esasi’nin hükümlerinden farklı bir düzlemde olduğu ve meclisin kendisine Kanun-i Esasi hükümlerince verilmemiş yetkileri tanıdığını görmekteyiz. Bununla beraber Ankara’da açılan TBMM’nin ve üyelerinin kendilerini İstanbul’da kapatılan Osmanlı meclisinin devamı

<sup>68</sup> AYDOĞAN/MAHMUTOĞLU, **A.g.m.**, s.114; Hasan Kendirci’ye göre ilk TBMM’de 437 üye vardı, bunların 103’ü Meclis-i Mebusan kaynaklıydı Bkz. KENDİRCİ, **A.g.e.**, s.54.

<sup>69</sup> AYDOĞAN/MAHMUTOĞLU, **A.g.m.**, s.115.

olarak gördüğünü ifade etmemiz gerekir.<sup>70</sup> Buna bir örnek olarak TBMM'nin aldığı 7 sayılı kanunda; İstanbul Hükümeti'nin imzalayacağı uluslararası antlaşmaları onaylamak şartı ile geçerli saydığını verebiliriz. Gerçekten de Osmanlı meclisinin feshinden on iki gün sonra Ankara'da toplanan ve o meclisin devamı olduğunu algılayan üyelerden müteşekkil meclisin kendi anayasasını hazırlamasına kadar olan süreç hayli ilginçtir. Bir yandan Kanun-i Esasi'ye gönderme yapılarak ve Osmanlı Meclis-i Mebusanı içtüzüğüne göre çalışılmakta,<sup>71</sup> bir yandan da yukarıda bahsedildiği üzere Kanun-i Esasi'ye aykırı şekilde TBMM'nin üstünde güç olmadığı gibi kararlar alınmaktadır.

Görüldüğü üzere yerel kongrelerin Anadolu'da aldıkları kararların; düzenlenen seçimle oluşan meşru meclis bünyesinde kabul edilmesi, yerel kongrelerde *de facto* nitelikte oluşan 'milli irade'nin *de jure* nitelik kazanmasına yol açmıştır. Sürecin devamında bu meclisin işgal kuvvetlerince basılması ise, yeni bir anayasa hazırlayarak kurucu meclis niteliği kazanacak TBMM'nin Ankara'da toplanabilmesine el vermiştir. Bu başarının arkasında, yerel kongrelerden beri halkın milli mücadele hareketine ülkenin her bölgesinden katılım göstermesinin saklı olduğunu söylemek gerekir. Unutulmamalıdır ki anayasayı hazırlayacak olan asli kurucu iktidar yetkisi 'egemen' güce sahip olanların ellerindedir.<sup>72</sup>

Tanör'e göre karar üretme ve uygulama süreçlerinde monarşinin ve monarkın rolü sıfırlandığı için 23 Nisan 1920 – 20 Ocak 1921 arasında adı konmamış bir cumhuriyet yönetimi söz konusudur. Buna destekleyici örnek olarak da Sevr Antlaşması'nın İstanbul hükümeti temsilcilerince imzalanmasından sonra TBMM'de konuşan Mazhar Müfit Bey'in "Kanun-i Esasi'nin bu mecliste yeri olmadığı, onun Sevr'i kabul eden hükümete ait olduğu, ihtilal hükümetinin Kanun-i Esasisi olmadığı" şeklinde özetlenebilecek konuşmasını gösterir.<sup>73</sup> Dönemin bir hukuki yorumunu da I. TBMM'de Kırşehir vekili olan Müfit Bey yapmıştır. Mecliste mebusluk-memurluk sıfatlarının niteliği ve esasları hakkında olan bir toplanmada: "Bu meclis mebusan mıdır, müessesan mıdır, Kanun-i Esasi'ye uymalı mıdır, halledilemiyor." diyerek kurucu meclis niteliğini tartışmaya açmıştır.

<sup>70</sup> TBMM üyesi Cemalettin Arif Bey, İstanbul'daki mebusları Ankara'ya Meclis-i Mebusan Reisi imzasıyla davet etmişti. TBMM görüşmelerinde ise mebusan meclisi için "mefsu" ifadesinin geçmesine itiraz etmişti. Bkz. KENDİRCİ, A.g.e., s.32.

<sup>71</sup> KENDİRCİ, A.g.e., s.158.

<sup>72</sup> GÖZLER, *Kurucu İktidar*, s.26.

<sup>73</sup> TANÖR, "Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri", s.235 vd.

Sözlerinin devamında; Kanun-i Esasi’ye uyulacaksa Mebusan Meclisi’nin bir de Ayan’ı olması gerektiğini ifade etmiş ve TBMM’nin hem Mebusan hem de Ayan olduğunu ve hatta padişahın yetkilerini dahi kendisinde topladığını belirterek mebusluk-memurluk esaslarını TBMM’nin takdir etmesi gerektiğini tespit etmiştir.<sup>74</sup> Müfit Bey’in bu sözlerinden yola çıkarak; 1920 yılında TBMM üyeleri arasında meclisin kurucu iktidarı temsil ettiği ve niteliğinin de bir kurucu meclis olduğu düşüncesinin var olduğunu söylememiz mümkündür.

## V. DEĞERLENDİRMELER

I. bölümde izah edildiği üzere devleti oluşturan güce kurucu iktidar denilmekte ve kurucu meclis ise bunun görünüm şekillerinden birini oluşturmaktadır. Kurucu iktidar, hâkim görüşe göre hukuk dışı bir olgu niteliğindedir; olağan toplumsal yaşama düzeninin bozulduğu savaş gibi olağanüstü hallerde ortaya çıkmaktadır. Görünüm şekli olan kurucu meclis ise birkaç ayrı kategoride incelenir, bunlardan birisi *kendiliğinden oluşmuş yasama* organıdır. Bu tür meclis aslında anayasa yapmak için seçilmemekte, fakat sürecin devamında ‘anayasa koyucu’ kimliğine bürünmektedir. Bu teorik açıklamaların uygulamaya yansımalarını dünya anayasa tarihinde görebilmekteyiz. Sözelimi yazının III. bölümünde kısaca değinildiği üzere, I. Dünya Savaşı’nın getirdiği olağanüstü koşullar Almanya’da kurucu iktidarı harekete geçirmiş ve sonuçta anayasa koyucu Weimar Anayasası’nı yürürlüğe koymuştur. Gerçekten de I. Dünya Savaşı’nın getirdiği ekonomik ve sosyal etkiler Almanya’da ciddi bir toplumsal kargaşa sürecinin yaşanmasına neden olmuştur. Bu süreç; 9 Kasım 1918’deki devrim ile cumhuriyetin ilanına, 11 Kasım 1918’de Rethondes Ateşkes Antlaşması ile Almanya’nın savaştan çıkmasına, 19 Ocak 1919’da kurucu meclis seçimlerine ve 11 Ağustos 1919’da ise yeni Weimar Anayasası’nın yürürlüğe girmesine yol açmıştır. Savaş; Almanya’da kurucu iktidarın oluşmasına neden olmasının yanında, ayrıca sonunda imzalanan barış antlaşmasındaki ağır yaptırımların bir etkisi olarak birbirinden oldukça farklı Alman siyasi görüşlerinin birleşmesine de yol açmıştır.<sup>75</sup>

III. ve IV. bölümlerinde aktarılan tarihi olayların ışığında, tıpkı Almanya gibi Osmanlı ülkesinde de olağanüstü koşulların kurucu iktidarın teşekkülüne neden olduğunu söylemek gerekir. Bu koşullar, Osmanlı halkının ileride ulus kimliğini bürünmesine yarayacak olan temellerin atılmasına yol açmıştır.

<sup>74</sup> KENDİRCİ, A.g.e., s.32.

<sup>75</sup> STORER, A.g.e., s.148.

Halk kitleleri yerel önderlerin öncülüğünde; birçok miting düzenlemiş, grev ve boykot icra etmiş, dernek ve kongre tertip etmiş ve bu gibi yerel eylemlerle işgaller karşısında kendi kaderlerini kendileri belirlemeye girişmiştir.<sup>76</sup> Özellikle Amasya Tamimi ile başlayan, Sivas Kongresi'nde somutlaşan ve Mustafa Kemal önderliğinde giderek organize olan bu halk hareketi, delegeler aracılığı ile aldığı birtakım kararlarla 'milli yemin'inin çerçevesini ve esaslarını belirlemiş, adeta bir tür toplum sözleşmesi akdetmiştir. Bu yemin, kongre kararları doğrultusunda "milletin bağımsızlığını yine milletin azim ve kararlılığının kurtaracağı" ve "kuva-yı milliyeyi amel, irade-i milliyeyi hâkim kılmak" gibi ilkeler üzerinde yükselmiştir. Dolayısıyla hareketin itici gücünün yukarıda izah edilen milli egemenlik ilkesi olduğu söylenebilir. İzah edilen tarihi olaylar silsilesinin devamında, 1920 yılında TBMM toplanmış, ilerleyen süreçte ise yeni bir anayasa yürürlüğe sokulmuş ve böylece kurucu iktidar somut şekilde görünmüştür.

Gerçekten de aktarılan tarihi olayları irdelediğimizde, I. ve II. bölümde tarif edilen kurucu iktidar ve kurucu meclis kavramlarının karşılıklarını bahsi geçen dönemde somut olarak görebilmekteyiz. Şöyle ki; gerek TBMM'nin aldığı 24 Nisan kararları gerek 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda düzenlenen esaslar, kaynağını mevcut düzenin anayasası olan Kanun-i Esasi'den almamıştır. Yani bu anayasal metinleri oluşturan iktidar kendi kendini oluşturmuştur, ona meşruiyet veren veya onu düzenleyen daha eski bir kurum veya kural yoktur. Aynı zamanda 1919 ve 1920 yıllarında yaşanan ve anlatılan işgal koşulları göz önüne alındığında, bu iktidarın olağan dönem toplum düzeninin yok olduğu bir kriz döneminde oluştuğunu ifade etmek gerekmektedir. İktidarın niteliği açısından düşünüldüğünde ise ülkenin birçok farklı bölgesindeki sivil toplum hareketlerinin yaygın desteğinden ve farklı görüşten siyasi partilerin yurdun bağımsızlığı ülküsünde birleştiğinden bahisle toplumun büyük oranda birleştiğinin savunulması da mümkün haldedir. Sonuç olarak bahsedilen dönemde, özellikle 1920 yılında toplanan TBMM'nin çatısı altında anayasal belgelerin kabul edildiği zaman aralığında, bir *kurucu iktidardan* söz edilmesi gerekir. Aynı şekilde, tarif edilmiş olan *kurucu meclis* tanımının karşılığını da 1920 yılında toplanan TBMM'de görebilmekteyiz. Gerçekten de bu meclis, Elster tarafından anayasa yapmak için seçilmeyen fakat sürecin devamında 'anayasa koyucu' kimliğine bürünen meclisler olarak kategorize edilen "kendiliğinden oluşmuş yasama organı" tanımına uymaktadır. Zira TBMM, IV. bölümde detaylandırıldığı üzere anayasa yapmak

---

<sup>76</sup> TANÖR, "Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri", s.226.

üzere düzenlenen bir seçim sonucu oluşmamasına rağmen, Kanun-i Esasi'nin yerine yeni bir anayasa yürürlüğe koymuştur.

1919 seçimlerinin “kurucu meclis oluşturucu niteliği” ise anlatılan tarihi olaylar bağlamında ortaya çıkmaktadır. Öncelikle; her ne kadar bu seçimle kurulan ve İstanbul'da Meclis-i Mebusan ismiyle faaliyet gösteren meclis 1920'de ilga edilmiş olsa bile, üyeleri bu ilga kararından önce Mustafa Kemal tarafından yayınlanan TBMM seçim tebliğinde ve ilgadan 12 gün sonra kurulan TBMM'nin aldığı ilk kararda TBMM üyesi sayılmışlardır. TBMM ise 24 Nisan 1920 tarihinde geçici anayasa niteliği gösteren bir karar<sup>77</sup> almış ve 1921 yılında ise Teşkilat-ı Esasiye adındaki anayasayı kabul etmiştir, dolayısıyla TBMM'nin kurucu iktidarı haiz olduğu söylenmelidir. Ayrıca, belirttiği üzere, 1919 seçimlerinde belirlenen milletvekillerinin seçim bölgelerinin sınırları, günümüz Türkiye'sinin sınırları ile paralellik göstermektedir. Görüldüğü üzere 1919 seçimleri, 1920 yılında toplanan TBMM'ye *doğrudan etki etmiş* ve bu yönüyle de “kurucu meclis oluşturucu niteliği” haiz olmuştur

İkinci olarak; kongreler tarafından Anadolu'da şekillendirilmiş ‘milli yemin’ esaslarının bir kısmı, 1919 seçimleriyle oluşmuş Meclis-i Mebusan'da ‘Misak-ı Milli Beyannamesi’ adıyla kabul edilmiştir. Yazının bundan önceki bölümlerinde aktarıldığı üzere yerel kongre iktidarları Anadolu'da düzenledikleri toplantılar sonucu yayınladıkları belgelerde birtakım ilkeler kabul etmiştir. Mevcut anayasanın yetkilendirmediği bir oluşum tarafından şekillendirildikleri için bağlayıcılığı olmayan bu ilkeler, 1919 seçimleriyle oluşan Meclis-i Mebusan tarafından kabul edilerek devletin yasama organının bir iradesi olarak hukukilik kazanmıştır. Bu esasların kabul edilmesi kanımızca, Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran kurucu iktidarın oluşmasına önemli bir katkı sağlamıştır.<sup>78</sup> Zira yerel kongre iktidarlarının aldığı kararlar, ilerleyen süreçte Türkiye Cumhuriyeti'ni kuracak olan TBMM'nin anayasal çerçevesinin temellerini oluşturur. Nitekim bu özelliği nedeniyle Misak-ı Milli Beyannamesi, cumhuriyetin kurucu belgelerinden birisi olarak kabul edilmektedir.<sup>79</sup> 1919 seçimlerinde ağırlıklı olarak ARMH görüşlü mebusların seçilmiş olması ve Meclis-i Mebusan üyelerinin ilerleyen süreçte TBMM

<sup>77</sup> TANÖR, “Türkiye’de Kongre İktidarları (1918-1920)”, s.235.

<sup>78</sup> II. bölümde anlatılmış olan Schmitt'in üçüncü momenti ile bu düşünce arasında bir bağ kurmak mümkün gözükmemektedir.

<sup>79</sup> Ahmet Mumcu, “Misak-ı Millî ve Anayasamız”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt:1, Sa:3, Ankara 1985, s.816.

üyeyi sayılması düşünüldüğünde, bu seçimlerin ve kurduğu meclisin, yerel kongre iktidarları ile TBMM arasında bir *köprü oluşturduğu* görülmektedir. Gerçekten de sayılan nitelikleri haiz bir beyannamenin son Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nda kabul edilmiş olması, bu meclis ile TBMM ile arasında bir tür ilişki olduğunu işaret etmektedir. Dolayısıyla esasen son Meclis-i Mebusan'ı oluşturmuş olan 1919 seçimlerinin, aynı zamanda 1920 yılında toplanan TBMM'ye *nitelikli bir etkisi* olduğu ve bu doğrultuda da “kurucu meclis oluşturucu niteliğe” sahip olduğu söylenmelidir.

Üçüncü olarak; İstanbul'da toplanacak bir meclisin İtilaf devletlerince dağıtılacağı ihtimaline binaen HT'nin hazırlık yapmış olduğu, hatta bu meclisin dağıtılmasını istendiği savının izah edilmesi gerekmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere Mustafa Kemal aslında meclisin İstanbul dışında bir yerde toplanması gerektiğini düşünmekteydi. Bununla beraber HT toplantılarında oluşan irade üzerine, “mevcut durumun gereklerinden dolayı” meclisin İstanbul'da toplanması kararı alınmıştı. Burada vurgulanması gereken önemli husus; Nutuk'ta da anlatıldığı üzere, HT'nin İstanbul'a gidecek milletvekillerine meclisin dağıtılması ihtimaline binaen hazırlıklı olmaları gerektiği yönünde bir uyarı yapmış olmasıdır. Mustafa Kemal'in de bu ihtimale önceden hazırlanmış olduğunu ve hatta dağıtılma durumunda başkan sıfatıyla meclisi Anadolu'da toplamayı tasarladığını görmekteyiz.<sup>80</sup> Rauf Orbay, bu konu hakkında hatıratında; “evvelce kararlaştırıldığı üzere Anadolu'da bir meclisin toplanmasının önünü açmak için İstanbul'daki meclisin basılmasını sağladıklarını ve bu kararın 28 Kasım 1919'da bir HT toplantısında alındığını tahmin ettiğini” yazmaktadır.<sup>81</sup> Belirtilmelidir ki; padişahın bir önceki dönem meclisini (1914-1918) kapatması için itilaf devletleri tarafından baskı görmüş olduğu HT üyeleri tarafından bilinmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki 1919 seçimlerinin devam ettiği esnada İngiliz hükümeti 12 Nisan 1919'da aynı günde hem İrlanda hem de Kars Cumhuriyeti parlamentolarını da silah zoruyla dağıtmıştır.<sup>82</sup> Bu veriler doğrultusunda ve HT'nin 1919 seçimleri ile oluşacak meclisin itilaf devletlerince dağıtılma ihtimaline karşı hazırlık yapmış olduğu hususu göz önüne alındığında, Ankara'da meşru bir kurucu meclis toplanmasının 1919 seçimleri vasıtasıyla sağlanmış olduğu savunulabilir haldedir. Zira seçimlerden kısa süre sonra İstanbul'daki meclisin toplantılarına

---

<sup>80</sup> TANÖR, “Türkiye’de Kongre İktidarları (1918-1920)”, s.338.

<sup>81</sup> Rauf Orbay, “Rauf Orbay’ın Hatıraları 1914-1945”, Haz: Osman Selim Kocahanoğlu, İstanbul: Temel Yayınları, 2005, s.237-240.

<sup>82</sup> TANÖR, “Türkiye’de Kongre İktidarları (1918-1920)”, s.334 vd.

ara verme kararı alması, ileride bir zamanda Anadolu’da tekrar toplanmak için hukuki meşruiyet sağlar niteliktedir. Meclisin bu ara verme kararının ertesi günü Mustafa Kemal’in derhal Ankara’da bir meclis toplanması için gerekli yazışmaları yapmaya başlaması da bu savı desteklemektedir. Neticede HT’nin; anlatılan bağlamda henüz 1919 seçimlerinin icra edilmeye başlanmasından evvel Meclis-i Mebusan’ın faaliyetlerine İstanbul’da devam edemeyeceği öngörüsüne sahip olması ve bir yandan da Ankara’da bir meclis toplama hazırlıkları yapmış olması düşünüldüğünde, 1919 seçimlerinin; *TBMM’nin 1920 yılında toplanabilmesi için ortam sağladığı* görülmekte ve bu nedenle de bu seçimlerin “kurucu meclis oluşturucu niteliğinin” olduğu kabul edilmesi icap etmektedir.

### SONUÇ YERİNE

Türk Anayasa tarihinin çerçevesinden bakıldığında 19. yüzyılın ilk çeyreğinden başlayan olaylar silsilesinin, Osmanlı Devleti yapısında anayasacılık düşüncesine uygun bir gelişmeyi ifade ettiğini söyleyebiliriz. Özellikle 1909 yılında gerçekleşen anayasa değişiklikleri ile yasama erki seçimle belirlenen meclise, yürütme erki ise meclise karşı sorumlu olan *heyet-i vükelaya* ait hale gelmiştir. Dolayısıyla Osmanlı Devleti’nin rejiminin cumhuriyetin ilanından önce; bir bakıma dönemin İngiltere’sindeki düzene benzeyen bir anayasal monarşiye dönüşmüş olduğu, 1909 değişikliklerinden belirgin şekilde gözlenebilmektedir. Fakat Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin kurulması, yeni bir anayasa yapmak üzere seçilen vekillerin, oluşturdukları anayasa metnini kabul etmesi gibi sınırları belirgin tek bir olay ile olmamıştır. Tam manasıyla *kuruluşun izleri*, 1918’deki yerel kongrelerden başlayıp 1921’de Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun kabulüne, 1923’te cumhuriyet rejiminin ilanına ve hatta 1924 Anayasası ile beraber özgün anayasanın oluşmasına kadar olan bir sürece yayılmıştır. Bu sürecin sınırlarının net olmamasına önemli bir örnek olarak ifade edilmelidir ki; 1921 Anayasası’nın kabulüne kadar, yani 23 Nisan 1920 ile 21 Ocak 1921 tarihleri arasında, Kanun-i Esasi yürürlükten kaldırılmamıştır. Hem 1919 yılında seçilen Meclis-i Mebusan döneminde hem de 1920 yılında Ankara’da toplanan TBMM’nin 21 Ocak 1921 tarihine kadarki döneminde Kanun-i Esasi yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bu noktada Uluslararası Hukuk öğretisindeki görüşlerin sunduğu bakış açısına dayanarak,<sup>83</sup> anayasal anlamda bu iki meclis arasında

<sup>83</sup> Uluslararası kamu hukuku öğretisinde siyasal rejim değişikliklerinin yeni devletler oluşturduğu kabul edilmemektedir. Onlara göre “bir devlet hiçbir zaman ortadan kalkmaz” Bkz Dipnot: GÖZLER, **Kurucu İktidar**, sf. 71. İfade edilmelidir ki esasen “devletlerin



“bir tür ilişki”<sup>84</sup> olduğu ifade edilebilir. Bununla beraber çalışma çerçevesinde esas olarak vurgulanmak istenen husus; 1919 seçimlerinin, kurucu meclis olan ve 1920 yılında Ankara’da toplanmış TBMM’nin teşekkülüne etkisi nedeniyle “kurucu meclis oluşturucu niteliği” haiz olduğudur. Sonuç olarak, Türkiye Cumhuriyeti’ni inşa eden kurucu iktidarın görünümüleri; TBMM’nin Ankara’da toplanması ve 1921 Anayasası’nın ilanı gibi farklı olaylarda gözlemlenebilmektedir. Bu bağlamda 1919 Meclis-i Mebusan seçimleri, TBMM’nin toplanmasına ve yapısına etki ederek “kurucu meclis oluşturucu nitelik” kazanmıştır.

## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR:

- ATATÜRK, Mustafa Kemal: **Nutuk**, (Hazırlayan: Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu) 39. Baskı, Çağ Yayınları, İstanbul, 2002.
- CARRE de MALBERG, (Raymond): **Contibution à la théorie generale de l’Etat**, Tome II, Recueil Sirey, Paris, 1922.
- DEMİREL, Yusuf Soner: **Egemenlik Kavramı Ve Klasik Egemenlik Anlayışının Yeni Sınırları**, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.
- EROĞUL, Cem: **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1974.
- GÖZLER, Kemal: **Kurucu İktidar**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1990.
- GÖZLER, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 13. Baskı, Ekin Kitabevi, İstanbul, 2013.

---

varlığı ve sürekliliği bir uluslararası hukuk sorunudur.” Bkz. CAN, **A.g.m.**, s. 110. Bu çalışmanın meseleyi sadece anayasa hukuku açısından değerlendirmeyi hedeflemiş olması nedeniyle bahsi geçen tartışmaya girilmemiştir.

<sup>84</sup> Makale kapsamında üzerinde değerlendirme yapmamış olduğumuz bu “ilişki” hakkında öğretilerde ileri sürülen bir görüş olarak: “Osmanlı modernleşmesi göz önüne alındığında Cumhuriyet, Osmanlı’nın antitezi değil, devamıdır. Bu bağlamda adı konmamış olsa da Cumhuriyet’in modern devlet projesini, fiili olarak İttihat ve Terakki’nin iktidara gelişi ile başlatmak da olanaklıdır.” Bkz. Bünyamin Bezci, “Cumhuriyetin Kurucu İradesini Modern Devletin Doğası Üzerinden Okumak”, **Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar**, Cilt: 50, Sa: 586, 2013, s. 23-37.

- GÜL, Cengiz: **İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti**, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevk: **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- IŞIKTAÇ, Yasemin: **Hukuk Başlangıcı**. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- KARACA, Niyazi: “**Meclis-i Mebusan’dan Büyük Millet Meclisi’ne Geçiş Sürecinde 1919 Genel Seçimleri**” (1995), Atatürk Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara.
- KENDİRCİ, Hasan: **Meclis-i Mebusan’dan Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne Kopuş ve Süreklilikler**, Kitap Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- KÜÇÜKKAYA, Hasan: “Şiddeti Doğuran Bir Faktör Olarak Kurucu İktidar Sorunsalı”, **II. Hukukun Gençleri Sempozyumu: Şiddet Döngüsünü Kırmada Hukukun Rolü**, Umut Vakfı Araştırma Merkezi, Ankara, 2011.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: **Toplum Sözleşmesi**, çev., Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2012.
- STORER, Colin: **Weimar Cumhuriyeti’nin Kısa Tarihi**, çev. Sedef Özge, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- TANÖR, Bülent: **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 24. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014.
- TANÖR, Bülent: **Türkiye’de Kongre İktidarları (1918-1920)**, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.
- TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.

#### MAKALELER:

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: “Halk Ya Da Ulus Egemenliğinin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce”, **AÜSBFD**, Cilt: XLI, Sa: 1-4, Ocak-Aralık 1986, s. 131-152.
- ALKAN, Mehmet Öznur: “Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Seçim Tarihimizden Manzaralar”, **Toplumsal Tarih Dergisi**, Sa: 210, 2011, s. 4-9.
- ATAY, Ender Ethem: Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki, **GÜHFD**, Cilt: XII, Sa: 1-2, 2008, s. 503-549.

- AYDOĞAN, Erdal / MAHMUTOĞLU, Tansu Barış: “Mustafa Kemal Atatürk Döneminde Yapılan Seçimler Ve Karakteristik Özellikleri”, **Tarihin Peşinde Dergisi**, Sa: 10, 2013, s. 113-142.
- BEZCİ, Bünyamin: “Cumhuriyetin Kurucu İradesini Modern Devletin Doğası Üzerinden Okumak”, **Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar**, Cilt: 50, Sa: 586, 2013, s. 23-37.
- CAN, Osman: “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 62, Sa: 3, 2007, s. 110.
- DEMİRKENT, Dinçer: “Anayasal Kuruluş Konusunda Kapanmayacak Tartışma: Hannah Arendt ve Carl Schmitt’te Kurucu İktidar Sorunu”, **Mülkiye Dergisi**, Cilt.39, Sa: 3, 2015, s. 89-122.
- ELSTER, Jon: “The Optimal Design of a Constituent Assembly”, Engin Saygın (çev.), **AÜHFD**, Cilt: 58, Sa: 2, 2009, s. 415-449.
- GÖZLER, Kemal: “Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?”, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Editörler), **Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler**, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s. 45-61.
- MUMCU, Ahmet: “Misak-ı Millî ve Anayasamız”, **Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi**, Cilt: I, Sa: 3, Ankara, 1985, s. 813-830.
- NOHUTÇU, Ahmet / BEKTAŞ, Mücahit: “Yeni Anayasa Tartışmaları Etrafında Kurucu İktidar, Kurucu Meclis ve Referandum Kavramlarının Analizi”, **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi**, Cilt.5, Sa: 1, 2017, s. 1-23.
- SÜRMEİLİ, Serpil: “Şehzadebaşı Karakolu Baskını ve Olay Mahalline Giren İlk Gazete Tevhid-i Efkâr”, **Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, Sa: 45, Bahar 2010, s. 103-116.
- TUNA, Serkan: “Son Osmanlı Mebusân Meclisi Seçimleri Sürecinde Siyasî Bir Anket: Türk Kadınına Seçim Hakkı Verilmeli mi?”, **CTAD**, Yıl 12, Sa: 23, 2016, s. 25-52.

#### **DiĞER KAYNAKLAR:**

“Türk Anayasa Hukuku Sitesi” <http://www.anayasa.gen.tr/>

Başbakanlık Osmanlı Arşivleri

Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi

