



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 77 Sayı: 2019/2 ISSN 1300-9885

**BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)**

“BAGIS” yaz **4306**'ya
Gönder

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

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

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

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

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

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

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

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

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



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

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

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

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik Tasarım | Graphic Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2019

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

ARCS Dijital Ofset Matbaacılık

<http://arcs.com.tr>



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

Ankara Barosu Başkanlığı, 2019 | Presidency of Ankara Bar Association, 2019
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. | views of the authors.

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

Av. R. Erinç SAĞKAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Güzin TANYERİ

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Av. Dr. Kasım AKBAŞ

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Güzin TANYERİ

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Bahar KARAKAYA

Yazman | Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Seçkin TÜRKÖĞLU

Üyeler | Members

Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Av. Ayla SONGÖR

Av. Emel ALTINTAŞ

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Gençer HAZIR

Av. Murat YILDIZ

Av. Nuray ÖZDOĞAN

Av. Ferda ÇALGIN

Av. Ülkü AKBABA

Av. Selin ÇAM

Av. Nilgün ÖZKAN

Av. Ayşe BAÇİMER

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. İbrahim TÜRKAY

Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Av. Ahmed Buğra ÇELİK

Av. Buket KETİZMEN

Av. Uğur ERDALI

Av. Fehmi Burak DOĞAN

Av. İlknur KUMBASAR

Av. Faruk ÇAYIR

Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN
Av. Aslıhan KART
Av. Semra KESKİN
Av. Osman Emre TEKİN
Av. Özlem ERTEN
Av. Gülşah YILDIRIM
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU
Av. Eda ÇELİK DAŞER
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Av. Pınar KOÇYİĞİT
Av. Hülya ŞAHİN
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK
Av. Özge YALINKILIÇ
Av. Merve DİNCEL
Av. Yıldırım ÇIVGIN
Av. Büşra PAMUKÇU
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY
Av. Yusuf YILMAZ
Av. Zeynep SÜRÜCÜ
Av. Yavuz Selim KARAYAKA
Av. Murad GADASHOV

Av. Serkan Can SARIGÜL
Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM
Av. Oğuzhan KALAY
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ
Av. Cemre ŞAHİN
Av. Kübra DAVUN
Av. İpek YILMAZ
Av. Melek KILIÇ
Av. Melike PARLAK
Av. Alaz TARHAN
Av. Çağdaş KABUKÇU
Av. Merve KOLÇAK
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
Av. Kürşat ERDİL
Stj. Av. Ayşe TAD
Stj. Av. Yağmur KIZILSU
Stj. Av. Elif ŞAHİN
Stj. Av. Cihan YALÇIN
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

ÖZEL HUKUK		
Avrupa Birliği Hukuku		
ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İliŐkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Deniz Hukuku		
DEMİR, İsmail	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku		
AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŐTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENDEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Őukran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAAÖĞLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Fİnal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇŐŐİK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Fikri Mülkiyet Hukuku		
OĞUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku		
AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk		
ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞPINAR, Veysel	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Doç. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Roma Hukuku		
GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEN, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku		
CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EROĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Fırat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŐENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu
Milletlerarası Özel Hukuk		
AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŐKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, IŐıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TİRYAKİOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KAMU HUKUKU		
Anayasa Hukuku		
AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ULUŐAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku		
ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENDEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEĞİRMENCI, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
DEMİRBAŞ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERDAĞ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERİŐ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	İğdir Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOÇAOĞLU, Serhat Sinan	Dr. Öğr. Ü.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhuri	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi		
ATILGAN, Eylem Ümit	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KUÇURADİ, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkis	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Mali Hukuk		
AÇAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakóltesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
GÖKER, Cenker	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Milletlerarası Hukuk		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
BAŐEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

ANKARA BAROSU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

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

8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en çok beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.
12. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

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

Başkanın Mesajı | President's Messages XXI
Av. R. Erinç SAGKAN

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması 1
Arş. Gör. Durmuş KILINÇ

1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair
La Haye Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun İadesinin Reddi Sebepleri 41
Arş. Gör. Esra TEKİN

Rusya Federasyonu Yargı Sistemi 73
Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE
Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDEM

MAKALELER (ARTICLES)

- Kesin Konkordato Mühletinin ‘Alacaklılar Bakımından’
Sonuçları (İİK m. 294)..... 151
Av. Talih UYAR
- Önalım Hakkı..... 177
Av. Murat TEZCAN
Av. Beyza CANBOLAT
Stj. Av. Melisa Eda AKINCI
- Yurt Dışından Sağlanan ve Yurt Dışına Sağlanan Avukatlık Hizmetleri
ve Bu Hizmetlere İlişkin Vergi Sorumluluğu..... 195
SMMM Erol SÖNMEZOCAK

BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES



Değerli MeslektaŐlarım,

Ardımızda bıraktığımız günlerde kanımızda dolaŐan özgürlüğümüzün kaynağı olan Cumhuriyetimizin 96. yılını kutladık. Ulu Önder, BaŐkomutan Mustafa Kemal Atatürk'ün aramızdan ayrılmasının üzerinden ise 81 yıl geçti...

Atatürk'ün ilkeleri ve kurduğu Cumhuriyet ile içimize ektiği umut ve azim, kararlılıkla sürmektedir. İŐte azmimizin somut göstergelerinden birisi olarak, değerli bilim insanlarının ve kıymetli yazarlarımızın katkısıyla yayımlamaya devam ettiğimiz Ankara Barosu Dergimizin yeni sayısını sizlere takdim etmekten büyük mutluluk ve onur duyuyorum.

Dergimizin bu sayısında yine özel hukuk ve kamu hukuku alanında makaleler yer almaktadır. “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, “1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun İadesinin Reddi Sebepleri”, “Rusya Federasyonu Yargı Sistemi” isimli akademik alandaki çalışmalar bulunmaktadır.

Bu akademik çalışmaların yanı sıra özellikle uygulama açısından siz değerli meslektaŐlarıma önemli katkılar sağlayacağından emin olduğum; “Kesin Konkordato Mühletinin ‘Alacaklılar Bakımından’ Sonuçları (İİK m. 294)”, “Önalım Hakkı” ve “Yurt Dışından Sağlanan ve Yurt Dışına Sağlanan Avukatlık Hizmetleri ve Bu Hizmetlere İlişkin Vergi Sorumluluğu” isimli makaleler de yeni sayımızda yer almaktadır.

Ankara Barosu Dergimizin bu yeni sayısının önsözünü Halim Yağcıoğlu'nun “Atatürk'ten Son Mektup” isimli Őiirinden bir dize ile sonlandırmak isterim.

Beni seviyorsanız eğer ve anlıyorsanız,

Laboratuvarlarda sabahlayın, kahvelerde değil,

Bilim ağartsın saçlarınızı, kitaplar,

Ancak böyle aydınlanır o sonsuz karanlıklar.

Av. R. Erinç SAğKAN
Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles



GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI*

Durmuş KILINÇ**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3330-7047>

DOI: 10.30915/abd.647431

Makalenin Geldiği Tarih: 08.10.2018 **Kabul Tarihi:** 23.08.2019

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

** Arş. Gör. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

ÖZ

İdare, faaliyetlerini kamu görevlileri eliyle yürütmektedir. Vatandaşların kamu hizmetine girme hakkı Anayasa'nın 70'inci maddesinde teminat altına alınmıştır. Kamu hizmetine girme hakkı ise yürütülecek kamu hizmetinin niteliği ile yakından ilgilidir. Kamu hizmetine alınacak personel hem kamu hizmetinin gerektiği gibi sunulmasını sağlayacak nitelikte olmalı hem de devlete, Anayasa ve kanunlara sadakat içerisinde hareket etmelidir. Bunu sağlamanın yollarından biri ise güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasıdır. Fakat güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasının gerekli hukuki dayanağa ve düzenlemeye kavuşması uzun zaman almıştır. Yapılan düzenlemelere rağmen belirsiz ve sübjektif niteliğinden dolayı tartışma konusu olmaya devam etmiştir. Bu konudaki son düzenleme ise 2016 yılında ilan edilen olağanüstü hal sonrasında çıkarılan olağanüstü hal kanun hükümde kararnamele ile yapılmış ve kamu hizmetine alınmada temel kural olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu çalışmada güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının hukuki dayanakları, yapılan düzenlemeler ve uygulaması ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Güvenlik soruşturması, arşiv araştırması, kamu hizmetine girme hakkı, kamu görevlileri, olağanüstü hal.

SECURITY INVESTIGATION
AND
ARCHIVE RESEARCH

ABSTRACT

The administration, run its processes via public officials. The right to enter public service, is guaranteed by the 70th article of Constitution of Republic of Turkey. The right to enter public service, is closely related with the qualification of the public service which runs. The personnel which will enter public service, must has the quality which provides that carrying out the public service as required, and also he must act in loyalty with the State, the Constitutional and laws. One way to ensure that is the security investigation and archive research. It had token very long time that the security investigation and archive research have legal basis and regulation. It is continued to be subject of argument, due to its qualification is uncertain and subjective, in spite of the regulations that was made. The last regulation about this issue, was made by the decrees having force of law issued during periods of state of emergency which was enacted after the state of emergency which was declared on 2016. And they were regulated as a rule of thumb for recruitment into public service. In this study, the legal basis of the security investigation and archive research, the regulations that were made and their practices are going to be discussed.

Keywords: Security investigation, Archive research, Right to enter public service, Public officials, State of emergency.

1. GİRİŞ

Kamu görevlilerinin mesleğe alınmalarında üç temel ilke hâkimdir. Bunlar “serbestlik ilkesi”, “eşitlik ilkesi” ve “görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması” ilkeleridir^[1]. Bu ilkeler Anayasanın 70’inci maddesiyle teminat altındadır. Bu ilkeler gereğince kamu hizmetine girme hakkı her vatandaşa, isteğine bağlı olarak tanınmıştır. Bu hakkın sınırlandırılması ancak görevin gereklerine uygun olması şartıyla mümkündür^[2].

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48’inci maddesinde memurluğa girişte genel ve özel şartlar düzenlenmiştir. Genel şartlar vatandaşlık, yaş, öğrenim, mahkûmiyet, askerlik ve sağlık şartlarıdır. Genel şartlara 3.10.2016 tarihli 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi’nin^[3] (OHAL KHK) 74’üncü maddesi ile “güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak” şartı eklenmiştir. Özel şartlar ise kurumların özel kanun ve mevzuatlarında aranan şartlardır. Özel şartlar görevin gereği olarak konulan şartlardır. Özel şartlar görevin gerektirdiği niteliklere göre değişmektedir^[4].

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, kişinin kamu hizmetine alınmasında sakınca olup olmadığına ilişkin yapılan soruşturma ve araştırmadır. Bu soruşturma ve araştırma neticesinde idare kamu görevlisi olarak kabul edeceği kişinin kamu hizmetini görmek için yeterli güvenilirlikte olup olmadığına karar vermektedir^[5]. İlk uygulandığı dönemlerden bu yana güvenlik

[1] **GÖZLER**, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s. 677; **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref/**TAN**, Turgut: İdare Hukuku, Cilt 1, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 972; **ZABUNOĞLU**, Yahya Kazım: İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 639; **GÜNDAY**, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013, s. 593; **GİRİTLİ**, İsmet/**BİLGEN**, Pertev/**AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman: İdare Hukuku, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2013, s. 695; **ATAY**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 836.

[2] **GÖZLER**, Cilt 2, s. 680; **GÖZÜBÜYÜK/TAN** s. 974; **ZABUNOĞLU**, 2012, s. 640; **ATAY**, s. 836; **YILDIRIM**, Turan/**YASİN**, Melikşah/**KAMAN**, Nur/**ÖZDEMİR**, H. Eyüp/**ÜSTÜN**, Gül/**OKAY TEKİNSOY**, Özge: İdare Hukuku, 6. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.224.

[3] R. G. T. 29.10.2016 S. 29872.

[4] **GÖZLER**, C. 2, s. 680; **ZABUNOĞLU**, 2012, s. 641; **GÜNDAY**, s. 597;

[5] **KAMAN KARAN**, Nur: Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 24.

soruşturması uygulamasının niteliği tartışmalıdır^[6]. Yasal dayanağının olup olmaması, kamu hizmetine girme hakkını sınırlandırması nedeniyle Anayasaya uygunluğu ve objektifliği bu tartışma konularının başlıcalarıdır^[7]. 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra ilan edilen olağanüstü hal sürecinde çıkarılan OHAL KHK'ları ile yapılan değişiklikler bu tartışmalara yeni bir boyut katmıştır.

Güvenli soruşturması ve arşiv araştırması uygulaması için çeşitli gerekçeleri sürülebilir. İlk olarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre kamu görevlilerinin ödev ve sorumluluklarından biri Anayasaya ve devlete bağlılık ve tarafsızlıktır (m. 6, m.7). Kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara uygun hareket etmesi ve tarafsız olması gereklidir^[8]. Kamu görevini üstlenen kişi sahip olabileceği yetkileri kötüye kullanmamalıdır. Aynı zamanda görev dolayısıyla elde edilen bilgilerin devlet aleyhine kullanılmaması gereklidir^[9]. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması devlete, Anayasa ve kanunlara bağlılık içinde ve bunlara uygun olarak kamu hizmetini yürütecek kişiyi araştırmasıdır^[10]. Askerlik, emniyet personeli gibi özel nitelik taşıyan kamu görevlilerinin görevlerini gereği daha yoğun bir araştırmaya tabi tutulmaları makul kabul edilebilir^[11]. Türkiye'nin imzalamış olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi'nin^[12] 4'üncü maddesi "devletin güvenliğine halel getiren faaliyetlerden ötürü muhik sebeplerle zanlı bulunan veya bu faaliyetlere girişen bir şahıs hakkında alınan tedbirler" in ayırım sayılmayacağını ifade etmiş bulunmaktadır. Fakat kişilerin bağımsız

-
- [6] **AKSOY**, Muammer: "Güvenlik Soruşturması Denilen Hukuksal Sapıklığın MİT Raporları Işığında Korkunç Yanlış ve Yalanlar Işığında Değerlendirilmesi", Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1988, (s. 69-165), s. 69 vd.
- [7] **KARAHANOĞULLARI**, Onur: "Güvenlik Soruşturması", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi C. 53, S. 1-4, 1998, (s.159-185), s. 169 vd.
- [8] **GÖZLER**, C. 2, s. 725; **GÜNDAY**, s. 602; **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK**, s. 743-744.
- [9] **MEMİŞ**, Emin: "Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri", İdare Hukuku Sempozyumu (Kamu Personeli Sorunları), Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4-5 Nisan 2003, (s. 209-262), s. 240.
- [10] **KAMAN KARAN**, s. 24.
- [11] **MEMİŞ**, s. 240; **KAMAN KARAN**, s. 24.
- [12] R. G., T. 22.12.1966, S. 12484.

mahkemelerde haklarını arayabilmeleri Sözleşme tarafından teminat altına alınmıştır.

İkinci olarak, kamu hizmetini yürütecek personelin kamu hizmetini gerektiği gibi sunulmasını sağlayacak nitelikte olması gereklidir. Kamu hizmetinin verimli ve tatmin edici sunulmasının önüne geçecek kişilerin kamu görevine getirilmemesi kabul edilebilir bir olgudur. Kamu hizmetine girme hakkının görevin gerektirdiği nitelikler gereğince sınırlanabilmesi bu durumun bir ifadesidir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bir kararına göre “*idarenin kamu hizmetini yürütecek olan ajanlarını alırken bir takım özelliklere sahip olmasını araması tabii olduğu gibi; statüye alındıktan sonra da bunları verimli biçimde kullanması, hizmeti aksatacak, kendisinden artık verim alınması imkanı kalmamış, aksine idare mekanizmasına ve kamu hizmetinin yürütülmesine zararlı olacak ajanlarını bünyesi dışına çıkarması da doğaldır*”^[13]. Fakat Yüksek Mahkemenin kararın ilerleyen kısmında belirttiği gibi bu tür bir soruşturmanın ve değerlendirmenin objektif nitelik taşıması ve kamu hizmetine girme hakkını ortadan kaldıracak nitelikte olmaması gerekir^[14].

2. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI KAVRAMLARI

Güvenli soruşturması ve arşiv araştırması, 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli İle Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine Ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’da^[15] düzenlenmiştir. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının uygulaması ise 14.2.2000 tarihli Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği^[16] ile belirlenmiştir.

Yönetmelik’e göre arşiv araştırması; kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde

[13] AYİM, 1. D., E. 1994/1042, K. 1995/326, T. 14.31995, AYİMD, S. 10, s. 388; AYİM, 1.D., E. 1999/39 K. 1999/801, T. 20.9.1999, <https://legalbank.net> (s.e.t. 1.10.2018).

[14] **SEZER**, Yasin: Türk Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 164.

[15] R.G., T. 3.11.1994, S. 22100.

[16] R.G., T.12.4.2000, S. 24018.

ilişği ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığına mevcut kayıtlardan saptanmasını ifade etmektedir.

Güvenlik soruşturması kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişği ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığına, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının, ahlaki durumunun, yabancılar ile ilişğinin ve sır saklama yeteneğinin mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesi şeklinde tanımlanmıştır.

Tanımlardan da anlaşıldığı gibi güvenlik soruşturması, arşiv araştırması kapsamında yapılacak araştırmaları da içermektedir. Arşiv araştırması kişinin aranıp aranmadığı, adli sicil durumu ve hakkında bir sınırlama olup olmadığı gibi objektif olarak tespit edilebilen hususları içermektedir. Güvenlik soruşturması ise bu hususların yanında sübjektif değerlendirmeleri de içeren uygulamalar barındırmaktadır^[17]. Kişinin ahlaki durumunun, sır saklama yeteneğinin ve yabancılarla ilişğinin nasıl olduğunun tespiti gibi hususlar tamamen sübjektif kanaatlere dayanan tespitlerdir^[18]. Bu sübjektif içeriği nedeniyle güvenlik soruşturması usulü ayrıca bir değerlendirme aşamasını içermektedir. Kurulan değerlendirme komisyonu tarafından yapılacak değerlendirmeler kişi hakkında oluşabilecek sübjektif görüşün objektifleştirilmesini amaçlamaktadır.

Güvenlik soruşturması kapsamında yapılacak inceleme, mevcut kayıtlardan ve yerinde inceleme ile yapılacaktır. Yerinde inceleme kişinin ikamet ettiği ve nüfusa kayıtlı olduğu yerlerde yapılacaktır. Bu inceleme, soruşturma kapsamında görevli personelin kişisel kanaatine ve kişinin yaşadığı yerin ahlak normlarına sıkıca bağlıdır. Görevli personelin kişinin yaşadığı çevresinden, mahallesinden, komşularından aldığı duyumların raporlaştırılması yerinde incelemedir^[19]. Bu araştırma neticesinde elde edilen bilgilerin nesnellikten uzak olması kaçınılmazdır^[20]. Bu nedenle yerinde inceleme raporları güvenlik araştırmalarının olumsuz olmasında temel gerekçe olmamalıdır^[21].

[17] AKSOY, s. 70.

[18] MEMİŞ, s. 248.

[19] KARAHANOGULLARI, s. 163.

[20] KARAHANOGULLARI, s. 174.

[21] MEMİŞ, s. 245.

4045 sayılı Kanun'un ilk maddesine göre, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması; kamu kurum ve kuruluşlarında, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, jandarma, emniyet, sahil güvenlik ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılır. Devletin güvenliğini, ulusun varlığını ve bütünlüğünü iç ve dış menfaatlerinin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeler ile gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, birim ve kısımların tanımlarının yapılması, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ve üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlenecektir.

Bu madde ile güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasındaki amaç ve kimler hakkında uygulanacağı belirlenmiştir. Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, jandarma, emniyet, sahil güvenlik ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personelin güvenlik soruşturmasına tabi olduğu açıkça belirlenirken gizlilik dereceli birimlerde çalışacak personel açısından bir belirleme yoktur. Yönetmelik'in 6'ncı maddesinde bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları; varsa, gizlilik dereceli birim ve kısımlarıyla görevlerin neler olduğunu belirleyen gizlilik dereceli yönergelerini yürürlüğe koyacakları ve güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını yapacak makamlara gönderecekleri düzenlenmiştir. Gizlilik derecesini belirleyip güvenlik soruşturmasını uygulamak idareye kalmaktadır.^[22] Oysa Anayasa'nın 128'inci maddesine göre memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ayrıca idareye bırakılan düzenleme yetkisinin çerçevesinin kanunla çizilmesi, konuya ilişkin genel ilke ve prensiplerin kanunda belirlenmiş olması gereklidir.^[23] İdareye belirsiz yetkiler veren düzenleme yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesinin ihlali niteliğindedir.^[24]

[22] MEMİŞ, s. 246.

[23] GÜNDAY, s. 227; TAN Turgut, İdare Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 69.

[24] KARAHANOĞULLARI, s.172.

Yönetmelik'e göre güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulaması kamu kurum ve kuruluşlarında devlet güvenliğine, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatleri ilgilendiren bilgi ve belgelerin bulunduğu birimlerde "sakıncalı" kişilerin göreve gelmesini engellemektir. Bu bilgi ve belgelere ancak devlet tarafından güvenilen kişiler erişebilecektir. Kamu görevliliğine girecek olan kişilerin vatandaş olduğu düşünüldüğünde bu uygulama ile vatandaşları arasında "güvenilir-güvenilmez" şeklinde bir ayırım yapılmaktadır^[25]. Bu nedenle güvenlik soruşturması uygulaması Anayasa'nın 70'inci maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkının kullanımına engel olabilmektedir^[26].

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, gizlilik dereceli birimlerde görev yapacak kamu personeline ilişkindir. Bu nedenle güvenlik soruşturması kamu personeli göreve başlarken yapılabileceği gibi terfi ve tayin sırasında da yapılabilir. Fakat gizlilik derecelerinin oldukça genel ifade edilmesi nedeniyle tüm kamu görevlilerini kapsayacak şekildedir^[27]. Bununla birlikte OHAL KHK'ları ile yapılan değişikliklerle tüm kamu görevlileri açısından uygulanmaya yasal dayanak sağlanmıştır.

Güvenlik soruşturması kavramına başka alanlarda da rastlanmaktadır. 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun^[28] 22'nci maddesine göre memleketten ayrılma sırasında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığı tarafından tespit edilenlere pasaport verilmez. Fakat pasaport verilmesinden önce yapılan bu araştırma gibi kamu personeli veya adaylarını ilgilendirmeyen hususlarda yapılan araştırmalar, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına ilişkin kanun ve yönetmeliğin kapsamında değildir.

[25] **KARAHANOĞULLARI**, s. 159.

[26] **KARAN**, s. 29.

[27] **ZABUNOĞLU**, Yahya Kazım: "Kamu Hizmetine Girme, Hizmette Kalma ve Yükselme Hakkı", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar, Yay. Haz. Mesut GÜLMEZ, TODAİE Yayınları, Ankara 1992, s. 185; **KARAHANOĞULLARI**, s. 165.

[28] R. G., T. 24.7.1950, S.7564.

3. GÜVENLİK SORUŞTURMASI UYGULAMASININ HUKUKİ DAYANAĞI SORUNU

4045 sayılı Kanun öncesinde güvenlik soruşturması uygulaması hukuki dayanaktan yoksun olması nedeniyle niteliği tartışmalıydı^[29]. Konuyla ilgili yasal bir düzenleme yapılmadan genelge, yönerge, Bakanlar Kurulu Karar-nameleri ve yönetmelikler ile düzenlenmişti^[30]. Bu nedenle herhangi bir kanuni dayanağı bulunmayan uygulamalar Anayasa'ya ve kanuna aykırıydı^[31].

Yasal dayanağı olmayan güvenlik soruşturması uygulamaları ILO'nun 111 sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesine dayandırılmaya çalışılmıştır^[32]. Maddeye göre, “*Devletin güvenliğine halel getiren faaliyetlerden ötürü muhik sebeplerle zanlı bulunan veya bu faaliyetlere girişen bir şahıs hakkında alınan tedbirler, ilgili kişinin milli tatbikata uygun olarak kurulmuş olan yetkili bir makama başvurma hakkı saklı kalmak şartıyla, ayırım sayılmaz.*” Oysa maddenin amacı bu tür uygulamalara dayanak olmak değil hukuka aykırı ve keyfi uygulamaların önüne geçmektir. Zira ILO'ya göre, devletin güvenliğine ilişkin tedbirlerin açık olarak tanımlanması gerekir. Sadece yargı yolunun açık olması başlı başına yeterli değildir. İkinci olarak, güvenlik soruşturması gibi uygulamalar gizlilik gerektiren ya da devletin güvenliği açısından hassas sayılan görevlerle sınırlı kalmalıdır. Güvenlik soruşturması uygulaması genel bir uygulama haline gelmemelidir. Diğer bir ilke ise kişinin itiraz hakkının olmasıdır. Bu ise savunma hakkının en temel halidir. Son olarak, hukuka aykırı uygulamalar neticesinde hak kaybına uğrayanların zararı tazmin edilmelidir^[33].

Bu dönemde mahkemeler, güvenlik soruşturması uygulamasını hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle doğrudan hukuka aykırı kabul etmemişlerdir. Bunun yerine her dava özelinde ayrı değerlendirme yaparak güvenlik soruşturması raporlarındaki hususların güvenilirliği, kanıtlara bağlanması, objektif nitelik taşıması gibi konuları tartışmışlardır. İstihbari

[29] ZABUNOĞLU, 1992, s. 183.

[30] KARAHANOĞULLARI, s. 170; MEMİŞ, s. 241; KAMAN KARAN, s. 25.

[31] ZABUNOĞLU, 1992, s. 184; KAMAN KARAN, s. 25.

[32] AKER, Önder: “ILO Ayrımcılık Sözleşmesi Açısından Kamu Hizmetine Girme ve Hizmette Kalma Hakkı”, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar, Yay. Haz. Mesut GÜLMEZ, TODAİE Yayınları, Ankara 1992, (s. 203-208), s. 206.

[33] AKER, s. 207.

bilgilere dayalı, nesnel olgulara dayanmayan veya soyut nitelikteki soruşturma raporlarına itibar edilmeyerek işleme gerekçe olamayacağı kabul edilmiştir^[34].

Güvenlik soruşturması uygulaması önceden konu ile alakasız ve Resmi Gazete’de yayımlanmayan “Sabotajlara Karşı Koruma ve Sabotajları Önleme” başlıklı 30.4.1953 tarihli ve 4/658 sayılı Bakanlar Kurulu kararnamesine dayandırılırken, 30.4.1964 tarihli 4/685 sayılı “Güvenlik Soruşturması” başlıklı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile düzenlenmiştir^[35]. Böylece güvenlik soruşturması terimi mevzuata girmiştir.

Çeşitli genelge ve yönergelerin ardından konuyla ilgili 4.03.1986 tarihli bir yönetmelik çıkarılmıştır. Fakat bu yönetmelik Resmi Gazete’de yayımlanmış, kamuya hiçbir şekilde duyurulmamıştır. Bu gerekçe ile ilgili yönetmelik iptal edilmiştir^[36]. Bunun üzerine 8.3.1990 tarihinde “Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği” başlıklı yeni bir yönetmelik^[37] çıkarılmıştır. Fakat bu yönetmelik herhangi bir kanuni düzenlemeye dayandırılmamıştır. Bu dönemde güvenlik soruşturması uygulaması askeri personel ve emniyet personel alımından kamuda işçi istihdamına kadar geniş bir çerçevede uygulanmıştır.

Güvenlik soruşturması uygulamasının kanuni düzenlemeye kavuşması ancak 1994 yılında 4045 sayılı Kanun’la mümkün olmuştur. 8.3.1990 tarihli Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği’nin kanuna aykırı olmayan hükümleri 14.2.2000 tarihli Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği’nin çıkarılmasına kadar uygulanmaya devam etmiştir^[38].

Olağan dönemlerde yapılan çeşitli düzenlemelerin yanında olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumlarında da sakıncalı görülen personele uygulanacak düzenlemeler yapılmıştır. 425 sayılı OHAL KHK’sının^[39] 4/g maddesi olağanüstü hal valisine, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun^[40] 2’nci maddesinin 8’inci fıkrasında sıkıyönetim komutanına “sakıncalı” görülen personelin görev yerinin değiştirilmesi ve görevden uzaklaştırılmasına ilişkin yetkiler tanınmıştır.

[34] ZABUNOĞLU, 1992, s. 184; KAMAN KARAN, s. 25.

[35] KARAHANOĞULLARI, s. 170.

[36] KARAHANOĞULLARI, s. 170.

[37] R.G., T. 13.4.1990, S. 20491.

[38] GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 976.

[39] R.G., T. 9.5.1990, S. 20513.

[40] R.G., T. 15.5.1971, S. 13837.

15.7.2016 tarihindeki darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hal sürecinde çıkarılan OHAL KHK'ları ile “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan” kamu personeli ya doğrudan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi ile ya da yetkili kılınan mercilerce kamu görevinden çıkarılmıştır. Bunun yanında benzeri bir girişimin önüne geçmek için kamu kurumlarında istihdam edilecek personelin işe alınması sürecine ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda yapılan düzenlemeler tek bir OHAL KHK'sı ile değil çeşitli KHK'larda yer almıştır.

- 676 sayılı OHAL KHK'nın^[41] 74'üncü maddesi ile 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun devlet memurluğuna giriş şartlarını düzenleyen 48'inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendine güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olması şartı hükmü eklenmiştir. Böylece çeşitli gerekçelerle yıllardır uygulanan güvenlik soruşturması Devlet Memurları Kanunu'na eklenmiş ve tüm devlet memurları için uygulanır hale gelmiştir. Fakat düzenlemede “ve/veya” bağlacı kullanılarak idareye güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasından ya ikisinin ya da sadece birini yapma konusunda takdir yetkisi tanımıştır. Düzenleme bu açıdan belirsizlik taşımaktadır. İki müessese arasındaki kapsam farklılığı dikkate alındığında hangi müessesenin uygulandığı önem kazanmaktadır.
- 680 sayılı OHAL KHK'nın^[42] 69'uncu maddesi ile 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un özel güvenlik görevlisi olabilme şartlarını düzenleyen 10'uncu maddesine güvenlik soruşturması olumlu olması şartı eklenmiştir. KHK'nın 70'inci maddesi ile kanunun çalışma iznini düzenleyen 11'inci maddesinde yapılan değişiklikle özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilecekler ile özel güvenlik şirketlerinde, alarm izleme merkezlerinde ve özel güvenlik eğitimi verecek kurumlarda kurucu ve/veya yönetici olarak çalışacaklar hakkında valilikçe güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılacağı düzenlenmiştir. Şirketlerde eğitici ve temsilci olacaklar ile şirket ortağı tüzel kişi ortakları güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tâbi kılınmıştır. Güvenlik soruşturması ihtiyaç duyulması halinde her zaman yapılabilecektir.

[41] R.G., T. 29.10.2016, S. 29872.

[42] R.G., T. 6.2.2017, S. 29940 (Mükerrer).

- 680 sayılı OHAL KHK'nın 84'üncü maddesi ile 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin işe alınacak personelde aranılacak şartları düzenleyen 7'nci maddesinin birinci fıkrasına güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olması şartı eklenmiştir. Böylece kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışacak personel açısından da güvenlik soruşturması yapılması zorunluluğu getirilmiştir.
- 690 sayılı OHAL KHK'sının^[43] 10'uncu maddesi ile 31.7.1970 tarihli ve 1325 sayılı Kanun'un^[44] görev ve yetkiye ilişkin 2'nci maddesinin birinci fıkrasına Bakanlık merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarında görev alacak personelin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması hizmetlerini Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü aracılığıyla yapılacağı hükmü eklenmiştir. Fakat bu madde 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin^[45] 23'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.
- 694 sayılı OHAL KHK'sının^[46] 41'inci maddesi ile 1325 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 11'e göre, Bakanlık merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarında görev yapan personele ilişkin istihbarat hizmetleri Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından yürütülür. MİT, istihbarat istihsaline yönelik faaliyetleri veya güvenlik soruşturması kapsamında, Bakanlık ve Türk Silahlı Kuvvetleri personeli hakkında kıt'a içinde veya kıt'a dışında her türlü araştırma yapabilir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile söz konusu hizmetlerin yerine getirilmesinde diğer kurum ve kuruluşların görev, yetki ve sorumlulukları MİT tarafından hazırlanarak Cumhurbaşkanını

[43] R.G., T. 29.4.2017, S. 30052.

[44] Bu Kanunun Adı "Milli Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilatı Hakkında Kanun" iken, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 23'üncü maddesiyle "Askeri Okullar, Askeri Öğrenciler, Askeri Fabrikalar Ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" şekilde değiştirilmiştir.

[45] R.G., T. 9.7.2018, S. 30473 (3. Mükerrer).

[46] R.G., T. 25.8.2017, S. 30165.

onayıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir. Bu madde ile MİT'in TSK ve Milli Savunma Bakanlığı personeline ilişkin yürüteceği güvenlik soruşturması usulünün ayrı bir yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Bu açıdan bu güvenlik soruşturması usulü çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir.

- 696 sayılı OHAL KHK'nın^[47] 29 ve 30'uncu maddeleri ile 1325 sayılı Kanun'a geçici maddeler eklenmiştir. Bu maddelerle güvenlik soruşturmaları sonuçlanmadan harp okulları ve astsubay meslek yüksek okullarının ara sınıflarına alınan öğrenci ve öğrenci adaylarından güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlanan öğrenci ve öğrenci adaylarının geldikleri okullara dönmelerine ve güvenlik soruşturması sonuçlanmadan eğitime alınan öğrenci ve öğrenci adaylarının ilişkilerinin kesilmesi halinde herhangi bir mali yükümlülük yüklenmeyeceğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.
- 696 sayılı OHAL KHK'nın 127'nci maddesi ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname^[48]'ye eklenen 23 ve 24'üncü geçici maddelerle taşeron olarak bilinen alt işverenler bünyesinde çalışan işçilerin daimi kadrolara geçirilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. OHAL KHK'nın kapsamına giren işçilerin daimi kadroya geçebilmeleri için 657 sayılı Kanun'a yapılan atıfla aralarında güvenlik soruşturmasının ve/veya arşiv araştırmasının olumlu olması şartları aranmıştır. Böylece kamunun alt işvereninde işçi olarak çalışan işçinin aynı işi yapacak olmasına rağmen kadro değişikliği güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması şartına bağlanmıştır^[49].

[47] R.G., T. 24.12.2017, S. 30280.

[48] 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hakimler Ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu İle Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları Ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı Ve Kıdem Aylığı İle Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (R.G., T. 30.6.1989, s. 20211 (Mükerrer).

[49] Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı konuya ilişkin 1.1.2018 tarihli bir tebliğinde bu işçiler için arşiv araştırması yeterli görülmüştür. (R. G. T. 1.1.2018, S. 30288).

3.1. Düzenlemelerin OHAL KHK'sı İle Yapılmış Olması Sorunu

Anayasa'nın 119, 120, 121 ve 122'nci maddelerinin 21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Anayasa değişikliği^[50] ile değiştirilmesinden önce olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı durumunda Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda kanunun hükmünde kararname çıkarabilmekteydi. 15 Temmuz darbe girişiminin hemen sonrasında 20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı^[51] ile "şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması" sebebiyle tüm ülkede 90 günlük olağanüstü hal ilan edilmiştir. Daha sonra üçer ay uzatma ile yedi kez uzatılan olağanüstü hal 19 Temmuz 2018'de tekrar uzatılmayarak sona ermiştir. Bu dönemde toplam 32 OHAL KHK'sı çıkarılmış ve çeşitli konularda düzenlemeler yapılmıştır^[52]. Yukarıda belirtilen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasına ilişkin düzenlemeler de bu dönemde OHAL KHK'ları ile yapılmıştır. Yapılan düzenlemelerin OHAL KHK'sı olması nedeniyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulaması açısından yeni bir hukuki dayanak sorunu ortaya çıkmıştır.

OHAL KHK'ları olağan dönem KHK'larının bağlı olduğu sınırlamalara bağlı değildir^[53]. OHAL KHK'sı için yetki kanununa gerek yoktur^[54]. Fakat OHAL KHK'ları sınırsız da değildir. OHAL KHK'larının ilk sınırı Anayasa'nın 15'inci maddesinde temel hak ve hürriyetlerin kullanımının durdurulmasına ilişkin sınırlamadır. İkinci sınırlama ise Anayasa'nın 212/3

[50] R.G., T. 11.2.2017, S. 29976.

[51] R.G., T. 21.7.2016, S. 29777.

[52] Bu dönemde çıkarılan OHAL KHK'larının bazılarının ayrıntılı incelemesi için bkz: Olağanlaşan OHAL: KHK'ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, https://tr.boell.org/sites/default/files/ohal_rapor_web.pdf, (s.e.t.1.10.2018); Olağanüstü Hal Tedbir Ve Düzenlemeleri 31 Ağustos 2017, <http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/Olağanüstü-Hal-Tedbir-ve-Düzenlemeleri-31-Ağustos-2017.pdf>, (s.e.t. 1.10.2018).

[53] **ÖZBUDUN** Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 264; **GÖZLER**, Cilt 1, s. 1205; **ZABUNOĞLU**, 2012, s. 439; **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK**, s. 150; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, T. 10.1.1991.

[54] **GÖZLER**, Kemal: Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi (2000a), Ekin Yayınevi, Bursa 2000, s. 182; AYM, E. 1990/25, K.1991/1, T. 10.1.1991.

ve 122/2'nci maddelerinde belirtilen sıkıyönetim ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilme şartıdır^[55].

Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda düzenleme yapılması kuralı olağanüstü halin ilan sebebiyle doğrudan ilgilidir. Olağanüstü halin varlığını gerektiren sebepler yapılacak düzenlemelerin kapsamını da belirlemektedir. Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulması nedeniyle ilan edilen olağanüstü halde alınacak tedbirler şiddet olaylarının önüne geçmeye yönelik olmalıdır^[56]. Bu açıdan OHAL KHK'ları ile kamu personeline veya adaylarına, kadroya geçecek taşeron işçilere veya özel güvenlik personeline ilişkin güvenlik soruşturması veya arşiv araştırması şartlarının getirilmesi olağanüstü halin gerekleri açısından tartışmaya açıktır.

Anayasa Mahkemesi E.2016/36, K.2016/1987 sayılı kararı öncesinde OHAL KHK'larını çeşitli ölçütler altında denetleyebileceğine karar vermektedir^[57]. Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'sını yer, zaman ve konu ölçütlerine dayanarak onun niteliğini belirlemektedir. Bu ölçütlere göre, olağanüstü halin gerekli kıldığı konuyla ilişkili olmayan veya olağanüstü halin uygulandığı coğrafi alan ya da süreyi aşan düzenlemeleri OHAL KHK'sı niteliğinde görmeyerek iptal etmektedir. Bu şartlara uymayan düzenlemeler olağan dönem KHK'sı olarak kabul edilerek yetki kanununa dayanmadıklarından iptal edilmektedirler^[58].

Anayasa hükmündeki "olağanüstü halin gerekli kıldığı konular" ve Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen ölçütlerin gereği olarak OHAL KHK'ları ile kanunlarda değişiklik yapılamamaktaydı. Zira OHAL KHK'ları olağanüstü halin ilan edildiği süre ve yer ile ilgilidir. Kanunlarda yapılacak bir değişiklik halinde düzenleme kalıcılığın olacağıdır. Bu durum Anayasa'nın öngördüğü geçici olağanüstü halin sürekli bir şekilde uygulanması anlamına gelecektir^[59]. Olağanüstü hal, olağanüstü hal kapsamında yapılan düzenleme-

[55] ÖZBUDUN, s. 264; ZABUNOĞLU, 2012, s. 440; GÖZLER, 2000a, s. 188; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 150.

[56] GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku (2000b), Ekin Yayınevi, Bursa 2000, s. 766; ZABUNOĞLU, 2012, s. 445; AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, T. 10.1.1991.

[57] GÖZLER, 2000b, s. 767-775.

[58] ÖZBUDUN, s. 264; GÖZLER, Cilt 2, s. 1219; ZABUNOĞLU, 2012, s. 442; AYM, E.1990/25, K.1991/1, T. 10.1.1991; AYM, E.1991/6, K.1991/20, T. 3.7.1991; AYM, E.1992/30, K.1992/36, T. 26.5.1992, AYM, E.2003/28, K.2003/42, T. 22.5.2003.

[59] ÖZBUDUN, s. 266; GÖZLER, 2000b, s. 774.

lerin anayasaya aykırı hükümler barındırmasına, temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasına imkân veren bir durumdur. Olağanüstü hal kapsamında yapılan düzenlemelerin kalıcılaşması anayasanın sürekli olarak askıya alınması, temel hak ve hürriyetleri sürekli olarak durdurulması demektir.^[60]

Anayasa Mahkemesi, 413 sayılı OHAL KHK'sı ile 25.10.1983 tarih ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nda değişiklik yaptığında bu düzenlemeyi iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre OHAL KHK'sı ile yürürlüğe konulan kural, olağanüstü halin gerekli kıldığı konuya ilişkin olsa dahi başka bir zamanda veya başka bir yerde yürürlüğe girebiliyorsa, başka bir anlamıyla, konulan kural olağanüstü halin sona ermesine rağmen yürürlüğünü sürdürüyorsa OHAL KHK'sı olarak sayılamazlar^[61].

2016-2018 yılları arasındaki olağanüstü hal döneminde Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihadı aykırı olarak OHAL KHK'ları çıkarılmıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına ilişkin düzenlemeler kanunlarda değişiklikler içermektedir. Bu durumda yapılan düzenlemeler olağanüstü hal süresini de aşan bir nitelik taşımaktadır. Yapılan düzenlemelerin olağanüstü halin gerektirdiği konularda olduğu söylenebilir de süre açısından anayasaya aykırılık teşkil etmekteydiler^[62]. Fakat Anayasa Mahkemesi, 12.10.2016 tarih ve E. 2016/167, K. 2016/160 sayılı kararı ile bu içtihadını değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesinin yeni yaklaşıma göre, OHAL KHK'sı şeklinde yapılan düzenlemelerin niteliği üzerine yer, zaman ve konu ölçütleri kullanılarak yapılan inceleme esas bakımından anayasaya uygunluk denetimidir. Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı bu inceleme ise Anayasa'nın 148'inci maddesine aykırılık taşıyacaktır^[63]. Böylece Anayasa Mahkemesi OHAL KHK'larını denetleyemeyeceğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile önceki içtihadı ortadan kalkarak olağanüstü

[60] ÖZBUDUN, s. 266.

[61] ÖDEN, Merih: "Anayasa Mahkemesi Ve Olağanüstü Hal Ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.3, 2009, (s. 659-692), s. 674; AYM, E.1990/25, K.1991/1, T. 10.1.1991.

[62] GÜNDAY, Metin: "OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2017, (s. 29-39), s. 32.

[63] AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, T. 12.10.2016.

halin ilan gerekçesinin dışında, olağanüstü halin uygulandığı süre ve yeri aşan düzenlemeler denetlenemez hale gelmiştir^[64].

OHAL KHK'ları Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün Meclisin onayına sunulur (Anayasa m.121/3). Meclisin onayına sunulan OHAL KHK'sının onayı, reddi veya değiştirilerek onayı kanun biçiminde olmaktadır. Kanun adıyla, tarih ve numara verilerek ve Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır^[65]. Anayasa hukuku doktrininde ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre kanun ile onaylanan OHAL KHK'sı artık kanuna dönüşmektedir^[66]. Böylece OHAL KHK'ları tekrar Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilir hale gelmektedir^[67]. OHAL süresinin sona ermesiyle birlikte kanunlaşmış olsa dahi OHAL döneminde çıkarılan OHAL KHK'ları kendiliğinden yürürlükten kalktıkları kabul edilmekteydi^[68].

Anayasa Mahkemesi'nin son içtihadıyla birlikte OHAL KHK'ları ancak Meclis tarafından onaylanmaları halinde denetlenebilir hale gelmektedir. Onaylanmaları ise kanun formunda olduğundan Anayasaya uygunluk denetimi kanunların anayasaya uygunluk denetimi gibi yapılacaktır. Zira Anayasa Mahkemesi bazı OHAL KHK'larının onaylanmasına ilişkin kanunların denetlenmesinde iptal davasına konu edilen OHAL KHK'larının kanun niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi OHAL KHK'sının onaylanması usulünün kanun olarak nitelemek için yeterli kıldığını ve şekil açısından anayasaya uygun olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda iptal değil yok hükmünde sayma talep edildiği için bu talep reddedilmiştir. Bununla birlikte yokluk talebinin reddedildiğini fakat iptal talebi açısından normal anayasal denetimin yapılmasının mümkün

[64] **CAN**, Osman/**ŞİMŞEK AKTAŞ**, Duygu: “Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine”, MUHF–HAD, C.23, S.1, (s. 13-43), s. 28.

[65] **GÖZLER**, 2000b, s. 796.

[66] **ÖZBUDUN**, s. 268; **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi: 1982 Anayasası ve AYM Kararlarına Göre Türkiye'de KHK Rejimi, Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s. 155; **GÖZLER**, 200b, s. 802; AYM, E.1990/25, K.1991/1, T. 10.1.1991.

[67] **ÖZBUDUN**, s. 268; **YÜZBAŞIOĞLU**, s. 155; **GÖZLER**, 2000b, s. 796.

[68] **KUZU**, Burhan: Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1993, s. 248; **YÜZBAŞIOĞLU**, s. 180; ; **GÖZLER**, Cilt 2, s. 1223; AYM, E.1990/25, K.1991/1, T. 10.1.1991.

olduğu belirtilmiştir^[69]. Anayasa Mahkemesi kanunun OHAL KHK'larının onaylanmasına ilişkin olduğu ve bu nedenle denetiminin kapsamına ilişkin yorum yapmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararlarıyla birlikte, OHAL KHK'sı ile zaman ve mekân açısından olağanüstü hali aşan, olağanüstü halin gerekçe- siyle uyuşmayan düzenlemeler yapıldığında OHAL KHK'sı denetlenmediği için bu düzenlemeler iptal edilemeyecek, Meclis tarafından kanun biçiminde onaylandığında ise kalıcı hale gelecektir^[70]. OHAL KHK'sı kanunlaşması sonrasında anayasaya aykırı olsun veya olmasın olağanüstü hal sonrasında da yürürlük kazanmış olacaktır. Böylece OHAL KHK'larının olağan dönem KHK'lardan bir farkı kalmamaktadır. Olağanüstü dönem gerekçeleriyle yapılan düzenlemeler olağan dönemde de varlıklarını sürdürecektir^[71]. Artık OHAL KHK'larının sadece olağanüstü hal süresince, olağanüstü halin uygulandığı yerlerde geçerli olduğu olağanüstü halin kalkmasından sonra yürürlükten kalkacağı görüşünün ortadan kalktığı söylenebilir^[72]. Anayasaya aykırı hüküm içeren OHAL KHK hükümleri kendiliğinden olağanüstü hal sonrasında ortadan kalkmayacak ancak Anayasa Mahkemesi tarafından

[69] Anayasa Mahkemesi'nin OHAL KHK'larına ilişkin yayımlanan kararları: E. 2018/40 K. 2018/67 T. 31.5.2018; E. 2018/48 K. 2018/54 T. 31.5.2018; E. 2018/39 K. 2018/66 T. 31.5.2018; E. 2018/36 K. 2018/63 T. 31.5.2018; E. 2018/50 K. 2018/69 T. 31.5.2018; E. 2018/55 K. 2018/56 T. 31.5.2018; E. 2018/45 K. 2018/51 T. 31.5.2018; E. 2018/56 K. 2018/57 T. 31.5.2018; E. 2018/59 K. 2018/60 T. 31.5.2018; E. 2018/38 K. 2018/65 T. 31.5.2018; E. 2018/34 K. 2018/61 T. 31.5.2018; E. 2018/51 K. 2018/70 T. 31.5.2018; E. 2018/35 K. 2018/62 T. 31.5.2018; E. 2018/46 K. 2018/52 T. 31.5.2018; E. 2018/47 K. 2018/53 T. 31.5.2018; E. 2018/57 K. 2018/58 T. 31.5.2018; E. 2018/41 K. 2018/68 T. 31.5.2018; E. 2018/52 K. 2018/71 T. 31.5.2018; E. 2018/58 K. 2018/59 T. 31.5.2018; E. 2018/49 K. 2018/55 T. 31.5.2018; E. 2018/53 K. 2018/72 T. 31.5.2018; E. 2018/44 K. 2018/50 T. 31.5.2018; E. 2018/54 K. 2018/73 T. 31.5.2018; E. 2018/37 K. 2018/64 T. 31.5.2018; E. 2018/42 K. 2018/48 T. 31.5.2018.

[70] Öğretide OHAL KHK'larının kanun ile değil parlamento kararı şeklinde hiç olmazsa milletlerarası anlaşmaların usulüyle onaylanması gerektiği savunulmuştur. (GÖZLER, 2000b, s.801).

[71] KONUK, Mithat, "Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 65, 2016, (s. 2177-2194), s. 2189.

[72] Olağanüstü hal döneminde OHAL KHK'ları ile kanunlarda yapılan değişiklikler Mevzuat Bilgi Sistemi www.mevzuat.gov.tr adresinde değiştirilen kanunlara işlenmiştir. Bu değişiklikler olağanüstü hal sonrasında kaldırılmamıştır. (s.e.t. 1.10.2018).

iptal edilmeleri gerekecektir. Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak soyut veya somut norm denetimi başvurularında ise bir kanun gibi değerlendirilerek anayasaya uygunluğu denetlenecektir.

Olağanüstü hal döneminde OHAL KHK'ları ile kanunlarda yapılan değişikliklerle yasal olarak tüm kamu personeline uygulanacak şekilde genişletilen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulaması olağanüstü dönem sonrasında da uygulanmaya devam edecektir. Anayasa Mahkemesi aksi yönde karar vermedikçe, OHAL KHK'sı ile yapılan düzenlemenin olağanüstü hal sonrasında ortadan kalması, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasının önceki haline dönmesi söz konusu değildir.

4. GÜVENLİK SORUŞTURMASI UYGULAMASI

4.1. Güvenlik Soruşturması Yapmaya Yetkili Makamlar

Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği'nin 7'nci maddesine göre güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı^[73], Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri tarafından yapılacaktır.

Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasını; bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımları ile yurtdışı teşkilatında ve askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumu ve tutukeverlerinde çalıştırılacak personel hakkında yapar (Yönetmelik m.8/2).

Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı; Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirliklerinin görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, güvenlik soruşturmasını Milli İstihbarat Teşkilatında çalışacak personel, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kadro ve kuruluşlarında çalışacak subay adayları ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin belirleyeceği diğer personel ile bakanlıklar ve kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımlarının hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst kademe yöneticilerinden müsteşar, genel müdür, vali, büyükelçi ve müstakil birim amirleri ile bunların yardımcıları ve ayrıca

[73] 2.7.2018 tarihli 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 152'nci maddesiyle 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na eklenen geçici 6'ncı madde ile Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı "Başkanlık" olarak değiştirilmiştir.

yurtdışı teşkilatında sürekli görevlendirilecek bütün personel hakkında, arşiv araştırmasını ise sadece gizlilik dereceli birim ve kısımlarda görev alacaklar ile bunların bu fıkrada sayılanlar dışında kalan yöneticileri ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapar (Yönetmelik m.8/3).

Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülki idare amirlikleri dışında Türk Silahlı Kuvvetlerinin kadro ve kuruluşlarında yer alacak personelin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, Türk Silahlı Kuvvetlerince yapılmaktadır (Yönetmelik m.9). Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından yapılacak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulaması Silahlı Kuvvetler İstihbarata Karşı Koyma Koruyucu Güvenlik ve İşbirliği Yönergesi ile belirlenmiştir.

4.2. Usulü

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılırken uygulanacak usul Yönetmelik'in 12'nci maddesinde düzenlenmiştir. Soruşturmanın usulüne ilişkin idareye geniş bir alan bırakılmıştır. Yönetmelik'in 12'nci maddesinin (e) bendine göre, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nasıl ve ne şekilde yapılacağı, soruşturma ve araştırma yapmaya yetkili makamların görev talimatları ile belirlenir. Bu hüküm, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması usulünün doğrudan idare tarafından belirlenmesine imkân sağlamaktadır. İdarenin düzenleyici işlemlerinin bağlayıcı nitelik taşıyabilmesi için yayımlanması gereklidir. Bu nedenle kamu personelini ilgilendiren usule ilişkin talimatların yayımlanması gereklidir. Yayımlanmayan talimatlar ancak iç düzen işlemi olarak kabul edilebilir^[74]. Güvenlik soruşturmasının usulüne ilişkin hususların doğrudan idarenin talimatlarına bağlanması kişilerin hukuki durumları açısından belirsizliğe sebep olacak niteliktedir^[75].

Hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması istenilen kişiler için kurum ve kuruluşunca Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünden sağlanan adli sicil kaydıyla yönetmeliğin ekinde bulunan formdan bir örneği kişinin nüfusa kayıtlı olduğu il valiliğine, bir örneği ikamet ettiği il valiliğine, bir örneği Emniyet Genel Müdürlüğüne, bir örneği de ilgisine göre Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına gönderilir.

[74] MEMİŞ, s. 247; KAMAN KARAN, s. 28; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR /ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s. 229.

[75] KARAN, s. 28; SEZER, 2006, s. 160.

Gönderilen bu formda nüfus kayıtlarına ilişkin hususlar ayrıntılı olarak belirtilir. Bir örneği de istekte bulunan kurum ve kuruluşun dosyasında saklanır. Türk Silahlı Kuvvetlerince yaptırılacak arşiv araştırmalarında forma adli sicil kaydının eklenmesi zorunlu değildir (Yönetmelik m.12/b).

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında araştırılacak hususlar Yönetmelik'in 11'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kişinin içinde bulunduğu ortam dikkate alınarak;

- 1) Kimlik kontrolü, kimlik kayıtlarının doğruluk derecesi, uyrukluğu, geçmişte yabancı bir devletin uyrukluğuna girip girmediği,
- 2) Kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığı, kolluk kuvvetlerinin ve istihbarat ünitelerinin arşivlerinde bilgiler bulunup bulunmadığı, adli sicil kaydının ve hakkında bir tahdidin olup olmadığı,
- 3) Yıkıcı faaliyetlerde bulunup bulunmadığı ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna ve Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davranıp davranmadığı.
- 4) Şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansıyacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığı,
- 5) Yabancılarla, özellikle hasım ve hasım olması muhtemel Devlet mensupları ve temsilcileriyle ilgili derecesinin iç yüzü ve nedeni,
- 6) Sır saklama yeteneğinin olup olmadığı,

hususları araştırılır.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması isteminin ilgili makama ulaşmasından itibaren arşiv araştırması sonuçları en geç 30 gün, güvenlik soruşturması sonuçları en geç 60 gün içinde cevaplandırılır (Yönetmelik m.12/c).

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının her evresi gizlilik içerisinde yürütülür (Yönetmelik m.13).

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılması sadece bir defaya mahsus değildir. Kurumlar gerekli görmeleri hâlinde personeli hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yenilenmesini isteyebileceklerdir (Yönetmelik m. 12).

4.3. Güvenlik Soruşturması Raporu ve Değerlendirilmesi

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde elde edilen bilgilerin değerlendirilmesi ve kişinin gizlilik dereceli yerlerde çalıştırılıp çalıştırılmaması veya görevlerine devam ettirilip ettirilmemesine ilişkin değerlendirmelerin yapılması için kurumlarda Değerlendirme Komisyonu kurulur. Komisyon tarafında yapılan değerlendirme, sonucu takdir edecek amire sunulur (Yönetmelik m. 15).

Arşiv araştırmasının aksine güvenlik soruşturması subjektif değerlendirmeler de içermektedir. Kişinin ahlaki durumunun, sır saklama yeteneğinin ve yabancılarla ilişkisinin tespiti hususları tamamen subjektif kanaatlere dayanmaktadır. Bu tür bir değerlendirme raporu hazırlayan memurun kişisel bakış açısına göre değişkenlik gösterebilir. Değerlendirme komisyonu yapılan değerlendirmenin objektifleştirilmesinde rol oynayabilirse de kişilerin ahlaki normlarından uzak bir değerlendirme olamayacaktır.

Danıştay'a göre güvenlik soruşturması raporlarında yer alan bilgiler başka hukuki bilgi ve belgelerle desteklenmelidir. Bu raporlardaki bilgilerin tek başlarına hukuki delil olarak kabul edilmesi hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kişilerin temel hak ve menfaatlerine ilişkin konularda şüpheye dayanılarak işlem yapılmamalıdır^[76]. Bu nedenle güvenlik soruşturması raporunda belirtilen hususlar, istihbari nitelikteki bilgiler objektif nitelikteki bilgi ve belgelerle desteklenmelidir. Hazırlanan güvenlik soruşturması raporundaki değerlendirmeler kişisel değerlendirmenin ötesinde hukuki değere sahip bilgi ve belgelerle desteklenmelidir^[77].

Anayasa Mahkemesi, 1986 yılında verdiği kararında 1985 yılında PVSK'da yapılan değişiklikle, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen davranışta bulunanların parmak izi ve fotoğraflarının alınmasına izin veren düzenlemeyi iptal etmiştir.

[76] Danıştay 5.D., E. 1987/406, K. 1988/704, T. 10.3.1988, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018) ; Danıştay 8.D., E. 1988/1206, K. 1990/297, T. 6.3.1990 <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018); Danıştay 2. D., E. 2004/1029, K. 2004/1456, T. 8.12.2004, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

[77] Danıştay İDDK, E. 1993/787, K. 1994/1, T. 14.1.1994, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018); Danıştay 2. D, E. 2004/1029 K. 2004/1456 T. 8.12.2004, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018); Danıştay 12. D, E. 2015/440 K. 2015/4835 T. 16.9.2015, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018); Danıştay 5. D, E. 2000/5108 K. 2004/1132 T. 15.3.2004, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

Yüksek Mahkemeye göre, “iptali istenilen (F) bendi hükmüne göre bireyin eyleminin suç teşkil etmemiş olması halinde, parmak izi ve fotoğrafının alınması sebepsiz bir işlem görünümü arz edecektir. İnceleme konusu bent hükmüne göre, polisin ya da siyâsî iktidarların ahlâk anlayışlarına bağlı olarak, suç teşkil etmeyen ve hoşgörü ile karşılanabilecek kimi eylemlerin failleri de genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlar içerisinde buldukları gerekçesiyle, genel kadınlar, eşcinseller, fuhuşla melûf olanlarla aynı kategoride mütalaa edilerek parmak izleri ve fotoğrafları alınabilecektir. Uygulamanın böyle bir yönde gelişmesine, maddede yer alan, zamana, yere ve kişiye göre değişebilen “genel ahlâk ve edep”, “utanç verici” gibi sübjektif takdire elverişli ölçütler engel olamayacağı gibi bu konuda, takdirin polise bırakılması da kişi güvenliğini zedeleyebilir”^[78]. Yüksek Mahkeme kişi hak ve hürriyetlerine yapılan gereksiz müdahalenin kişi hürriyeti ve güvenliğini ve hakkın özüne dokunmama ilkesini ihlal etmesi nedeniyle düzenlemeyi iptal etmiştir. Aynı şekilde güvenlik soruşturması neticesinde düzenlenen raporla sübjektif takdire dayanarak anayasal hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesinin önüne geçilmelidir.

Güvenlik soruşturmasında yapılacak incelemede kişinin içinde bulunduğu ortam da göz önünde bulundurulacaktır. Yönetmelik’te ifade edilen “kişinin içinde bulunduğu ortam”ın ne olduğu tartışmalıdır. Kişinin içinde bulunduğu ortam ifadesinden yola çıkılarak personelin yakınları ve birinci dereceden akrabalarının da değerlendirilmeye alınabilecek midir? Bu amaçla yapılan yerinde incelemede kişinin ailesi, oturduğu evi, mahallesi incelemeye konu edilebilmektedir. Konuyla ilgili Danıştay 1. Dairesinin kararına göre güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması personelin yakınları ve birinci derece akrabalarını da kapsamaktadır. Zira kişinin sosyal ortamından soyutlanarak hakkında bilgi edinilmesi mümkün değildir. Sadece kişiye özel inceleme güvenlik soruşturmasını yetersiz hale getirecektir. Bu noktada Anayasa’nın 38’inci maddesinde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık akla gelmektedir. Bu iddiaya cevap olarak güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasının cezalandırma değil idari işleyişe ilişkin bir usul olduğu belirtilmektedir^[79].

[78] AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, T. 26.11.1986.

[79] Danıştay 1. D, E. 2003/15, K. 2003/40, T. 25.3.2003, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

Dairenin kararına rağmen kişinin yakınlarından hangilerinin hangi ölçütlere göre değerlendirmeye alınacağı gibi hususlar halen belirsizdir. İncelemeye konu olan yakınlarla ilişkin değerlendirmelerin nasıl yapılacağı düzenlenmemiştir. Özel nitelik taşıyan bazı kamu personeli veya öğrenci adaylarında aranacak nitelikler arasında yakınların hangi kriterlere göre değerlendirileceğine dair hükümler bulunmaktadır. Astsubay Meslek Yüksek Okulları Yönetmeliği'nin^[80] giriş şartlarını düzenleyen 44'üncü maddesinin c bendinde "kendisinin, annesinin, babasının, kardeşlerinin ve velisinin" maddede belirtilen nitelikleri taşıması gerektiği düzenlenmiştir^[81]. Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliği'nin Polis Meslek Yüksek Okulu öğrenci adaylarında aranacak niteliklerin düzenlendiği 8'inci maddesinin g bendinde ise kişi evli ise eşi araştırmaya tabi olarak belirtilmiştir^[82]. Fakat bu hükümler güvenlik araştırmasının kapsamını sınırlandırıcı hükümler değildir. Zaten düzenlemelerde ayrıca güvenlik soruşturması sonucunun olumlu olması gerektiği ayrıca düzenlenmiştir.

Diğer yandan ceza sorumluluğu neticesinde mahkûm olan kişinin bazı haklardan mahrumiyeti doğmaktadır. Kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmaması, başkasının suçundan dolayı sorumlu tutulmaması ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin gereğidir^[83]. Kişinin mahkûmiyeti neticesinde yakınlarının da bazı haklardan mahrum edilmesi Anayasa'nın

[80] R. G., T. 16.10.2003, S. 25261.

[81] "c) Kendisinin, annesinin, babasının, kardeşlerinin ve velisinin;
1) Tutum ve davranışları ile yasa dışı, siyasi, yıkıcı, irticaî, bölücü ideolojik görüşleri benimsememiş, bu gibi faaliyetlerde bulunmamış veya bu gibi faaliyetlere karışmamış olması,
2) Türk Silâhlı Kuvvetlerinin manevî şahsiyetine gölge düşürmemiş ve askerliğin şeref ve haysiyeti ile bağdaşmayacak fiil ve hareketlerde bulunmamış olması,
3) Toplumca tasvip edilmeyen kazanç yollarında çalışmamış ve hâlen çalışmamakta olması,
4) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile basit ve nitelikli zimmet, irtikap, iftira, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, yalan yere tanıklık, yalan yere yemin, cürüm tasnii, ırza geçmek, sarkıntılık, kız, kadın veya erkek kaçırmak, fuhşiyata tahrik, gayri tabii mukarenet, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç olmak üzere kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma suçlarından birinden mahkûmiyetinin bulunmaması,"

[82] R. G., T. 17.5.2008, S. 26879.

[83] ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara 2015, s. 48

ceza sorumluluğunu şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Kamu hizmetinin gerekleri ile kişi hak ve hürriyetleri arasında ölçülü bir denge kurulmak zorundadır. Aksi halde Anayasa'da belirlenen hak ve hürriyetler ihlal edilmiş olacaktır.

Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen davalarda yakınlarının durumu nedeniyle güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlanması halinde kişiye doğrudan suç isnadı olmadığından masumiyet karinesi ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermektedir. Yüksek Mahkeme ayrıca askerlik gibi millî güvenliğin sağlanmasına ilişkin bir hizmette özel koşulların aranmasının hakkaniyete aykırı olmadığını vurgulamıştır^[84].

Güvenlik soruşturması raporunun değerlendirilmesinde raporda yapılan tespitler ile görev arasında ilgi bulunmalıdır. Kişinin işlediği suç ile görevi arasında bağlantı bulunmalı, kişinin görevin gereklerini yerine getiremeyeceği ortaya konulmalıdır. Danıştay, infaz koruma adaylığına geçici olarak kabul edilen davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz neticelenmesi nedeniyle ilişkisinin kesilmesi işlemine karşı açtığı davada her ne kadar ruhsatsız ateşli silahlarla mermiler satın alma veya taşıma veya bulundurma" suçu sebebiyle aldığı mahkûmiyet hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa da, davacının infaz koruma memuru olarak görev alacak olması ve işlediği fiillerin niteliği göz önüne alındığında, yapılan işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir^[85]. Başka bir kararında ise "*basit yaralama*" ve "*kasten yaralama*" suçları sebebiyle Ardahan Asliye ve Sulh Ceza Mahkemelerinin kararları ile üç ayrı eylem sebebiyle hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve adli para cezası kesilmesine karar verilen davacının, devlet memurluğuna atanmasına engel bir hal olmasa da, atamasının yapılmasını istediği infaz koruma memurluğu görevinin ceza infaz kurumları ve tutukevleri gibi özel konumu olan müesseselerde sürdürülmesi sebebiyle suça bulaşmama ve suça meyil göstermeme gibi özel nitelikler gerektirmesi, davacının ise, kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmamakla birlikte, mahkeme kararıyla sabit olan fiil sebebiyle 3 ayrı olayla

[84] AYM, Bireysel Başvuru No: 2014/16941, T. 24.1.2018; AYM, Bireysel Başvuru No: 2013/3170, T. 18.9.2014.

[85] Danıştay 12. D., E. 2015/2379, K. 2015/6028, T. 18.11.2015, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018); Danıştay 12. D., E. 2015/1312, K. 2015/6927, T. 16.12.2015, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018); Danıştay 12. D., E. 2015/1438, K. 2015/5391, T. 20.10.2015, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

yaralama olayına karışmak suretiyle suça meyilli olduğunun görülmesi karşısında, davacının atanmaması yönünde tesis edilen davaya konu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı yönünde karar vermiştir.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde kişinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48'inci maddesinde belirtilenler dışında bir suç işlemiş olması durumunda suçun niteliği ve kişinin durumunun değerlendirilmesi, güvenlik soruşturmasının doğrudan olumsuz sonuçlandırılmaması gerektiğini belirtmektedir. Danıştay konuyla ilgili bir kararında, "davacının yaklaşık 11 yıl önce ve henüz 18 yaşında iken gerçekleştirdiği fiiller sebebiyle görevli memura mukavemet suçundan 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, 5 yıl süre ile denetme tâbi tutulmasına ve bu sürenin herhangi bir yasaklamada bulunulmadan veya yükümlülük yüklenilmeden geçirilmesine karar verilmesinin, söz konusu fiilin niteliği ve aradan geçen süre göz önüne alındığında hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına neden olduğundan söz edilemeyeceği" yönünde karar vermiştir^[86]. Danıştay yine aynı şekilde "suça sürüklenen çocuk" sıfatıyla yargılanan ve hakkında bir yıldan az hapis cezasına hükmedilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen davacının güvenlik soruşturmasının olumsuz olması nedeniyle ilişkisinin kesilmesi işlemini fiilin ve davacının durumunu değerlendirerek iptal etmiştir^[87].

Güvenlik soruşturmasına ilişkin bir diğer husus ise soruşturmanın zamanıdır. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması ihtiyaç duyulduğu hallerde yapılabilecektir. Fakat kamu görevliliğine girişte yapılması gereken soruşturmanın sonradan yapılması veya soruşturma sonuçlanmadan göreve başlaması mağduriyetlere neden olmaktadır. Zira bu durumda kişinin kamu görevliliği veya öğrencilik statüsü sona ermektedir. Kişinin belirsiz bir şekilde statüye alınması ise hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini zedeleyecek niteliktedir. Görevine devam eden kamu görevlisi hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz olması halinde personel lehine yorum yapılması ve kişinin personel statüsünü koruyarak gizlilik dereceli birim, kısım ve yerler dışında

[86] Danıştay 12. D. E. 2015/2238, K. 2015/4853, T. 17.9.2015, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

[87] Danıştay 12. D. E. 2015/1772, K. 2015/6749, T. 9.12.2015, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

çalışmasına imkân verilmelidir^[88]. Polis Meslek Yüksek Okulu öğrencileri veya askeri öğrencilerin güvenlik ve sağlık yeterliliklerinin tespiti için intibak süresi belirlenmiştir. Güvenlik soruşturması olumlu olan ve diğer şartları sağlayan öğrencilerin kesin kayıtları yapılmaktadır. Güvenlik soruşturmasının bu aşamada tamamlanması gereklidir. Kesin kayıt sonrasında sarkan güvenlik soruşturması neticesinde öğrencinin ilişkisinin kesilmesi idarenin sorumluluğunu doğuracaktır. Danıştay, ilgili yönetmelikte “devam etmekte olan bir kovuşturma bulunmamak” şartı nedeniyle kesin kaydı yapılmayan Polis Meslek Yüksek Okulu öğrencisinin, işleme karşı açtığı dava sürerken beraat etmesi nedeniyle işlemin hukuka aykırı hale geldiğini belirterek aksi yöndeki ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur^[89].

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunun olumsuz olması sonucunda yargı yolu açıktır. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması neticesinde bu soruşturmaya dayanılarak kişinin kamu hizmetine alınmaması veya göreve atanmaması gibi başka bir işlem yapıldığında yapılan işlemin sebep unsuru olarak incelenecek ve hukuka uygunluğu denetlenecektir. Bunun dışında güvenlik soruşturması raporlarının tek başına dava edilip edilemeyeceğine ilişkin farklı Danıştay kararları vardır. Danıştay 10. Dairesi, güvenlik soruşturmasının neticesinde verilen olumsuz kararın kamu gücüne dayanılarak yapılan tek taraflı icrai nitelikte bir işlem olduğu gerekçesiyle tek başına davaya konu edilebileceğine karar vermiştir^[90]. Danıştay 5. Dairesi ise güvenlik soruşturması raporlarının kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmayıp ancak bir ön işlem oldukları gerekçesiyle tek başına dava edilemeyeceklerine karar vermiştir^[91]. Danıştay’ın kamu görevlisinin tutum ve davranışlarında daha dikkatli davranması hususunda ikaz edilmesine ilişkin disiplin cezası niteliği taşımayan ikaz işleminin, özlük dosyasına konulması nedeniyle, bu işlemin başka işlemlere esas alınabileceği gerekçesiyle kesin

[88] **KAMAN KARAN**, s. 30; **YILDIRIM/YAŞİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY**, s. 231.

[89] Danıştay 8. D., E. 2011/7930, K. 2013/3154, T. 15.4.2013, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

[90] Danıştay 10. D., E. 1987/1317, K. 1987/1837, T. 16.11.1987, DD, S. 70-71, Y. 18, 1988, s. 575.

[91] Danıştay 5. D., E. 1989/1170, K. 1989/1788, T. 25.10.1989, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018); Danıştay 5. D., E. 1992/888, K. 1992/1129, T. 20.04.1992, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

ve yürütülebilir işlem saydığı kararı^[92] da göz önünde bulundurulduğunda güvenlik soruşturması raporlarının doğrudan dava edilebilmesi gerekir. Özellikle kamu görevlisi iken güvenlik soruşturmasına maruz kalan kamu görevlileri açısından güvenlik soruşturması doğrudan ileriye dönük sonuç doğurabilecek niteliktedir.

5. KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI BAĞLAMINDA GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI

1982 Anayasası'nın Siyasal Haklar ve Ödevler bölümünde yer alan 70'inci maddesine göre, “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*” Anayasa kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilebilmelerini anayasal bir hak olarak tanımlamıştır. Anayasa'ya göre kamu hizmetine girme hakkı doğrudan vatandaşlık temelinde herkes için eşit bir şekilde kurgulanmıştır^[93]. Devletin kamu görevlilerini seçmede ve istihdam etmesinde dikkate alınacak en önemli ilkelerden biri eşitlik ilkesidir. Vatandaşlar arasında eşitliği bozan keyfi yöntemlerle kamu görevlisi seçip istihdam edilemez^[94]. Diğer yandan Anayasa “kamu hizmetlerine girme” ifadesi kullanarak sadece memur statüsünde çalışmayı değil geniş anlamda kamu görevlisi olarak çalışmayı teminat altına almıştır^[95].

Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13'üncü maddesine göre temel hak ve hürriyetler özüne dokunulmaksızın ancak ilgili maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Yapılacak sınırlamalar ise Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anayasa'nın 70'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre kamu hizmetine alınmada sadece görevin gerektirdiği niteliklere göre kişiler arasında seçim yapılacağı düzenlenmiştir. Hakkın kullanılmasına ilişkin tek sınırlama sebebi “görevin gerektirdiği

[92] Danıştay 12.D., E.2007/4200, K. 2010/1065, T. 24.2.2010, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018); Danıştay 10. D, E. 2012/6579, K. 2013/6357, T.25.09.2013, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

[93] **GÖZLER**, C. 2, s. 678; **MEMİŞ**, s. 2; **GÜNDAY**, s. 593; **GİRİTLİ/BİLGEN/ AKGÜNER/BERK**, s. 697.

[94] **SEZER**, 2006, s. 42; **AVCI**, Mustafa: Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 66.

[95] **SEZER**, Yasin, “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, 2003, (s. 153-171), s. 3; **AVCI**, 2009, s. 37.

nitelikler” şartıdır. Aynı zamanda Anayasa’nın 128’inci maddesinin ikinci fıkrasının memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmesi hükmü gereğince bu tür bir düzenleme ancak kanunla yapılabilecektir.

Kamu hizmetine girmede güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasının kişinin bu hakkını kullanmasında doğrudan etkisi olduğu için bu hak açısından bir sınırlama teşkil etmektedir. Bu nedenle uygulamanın anayasal hak ve hürriyetler sistemine uygun bir şekilde düzenlenmesi gereklidir^[96]. 1994 yılında yürürlüğe giren 4045 sayılı kanun öncesinde herhangi bir yasal düzenlemeye dayanmadan yapılan uygulamalar tartışmasız olarak anayasaya aykırıdır^[97]. Bu nedenle 1994 yılında “Demokratikleşme Paketi” adı altında çıkarılan 4045 sayılı Kanun’un geçici maddeleri ile önceden oluşan hak ihlalleri giderilmeye çalışılmıştır^[98]. Kanunla önceki hak ihlalleri telafi edilmeye ve hukuki dayanağı olmayan uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır^[99].

Yapılan yasal düzenleme ile hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunla sınırlandırma şartı yerine getirilmiştir. Fakat daha öncede belirttiğimiz gibi kanunda kullanılan muğlak ve geniş yorumlamaya müsait ifadeler, idareye gerek usule gerekse esasa ilişkin geniş takdir alanı bırakması nedeniyle bu şartı ne kadar karşıladığı tartışmalıdır. Bu nedenle uygulamada güvenlik soruşturması usulü neredeyse tüm kamu görevliliğine girişte uygulanmıştır.

[96] **KARAHANOĞULLARI**, s. 173.

[97] **KARAHANOĞULLARI**, s.171; **MEMİŞ**, s. 241.

[98] Bu maddelerle 12 Eylül 1980 sonrasında güvenlik soruşturması nedeniyle kamu görevlisi veya işçiliğe alınmayanlar için yeni açılacak sınavlarda yaş koşulunun aranmaması (Geçici Madde 1), 12 Eylül sonrasında 1402 sayılı Kanun’a dayanılarak sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine görevlerine son verilenlerin geri dönmelerine ilişkin düzenlemeler (Geçici Madde 2), Türk Ceza Kanunu’nun kaldırılan 140, 141, 142 ve 163’üncü maddelerine göre mahkûm olanların görevlerine iadesi öngörülmüştür. Ayrıca geçici 4’üncü maddeye göre kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kanunun kapsamı dışında kalan kişiler hakkındaki güvenlik soruşturması fişleri dosyalarından çıkarılacaktır. Kanunun geçici birinci maddesiyle memur ve diğer kamu görevlilerinin görevlerine dönmeleri sınav koşuluna bağlanmışken geçici ikinci maddede kapsamındaki personel açısından bu şartın aranmamış olması nedeniyle geçici birinci maddedeki sınav şartı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (AYM, E. 1997/29 K. 1998/19, T. 21.5.1998). **KAMAN KARAN**, s. 27.

[99] **MEMİŞ**, s. 243.

Anayasa'nın 70'inci maddesinde bir sınırlama gerekçesi olan "görevin gerektirdiği nitelikler" kavramının içeriği belirgin değildir. Anayasa Mahkemesine göre görevin gerektirdiği niteliklere ilişkin değerlendirmesinde şöyle demektedir: "*Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir*"^[100].

Yüksek Mahkemeye göre kamu hizmetine alınmada aranacak niteliklerin kamu hizmetinin etkin ve gereği gibi yürütülmesine yönelik olmalıdır. Kamu hizmetinin özelliğine göre adaylarda aranacak nitelikler değişiklik gösterebilir^[101]. Örneğin Yüksek Mahkeme, 788 sayılı mülga Memurun Kanunu'nunda memur olabilmek için "yabancı ile evli olmamak" şartının tüm kamu görevlileri açısından düzenlendiği ve farklı hizmetlerin nitelikleri göz önünde bulundurulmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Fakat Yüksek Mahkeme aynı kararında askerlik, emniyet, dışişleri gibi kamu güvenliği açısından hassas hizmetlerde görev yapacak olanlarda bu tür bir şart aranabileceğini belirtmiştir^[102].

Danıştay'a göre kamu hizmetine girme hakkı bakımından tüm vatandaşlar eşittir. Kamu hizmetine girebilmek için görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmak yeterlidir. Görevin gerektirdiği nitelikler öğrenim, yaş, askerlik düzeyi, mahkûmiyet gibi genel ve objektif olabileceği gibi özellik arz eden hizmet grupları açısından o hizmetin gerektirdiği nitelikler olabilir^[103].

Güvenlik soruşturması, Danıştay'ın 1. Dairesi kararında da belirtildiği gibi, devletin ile memur arasındaki güven ilişkisinin tesisi olarak değerlendirilerek

[100] AYM, E. 1979/19, K. 1979/39, T. 9.10.1979.

[101] **SEZER**, 2006, s. 72.

[102] AYM, E.1963/205, K.1963/123, T. 22.5.1963.

[103] Danıştay 5.D., E.1987/2417, K. 1988/1286, DD, S.74-75, s. 302; İdarenin kamu görevlisini seçmesi konusunda takdir yetkisinin geniş yorumlanmasına ilişkin kararları da bulunmaktadır. Bkz. Danıştay 5. D. E. 1987/406, K. 1988/704, T. 10.3.1988, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

görevin gerektirdiği niteliklerin kapsamında sayılmaktadır^[104]. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48'inci maddesi devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel ve özel şartlar belirlemiş ve “*kurumların özel kanun veya mevzuatında aranan şartları taşımak*” koşuluna yer vermiştir. Bu açıdan 4045 sayılı Kanun'da düzenlene güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması bu kapsamdadır. Ayrıca kanunda anayasa ve kanunlara sadakat, tarafsızlık ve devlete bağlılık devlet memurlarının görevleri arasında sayılmıştır (m. 6, m.7). Kamu görevini üstlenen kişinin sahip olabileceği yetkileri kötüye kullanmaması gerekir. Aynı zamanda görev sırasında elde edilen bilgilerin devlet aleyhine kullanılmaması gereklidir^[105]. Fakat yapılacak değerlendirmede kişinin durumu ve görevin nitelikleri göz önünde tutulmalıdır. Görevin gerektirdiği nitelikler ile kısıtlamalar arasında gerçeklere uygun, objektif ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisinin bulunması gereklidir.^[106]

Bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru ve dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak asli çekirdeğidir^[107]. Hakkın veya hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı sınırlamalar hakkın özüne dokunur^[108]. Bir kişinin hakkının kullanımının idarenin takdirine bırakılmış olması hakkın özüne doğrudan müdahale anlamına gelmektedir^[109]. İdarenin sübjektif değerlendirmesine göre hakkın kullanımına karar verilmesi hakkı fiili olarak ortadan kaldırır^[110]. Güvenlik soruşturmasındaki sübjektif değerlendirme kriterleri hakkın kullanımının önüne geçeceğinden hakkın özüne dokunmaktadır. Özellikle soruşturmayı yapan memur ya da değerlendirmeyi yapan idarenin anlayış ve görüşüne göre değişebilecek sübjektif nitelikteki kararlar kişi kamu hizmetine girme hakkını ortadan kaldıracaktır. Bir hakkın kullanımının

[104] Danıştay 1. D, E. 2003/15, K. 2003/40, T. 25.3.2003, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

[105] **MEMİŞ**, s. 240.

[106] **MEMİŞ**, s. 223.

[107] **ÖZBUDUN**, s. 117; **FENDOĞLU**, Hasan Tahsin; Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 419.

[108] **ÖZBUDUN**, s. 117; **FENDOĞLU**, 2015, s. 420; AYM, E.1962/208, K. 1963/1, T. 4.1.1963.

[109] **KARAHANOĞULLARI**, s.175; **MEMİŞ**, s. 248.

[110] **KAPANİ**, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 236.

nihai olarak idarenin takdirine bırakılması hakkı anlamsızlaştıracaktır. Bu nedenle bu tür değerlendirme ve araştırmalar objektifliği sağlamak üzere gerekli esas ve usullerle yapılmalıdır. Bu soruşturma neticesinde elde edilen veriler objektif, hukuki ve doğru olmalıdır. Ayrıca kişilerin bunlara erişimi sağlanarak şeffaflık sağlanmalıdır. Böylece güvenlik soruşturması neticesinde başvuru kanun yollarında etkili denetim yapılabilir. Aksi halde idarenin keyfi ve kamu hizmeti gereklerine aykırı olarak aldığı kararların denetlenmesi mümkün olmayacaktır.

Danıştay'a göre vatandaşların kamu hizmetine kabulünde idareye belli bir takdir yetkisi tanınmış olsa da bu yetkinin kullanımında hizmetin gereğinin gözetilmesi şarttır^[111]. Yine Danıştay'a göre, *“idare boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girer. Bu sürenin sonunda artık yasada ve yönetmeliklerde belirlenen niteliklere sahip olup, yarışma ve yeterlik sınavını kazanmış olanlar arasında sırası ile atama yapmak zorundadır. İdarenin bu niteliklere sahip olanlar arasında “ilgilinin tutum ve davranışlarına” göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek Anayasa ve Yasa ile belirlenen özelliklerin bir yana bırakılarak, atama işlemini yetkili makamın sübjektif değerlendirmesine bırakmak anlamını taşır ki, bunun sınırını belirleme olanağı yoktur. Böylesine sübjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa’da ifade edilen “kanun önünde eşitlik” ilkesinin ve “kamu hizmetine girme hakkının” ihlali niteliğini taşır.”*^[112] Kararda da belirtildiği gibi kişilerin durumlarına ilişkin sübjektif nitelikteki değerlendirmelerin sınırlandırılması zordur. Bu nedenle somut olmayan değerlendirmelerle kişinin hakkından mahrum edilmesi hukuka ve anayasa aykırı olacaktır.

[111] Danıştay. 5. D., E. 1995/4153, K. 1997/863, T. 16.4.1997, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

[112] Danıştay 5. D., E. 2001/5253, K. 2003/796, T. 13.3.2003, <http://www.kazanci.com>, (s.e.t. 1.10.2018).

6. SONUÇ

Kamu hizmetleri yürütülmesi kamu görevlileri eliyle sağlanmaktadır. Kamu hizmetlerinin gereği sunulması ve hukuka uygun bir şekilde yürütülmesi için bu görevlere uygun kişilerin seçilmesi gereklidir. Bu seçimi yapabilmek için başvurulan yollardan biri de güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasıdır.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması ilk uygulanmaya başlandığı yıllarda gerekli hukuki düzenlemeler içerisinde yer almamıştır. Yönetmelik, yönerge veya Bakanlar Kurulu Kararnamesi gibi yollar kullanılarak idareye hareket serbestisi sağlanmaya çalışılmıştır. Oysa Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri gereği düzenlemelerin kanunla yapılması gerekliydi. Uzun yıllar hukuka aykırı düzenlemeler eliyle sürdürülen uygulama ancak 1994 yılında 4045 sayılı kanunla kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Fakat kanun ve sonrasında çıkarılan yönetmelik temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin yeterli güvenceleri sağlamaktan uzak kalmıştır. Yapılan son düzenlemelerle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulaması genel bir ilke haline gelmiştir.

Güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanması neticesinde kişiler kamu hizmetine girme haklarını kullanamayacaklarından kamu hizmetine girme hakkının bir sınırlaması niteliği taşımaktadır. Aynı zamanda kişinin güvenilmez veya sakıncalı olarak nitelendirilmesiyle sosyal hayatında olumsuz sonuçlar doğması mümkündür. Bu nedenle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kapsamı yürütülecek kamu hizmetinin niteliği ile uyum içinde olmalıdır. Askeri personel veya emniyet personeline ilişkin daha yoğun bir soruşturmanın yapılması makul kabul edilebilirken sıradan kamu görevlileri açısından daha sınırlı bir inceleme yapılmalıdır. Yapılan soruşturma neticesinde belli bulgular üzerinden soruşturma doğrudan olumsuz sonuçlandırılmamalı, kişinin somut durumu da ele alınmalıdır. Yapılacak değerlendirmelerde subjektif nitelikteki değerlendirmelerden kaçınılmalıdır. İstihbari nitelikte, herhangi somut bilgi ve belgeye dayanmayan raporlara dayanılarak işlem tesis edilmemelidir.

Son olarak, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasının genel bir uygulama haline geldiği göz önünde bulundurularak yeni ve güncel bir kanuni düzenleme ihtiyacının bulunduğunu söylemek mümkündür. Hangi birim ve yerler için güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının

yapılacağı, kapsamı, usulü ve yetkili makamlar kamu hizmetinin niteliğine göre belirlenmelidir. Sübjektif ve belirsiz uygulamalardan kaçınılarak şeffaf, kişilerin erişimine açık, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete uygun bir soruşturma usulü belirlenmelidir. Hukuk devleti ilkeleri ile uyumlu bir usulün benimsenmesi ancak bu şekilde mümkündür.

KAYNAKÇA

AKER, Önder: “ILO Ayrımcılık Sözleşmesi Açısından Kamu Hizmetine Girme ve Hizmette Kalma hakkı”, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar, Yay. Haz. Mesut GÜLMEZ, TODAİE Yayınları, Ankara 1992, (s. 203-208).

AKSOY, Muammer: “Güvenlik Soruşturması Denilen Hukuksal Sapıklığın MİT Raporları Işığında Korkunç Yanlış ve Yalanlar Işığında Değerlendirilmesi”, Bahri Savcı’ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1988, (s. 69-165).

ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

AVCI, Mustafa: Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

CAN, Osman/ŞİMŞEK AKTAŞ, Duygu: “Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine”, MUHF-HAD, C.23, S.1, (s. 13-43).

FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: İdare Hukuku, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2013.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.

GÖZLER, Kemal: Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi (2000a), Ekin Yayınevi, Bursa 2000.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku (2000b), Ekin Yayınevi, Bursa 2000, s. 766; ZABUNOĞLU, 2012.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt 1, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013.

GÜNDAY, Metin: “OHAL, İhraç KHK’leri ve Hukuki Durum”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2017, (s. 29-39).

KAMAN KARAN, Nur: Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981.

KARAHANOĞULLARI, Onur: “Güvenlik Soruşturması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi C. 53, S. 1-4, 1998, (s.159-185).

KONUK, Mithat: “Olağanüstü Hal Kapsamında Yayımlanan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Özellikleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 65, 2016, (s. 2177-2194).

KUZU, Burhan: Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1993.

MEMİŞ, Emin: “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri”, İdare Hukuku Sempozyumu (Kamu Personeli Sorunları), Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4-5 Nisan 2003, (s. 209-262).

Olağanlaşan OHAL: KHK’ların Yasal Mevzuat Üzerindeki Etkileri, https://tr.boell.org/sites/default/files/ohal_rapor_web.pdf, (s.e.t.1.10.2018).

Olağanüstü Hal Tedbir Ve Düzenlemeleri 31 Ağustos 2017, <http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/Olağanüstü-Hal-Tedbir-ve-Düzenlemeleri-31-Ağustos-2017.pdf>, (s.e.t. 1.10.2018).

ÖDEN, Merih: “Anayasa Mahkemesi Ve Olağanüstü Hal Ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.3, 2009, (s. 659-692).

ÖZBUDUN Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.

SEZER, Yasin: Türk Mahkemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Işığında Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

SEZER, Yasin: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, 2003, (s. 153-171).

TAN, Turgut: İdare Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukuku, 6. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasası ve AYM Kararlarına Göre Türkiye’de KHK Rejimi, Beta Yayınevi, İstanbul 1996.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: “Kamu Hizmetine Girme, Hizmette Kalma ve Yükselme Hakkı”, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve Tartışmalar, Yay. Haz. Mesut GÜLMEZ, TODAİE Yayınları, Ankara 1992.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara 2015.



1980 TARİHLİ ULUSLARARASI
ÇOCUK KAÇIRMANIN
HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR
LA HAYE SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE
ÇOCUĞUN İADESİNİN
REDDİ SEBEPLERİ*

Esra TEKİN**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0081-9000>

DOI: 10.30915/abd.647439

Makalenin Geldiği Tarih: 22.01.2019 **Kabul Tarihi:** 07.03.2019

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

** Arş. Gör. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ÖZ

Uluslararası unsurlu evlilikler ayrılıkla sonuçlandığında, diğer ebeveyni cezalandırmak amacıyla çocuğun mutad meskeninden başka bir üye devlete götürülmesi veya diğer ebeveynin rızası dâhilinde götürüldüğü ülkede alıkonması durumlarında 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi gündeme gelecektir. Bu sözleşmenin amacı, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun bir an evvel, önceki mutad meskeninin bulunduğu akit devlete iadesini ve taraf bir devletteki koruma ile ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili bir biçimde riayet edilmesini sağlamaktır. Bu sözleşme adli işbirliğine ilişkindir ve Sözleşme'ye göre kural olarak çocuk, mutad meskenine derhâl iade edilmelidir. Ancak, istisnai olmakla birlikte iadenin reddi de mümkündür. İadenin reddi sebepleri Sözleşme'nin 12, 13 ve 20'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda örnek kararlar ışığında iadenin reddi sebepleri ele alınmış olup, Sözleşme'nin 13/1 b hükmü ayrı bir çalışma konusu teşkil edeceğinden çalışmamız kapsamına alınmamıştır.

Anahtar Kelimeler: 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi, mutad mesken, adli işbirliği, koruma ve ziyaret hakkı, iadenin reddi sebepleri.

ACCORDING TO THE HAGUE CONVENTION OF 1980
ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD
ABDUCTION REASONS FOR REFUSAL OF RETURN

ABSTRACT

When the marriages with international element result in separation, the Hague Convention on the Legal Aspects of International Child Abduction in 1980 will be raised in cases where the child is taken away from his/her habitual residence to another member state in order to punish the other parent, or if the other parent is detained in his/her country of origin. The purposes of this Convention are to secure the return of the child who has been displaced wrongfully to the Contracting State as soon as possible and to ensure the rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States. This contract relates to judicial cooperation and, as a rule, the child should be returned immediately to the habitual residence. However, it is possible to refuse the return, although it is exceptional. The reasons for the refusal of return are set out in the articles 12, 13 and 20 of the Convention. In our study, the reasons of refusal of return are discussed in the light of sample judicial decisions and the provision of 13/1 b is not included in our study since it will be a separate study topic.

Keywords: The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in 1980, habitual residence, judicial cooperation, right of custody and of access, reasons for refusal of return.

I. GİRİŞ

Globalleşen dünyada yabancı unsurlu evlilikler artmaktadır. Uzun vadede bu evliliklerin boşanmayla sonuçlanması bazı sorunları gündeme getirmiştir. Ayrılmaya karar veren veya boşanmış eşlerden biri, genellikle çocuğu da yanına alarak başka bir ülkeye, yaşamını orada idame ettirmek için giriş yapmakta; yani, çocuğu mutad meskeni ülkesinden farklı bir ülkede yaşamayı amacıyla kaçırmakta veya alıkoymaktadır. Dolayısıyla kaçıran veya alıkoyan ebeveyn, diğer ebeveynin velayet hakkını ihlâl etmiş olmaktadır.

Bir adli yardım sözleşmesi olan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi^[1] (Sözleşme)'nin amacı, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun bir an evvel mutad meskeninin bulunduğu akit devlete iadesini ve taraf devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili bir biçimde riayet edilmesini sağlamaktır^[2]. Sözleşme, alıştığı sosyo-kültürel ortamının değişmemesini çocuğun en doğal hakkı olarak nitelendirmekte ve bu hakka ebeveynlerce saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Sözleşme'nin açıklayıcı raporuna^[3] göre, Sözleşme, mevcut statükusunun korunmasının çocuğun en doğal hakkı olduğunu ve bu hakka saygı gösterilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Sözleşme'nin temel hedefi, uluslararası nitelik taşıyan ve hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun, yer değiştirme sebebiyle sosyal ve duygusal dünyasında meydana gelen olumsuz gelişmelerden korunmasıdır^[4]. Sözleşme'nin 12. maddesine göre, kural çocuğun mutad meskenine iade edilmesi olup, Sözleşme'nin amacından anlaşıldığı üzere istisnalar dar yorumlanmalıdır. İstisnaların geniş yorumlanması, hem Sözleşme'nin amacına aykırılık teşkil edecektir hem de çocuğu hukuka aykırı şekilde kaçıran veya alıkoyan ebeveyni ödüllendirmiş olacaktır. Ancak

-
- [1] Sözleşme metni için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24, (19.01.2019). Türkiye adına 21.01.1998 tarihinde imzalanan Sözleşme, 03.11.1999 gün ve 4461 sayılı Kanunla onaylanmış ve 15.02.2002 tarihli, 23965 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak 01.08.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
- [2] **Erdem**, Bahadır: Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35, S. 2, 2015, s. 150, Anılış: MHB.
- [3] Açıklayıcı rapor metni için bkz. <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>, (12.02.2019).
- [4] Pérez- Vera Report s. 429, açıklayıcı rapor m. 16.

iadenin reddi sebepleri değerlendirilirken çocuğun yüksek menfaati göz ardı edilmemelidir.

Çalışmamızda Sözleşme'nin amacına uygun olarak dar yorumlanması gereken iade talebinin ret sebepleri ele alınacaktır. İade ret sebepleri Sözleşme'nin 12, 13 ve 20'nci maddelerinde düzenlenmiş olup, çalışmamızda bu sebepler hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Başlı başına makale konusu olduğundan m. 13/1-b hükmüne çalışmamız kapsamında ayrıntılı değinilmeyecektir.

II. İADE TALEBİNİN REDDEDİLEBİLECEĞİ HALLER

A. SÖZLEŞME'NİN M. 13/1-a HÜKMÜ UYARINCA ÇOCUĞUN İADESİNİN REDDİ

Sözleşme'nin m. 13/1-a hükmüne göre, iade talebi, iadeyi düzenleyen 12'nci madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi kurum veya örgüt: "*Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili bir şekilde yerine getirmediği veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu tespit ederse*" çocuğun geri dönmelerini emretmek zorunda değildir^[5].

Bu madde kapsamında iki ayrı iade ret nedeni söz konusudur: hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen yer değişikliğine izin veya (kaçırma veya alıkoymanın gerçekleşmesinden sonra) icazet verilmesi ve koruma hakkının etkin bir şekilde kullanılamaması.

1. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Yer Değişikliğine İzin veya İcazet Verilmesi

Çocuğun yer değiştirmesi, baştan davacının rızası dâhilinde olabileceği gibi kaçırma veya alıkoyma hallerinden sonra davacı tarafından icazet verilmesi de söz konusu olabilir. İzin ve icazet, çocuğun mutad meskeninin değiştirilmesine yönelik olmalıdır^[6]. Ancak bu izin ve icazetin tespiti

[5] Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. http://uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/turkce_lah28.pdf, (12.03.2019).

[6] **Bozdağ**, Gonca Gülfem: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri, Ankara 2014, s. 110.

oldukça güçtür^[7]. Ebeveynlerden birinin farklı sebeplerle başka bir ülkeye gitmesi ve beraberinde çocuğunu da götürmesi başlangıçta eşlerin ortak kararı ile gerçekleşmektedir; ancak, boşanma aşamasında eşler birbirlerine karşı çocuklarını silah olarak kullanabilmektedirler^[8]. Dolayısıyla bu tür olayların ispatı oldukça güç hâle gelecektir, çünkü burada mahkeme bir niyet araştırması yapmak durumunda kalacaktır^[9]. Ancak rıza yazılı olarak da verilebilmektedir, bu tür durumlarda ispat daha kolay olacaktır^[10]. Ancak bu rıza kanaatimizce ebeveynin herhangi bir baskı altında kalmadan kendi iradesiyle (cebir, tehdit olmaksızın) verilmiş olmalıdır. Yeni Zelanda’da verilen bir karara göre^[11], 7 ve yaklaşık 3 yaşlarındaki 2 kız çocuğu Almanya’da yaşamaktadırlar. 2001 yılında anne, çocukların babalarıyla Yeni Zelanda’ya tatile gitmelerine rıza göstermiştir. Baba dönüş için kararlaştırılan tarihten önce anneyi arayıp çocukların kendisiyle kalmasını istediğini belirtmiştir. Taraflar birçok kez telefon görüşmesi yapmışlardır. Anne düzenli olarak çocuklarla telefon görüşmesi yapmıştır. Bir telefon görüşmesinde anne, babaya çocukların dönüşü konusunda ısrar etmeyeceğini beyan etmiş ve yazılı rızasını faksla yollamıştır. Mahkemenin değerlendirmesine göre, anne Sözleşme’den doğan haklarını bilmesine rağmen haksız alıkoymaya icazet vermiştir. Fakat burada anne bir travma dönemindedir, çünkü baba telefon görüşmelerinde sık sık çocuklar geri döndüğü takdirde intihar edeceğini dile getirmiştir. Buradaki rıza, annenin hür iradesi ile verdiği bir rıza olmadığından m. 13/1-a hükmü açısından iade ret sebebi oluşmamıştır. Genel kabul gören bir görüşe göre rıza, açık, şüpheden uzak ve tereddüde yer vermeyecek

[7] Case Law Analysis (prepared by Professor Peter McEleavy), <https://www.incadat.com/en/convention/case-law-analysis> (12.03.2019).

[8] **Köseoğlu**, Bilal: Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları, B.4, Ankara 2007, s. 25.

[9] **Giray**, Faruk Kerem: Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, İstanbul 2010, s. 126 vd.

[10] Konuyla ilgili bir kararda iki buçuk yaşındaki bir erkek çocuğu annesi tarafından İngiltere’ye kaçırılmıştır. Ancak kaçırma olayından bir gün önce baba tarafından anneye yazılı bir belge verilmiştir. Ne var ki, baba daha sonra belgeyi tehdit altında imzaladığını iddia etmiştir. Ancak mahkeme çocuğun iadesi talebini, Sözleşme’nin 3. maddesinde aranan “hukuka aykırılık” şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle reddetmiştir. Karar metni için bkz. http://www.incadat.com/index.cfm?act=search_detail&cid=54&lng=1&sl=3, Re O. (Abduction: Consent and Acquiescence) 1997, 1FLR 924.

[11] P. v. P., 2002, bkz. <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0533.htm>, (10.03.2019).

düzeyde olmalıdır^[12]. Sözleşme'nin asıl amacı mevcut statükoyu korumaktır; bu sebeple izin ve icazet konuları Sözleşme'nin amacı doğrultusunda çocuğun yüksek menfaati^[13] de dikkate alınarak dar yoruma tabi tutulmalıdır^[14]. İzin ve icazet konusunda bir niyet araştırmasına gidilecektir; ancak, davacı ebeveyn çocuğun yerinin hukuka aykırı bir şekilde değiştirilmesine çaresizlik içinde, çocuğa kavuşabilmek amacıyla, düşünmeksizin rıza vermiş olabileceğinden izin ve icazet dar yorumlanmalıdır^[15]. Başvurunun dostane çözümle sonuçlanabilmesi sürecinde yapılan beyan ve kabullerden, hukuka aykırı kaçırma veya alıkoymaya izin veya icazet verildiği anlamı çıkarılmamalıdır^[16].

Sözleşme'nin asıl amacı çocuğun mutad meskenine iadesi olup çocuğun mevcut statükosunun korunmasıdır, iade ret sebepleri Sözleşme'de sınırlı

[12] **Giray**, s. 130.

[13] Çocuğun yüksek menfaatine, Sözleşme'nin giriş kısmında yer verilmiştir. Çocuğun yüksek menfaati, çocuğu ilgilendiren konularda dikkate alınan, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığına, çocuğun taleplerine ve mutluluğuna, sosyo-ekonomik koşullarına ve yakınlarıyla ilişkilerine göre belirlenen göreceli bir ölçüttür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yücel**, Özge: Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2013, ss. 117-137. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınan bir davada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 kapsamında incelenen Neulinger ve Shuruk kararında anne ve babanın çocukla ilişki kurması hakkı, kamu düzeni gibi menfaatlerle yarışan çocuğun yüksek menfaatinin anılan menfaatlere nazaran üstün tutulması gereği vurgulanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oba**, Meltem Ece: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Aile Hakkına Saygı Hakkı ve Çocuğun Üstün Menfaatinin Korunması- Marcus Frank Cerny Başvurusu Üzerinden Bir İnceleme, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/09/Meltem-Ece-Oba-Uluslararası%C4%B1-C%CC%A7ocuk-Kac%CC%A7%C4%B1rman%C4%B1n-Hukuki-Vec%CC%A7helerine-Dair-Lahey-So%CC%88zles%CC%A7mesi-ve-Marcus-Frank-Cerny-Karar%C4%B1-kapsam%C4%B1nda-deg%CC%86erlendirme.pdf>, (19.01.2019); çocuğun yüksek menfaati, Sözleşme'nin uygulanması bakımından en önemli kriterdir, anne ve babanın menfaatlerinden bağımsız olarak her somut durumda çocuğun üstün yararı dikkate alınmalıdır. Bkz. **Erdem**, (MHB), s. 166.

[14] **Schuz**, Rhona: The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, 1995, s. 779.

[15] **Beaumont**, Paul R. / **McEleavy**, Peter E. : The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford 1999, s. 122-123.

[16] http://www.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf, (21.04.2018), Guide to Good Practise-Part 1, Central Authority Practise, HCCH, 2003, s. 104.

bir biçimde sayılmıştır ve çocuğun menfaati de göz önünde bulundurularak istisna sebepleri dar yorumlanmalıdır^[17]. Nitekim Sözleşme'nin 13. maddesinde "zorunda değildir" ifadesi kullanılmış olup, iade talebinin reddine karar verme konusunda mahkemenin takdir yetkisi söz konusudur ve bu halde bile mahkeme çocuğun yüksek menfaatini göz önünde bulundurarak çocuğun iadesine karar verebilecektir^[18]. Çocuk kaçırıldıktan sonra uzun süre sessiz kalınması veya herhangi bir mücbir sebep, fiili engel olmaksızın çocukla temasa geçilmemesi çocuğun durumuna rıza gösterildiği anlamına gelebilecektir^[19]. Ancak Yeni Zelanda'da görülen bir davada da^[20], çocukların (8 ve 2 yaşındaki kız ve erkek çocuk) hukuka aykırı bir şekilde yerlerinin değiştirilmesi durumunda aile üyelerinden hızlı davranmalarını beklemenin sağlıklı olmayacağı belirtilmiştir. Bu kişilere durum değerlendirmesi yapabilmeleri için makul bir süre tanınmalıdır. Olayda babanın, çocukların yerini hukuka aykırı bir şekilde değiştiren anneyi ikna edebilmek için görüşme yapması haksız yer değiştirmeye icazet verdiği anlamına gelmeyecektir.

Bir başka kararda^[21], mahkeme babanın çocuklarıyla kurduğu iletişimi ayakta tutmak amacıyla uzlaşma arayışlarına devam etmesini, çocukların anneleriyle kalmasına müsaade etmesini ve babanın yer değişikliği sonrası çocukları Fransa'da bir okula kaydetmesini hukuka aykırı yer değiştirmeye rıza göstermesi olarak değerlendirmiştir. Ancak koruma hakkı sahibinin duygusallık içinde yaptığı davranışlar yanlış değerlendirilmemelidir, örneğin çocuklarıyla yakından ilgili bir ebeveynin çocuğun ilaçlarını, oyuncaklarını yeni ortamına göndermesi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızanın varlığı yönünde yorumlanmamalıdır^[22]. Bu yöndeki bir başka kararda^[23],

[17] **Şanlı**, Cemal/ **Esen**, Emre/ **Ataman- Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, B.2, İstanbul 2018, s. 161-162; **Nomer**, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, Beta, 2017, s. 273.

[18] **Takcı**, Tuğçe: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2014, S. 19, s. 1056.

[19] **Giray**, s. 127.

[20] Kararın metni için bkz. H. v. H. (1995), 12 FRNZ 498, <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0030.htm>, (02.08.2018).

[21] Aubry v. Aubry, **Giray**, s. 128-129' dan naklen.

[22] **Giray**, s. 129.

[23] CA Agen, 1 Aralık 2011, No: 11/01437; kararın Fransızca metni için bkz. <https://www.incadat.com/en/case/1172> (13.02.2018).

12/10/2005 Subiaco Avustralya doğumlu çocuk Charles'in mutad meskeni olan Avustralya'ya iadesi babası Paul tarafından istenmiştir. 2009 yılında anne ve babasının ayrılması üzerine 2010 yılında anne ve baba çocuğun yaşam koşullarına ilişkin anlaşma akdetmişlerdir. Bu anlaşmaya göre çocuk Avustralya'da bir Fransız okuluna devam edecektir; ancak, Fransız anne Catherine, annesinin sağlık sebeplerinden ötürü plansız bir Fransa seyahati yapmak durumunda kalmış ve oğlu Charles'i de babasının rızasını alarak 13 Mayıs 2011'de Avustralya'ya geri göndermek şartıyla kendisiyle götürmüştür. Ancak anne Catherine 2011 yılının Nisan ayında Fransız mahkemeleri nezdinde boşanma davası açmış ve çocuğun velayetine ilişkin talepte bulunmuştur. 4 Mayıs 2011'de anne, çocuğunu tekrar Avustralya'ya göndermeyeceği hususunda babayı bilgilendirmiştir. 28 Temmuz 2011'de baba iade başvuru talebinin reddi üzerine temyiz talebinde bulunmuştur ve bu kararda çocuğun mutad meskeni olan Avustralya'ya iade edilmesine hükmedilmiştir. Mahkemeye göre babanın her ne kadar çocuğun Fransa'ya götürülmesi konusunda rızası varsa da, bu rıza belirli bir süreye ilişkindir. Baba çocuğun Fransa'ya yerleşmesine değil, bir süreliğine orada bulunmasına rıza göstermiştir. Baba bu süreçte çocuğu için endişelenmiş, anneye sürekli irtibata geçmiştir ve izin dönemlerinde Fransa'ya çocuğunu görmeye gitmiştir. Anneye attığı maillerde, oğlu Charles'in menfaatlerinin kendisi için önemli olduğunu ve bu hususta yargı kararına saygı duyacağını dile getirmiştir. Çocuğuna parasal anlamda yardım etmiş ve Fransa'da okula gitmesine engel olmamıştır. Mahkemeye göre babanın çocuğunu görmeye Fransa'ya gitmesi, çocuğu konusunda endişelendiğinden ve bilinçli bir ebeveyn olmasından ötürü olup, zımnî rıza anlamına gelmemektedir.

2. Koruma Hakkının Etkin Bir Şekilde Kullanılmaması

Sözleşmede yer alan iade ret sebeplerinden biri de, koruma hakkı sahibinin, çocuk hukuka aykırı olarak kaçırılmadan veya alıkonmadan önce bu koruma hakkını etkin olarak kullanmıyor olmasıdır. Sözleşmeye göre koruma hakkı, çocuğun şahsının bakımı hakkını ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkını ihtiva eder. Ancak Köseoğlu'na göre bu hak velayet hakkıyla denk tutulmuştur^[24]. Buna göre, velayet hakkı sahibi ebeveyn, çocuğu fiilen diğer ebeveyne terk etmiş olabilir, böyle durumlarda fiilen velayet hakkını kullanan ebeveyn çocuğun yerini değiştirmiş olsa da, iade talebi reddedilmelidir,

[24] Köseoğlu, s. 24-25.

çünkü çocuğun menfaati bunu gerektirir^[25]. Ancak kanaatimizce bu ret sebebi de dar yorumlanmalıdır, aksi takdirde Sözleşme'nin amacına aykırı hareket edilmiş ve velayetle ilgili uyumsuzluklarda çocuğun kaçırılması ve alıkonması olağan hale getirilmiş olacaktır. Bu durum Sözleşme'nin amacının ihlâl edilmesine sebep olabilecektir^[26]. Ancak her durumda somut olay ve çocuğun yüksek menfaati çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Konuyla alakalı bir kararda^[27] hukuka aykırı olarak mutad meskeni değiştirilen 2005 ve 2007 doğumlu iki çocuk söz konusudur. Karara konu olan aile Peru'da yaşamaktadır; ancak, 2008 yılında baba psikolojik tedavi görmeye ve bununla birlikte aşırı alkol tüketimine başlamıştır. Baba, sürekli anneye ve çocuklara zarar vereceğine dair söylemlerde bulunup, taraflara psikolojik şiddet uygulamaktadır. 28 Aralık 2012 tarihinde anne ve babanın ayrılması üzerine çocuklar anne ile Peru'da ikamet etmektedirler ve anne, babanın ziyaret hakkına engel olmamaktadır. Baba, 17 Haziran 2013 tarihinden sonra çocukları alıkoymuş, anneleriyle görüşmelerine müsaade etmemiş; hatta, çocukları ve anneyi öldürmekle tehdit etmiştir. Çocuklar anneye iade edildiğinde anne çocukları da alıp Amerika Birleşik Devletleri'ne yerleşmiştir. Sözleşme'nin m. 13/1 a hükmüne göre mahkeme, babanın “açık ve tartışmasız bir şekilde çocukları terk etme saiki bulunmadığından” koruma hakkını ihlâl etmediği kanaatine varmıştır. Sonuç olarak, babanın anneye karşı herhangi bir cezai takibata başvurmaması gibi belli şartlarla çocukların Peru'ya iade edilmesine hükmedilmiştir. Karardan da anlaşıldığı üzere iade ret sebebi dar yorumlanmıştır. Burada önemli olan bir diğer husus da Sözleşme'deki koruma hakkından ne anlaşılması gerektiğidir. Söz konusu kararda “açık ve tartışmasız bir şekilde çocukları terk etme saikinin bulunmaması” koruma hakkının ihlâl edilmediği şeklinde değerlendirilmiştir. Nitekim bu sözleşme adli işbirliğine ilişkin olup, hukuka aykırı olarak alıkonan veya yeri değiştirilen çocuğun bir an önce mutad meskenine iadesini amaçlamaktadır. Sözleşme'nin amacı velayete ilişkin uyumsuzlukları sonlandırmak değildir.

[25] Köseoğlu, s. 24-25.

[26] Helzick, Cathy S.: Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, Boston University International Law Journal, 1987, Vol 5, s.145.

[27] Sabogal v. Velarde, 106 F.Supp.3d 689 (2015); kararın İngilizce metni için bkz. <https://www.incadat.com/en/case/1383> (10.01.2017).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne gelen bir olayda^[28], 14 Ağustos 2008 tarihinde baba, anneye verdiği noter tasdikli bir belge ile 3 çocuğunun kısa süreli olarak anneleriyle birlikte Romanya'ya tatile gitmelerine izin vermiştir. Ancak anne, Romanya'da boşanma ve velayet davası açıp çocukları geri göndermeyeceğini beyan etmiştir. Bu davada AİHM, noter tasdikli belge ile çocukların velayetinin devredilmediğine, babanın sadece kısa süreli bir tatil izni verdiği ve nihai olarak babanın velayet hakkını etkin olarak kullandığına karar vermiştir.

Çocuk çeşitli sebeplerle geçici olarak mutad meskeninden farklı bir yerde bulunabilir ancak bu durum, koruma hakkının devredildiği yönünde yorumlanmamalıdır^[29]. Örnek olarak, çocuğun kısa süreliğine bir akrabaya bırakılması koruma hakkının etkin bir şekilde kullanılmadığı anlamına gelmez^[30].

Bazı durumlarda velayet veya vesayet hakkı sahibi henüz bu hakkını etkin olarak kullanmaya başlayamamış olabilir, örneğin, boşanma davasına ilişkin kararda velayet hakkı kendisine verilen ebeveyn, çocuğun diğer ebeveynle tatile gitmesine izin vermiş ve çocuk dönmesi kararlaştırılan sürede iade edilmemiştir, bu durumda velayet hakkı sahibi ebeveyn, koruma hakkını haksız alıkoyma sebebiyle etkin olarak kullanamamıştır^[31].

Sözleşme'nin amacı çocuğun mevcut statükosunun korunmasıdır. Amaçtan da hareketle koruma hakkının etkin olarak kullanılmadığının ispatı, kaçırılan veya alıkoyan ebeveyn tarafından yapılmalıdır^[32]. Sözleşme koruma hakkı sahibinin bu hakkını etkin olarak kullandığını varsaydığından ispat yükü kaçırılan veya alıkoyan ebeveyn üzerine yüklenmiştir^[33]. Bu iddia, tanık beyanı, çocuğun açıklamaları ve uzmanların hazırlayacakları raporlarla ispat

[28] Blaga v. Romania, Başvuru No: 54443/10, 01. 07.2014, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145223%22%5D%7D>, (2.12.2018).

[29] **Giray**, s. 132.

[30] **Bozdağ**, s. 112.

[31] **Bozdağ**, s. 112-113.

[32] **Giray**, s. 132-133; **Bozdağ**, s. 112.

[33] **Kenworthy**, Brian S.: The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States and The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction, Indiana International Law and Comparative Law Review, 2002, Vol. 12, s. 336.

edilebileceği gibi her türlü delille de ispatlanabilir^[34]. Ancak kanaatimizce her türlü delil takdir edilirken hâkim, Sözleşme'nin amacını göz önünde bulundurup, çocuğun yüksek menfaati doğrultusunda bir karar vermeli ve hükmü dar yorumlamalıdır. Bu konuda hâkim her iki ebeveynin de çocukla kurduğu şahsi ilişkiyi dikkate almalı ve dilekçede belirtilen yazılı vaatleri değil de geçmiş ilişkileri göz önünde bulundurmalıdır^[35].

B. SÖZLEŞME'NİN M. 13/2. HÜKMÜNE GÖRE İADE TALEBİNİN REDDİ (İADE TALEBİNE ÇOCUĞUN KENDİSİNİN KARŞI ÇIKMASI)

1. Genel Olarak

Sözleşme'nin m. 13/2 hükmüne göre, “*adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmelerini emretmeyi reddedebilir*”. Sözleşme, çocuk hukukundaki çağdaş gelişmeleri de dikkate alarak böyle bir ret sebebine yer vermiştir^[36]. Bu ret nedeni Sözleşme'nin amacına, çocuğun yüksek menfaatine ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesine de uygundur^[37]. Anılan maddeye göre, “*taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır*”.

2. Yaş ve Olgunluğun Dikkate Alınması

Sözleşme on altı yaşından küçük olan çocuklar^[38] için uygulanacak olup, Sözleşme'nin açıklayıcı raporunda kullanılmış olan “on altıncı yaş günü”

[34] Köseoğlu, s. 24-25.

[35] Giray, s. 133.

[36] Giray, s. 161.

[37] Takcı, s. 1062-1063.

[38] Çocuk kavramı medeni hukuk açısından soy bağına ilişkin bir terimdir. Bu anlamda insan, hayatı boyunca anne ve babasının çocuğudur. Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesine göre “*çocukluk doğumla başlar; yasal ergenlik yaşı olan on sekizde biter*”.

ifadesinden, çocuğun on altı yaşını doldurmamış olması gerektiği anlaşılmaktadır^[39]. Hakkında dava açılan çocuk, dava henüz devam ederken on altı yaşını tamamlarsa, Sözleşme kapsamından çıkacaktır^[40]. Sözleşme kaç yaşındaki çocukların görüşüne başvurulabileceği konusunda sessiz kalmıştır. Kesin bir yaş sınırının belirlenmemesi Sözleşmeyi hazırlayanların bilinçli tercihi olup, bu hususta karar verme yetkisi yetkili makamların takdirine bırakılmıştır^[41]. Madde lafzından anlaşıldığı üzere, çocuğun iade hususundaki olumsuz görüşüne rağmen mahkemeler iade kararı verebileceklerdir. Sözleşme'nin hazırlık sürecinde 12 yaş üstü çocukların görüşünün dikkate alınacağı ileri sürülmüşse de bu öneri kabul edilmemiştir^[42]. Mahkemeler Sözleşme'nin 13. maddesinin 2. fıkrasına göre iki hususta takdir yetkisine sahiptirler: Bunlardan ilki, çocuğun iradesinin dikkate alınabilmesi için gerekli yaş ve uygunluğun tayini hususu, ikincisi ise, çocuğun bu iradesinin iadeyi gerektirip gerektirmediği hususudur^[43]. Çocuğun uygunluğu yaşadığı ülkenin gelişmişlik seviyesine ve coğrafyasına göre farklılıklar arz edebileceğinden Sözleşme'de belli bir yaş öngörülmesinden kaçınılmıştır. Dolayısıyla Sözleşme'de bu hususta bir yeknesaklık sağlanamamış olup, bu maddenin

Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde ise çocuk, "henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanmıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre, "Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu dışında, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır". 15.07.2003 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre çocuk on sekiz yaşından küçük kişiyi ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, 2005, 2. Bası, s. 12 vd.

- [39] **Nebioğlu Öner**, Şebnem: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, S. 115, s. 484-485.
- [40] **Erdem**, Bahadır: Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, 1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, 22-23 Şubat 2013 Ankara, (UHDİGM) s. 11.
- [41] **Bozdağ**, s. 152.
- [42] 1979 yılında Özel Komisyon 12 yaş üstü çocukların dinlenmesi gerektiğine dair önergesini Komisyon'a sunmuş ancak tasarımı hazırlayan Komisyon bu öneriyi reddetmiştir. **Greene**, Anastacia M.: Seen And Not Heard?: Children 's Objections Under The Hague Convention On International Child Abduction, University of Miami International and Comparative Law Review, Fall 2005, Vol. 13, s. 123.
- [43] **Kenworthy**, s. 340.

uygulanması ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir^[44]. Bunun yanında bazı ülkelerde, Sözleşme'nin 13. maddesinin 2. fıkrası ayrı bir iade ret sebebi olarak ele alınmamaktadır. Örnek olarak, ABD mahkemeleri çocuğun iadeye karşı çıkmasını tek başına bir ret nedeni olarak kabul etmeyip ayrıca çocuğun, ciddi risk tehlikesi altında bulunması şartını da aramaktadır^[45]. Tahan v. Duquette davasında^[46] alıkoyan ebeveyn iddiasını m. 13/1-b ve m. 13/2 hükümlerine dayandırmıştır; ancak, mahkeme 9 yaşındaki çocuğun görüşünün alınmasını gerektiren yaş ve olgunlukta olmadığı kanaatine varmıştır. Ancak Alman mahkemeleri 7 yaş sınırını yeterli görmektedir^[47].

Çocuğun görüşü dikkate alındığında mahkeme, çocuğun hukuka aykırı olarak kaçırılan veya alıkoyan ebeveynle olan ilişkilerini de göz önünde bulundurmalıdır. Mahkeme, çocuğun psikolojik bir travma yaşıyor olabileceği ve bir ebeveyn tarafından diğerine karşı beyninin yıkanıp yıkanmadığı hususlarını da dikkate almalıdır. Nitekim bu konuda, madde lafzından ve Sözleşme'nin amacından anlaşıldığı üzere mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Mahkeme, bu hususların tespiti için çocuğun psikolojik durumunu değerlendirmeli ve bu hususta uzmanlarına ayrıntılı bir inceleme yaptırmalıdır^[48]. Çocuğun tercihte bulunduğu ebeveyni, mahkeme tarafından uygun bulunmaz ise, yani ebeveynin velayet sorumluluğunu üstlenecek yeterlikte olmadığı kanaatine varılırsa, çocuğun iradesi dikkate alınmayacaktır^[49]. Sözleşme, çocuğa geri dönüp dönmemesi hususunda bir tercih hakkı tanımamıştır, sadece çocuğun kaçırılan veya alıkoyan kişinin yanında kalma talebi mahkeme tarafından gerekli şartlar da mevcutsa kabul edilebilecektir^[50]. Çocuğun görüşü bazı durumlarda çocuğun menfaatiyle örtüşmeyebilir, bu tür durumlarda Sözleşme'nin amacı göz önünde bulundurulmalıdır.

[44] Norveç hukukunda, ebeveynler belli bir yaş sınırlaması olmaksızın çocuklarının olgunlaşmasına bağlı olarak çocukları ilgilendiren her konuda onların görüşlerine başvurmalıdırlar. İngiliz mahkemeleri 7 yaş ve üzeri çocukların görüşlerini; İsviçre mahkemeleri ise 11 ve 11 yaşından büyük çocukların görüşlerini dikkate almaktadırlar. Dolayısıyla bu maddenin uygulanması ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozdağ**, s. 152-153; **Giray**, s. 162-164.

[45] **Giray**, s. 162.

[46] <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0155.htm>, (23.04.2018).

[47] **Giray**, s. 166.

[48] **Köseoğlu**, s. 27.

[49] **Giray**, s. 164.

[50] **Kenworthy**, s. 340.

Türk hukukunda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu^[51] (TMK) m. 339/3'e göre velayetin kapsamı başlığı altında, çocuğun görüşünün dikkate alınabileceği hususu ele alınmıştır. Buna göre, “*ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar*”. Ayrıca Türkiye, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne^[52] de taraf olduğundan Yargıtay'ın kararları çocuğun dinlenilmesi yönündedir^[53].

Ele alınması gereken bir diğer konu, çocuğun görüşlerini açıklarken, hukuka aykırı olarak kaçırma veya alıkoyma eylemlerini gerçekleştiren ebeveynin çocuk üzerinde etkisinin bulunup bulunmadığıdır. Mahkeme, çocuğun iradesinde ebeveynin etkisi olup olmadığı hususunu açığa kavuşturmalıdır. Kanaatimizce çocuk, görüşünü açıklamaması durumunda ebeveynlerinin yanında dinlenilmemelidir. Sözleşme'nin 13. maddesinin 2. fıkrası bir görüşe göre, “*adli veya idari makam, görüşünü açıklayabilecek yaş ve olgunlukta bulunan çocuğun hiçbir baskı ve tesir altında kalmaksızın özgün iradesiyle geri dönmek istemediğini gözlerse, iadeyi reddedebilir*”, şeklinde yeniden kaleme alınmalıdır^[54]. Hâkim, çocuğun hiç kimseden etkilenmediği kanaatine varmalıdır. Re.R (A Minor Abduction) davasında^[55] annesi

[51] Kabul Tarihi: 22.11.2001, Yayımlandığı Resmi Gazete: 8.12.2001, Sayı: 24607.

[52] Türkiye Cumhuriyeti tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanan ve 09.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 15.12.1994 tarih ve UKBM-II/11304 sayılı yazısı üzerine, 31.05.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 23.12.1994 tarihinde kararlaştırılmış, 27.01.1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

[53] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2013/2-1772, K. 2013/1557, 13.11.2013 tarihli kararına göre, annesi tarafından alıkonan 11 yaşındaki çocuk “Türkiye’de annesi yanında kalmak istediğini, babasının yanına dönmek istemediğini” söylemiş olup, çocuğun annesi ile kalmasının çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı olduğu da iddia ve ispat edilmediğine göre bu çocuk yönünden iade isteğinin reddi gerekir. 11 yaşındaki çocuk, bu kararda yaş itibarıyla görüşlerini ebeveynlerinden bağımsız olarak oluşturabilme yeteneğine haiz kabul edilmiştir. Yargıtay, karar tarihinde 10 yaşında olan çocuğun dinlenilmemesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur, 2. HD. 08.03.2004 tarihli E. 2004/1860 K. 2004/2812. Bir diğer kararda da Yargıtay, karar tarihinde 10 yaşında olan çocuğun dinlenilmemiş olmasını Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3, 6 ve 12. maddeleri ile TMK 339/2'ye aykırılık teşkil ettiğinden hükmü bozmuştur, 2. HD 03.05.2004 tarihli E. 2004/4839 K. 2004/5712. **Giray**, s. 164.

[54] **Giray**, s. 169.

[55] <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0059.htm>, (24.04.2018).

tarafından Almanya'ya kaçırılan 14 buçuk yaşındaki kız çocuğunun hiçbir ebeveyninden etkilenmediği tespit edilerek çocuğun görüşü dikkate alınmış ve halasına iade edilmemesi kararı verilmiştir.

Cameron v. Cameron davasında^[56] ise, 7 buçuk yaşındaki kız çocuğunun görüşü alınmıştır. Anne ve baba boşanma ile velayet anlaşması yapmışlar ve 2 çocuğun babalarıyla Fransa'da kalmalarını kararlaştırmışlardır. Daha sonra çocuklar İskoçya'da anneleri tarafından alıkonulmuşlardır. Çocuk Fransa'ya iade edilmesi halinde dil problemi yaşayacağını dile getirmiştir ve bu talep mahkemece reddedilmiştir. Çünkü çocuk alıkonmadan önce Fransa'da okula gitmekte ve sosyal çevresinde hayatını sürdürmektedir. Mahkeme burada çocuğun görüşünü dikkate almamıştır. Fransız mahkemesi bir başka kararda hukuka aykırı olarak mutad meskeni değiştirilen çocuğun 6 yaşında olduğunu ve dinlenilmesine gerek olmadığı kanaatine varmıştır^[57].

Çocuğun ifadesi dikkate alınırken düz anlamları esas alınmalı ve çocuğun yaşına ve olgunluğuna göre bir değerlendirme yapılmalıdır^[58]. Urness v. Minto davasında^[59] 11 buçuk ve 8 buçuk yaşlarındaki iki çocuk anneleri tarafından ABD'den İskoçya'ya hukuka aykırı olarak kaçırılmışlardır. Mahkeme, çocukların da görüşünün alınması üzerine iade talebinin reddine karar vermiştir. Çocuk, annesiyle ve üvey babasıyla iyi bir ilişkisi olduğunu ifade etmiş ve İskoç eğitim sistemine alıştığını dile getirmiştir.

Sonuç olarak, 1980 tarihli bu sözleşmenin bir adli yardımlaşma sözleşmesi olduğu, velayet sorumluluğunu tartışmadığı ve Sözleşme'nin amacının çocuğun yüksek menfaati olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla Sözleşme'ye göre kural iade olup, iade ret sebepleri istisnaidir. Ancak bu konuda ülke uygulamaları arasında yeknesaklık söz konusu değildir.

[56] <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0071.htm>, (24.04.2018).

[57] CA Agen, 1 Aralık 2011, No: 11/01437. Söz konusu kararın Fransızca metni için bkz. <https://www.incadat.com/en/case/1172> (13.02.2018).

[58] **Giray**, s. 175-176.

[59] <https://www.incadat.com/en/case/79>, (24.04.2018).

C. SÖZLEŞME'NİN 12. MADDESİNE GÖRE İADE TALEBİNİN REDDİ

Sözleşme'nin 12. maddesine göre,

“Bir çocuğun 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesini emreder.

Yukarıdaki fıkrada öngörülen 1 yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmesini emretmesi gerekir, yeter ki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin.”

Maddenin 1. fıkrasının lafzından anlaşıldığı üzere, hukuka aykırı olarak yer değiştirme ve alıkoyma tarihinden itibaren bir yıldan az zaman geçmişse çocuk derhal iade edilecektir, burada müracaatta bulunulan makamın bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır^[60]. Çünkü Sözleşme'yle amaçlanan çocuğun mevcut durumunun korunmasıdır. Ancak burada bir yıllık sürenin tamamlanmamış olması çocuğun mutlaka iade edileceği anlamına gelmemektedir, bir yıllık sürenin yanında Sözleşme'nin 13. maddesindeki ret sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediğine de bakılmalıdır. Sözleşmede ret sebepleri öngörülmeseydi, bu duruma ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.6/1'e^[61] göre değerlendirme söz konusu olabilirdi^[62].

[60] **Giray**, s. 197.

[61] *“Herkes, davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir...”* Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina: Adil Yargılanma Hakkı, (AİHS' in 6. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz), İnsan Hakları Kitapçıkları No: 3, s. 7, http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad6_AdilYargılanma.pdf, (29.04.2015); **Vitkauskas**, Dovydas/ **Dikov**, Grigoriy: Protecting the Right to a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights, Strasbourg 2012; Guide sur L'Article 6 de la Convention Européenne des Droit de L'Homme, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf, Erişim Tarihi: 18.05.2019.

[62] **Bozdağ**, s. 99.

1. Bir Yıllık İade Süresinin Geçmiş Olması

Sözleşme'nin 12. maddesinin 2. fıkrasındaki bir yıllık süre hak düşürücü bir süre değildir, bu sürenin geçmesi ile iade otomatik olarak reddedilmeyecek, talepte bulunulan devletin adli veya idari makamı çocuğun hukuka aykırı olarak kaçırıldığı veya alıkonulduğu yeni çevreye intibak edip etmediğini araştırıcaktır^[63]. Bir yıldan sonra iade istenmişse mahkeme çocuk hakkında uzman yardımı ile inceleme yaparak, çocuğun yeni sosyal çevresine entegre olup olmadığı hususunu tespit edecektir^[64].

Kanaatimizce bu ret nedeni Sözleşme'nin amacına uygundur, çünkü Sözleşme'yle amaçlanan çocuğun mevcut statükosunun korunması olup, alışmış olduğu önceki mutad meskenine iadesi kuraldır. Ancak, belli bir sürenin geçmesiyle çocuk hukuka aykırı olarak kaçırıldığı veya alıkoyulduğu yere intibak etmiş olabilir. Bu takdirde çocuğun iade edilmesi yaşadığı sosyal çevreden koparılması anlamına gelebilecektir, böyle bir durum çocuk üzerinde olumsuz etkilere sebep olabileceğinden iade talebi reddedilmedir. Ancak bu madde çocuğun yüksek menfaati açısından büyük önem taşımaktayken, hukuka aykırı olarak kaçırılan veya alıkoyan ebeveynin de ödüllendirilmesi öne sürülerek eleştirilmektedir^[65]. Kanaatimizce hiçbir menfaat çocuğun yüksek menfaatinin önüne geçmemelidir. Alıkonan veya yeri değiştirilen çocuk, hukuka aykırı eylemin cezalandırılması saikiyle, intibak ettiği yeni sosyal çevreden koparılmamalıdır, aksi takdirde çocuk cezalandırılmış olacaktır.

Madde hükmünden bu bir yıllık sürenin ne zaman başlayıp, ne zaman sona ereceği konuları açıkça anlaşılamamaktadır. Doktrinde çocuğun yerinin bilindiği tarihten itibaren bir yıllık sürenin hesaplanması gerektiği savunulmaktadır^[66]. Hukuka aykırı olarak kaçırılan veya alıkoyan ebeveyn çocuğu saklama amacı güdebileceğinden çocuğun nerde olduğu hakkında hiçbir bilginin bulunmadığı hâller de söz konusu olabilecektir. Sözleşme metninde açıkça "kaçırılma veya alıkonma anı"ndan söz edilmektedir. Ebeveyn çocuğu belli bir süre yurtiçinde saklayıp daha sonra yurt dışına kaçırabilmektedir,

[63] **Bozdağ**, s. 100.

[64] **Köseoğlu**, s. 23.

[65] **Bozdağ**, s. 100.

[66] **Bozdağ**, s. 101.

böyle durumlarda çocuğun yurtdışına çıkarıldığı tarih esas alınmalıdır^[67]. Ya da çocuk belli bir süreliğine yurtdışına çıkarılmış daha sonra mutad meskenine iade edilmemiş ise alıkonma anı bu sürenin başlangıcı olarak kabul edilmelidir^[68]. Slagenweit v. Slagenweit davasında^[69], çocuk velayet hakkı sahibinin izni alınarak Almanya'ya götürülmüştür. Ancak taraflar çocuğun ne zaman geri getirileceği konusunda net bir tarih kararlaştırmamışlardır. Bu durumda mahkeme, koruma hakkına sahip kişinin çocuğu tekrardan görmek istediğini belirttiği tarihten sonraki zamanı haksız alıkoymanın başlangıcı olarak değerlendirmiştir^[70].

Madde hükmüne göre çocuğun iadesinde merkezi makama başvuru tarihi değil, adli ve idari makamlara müracaat tarihi esas alınacaktır. Ancak Sözleşme'nin 7. maddesine göre, merkezi makamların görevleri arasında çocuğun isteyerek iadesinin temin edilmesi veya dostane bir çözüm ile teslimini kolaylaştırmak da bulunmaktadır. Başvuru sonrası merkezi makam, 7. maddedeki dostane çözüm için girişimlerde bulunacaktır, ancak bu süreç bir yıllık sürenin geçmesine sebep olabilecektir, dolayısıyla bu gibi hallerde bir yıllık sürenin başlangıç tarihi, merkezi makama başvurunun yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayabilir^[71]. Bu konuda ülkelerarası bir uygulama yeknesaklığı mevcut değildir. İngiliz mahkemeleri, bir yıllık sürenin başladığı tarih olarak, davanın açıldığı tarihten ziyade çocuğun iadesi için girişimlerin yapıldığı tarihi esas almaktayken; Avustralya mahkemeleri halin şartlarına göre bu iki tarihten birini tercih etmektedir^[72]. Kanaatimizce Avustralya mahkemelerinin uygulaması oldukça isabetlidir, her somut olaya göre çocuğun yüksek menfaati de göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Madde lafzında açıkça “adli ve idari makamlara müracaat anı” zikredilmiştir; ancak bazı durumlarda sürenin geçmesine merkezi makam sebebiyet

[67] **Bozdağ**, s. 101.

[68] **Köseoğlu**, s. 23.

[69] <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0143.htm>, (30.04.2018).

[70] Kararın İngilizce metni s. 5-6. http://www.incadat.com/index.cfm?act=search_detail&cid=143&lng=1&sl=2, (13.02.2019).

[71] **Giray**, s. 199.

[72] **Giray**, s. 200.

verebilecektir. Örnek olarak, Wojcik v. Wojcik^[73] davasında, mutad meskenleri Fransa olan 6 ve 3 buçuk yaşlarındaki iki kız çocuğu anneleri tarafından tatil amacıyla ABD'ye götürülmüş ancak daha sonra mutad meskenlerine geri gönderilmeyip hukuka aykırı olarak alıkonmuşlardır. Bunun üzerine baba, 1 Temmuz 1995'te Fransa merkezi makamlarına başvuruda bulunmuştur. Ancak babanın iade talebi, çocukların 18 ay Fransa'da yaşadıkları ve oraya intibak ettikleri gerekçeleriyle reddedilmiştir. Bu davada babanın ABD merkezi makamına başvurması ile dava açılması arasında 8 aylık bir süre bulunmaktadır ve bu sürenin geçmesine ABD merkezi makamı sebep olmuştur^[74]. AİHM de gecikmenin, talepte bulunulan devletin merkezi makamlarından kaynaklanmaması gerektiğini vurgulamıştır^[75]. Başvurular, titizlikle incelenmeli ve kısa sürede karara bağlanmalıdır, zira talep edilen makamların sebep olduğu her ihmal çocuğun hukuka aykırı olarak kaçırıldığı veya alıkonduğu ülkeye intibakına neden olacaktır.

Bir yıllık sürenin getirdiği sıkıntıların önüne geçmek için doktrinde birtakım öneriler ileri sürülmüştür. Bunlar, çocuğun nerede olduğu hakkında bilgi edinmek amacıyla uluslararası bir mercii oluşturulması^[76], çocuğun yerinin tespit edilebilme amacıyla araştırma yapmaya yetecek makul bir sürenin bu bir yıllık süreye eklenmesi^[77], bir yıllık süre sınırlamasının madde hükmünden tamamen çıkarılması^[78], çocuğun yerinin tespit edilmesine kadar bir yıllık sürenin belli periyotlarla işletilmesidir^[79].

[73] Kararın metni için bkz. <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0105.htm>, (12.03.2019).

[74] **Beaumont/McEleavy**, s. 206.

[75] **Bozdağ**, s. 109.

[76] Ancak günümüz teknolojisinin sağladığı imkânlardan istifade edilerek, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf devletlerin sınır kapılarından ülkelere giriş çıkış yapan 16 yaşından küçük çocukların listesi uluslararası bir veri bankasında toplandığı takdirde çocuğun nerede olduğu kolaylıkla tespit edilebilecektir. **Giray**, s. 200- 201.

[77] Kanaatimizce bu öneri devletlerin farklı uygulamalarına yol açabilecektir.

[78] Sözleşme'nin 18. maddesine göre, adli ve idari makamlar çocuğun iadesini her an için emretme hakkını haizdir. Dolayısıyla böyle bir çözüme gerek yoktur. **Giray**, s.201.

[79] **Lewis**, Jeanin: The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer, Vol: 13, 2000, s. 425-426.

2. Çocuğun Kaçırıldığı veya Alıkonduğu Ülkeye İntibak Etmesi

Çocuğun yeni çevresine kabulü için iki unsurun varlığı gerekmektedir: Bunlardan biri çocuğun fiilen mutad mesken ülkesinin dışında yeni bir yerde bulunuyor ve o yerde yaşıyor olmasıdır, diğeri ise, çocuğun yeni ortamına alışması ve o yeri kabullenmesidir^[80]. İngiliz mahkemesine konu olan bir davada^[81] mutad meskeni ABD olan çocuk annesi tarafından önce Danimarka'ya daha sonra da İngiltere'ye kaçırılmıştır. Çocuk, yaklaşık bir yıl süreyle İngiltere'de saklanmış ancak burada iadeye hükmedilmemiştir. Çünkü çocuk, İngiltere'de kaldığı süre boyunca saklanma sebebiyle hiçbir şekilde İngiltere'ye yerleşememiş ve yeni çevresine intibak edememiştir.

İntibaktan anlaşılması gereken, çocuğun alıkonduğu yerdeki toplumsal ve sosyal hayata alışmasıdır^[82]. Bu da çocuğun yaşına göre değişiklik gösterecektir. Örneğin 7-8 yaş ve üstü bir çocuğun intibakı ile 3-4 yaşındaki bir çocuğunki farklı olacaktır. Okula giden bir çocuğun çevresi sadece ailesinden ibaret değildir, okulu ve arkadaşlarını da bu çevreye dahildir^[83]. Hukuka aykırı olarak alıkoyan kişiye ve onun ailesine alışmak kriter değildir ancak yaş çok küçük olan çocuklarda bu bir kriter olarak ele alınmaktadır^[84]. Bebeğin veya çok küçük yaşta bir çocuğun annesine biyolojik açıdan muhtaç olduğu durumlarda annenin yeni geldiği ülkeye intibak etmesi, çocuğun da intibak ettiğine dair bir karinedir^[85]. Örnek olarak, Avusturya Yüksek mahkemesi bir kararında^[86], 3 yaşındaki bir çocuğun mutad meskeni olan İspanya'ya iadesini reddetmiştir. Mahkeme, çocuğun Avusturya'da iki yıllık bir zaman geçirmesi, çocuğun İspanyolca bilmemesi ve annesi ile Avusturya'da mutlu bir hayat sürdürmesi sebeplerine dayanmaktadır.

Bu değerlendirme yapılırken, uygun yaş ve olgunlukta olan çocuğun görüşüne de başvurulmalıdır. Ancak bu durumda, m.13/2 hükmü kapsamında çocuğa iade edilmeyi isteyip istemediğini sormak yerine, yeni çevresine

[80] **Giray**, s. 192.

[81] Re L (Abduction: Pending Criminal Proceedings) 1999 1FLR 433.

[82] **Giray**, s. 192.

[83] **Bozdağ**, s. 104.

[84] **Giray**, s. 196.

[85] **Giray**, s. 193.

[86] Rodriguez v. Bucholzer, 7 OB 573/90.

alışıp alışmadığının tespiti için gerekirse uzman yardımıyla çocuğun beyanı alınmalıdır^[87].

Çocuğun yeni çevresine intibak edip etmediğinin kim tarafından ispat edileceği Sözleşme’de açıkça düzenlenmemiştir. İspat yükü çocuğu hukuka aykırı olarak kaçıran veya alıkoyan tarafa yükletilmelidir^[88]. Nitekim bu genel ispat kuralıyla da örtüşmektedir^[89].

İade ret nedenleri, çocuğun yüksek menfaati göz önünde bulundurularak dar yorumlanmalıdır. Hatta Sözleşme’nin 11. maddesi, çocuğun bir an önce kaçırılma veya alıkonmadan önceki durumuna kavuşabilmesi için^[90] adli ve idari makamlara seri davranma yükümlülüğü getirmiştir. Nitekim makamların seri davranmaması AİHS m. 6’nın ihlâlini gündeme getirebilecektir^[91].

D. ÇOCUĞUN İADESİNİN, TALEPTE BULUNULAN DEVLETİN İNSAN HAK VE HÜRRİYETLERİNE İLİŞKİN TEMEL İLKELE-RİNİ İHLAL EDECEK NİTELİKTE OLMASI (SÖZLEŞME’NİN 20. MADDESİNE GÖRE İADE TALEBİNİN REDDİ)

Sözleşme’nin 20. maddesine göre, çocuğun 12. madde hükümleri uyarınca geri dönmesi, talepte bulunulan devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise reddedilebilir. Madde lafzından anlaşıldığı üzere bu iade ret nedeninde de hâkimin iadeyi reddedip etmeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu madde son derece istisnai bir düzenleme olup, davaya bakan mahkemece resen nazara alınacaktır^[92]. Ancak bu madde, sadece 12. madde hükmüne istinaden çocuğun iadesine karar verildiği hallerde değerlendirilecektir. Yani, 13. madde hükmüne istinaden iade talebine karar verildiği hallerde dikkate alınmayacaktır.

[87] **Bozdağ**, s. 104-105.

[88] **Schuz**, s. 778.

[89] TMK m. 6’ya göre, “*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*”.

[90] Buna göre, iade talebinde bulunulan adli ve idari makamların, müracaat tarihinden itibaren 6 hafta içinde karar vermesi beklenmektedir.

[91] **Giray**, s. 195.

[92] **Giray**, s. 186.

Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında istisnai nitelikte olan bu hükmün ne şekilde kaleme alınacağı tartışılmıştır^[93]. Kamu düzeni kriterine^[94] birçok devlet olumsuz bakmıştır^[95]. Kamu düzeni kriteri kabul edilmiş olsaydı, Sözleşme'nin uygulanması konusunda geniş bir istisna tanınmış ve Sözleşme'de öngörülen amacın gerçekleştirilmesinin önüne geçilmiş olacaktı. Birbirinden farklı hukuk sistemlerine sahip devletlerin “kamu düzeni” istisnası çerçevesinde sözleşmeyi farklı yorumlaması, Sözleşme'nin uygulanmasında onarılması mümkün olmayan zaafiyetlere sebep olabilecektir^[96]. Ancak kamu düzeni yerine, “temel hak ve hürriyetlere” ilişkin kaydın konulmuş olması hâkimlerin somut olayın esasına daha çok odaklanmalarına sebep olacaktır^[97]. Kamu düzeni'nin alternatifi olarak “insan haklarına ve temel hürriyetlerine ilişkin prensipler” ifadesi Sözleşme uygulaması açısından daha isabetli olmuştur. Nitekim bu ifade, kamu düzeni kavramından daha dardır, bu vesileyle Sözleşme amacına uygun yorumlanabilecektir^[98].

Sözleşme'nin 20. maddesine bakıldığında, iadenin bu madde kapsamında reddedilebilmesi için insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin ihlalin çocuğun iadesi talep edilen devletin güncel mevzuatında var olan düzenlemelerden kaynaklanıyor olması gerekmektedir^[99]. Talepte bulunan devletin iç hukukundaki mevcut düzenlemeler ile iç hukukuna aktardığı ikili ve çok taraflı anlaşmalar, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında çerçeveyi oluşturmaktadır^[100]. Yani, çocuğun iadesinin talep edildiği tarih

[93] Köseoğlu, s. 28.

[94] 10.02.2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda kamu düzeni kavramı Türk Hukuku kapsamında tanımlanmıştır. Bu karara göre kamu düzenine aykırılık, “*Türk Hukuku'nun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir*”. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.02.2012, Resmi Gazete: 20.09.2012-28417.

[95] Beaumont/ McEleavy, s. 170.

[96] Bozdağ, s. 159.

[97] Giray, s. 183-184.

[98] Bozdağ, s. 160.

[99] Bozdağ, s. 161.

[100] Giray, s. 187.

esas alınacak olup, bu tarihte uluslararası hukukta çocuk hukuku alanında, yeni gelişmelerin kaydedilmiş olması, iade hakkında karar verecek olan devlete, çocuğun iadesi durumunu değerlendirirken bu gelişmeleri göz önünde bulundurması yükümlülüğünü yüklemeyecektir^[101].

ABD mahkemesinde görülmüş olan Freier v. Freier davasında^[102], alıkonma tarihinde 4 yaşında olan bir kız çocuğunun mutad meskeni olan İsrail'e iadesi talep edilmiştir. Alıkoyan anne, dava süresince İsrail'de yurt dışına çıkış yasağının bulunmasının m.20 kapsamında değerlendirilmesini ileri sürmüştür. Ancak ABD mahkemesi, bunun bir ara karar niteliğinde olduğunu ve serbest dolaşım hakkına getirilen bir kısıtlama mahiyetinde olmadığını ileri sürerek çocuğun mutad meskeni olan İsrail'e iadesine hükmetmiştir.

Doktrinde Sözleşme'nin 20. maddesinin AİHS' in 8. maddesi ile uyumlu olduğu da ileri sürülmüştür^[103]. Anılan madde hükmüne göre, resmi bir makamın, demokratik bir toplumda aile hayatına müdahale edebilmesi, ancak milli güvenlik, kamu emniyeti, memleketin ekonomik refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilecektir.

Sözleşme'nin 20. maddesinin yorumlanmasında, hukuk sistemleri arasında farklılık, örneğin bazı ülkelerin dini hukuk sistemini kabul etmiş olması, önem taşımayacaktır^[104]. Bu maddenin uygulanmasının mümkün olduğu haller arasında, talepte bulunan devletin köklü bir değişim yaşamış olması ve bunun sonucu olarak insan hakları ve temel hürriyetlerin hiçe sayılması da söz konusu olabilir^[105]. Ancak AİHM içtihatlarına göre savaş hali her zaman insan hakları ve temel hürriyetlerin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir^[106]. Eskinazi and Chelouche v. Turkey^[107] davasına baktığımızda,

[101] **Bozdağ**, s. 161.

[102] <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0133.htm>, (03.04.2018).

[103] **Beaumont/ McEleavy**, s. 174.

[104] **Bozdağ**, s. 161.

[105] **Giray**, s. 186.

[106] **Bozdağ**, s. 164.

[107] <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-77416%22%5D%7D>, (13.03.2019).

hukuka aykırı alıkonmaya konu olan 2000 doğumlu ve Fransız, Türk ve İsrail vatandaşlığına sahip kız çocuğunun alıkonmadan önceki mutad meskeni İsrail'dir. Ancak annesi tarafından babasının rızası dâhilinde 10 gün için Türkiye'ye getirilmiş ve daha sonra iade edilmemiştir. AİHM' in yorumuna göre, çocuk İsrail'de doğmuştur ve İsrail'deki koşullara rağmen senelerce hiçbir sıkıntı yaşamamıştır. Hatta çocuğun İsrail'de yaşayan çocuklardan daha büyük bir tehlike altında bulunmadığı vurgulanmıştır. Yani İsrail'de yaşanan olaylar olağan hale gelmiş ve 20. madde koşulları bu somut olayda oluşmamıştır. Bu davada, AİHM' in de Sözleşme'nin 20. maddesini dar yorumladığı sonucunu çıkarabiliriz.

Sözleşme'nin 20. maddesi kapsamında tartışılması gereken konulardan biri de kadın sünnetidir^[108]. Erkek çocuklar Müslüman ve Yahudi toplumlarında, ailelerinin de rızasıyla küçük yaşlarda, dini gereklilik nedeniyle sünnet ettirilmektedirler^[109]. Erkek çocukların sünnetine engel olunması, bazı ülkelerde sünnetin dini bir gereklilik olmasından ötürü, din ve inanç özgürlüğünün ihlali olarak ele alınabilecektir^[110]. Ancak bazı ülkelerde kadın sünneti de meşrudur. Kadın sünnetinin hukuka aykırılığı tartışmasıdır^[111]. Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi)^[112] 38. maddesine göre kadın sünneti konusunda taraf devletler, sayılan davranışların

[108] Female Genital Mutilation, (FGM).

[109] Sünnetin ceza hukuku bağlamında değerlendirilmesi için bkz. **Nuhoğlu**, Ayşe: Sünnet ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nur Centel' e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi, Yıl: 2013, S. 2, C. 19, s. 211.

[110] **Nuhoğlu**, s. 216.

[111] **Giray**, s. 189.

[112] Sözleşme metni için bkz. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention/Convention%20210%20Turkish.pdf>, (14.05.2019), sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ergüneş Duran**, Ezgi: İstanbul Sözleşmesi'nin İç Hukuk Bakımından İncelenmesi ve Sözleşme'nin Uygulanmasında Kadının Statüsü Genel Müdürlüğünün Rolü, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2014, s.144. Türkiye, Sözleşme'yi 11 Mayıs 2011 tarihinde çekince koymaksızın imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 24 Kasım 2011 tarih ve 6251 sayılı Kanun, 29 Kasım 2011 tarih ve 28127 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun onaya ilişkin 10 Şubat 2012 tarih ve 2012/2816 sayılı Kararı ise, 8 Mart 2012 tarih ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

kasıtlı olarak yapılmasının suç sayılmasını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri almalıdırlar. Buna göre çocuğun iade edileceği ülkede kadın sünneti yaygın şekilde uygulanmakta ise çocuk Sözleşme'nin 20. maddesi kapsamında iade edilmeyecektir. Kadın sünneti konusu bazı durumlarda Sözleşme'nin m.13/1-b hükmü kapsamında değerlendirilebilecekken, m. 20 kapsamında geniş bir koruma sağlanması daha isabetli olmuştur, çünkü her somut olayda çocuk fiziki veya psikolojik bir tehlike yaşamayabilir^[113]. Örneğin tıbbi operasyon oldukça hijyenik şartlar altında yapılabilir ve çocuk geleneklerin etkisinde kalarak kendisini psikolojik olarak bu duruma alıştırmış olabilir. Bu durumda m.13/1-b hükmünün korumasından söz edilmeyecektir, kadın sünneti konusunda m.20'nin koruması daha geniştir^[114]. Çocuğun kadın sünnetinin olduğu bir ülkeye gönderilmesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın^[115] 17. maddesindeki "vücut bütünlüğü" nün korunması" ^[116] hükmüne de aykırılık teşkil edecektir.

Uygulamada 20. madde hükmü genellikle m.13/1-b ile birlikte değerlendirilmektedir, ancak bu iki hüküm birbirinden bağımsızdır, 20. madde hukuki bağlamda değerlendirilmeli, ancak m. 13/1-b ise somut verilere dayanılarak ele alınmalıdır^[117].

[113] **Giray**, s. 189.

[114] **Bozdağ**, s. 163.

[115] Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, Yayımlandığı Resmî Gazete, Tarih: 9.11.1982, Sayı: 17863 (Mükerrer).

[116] Anayasa m. 17/ II: "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz".

[117] **Giray**, s. 190.

SONUÇ

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi bir adli yardımlaşma sözleşmesidir. Sözleşme'yle amaçlanan çocuğun mümkün olan en kısa sürede mutad meskenine iadesidir, çünkü mevcut statükonun korunması ve çocuğun üstün yararı bunu gerektirmektedir. Ancak bazı durumlarda çocuğun iadesi çocuğun menfaatine olmayabilir, Sözleşme'de bu tür durumların göz önünde bulundurulabilmesi için iade ret sebeplerine yer verilmiştir. Bu sebeplere yer verilmemiş olsaydı AİHS m.6'ya aykırılık iddiaları gündeme gelebilecekti.

Sözleşme'nin 12, 13 ve 20. maddelerinde bu sebepler düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 13. maddesine göre, hukuka aykırı olarak yer değiştirmeye veya alıkoymaya izin veya icazet verilmesi veya koruma hakkının etkin bir şekilde kullanılmaması hâlleri iade ret sebepleridir. Burada madde lafzından anlaşıldığı üzere, talep edilen devletin adli veya idari makamının, çocuğun iadesine karar verme zorunluluğu bulunmamaktadır. İzin ve icazetin tespiti zordur, çünkü boşanan eşler birbirlerinden intikam almak amacıyla çocuklarını kullanabilmekte ve bu vesileyle iade talep eden ebeveyn daha önce verdiği izni inkâr edebilmektedir.

Sözleşme'nin 13. maddesinin 2. fıkrasına göre, adli veya idari makam çocuğun geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse geri dönmesini emretmeyi reddedebilir. Bu maddenin uygulanmasında, hangi yaştaki çocuğun görüşünün dikkate alınacağı konusunda herhangi bir veri bulunmadığından, ülkelerin bu konuda uygulamaları birbirinden farklılaşabilmektedir. Hatta bazı ülkelerde m.13/2 ayrı bir iade ret nedeni olarak ele alınmayıp m.13/1-b ile birlikte değerlendirilmektedir.

Sözleşme'nin 12. maddesine göre, bir yıllık iade süresi geçmişse, mahkeme çocuğun hukuka aykırı olarak kaçırıldığı veya alıkonduğu yere intibak edip etmemiş olduğunu araştırmalıdır. 1 yıllık sürenin başlama ve bitiş tarihlerinin farklı yorumlanması uygulamada sıkıntılara sebep olmaktadır. Madde lafzından anlaşıldığı üzere bu tarihin başlaması kaçırılma veya alıkonma tarihi olup, bitiş de merkezi makama değil de adli veya idari makamlara başvuru anıdır. Hukuka aykırı olarak kaçırılan veya alıkoyma ebeveyn bu süreyi geçirebilmek amacıyla çocuğu saklayabilecektir ancak esas olan çocuğun

intibakıdır. Gizlenme saikiyle çocuk kaçırıldığı yerdeki sosyal çevresine entegre olamamışsa iadesi mümkündür.

Sözleşme'nin 20. maddesine göre, çocuğun 12. madde hükümlerince geri dönmesi talepte bulunulan devletin insan haklarının korunması ve temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyor ise reddedilebilir. Bu madde kamu düzeni müdahalesine alternatif olarak kabul edilmiştir. Kamu düzeni müdahalesi kabul edilmiş olsaydı, Sözleşme ölü bir belge haline gelebilecekti. Ayrıca burada dikkate alınması gereken, uluslararası hukuktaki gelişmeler değil, talepte bulunulan devletin mevzuatı ve taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerdir.

İade ret sebeplerine baktığımızda mahkemeye takdir yetkisi verilmiştir. Kanaatimizce burada Sözleşme'nin amacı ve çocuğun yüksek menfaati doğrultusunda bu yetki kullanılmalıdır. İade ret sebepleri kural değil istisnai niteliktedirler dolayısıyla dar yoruma tabi tutulmalıdırlar.

KAYNAKÇA

Beaumont, Paul R. /McEleavy, PETER E.: The Hague Convention on International Child Abduction, (ed.) P. B. Carter QC, Oxford Monographs in Private International Law, Oxford University Press, New York 1999.

Bozdağ, Gonca Gülfem: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri, Yetkin, Ankara 2014.

Duran Ergüneş, Ezgi: İstanbul Sözleşmesi'nin İç Hukuk Bakımından İncelenmesi ve Sözleşme'nin Uygulanmasında Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün Rolü, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2014.

Erdem, Bahadır: Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, 1980 tarihli LaHey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, Ankara 22-23 Şubat 2013.

Erdem, Bahadır: Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2015, C. 35, S.2, ss. 147-171.

Giray, Faruk Kerem: Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, Beta, İstanbul 2010.

Greene, Anastacia M.: Seen And Not Heard?: Children 's Objections Under The Hague Convention On International Child Abduction, University of Miami International and Comparative Law Review, Fall 2005, Vol. 13, ss. 105-162.

Guide sur L'Article 6 de la Convention Européenne des Droit de L'Homme, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf.

Bozdağ, s. 99.

Helzick, Cathy S.: Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction, Boston University International Law Journal, 1987, Vol. 5.

Kenworthy, Brian S.: The UN-Common Law: Emerging Differences Between The United States And The United Kingdom on The Children's Rights Aspects of The Hague Convention on International Child Abduction,

Indiana International Law and Comparative Law Review, 2002, Vol. 12, ss. 329-363.

Köseoğlu, Bilal: Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları, TBB, Ankara 2007.

Lewis, Jeanine: The Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity, The Transnational Lawyer, 2000, Vol. 13, ss. 392-451.

Mole, Nuala/Harby, Catharina: Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Kitapçıkları No. 3 S. 7 (AİHS m.6'nın Uygulanmasına İlişkin Kılavuz).

Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta, 2017.

Nuhoğlu, Ayşe: Sünnet ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi, Özel Sayı, 2013, C. 19, S. 2, ss. 211-221.

Oba, Meltem Ece: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Aile Hakkına Saygı ve Çocuğun Üstün Menfaatinin Korunması- Marcus Frank Cerny Başvurusu Üzerinden Bir İnceleme, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/09/Meltem-Ece-Oba-Uluslararası%20C4%B1-C%CC%A7ocuk-Kaç%CC%A7%20C4%B1rman%20C4%B1n-Hukuki-Vec%CC%A7helerine-Dair-Lahey-So%CC%88zles%CC%A7mesi-ve-Marcus-Frank-Cerny-Karar%20C4%B1-kapsam%20C4%B1nda-deg%CC%86erlendirme.pdf>.

Öner Nebioğlu, Şebnem: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, S. 115, ss. 477-516.

Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, 1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, 22-23 Şubat 2013, Ankara, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/yayinlarimiz/laheycocuksemineri.pdf>, (29.04.2017).

Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Schuz, Rhona: The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 44 199, ss. 771-802.

1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair
La Haye Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun İradesinin Reddi Sebepleri

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat, İstanbul 2018.

Takcı, Tuğçe: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2014, S. 19, ss. 1039- 1078.

Vitkauskas, Dovydas/ Dikov, Grigoriy: Protecting the Right to a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights, Strasbourg 2012.

Yücel, Özge: Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2013, C. 1, S. 2, ss. 117-137.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.hcch.net

www.uhdigm.adalet.gov.tr

www.incadat.com



RUSYA FEDERASYONU YARGI SİSTEMİ*

Cavid ABDULLAHZADE**
Emin HÜSEYİNOĞLU***
Murat ERDEM****

ORCID ID (1. Yazar): <http://orcid.org/0000-0002-0798-4714>

ORCID ID (2. Yazar): <http://orcid.org/0000-0002-4196-2295>

ORCID ID (3. Yazar): <http://orcid.org/0000-0002-7285-270X>

DOI: 10.30915/abd.647455

Makalenin Geldiği Tarih: 28.01.2019 **Kabul Tarihi:** 09.09.2019

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

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

*** Dr. Öğr. Üyesi, Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.

**** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ÖZ

Rusya Federasyonu'nun yargı sistemi, temel olarak Rusya Federasyonu Anayasası'nda ve Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun'da düzenlenmiştir. Günümüzde, Rusya Federasyonu yargı sistemi, Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme, genel yetkili federal mahkemeler, federe birimler anayasa (kurucu belge) mahkemeleri ve federe birimlerin sulh mahkemelerinden oluşmaktadır. Bu anlamda, Rusya Federasyonu yargı sistemi kendine özgü özellikler taşımaktadır. Çalışmanın amacı, sistemin yapısı ve işleyişi hakkında bilgilendirme ve Rusya Federasyonu yargısına ilişkin yapılacak akademik çalışmalara kaynak sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Rusya Federasyonu yargı sistemi, mahkemeler, yargılama hukuku, yargılamaya katılan sùjeler, mahkemedışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri.

THE JUDICIAL SYSTEM
OF THE
RUSSIAN FEDERATION

ABSTRACT

The judicial system of the Russian Federation is established by the Constitution of the Russian Federation and the Federal Constitutional Law On the Judicial System of the Russian Federation. Currently, Russia's judicial system is composed of the Constitutional Court of the Russian Federation, the Supreme Court of the Russian Federation, federal courts of general jurisdiction, constitutional (charter) courts and justices of the peace of constituent entities of the Russian Federation. In this sense, like its administrative structure, the judicial system of the Russian Federation has its own characteristics. The aim of the paper is to inform about the structure and functioning of the system and to provide a source for academic studies on the Russian Federation.

Keywords: Russian Federation, judicial system, courts, procedural law, people who participated in the proceedings, alternative dispute resolutions.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu, yüzölçümü itibariyle dünyanın en büyük kara ülkesi olan Rusya Federasyonu'nun yargı sisteminin yapısı, işleyişi ve özellikleri oluşturmaktadır. Rusya Federasyonu'nun yargı sistemi esas olarak Rusya Federasyonu Anayasası, Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun ve diğer ilgili kanunlarda düzenlenmiştir. Özellikle Rusya Federasyonu Anayasası'nın^[1] 118 ila 129. maddeleri arasında "Yargı Erki" başlığı altında temel ilkelere yer verilmiştir. Rusya Federasyonu Anayasası'nın 118. maddesine göre, "1. Rusya Federasyonunda adalet sadece mahkemeler tarafından gerçekleştirilir. 2. Yargı erki anayasal, medeni, idari ve cezai yargı aracılığıyla gerçekleştirilir. 3. Rusya Federasyonu'nun yargı sistemi, Rusya Federasyonu Anayasası ve federal anayasal kanunla belirlenir. Olağanüstü mahkemelerin kurulmasına izin verilmez".

Anayasa'nın ilgili bölümünde ayrıca hâkim olmanın asgari şartları, hâkimlerin azlolunamayacağı, hâkimlerin bağımsızlığı ve dokunulmazlığı, kanunların düzenleyici işlemlere üstünlüğü, duruşmaların aleniliği, çelişme yöntemi ilkesi, bazı davaların jüri katılımıyla gerçekleştirilebileceği, mahkemelerin finansmanının sadece Federal bütçeden sağlanması gerektiği, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin yapısı ve görevleri, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin görevleri, hâkim ve savcıların atanması ile ilgili önemli hükümler bulunmaktadır.

Rusya Federasyonu Anayasası ve ilgili kanunlar çerçevesinde yaptığımız akademik çalışmada amaç, Rusya Federasyonu'nun yargı sistemi ve işleyişi hakkında temel bilgileri vermektir. Unutmamak gerekir ki, kendine özgü federal bir yapıya sahip olan Rusya Federasyonu'nun yargı sistemi de kendine özgü özellikler arz etmektedir. Bu anlamda asıl amaç, sistemin yapısını ve işleyişini ana hatları ile ortaya koymaktır. Bu amaç doğrultusunda makale de öncelikle Rusya Federasyonu'nun yargı örgütü ele alınacaktır. Daha sonra yargının işleyişi ile ilgili anayasal ilkeler ve muhakeme kuralları incelenecektir. Ardından yargılama sürecinde yer alanlar, son olarak da mahkemedışı çözüm yöntemlerine ana başlıklar halinde değinilecektir.

[1] 12.12.1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/, Erişim Tarihi: 07.11.2018.

I. RUSYA FEDERASYONU YARGI ÖRGÜTÜ

Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun'un 4. maddesine göre Rusya Federasyonu'nda aşağıdaki mahkemeler faaliyet göstermektedirler:

1. Rusya Federasyonu Federal Mahkemeleri

- a. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi
- b. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi
- c. Federal Genel Yargı Mahkemeleri
 - aa. Bölge mahkemeleri^[2] (Cumhuriyetlerin yüksek mahkemeleri, eyalet, bölge mahkemeleri, federal düzeydeki şehir mahkemeleri, otonom bölge ve otonom okrug mahkemeleri)
 - bb. İlçe Mahkemeleri
 - cc. Askeri Mahkemeler
 - dd. İhtisas Mahkemeleri
- d. Federal Ticaret Mahkemeleri
 - aa. Bölge Ticaret Mahkemeleri
 - bb. İstinaf Ticaret Mahkemeleri
 - cc. Rusya Federasyonu Federe Birim Ticaret Mahkemeleri
 - dd. İhtisas Ticaret Mahkemeleri

2. Federe Birim Mahkemeleri

- a. Anayasa (Kurucu Belge) Mahkemeleri
- b. Genel Yetkili Sulh Mahkemeleri

[2] Cumhuriyetlerin yüksek mahkemeleri, eyalet, bölge mahkemeleri, federal nitelikteki şehir mahkemeleri, otonom bölge mahkemeleri, otonom okrug mahkemeleri; Rusya Federasyonu doktrin ve uygulamasında “*bölge veya buna eşdeğer mahkemeler*”, “*bölge mahkemeleri*”, “*orta derece mahkemeler*” veya “*federe birim mahkemeleri*” olarak da adlandırılmaktadır. Çalışmamızda adı geçen mahkemeleri ifade etmek amacıyla “*bölge mahkemeleri*” kavramının kullanılması uygun görülmüştür.

TABLO

ANAYASA MAHKEMESİ	RUSYA FEDERASYONU YÜKSEK MAHKEMESİ		
	<i>(Hukuk-Ceza-İdari Dava Kurulu)</i>	<i>(Askeri Dava Kurulu)</i>	<i>(Ticari Uyuşmazlıklar Dava Kurulu)</i>
Federe Birim Anayasa (Kurucu Belge) Mahkemesi	Bölge Mahkemesi	Bölge Askeri Mahkemesi	Bölge Ticaret Mahkemesi
	İlçe Mahkemesi	Garnizon Askeri Mahkemesi	İstinaf Ticaret Mahkemesi
	Sulh Mahkemesi		Federe Birim Ticaret Mahkemesi

Federal anayasal kanun, federal ve federe birim mahkemeleri şeklinde genel bir ayırım yapmakla birlikte Rusya Federasyonu'nun yargı örgütünü tam olarak anlayabilmek için bütüncül bir yaklaşımdan hareket edilmesi daha doğru olacaktır. Bu nedenle ilk önce yüksek mahkemeler olan Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi ve Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, sonra genel yetkili yargı mahkemeleri, bu çerçevede adli mahkemeler, idari ve askeri mahkemeler, sonrasında ise özel olarak ticaret mahkemeleri ele alınacaktır.

A. ANAYASA MAHKEMESİ

1. Federe Birim Anayasa (Kurucu Belge) Mahkemesi

Rusya Federasyonu'nda federe birimlerin hukuki yapısı farklılık arz etmektedir^[3]. Bunlar Milli Cumhuriyetler, eyalet şeklindeki idari birimler, bölge ve okrug şeklindeki azınlık halklarının oluşturduğu otonom oluşumlar ile Moskova ve Sankt-Peterburg şeklindeki özerk şehirlerdir^[4]. Rusya Federasyonu bünyesinde yer alan federe cumhuriyetlerin kendi anayasaları, diğer federe birimlerin ise kurucu belgeleri (ustav) bulunmaktadır^[5].

[3] Federe birimlerin hukuki yapısı konusunda bkz. KOZLOVA, E.İ./KUTAFİN, O.E., Konstitusionnoye Pravo Rossii (Rusya Anayasa Hukuku), İzdatelstvo YURİST, Moskova 1995, s. 262-290.

[4] KOZLOV, Y. / OVSYANKO, D. / POPOV, L., Administrativnoye Pravo (İdare Hukuku), Uçebnik (Ders Kitabı), İzdatelstvo YURİST, Moskva 2004, s.172.

[5] ASKER, A., Rusya Federasyonu Anayasasında Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Erki Üzerine Bazı Notlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, s.1122.

Rusya Federasyonu'na dâhil federe birimlerin kanunlarının, federe yürütme organı veya yerel yönetimlerinin düzenleyici işlemlerinin Rusya Federasyonu federe birim anayasasına (veya kurucu belgeye) uygunluğunun incelenmesi, ayrıca Rusya Federasyonu federe birim anayasasının yorumlanması amacıyla Rusya Federasyonu federe birimleri tarafından Federe Birim Anayasa (Kurucu Belge) Mahkemesi oluşturulabilir (YSHK m.27/1). Ancak her federe birimde Anayasa (Kurucu Belge) Mahkemesi'nin kurulması şart değildir. Rusya Federasyonu Federe Birim Anayasa (Kurucu Belge) Mahkemesi'nin finansmanı, ilgili federe birimin kendi bütçesi tarafından karşılanır (YSHK m.27/2).

Bu mahkemelerin yapısı ve çalışma usulü her federe birimde farklılık göstermektedir^[6]. Rusya Federasyonu federe birim Anayasa (Kurucu Belge) Mahkemesi, kendi görev alanına giren uyuşmazlıkları ilgili federe birimin kanununda belirlenen yöntemle çözer (YSHK m.27/3). Rusya Federasyonu federe birim Anayasa (Kurucu Belge) Mahkemesinin doğrudan kendi görev alanı içinde olan işlerde verdiği kararlar başka bir mahkeme tarafından tekrar incelenemez (YSHK m.27/4).

2. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi federal düzeyde anayasal denetimin yargı organı olup, anayasa yargısı aracılığıyla tarafsız ve bağımsız yargı denetimi gerçekleştirir (YSHK^[7] m.18/1). Anayasa Mahkemesi kararları Rusya Federasyonu sınırlarında devletin bütün yasama, yürütme ve adli organları, yerel yönetim organları, kurum, kuruluş, organizasyon, görevli kişi, vatandaş ve onların birlikleri için bağlayıcıdır (AYMHK^[8] m.6).

-
- [6] Bkz. BAGLAY, M. V., Konstitusionnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Anayasa Hukuku), Uçebnik Dlya Vuuzov (Yükseköğretim Ders Kitabı), NORMA, Moskova 1999, s. 631.
- [7] 31.12.1996 tarih ve 1-FK3 sayılı Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_12834, Erişim Tarihi: 11.07.2018.
- [8] 21.07.1994 tarih ve 1-FK3 sayılı Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_4172/#dst0, Erişim Tarihi: 18.03.2018.

a. Oluşumu

Anayasa Mahkemesi üyeleri, Devlet Başkanı'nın önerisi üzerine Federasyon Konseyi tarafından göreve atanırlar (ANY m.125/1; AYMHK m.4/1). 40 yaşını doldurmuş, hukuk lisans eğitimi almış, hukuk mesleğinde en az 15 yıl çalışmış ve hukuk alanında başarılı, tanınmış, yüksek niteliklere sahip olan her Rusya Federasyonu vatandaşı Anayasa Mahkemesi hâkimi olarak atanabilir (AYMHK m.8). Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin görev sürelerinde bir süre sınırlaması yoktur. Ancak Anayasa Mahkemesi Başkanı hariç, 70 yaşını doldurmuş olan hâkimin görev süresi kendiliğinden sona erer (AYMHK m.12).

Anayasa Mahkemesi 19 hâkimden oluşmaktadır. Anayasa Mahkemesi Başkanı, Anayasa Mahkemesi hâkimleri arasından 6 yıllık süre için Devlet Başkanı'nın teklifi üzerine Federasyon Konseyi tarafından atanır. Anayasa Mahkemesi'nde aynı yöntemle atanan iki adet Başkan Vekili de bulunmaktadır. Görev süresi biten Başkan ve Başkan Vekillerinin yeniden atanabilmeleri mümkündür (AYMHK m.23).

b. Görevleri

aa. Norm Denetimi Görevi

Federal Anayasa Mahkemesi'nin temel görevi bazı normların Rusya Federasyonu Anayasasına uygunluğunu denetlemektir. Buna göre Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi;

1) Federal kanunların ile Devlet Başkanı'nın^[9], Federasyon Konseyi'nin, Devlet Duması'nın ve Rusya Federasyonu Hükümeti'nin düzenleyici işlemlerinin^[10],

[9] Devlet Başkanının işlemlerinden düzenleyici işlem niteliğinde olanlar “Devlet Başkanı Kararnamesi”, düzenleyici işlem niteliğinde olmayanlar ise “Devlet Başkanı Talimatları” adı altında çıkarılmaktadırlar (TİHOMİROVA, L. / TİHOMİROV, M., Yuridiçeskaya Ensiklopediya (Hukuk Ansiklopedisi), Moskva 2002, İzdaniye YURİNFORMSENTR, s.687).

[10] Rusya Federasyonu Hükümetinin işlemlerinden düzenleyici işlem niteliğinde olanlar “Rusya Federasyonu Hükümeti Kararnamesi”, düzenleyici işlem niteliğinde olmayanlar ise “Rusya Federasyonu Hükümeti Talimatları” adı altında çıkarılmaktadırlar (GABRİÇİDZE, B./ÇERNYAVSKİY, A, Organı Gosudarstvennoy Vlasti Sovremennoy Rossii (Çağdaş Rusya'nın Devlet Erki Organları), İzdatelstvo DAŞKOV i K, Moskva 2003, s. 204).

2) Federe birimler Anayasa ve Kurucu Belgeleri, ayrıca yürütülmesi Rusya Federasyonu devlet organlarının veya Rusya Federasyonu devlet organları ile Rusya Federasyonu federe birim devlet organlarının ortak yetki alanında olan konularında çıkarılan Rusya Federasyonu federe birimlerinin kanun ve diğer düzenleyici işlemlerinin,

3) Rusya Federasyonu devlet organları ile Rusya Federasyonu federe birim devlet organları arasındaki anlaşmaların ve Rusya Federasyonu federe birim devlet organlarının kendi aralarındaki anlaşmaların,

4) Henüz yürürlüğe girmemiş olan Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası antlaşmaların,

Rusya Federasyonu Anayasası'na uygunluğunu denetler (ANY m.125/2; AYMHK m.3/1):

bb. Uyuşmazlık Mahkemesi Görevi

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin bir diğer görevi, bazı devlet organları arasındaki yetki uyuşmazlıklarını çözmektir. Anayasa Mahkemesi; devletin federal organları arasında, Rusya Federasyonu federal devlet organları ile Rusya Federasyonu federe birim devlet organları arasında ve Rusya Federasyonu federe birim yüksek devlet organlarının kendi arasında ortaya çıkan yetki uyuşmazlıklarını çözer (ANY m.125/3; AYMHK m.3/2).

cc. İnsan Haklarını Koruma Görevi

Anayasa Mahkemesi, vatandaşların anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlaline yönelik bireysel şikâyetlerin veya mahkemelerin başvurusu üzerine somut davada uygulanacak kanunun Rusya Federasyonu Anayasası'na uygunluğunu denetler (ANY m.125/4; AYMHK m.3/3, 3/3.1).

Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası antlaşma gereğince insan hak ve özgürlüklerinin ihlali nedeniyle Rusya Federasyonu aleyhine uluslararası organa yapılan şikâyetlerde, Rusya Federasyonu'nun menfaatini koruma konusunda görevli federal yürütme organının başvurusu üzerine insan hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla ilgili uluslararası organın kararlarının iç hukukta uygulanabilirliğine ilişkin sorunu da çözer (AYMHK m.3/3.2).

dd. Diğer Görevleri

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda sayılanlar dışında;

- Anayasayı yorumlama,

- Vatana ihanet veya diğer ağır suç işlediği iddiasıyla Devlet Başkanı'na yönelik ithamın usulüne uygun olup olmadığı hakkında görüş bildirme,

- Yetkili olduğu konularda kanun önerisi sunma gibi farklı görevleri de bulunmaktadır (ANY m.125/5, m.125/7; AYMHK m.3/4, m.3/5, m.3/6).

B. RUSYA FEDERASYONU YÜKSEK MAHKEMESİ

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi; hukuki, ticari, cezai, idari ve diğer tüm davalar açısından en yüksek yargı organıdır (YSHK m.19/1; YMHK^[11] m.2/1). Yüksek Mahkeme, bazı idari ve hukuki davalarda ilk derece mahkemesi görevi de yapmakla birlikte, esas olarak federal kanunlarda belirtilen usulde hukuki, ticari, cezai, idari ve diğer davalarda istinaf, temyiz ve karar düzeltme (nadzor) mahkemesi sıfatıyla Rusya Federasyonu'ndaki tüm mahkeme faaliyetlerini denetlemektedir (YMHK m.2/2).

1. Oluşumu

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin hâkimleri, Devlet Başkanı'nın teklifi üzerine Federal Meclisin Federasyon Konseyi tarafından göreve atanırlar (YMHK m.4/1). Yüksek Mahkeme 170 hâkimden oluşmaktadır. Yüksek Mahkemenin; Genel Kurul (Plenum), Başkanlık Divanı, İstinaf Kurulu, Dava Kurulları ve Disiplin Kurulu şeklinde değişik organları bulunmaktadır (YMHK m.3/1, m.3/2).

a. Yüksek Mahkeme Başkanı ve Başkan Vekilleri

Yüksek Mahkeme Başkanı, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın teklifi ve Yüksek Hâkimler Kurulu'nun olumlu görüşü üzerine Federal Meclisin Federasyon Konseyi tarafından altı (6) yıl için göreve atanır. Süresi biten kişi aynı göreve tekrar atanabilir (YMHK m.12/1, m.12/2)

[11] 05.02.2014 tarih ve 3-FK3 sayılı Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_158641/#dst0, Erişim Tarihi: 15.03.2018.

Yüksek Mahkeme Birinci Başkan Vekili ve dava kurullarının başkanı olan Yüksek Mahkeme Başkan Vekilleri; Yüksek Mahkeme Başkanı'nın önerdiği kişiler arasından Devlet Başkanı'nın teklifi, Hâkimler Yüksek Kurulunun olumlu görüşü üzerine Federal Meclisin Federasyon Konseyi tarafından yine altı (6) yıl süre ile göreve atanırlar. Süresi biten kişi aynı göreve tekrar atanabilir (YMHK m.13/1, m.13/2).

b. Dava Kurulları

Dava kurulları, dava kurullarının başkanı olan Yüksek Mahkeme Başkan Vekilleri ve bu kurulun diğer hâkimlerinden oluşur (YMHK m.9/1). Yüksek Mahkemenin; idari dava kurulu, hukuk dava kurulu, ceza dava kurulu, ekonomik uyuşmazlıklar kurulu ve askeri dava kurulu bulunmaktadır (YMHK m.3/2).

Daireler, dava kurullarında görev yapan hâkimler arasından oluşturulur. Dairelerin yapısı, 3 yıl süreliğine Yüksek Mahkeme Başkanı tarafından belirlenir. Dairelere, Yüksek Mahkeme Başkanı'nın 3 yıl süre için belirlediği birer hâkim başkanlık eder. Süresi biten daire başkanı aynı göreve tekrar atanabilir (YMHK m.9/3, m.9/4, m.9/5).

İlk derece mahkemesi olarak Yüksek Mahkeme'nin görev alanında sayılan davalar, dava kurullarında görülür. Dava kurulları, ayrıca usul kanunlarına uygun şekilde istinaf ve temyiz mahkemesi olarak da görev yaparlar (YMHK m.10).

c. Disiplin Kurulu

Yüksek Mahkeme Disiplin Kurulu, yargısal görev yapan bir dava kurulu niteliğindedir (YMHK m.3/2/9). Disiplin Kurulu, Rusya Federasyonu Yüksek Hâkimler Kurulunun ve Rusya Federasyonu federe birimler hâkimler kurulunun, hâkimler hakkında vermiş olduğu disiplin cezalarına ve terfi işlemlerine yönelik kararlarına karşı itirazları incelemekle görevlidir (YMHK m.11/1).

Disiplin Kurulu Başkanı, Yüksek Mahkeme Başkanı'nın kendisidir. Bunun dışında disiplin kurulunda, Yüksek Mahkeme Başkanı'nın teklifi üzerine Yüksek Mahkeme Genel Kurulu tarafından 3 yıl süre için seçilen Yüksek Mahkeme'nin 6 hâkimi bulunur (YMHK m.11/2).

d. İstinaf Kurulu

İstinaf Kurulu; Yüksek Mahkeme Genel Kurulu tarafından, yüksek mahkeme hâkimleri arasından beş yıllık süre için seçilen Başkan, Başkan Vekili ve 10 hâkimden oluşmaktadır (YMHK m.8/1). İstinaf Kurulu da, dava kurulu niteliğindedir (YMHK m.3/2/3).

İstinaf Kurulu'nun temel görevi, Yüksek Mahkeme dava kurullarının ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını karara bağlamaktır (YMHK m.8/2/1).

e. Başkanlık Divanı

Yüksek Mahkeme Başkanlık Divanı; Yüksek Mahkeme Başkanı, Yüksek Mahkeme Başkan Vekilleri ve bir kısım Yüksek Mahkeme hâkimlerinden oluşmaktadır. Yüksek Mahkeme Başkanı ve Başkan Vekilleri, Başkanlık Divanı'nın doğal üyeleridir Başkanlık Divanı'nda görev yapacak diğer Yüksek Mahkeme hâkimleri, Yüksek Mahkeme Başkanı'nun teklifi ettiği kişiler arasından Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nun teklifi, Hâkimler Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü ve Federasyon Konseyi'nin onayı ile belirlenir (YMHK m.6/1, m.6/2, m.6/3). Başkanlık Divanı, toplam 13 hâkimden oluşur (YMİÇT^[12] m.3.2/1)

Başkanlık Divanı'nın temel görevi, içtihat birliği ve hukuka uygunluğu sağlamak amacıyla kesinleşmiş mahkeme kararlarını karar düzeltme (nadzor) yoluyla incelemektir (YMHK m.7/1).

Bunun dışında Başkanlık Divanı'nın; dava kurulları arasındaki koordinasyonu sağlama, Yüksek Mahkeme hâkimlerinin mal beyanlarını kontrol etme yöntemini belirleme gibi idari görevleri de bulunmaktadır (YMHK m.7/3, m.7/4).

f. Genel Kurul

Yüksek Mahkeme Genel Kurulu; Yüksek Mahkeme Başkanı, Yüksek Mahkeme Birinci Başkan Vekili, dava kurulları başkanları olan Yüksek Mahkeme Başkan Vekillerinden ve Yüksek Mahkeme hâkimlerinden oluşur (YMHK m.5/1).

[12] 07.08.2014 tarih ve 2 sayılı Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi İçtüzüğü, http://www.supcourt.ru/about/info/documents_regulations/15366/, Erişim Tarihi: 11.07.2018.

Davet edilmeleri halinde, Genel Kurul oturumlarına Anayasa Mahkemesi Başkanı, Rusya Federasyonu Başsavcısı, Adalet Bakanı, Yardımcıları, Anayasa Mahkemesi hâkimleri, diğer mahkeme hâkimleri ve diğer kişiler de katılma hakkına sahiptirler (YMHK m.5/2).

Yüksek Mahkeme Genel Kurulu'nun genel mahkemelere açıklama yapma, görev alanıyla ilgili olarak kanun önerisi sunma, içtüzük çıkarma, seçim gibi yargısal ve idari görevleri bulunmaktadır (YMHK m.5/3).

Genel Kurul kararları, Yüksek Mahkeme'nin resmi internet sitesinde "Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Bülteni" bölümünde yayınlanır (YMİÇT m.3.1.1).

2. Yüksek Mahkeme'nin Görevleri

a. İlk Derece Mahkemesi Görevi

aa. İdari Davalar

Yüksek Mahkemenin ilk derece mahkemesi olarak baktığı idari davaların bir kısmı şunlardır (YMHK m.2/4):

1) Devlet Başkanı'nın, Hükümetin, federal yürütme organlarının, Başsavcılığın, Soruşturma Komitesinin, Merkez Bankasının, Merkez Seçim Komisyonunun, devlet bütçe dışı fonlarının, emeklilik fonunun, sosyal sigorta fonunun, federal zorunlu tıbbi sigorta fonunun ve kamu kuruluşlarının düzenleyici işlemlerinin iptali davaları,

2) Federal yürütme organlarının, diğer federal devlet organlarının, Merkez Bankasının, devlet bütçe dışı fonlarının, emeklilik fonunun, sosyal sigorta fonunun, federal zorunlu tıbbi sigorta fonunun mevzuatı açıklayan ve düzenleyici işlem özelliği taşıyan işlemlerinin iptali davaları,

3) Devlet Başkanı'nın, Federasyonu Konseyinin, Devlet Dumasının, Hükümetin, Rusya Federasyonunda Gerçekleştirilen Yabancı Yatırımların Denetimi Konusunda Hükümet Konseyinin bireysel işlemlerinin iptali davaları,

4) Savunma Bakanlığının, federal kanunla askeri hizmet konusunda yetkilendirilen diğer federal yürütme organlarının asker kişiler ile askeri eğitimden geçen vatandaşların hak, özgürlük ve hukuki menfaatleriyle ilgili bireysel işlemlerinin iptali davaları,

5) Başsavcılığın, soruşturma komitesinin askeri savcılık organında ve soruşturma komitesinin askeri soruşturma organlarında görev yapan asker kişilerin hak, özgürlük ve hukuki menfaatleriyle ilgili bireysel işlemlerinin iptali davaları,

6) Hâkimler Yüksek Kurulu ile Rusya Federasyonu ilgili federe birim hâkimler kurulunun hâkimler hakkında verdikleri ihraç veya uzaklaştırma, istifalarının geri çevrilmesi veya ertelenmesi ve diğer bazı kararlarına karşı açılan iptal davalarıdır.

Söz konusu her bir dava, konusuna göre İdari Dava Kurulu, Askeri Dava Kurulu veya Disiplin Kurulu'nda görülür.

bb. Hukuk Davaları

Yüksek Mahkeme, devletin federal organları ile federe birimlerinin organları arasında ve yüksek devlet organları arasında ortaya çıkan ekonomik uyuşmazlıklardan doğan davalarda Hukuk Dava Kurulu, ilk derece mahkemesi sıfatıyla görev yapar (YMHK m.2/5).

b. İstinaf Görevi

Gerek idari davalarda gerekse hukuk ve ceza davalarında bölge mahkemelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararlara karşı Yüksek Mahkemeye istinaf başvurusu yapılabilir. İlgili istinaf başvurusunu, konusuna göre Hukuk Dava Kurulu, İdari Dava Kurulu veya Ceza Dava Kurulu inceler. Yine bölge askeri mahkemelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdikleri kararlara karşı Yüksek Mahkeme'ye istinaf başvurusu yapılabilir. Bu başvuru ise Askeri Dava Kurulu inceler (HMK m.320.1/3; İMK m.296/2,3; CMK m.389.3/2/4).

Yüksek Mahkeme Hukuk Dava Kurulu, Ceza Dava Kurulu, İdari Dava Kurulu, Askeri Dava Kurulu'nun veya Disiplin Kurulu'nun ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı da istinaf yoluna başvurulabilir. Bu başvuruları ise Yüksek Mahkeme İstinaf Kurulu karara bağlar (YMHK m.8/2/1; HMK m.320.1/4; İMK m.296/2; CMK m.389.3/2/5).

Ticari davalar açısından Yüksek Mahkeme'nin istinaf görevi bulunmamaktadır.

c. Temyiz Görevi

Bölge mahkemeleri başkanlık divanlarında temyiz edilerek kesinleşen sulh, ilçe ve bölge mahkemesi kararları ile Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nde istinaf edilmemiş olan bölge mahkemesi kararları ve bölge mahkemeleri başkanlık divanının kararlarına karşı Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ne temyiz başvurusu yapılabilir. Bu başvuru, konusuna göre ilgili dava kurulunda incelenir (CMK m.401.3/2/2; İMK m.319/2/3; HMK m.377/2/3). Söz konusu başvuru, ikinci temyiz başvurusu olarak adlandırılabilir.

Bölge Askeri Mahkemesi Başkanlık Divanı'nda temyiz edilmiş olan garnizon askeri mahkemesi kararları, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesinde istinaf edilmemiş olan bölge askeri mahkemesi kararları ve bölge askeri mahkemesi başkanlık divanı kararlarına karşı Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Askeri Dava Kurulu'na temyiz başvurusu yapılabilir (ASMHK m.9/5; CMK m.401.3/2/5; İMK m.319/2/4; HMK m.377/2/4). Bu başvuru da, bir anlamda ikinci temyiz başvurusu niteliğindedir.

Federe birim ticaret mahkemelerinin, istinaf ticaret mahkemelerinin, ilk derece mahkemesi olarak bölge ticaret mahkemesinin, ilk derece mahkemesi olarak fikri haklar mahkemesinin ve temyiz mahkemesi olarak bölge ticaret mahkemesi ve fikri haklar mahkemesinin kararlarına karşı da Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ne temyiz başvurusu yapılabilir (TMK m.291.1/1). İkinci temyiz başvurusu olan bu başvuruyu Yüksek Mahkeme Ekonomik Uyuşmazlıklar Dava Kurulu inceler^[13].

d. Karar Düzeltme Görevi

Karar düzeltme, sadece yüksek mahkeme kararlarına karşı kabul edilmiş bir kanun yoludur. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nde istinaf edilerek kesinleşen ilk derece bölge mahkemeleri ile bölge askeri mahkemeleri kararları; istinaf incelemesinden geçerek kesinleşen ilk derece Yüksek Mahkeme Dava Kurullarının kararları; Yüksek Mahkeme İstinaf Kurulu kararları ve Yüksek Mahkeme Dava Kurullarının istinaf veya temyiz mercii olarak verdikleri kararlara karşı Yüksek Mahkeme Başkanlık Divanı'na karar

[13] Sudebnaya Reforma 2014 Goda: Obrazovaniye Novogo Verhovnogo Suda Rossiyskoy Federasii (2014 Yılı Yargı Reformu: Yeni Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesinin Oluşumu), http://www.prockomi.ru/pda/explain/?SECTION_ID=1&ELEMENT_ID=5411, Erişim Tarihi: 10.06.2018.

düzeltilme başvurusu yapılabilir (HMK m.391.1/2; İMK m.332/2; CMK m.412.1/3; TMK m.308.1/3; ASMHK m.9/1)^[14].

e. İçtihadı Birleştirme Görevi

Yüksek Mahkeme'nin içtihat birliği sağlamak amacıyla mahkeme uygulamalarına ilişkin açıklama yapma görevi bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin en önemli görevlerinden biri olan bu husus, Yüksek Mahkeme Genel Kurulu tarafından yerine getirilir (YMHK m.2/7/1; YMHK m.5/3/1).

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurul Kararlarının (karar-namelerinin) uygulamada bütün genel mahkemeler için bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir^[15]. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurul Kararları bağlayıcı olma açısından Türk hukukundaki içtihadı birleştirme kararlarına benzetmekle birlikte, kapsam bakımından farklı niteliktedir. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurul Kararları, daha çok ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararlarda dikkat edilmesi gereken hususlara yöneliktir. Yani Genel Kurul Kararları, Yüksek Mahkeme'nin kendi kararları arasında içtihat birliğini sağlamak amacıyla verilmemektedir.

f. Diğer Görevleri

Yüksek Mahkeme'nin yukarıda sayılanlar dışında;

- Vatana ihanet veya diğer ağır bir suç işlediği iddiasıyla Devlet Duması tarafından suçlanan Devlet Başkanının eyleminde suç unsurlarının bulunup bulunmadığı konusunda görüş bildirme,

- Rusya Federasyonu Başsavcısı veya Soruşturma Komitesi başkanı hakkında ceza davası açılabilmesi için onların eyleminde suç unsurlarının bulunup bulunmadığı konusunda görüş bildirme,

- Rusya Federasyonunun taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla ilgili uyuşmazlıkları çözüme,

[14] Ceza muhakemesinde ayrıca Yüksek Mahkeme Başkanlık Divanı kararlarına karşı da yine Yüksek Mahkeme Başkanlık Divanı'na karar düzeltme başvurusu yapılabilir (CMK m.412.1/3/5).

[15] SMİRNOV Andrey, O Yuridicheskoj Sile Postanovleniy Plenuma Verhovnogo Suda Rossiyskoj Federasii (Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurul Kararlarının Hukuki Gücü Hakkında), Oteçestvennaya Yurisprudensiya (Vatansever Hukuk Bilimi Dergisi), No: 12 (14), 2016 <https://legalscience.ru/images/PDF/2016/14/o-yuridicheskoj-sile-postanovlenij.pdf>, 11.07.2018).

- İlgili konularda kanun önerisi sunma,
- Yüksek mahkeme kararlarını yayınlama ve yüksek mahkemesinin faaliyetlerine ilişkin bilgilere erişimi sağlama gibi başka görevleri de bulunmaktadır (YMHK m.2/7/3, m.2/7/4, m.2/7/5, m.2/7/6, m.2/6).

C. GENEL YARGI MAHKEMELERİ

Genel yargı mahkemeleri hukuki, idari^[16] ve cezai uyuşmazlıklarla ilgili davalara bakmakla görevli mahkemelerdir. Bu mahkemeler, bütün ceza davalarına ve diğer mahkemelerin görevli olmadığı hukuk ve idari davalara da bakar (GYMHK^[17] m.4).

Rusya Federasyonu Genel Yargı Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun'un 1/2. maddesine göre, genel yargı mahkemeleri; bölge mahkemeleri, ilçe mahkemeleri (ilçe mahkemeleri, şehir mahkemeleri, ilçelerarası mahkemeler), federe birimlerin sulh mahkemeleri ve askeri mahkemelerden oluşmaktadır.

Federal Anayasal Kanunla ihtisas mahkemelerinin kurulması mümkündür (GYMHK m.1/2/5). Ancak günümüzde genel yargı kolunda ihtisas mahkemeleri bulunmamaktadır^[18].

1. Adli Yargı Mahkemeleri

a. Federe Birim Sulh Mahkemesi

aa. Oluşumu

Sulh mahkemesi, Rusya Federasyonu federe birimlerinin genel yargı kolunu oluşturan mahkemelerindendir (YSHK m.4/4).

Sulh mahkemesinde hâkim olabilmek için Rusya Federasyonu Hâkimlerin Statüsü Hakkında Kanun'da belirtilen şartları taşımak gereklidir (SMHK

[16] Rusya'da ayrı bir genel yargı mahkemelerinden bağımsız bir idari yargı mahkemelerinin kurulması gerektiği de teklif edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ASKER, s.1124-1126.

[17] 07.02.2011 tarih ve 1-FK3 sayılı Rusya Federasyonu Genel Yargı Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_110271, Erişim Tarihi: 08.03.2018.

[18] İhtisas mahkemesi sadece ticaret mahkemelerinde bulunmaktadır. Bu mahkeme fikri haklar mahkemesidir.

m.5). Sulh mahkemelerinin yapısı ve personeli ise, ilgili federe birimin kendi kanunu ile belirlenir (SMHK m.9/1).

Sulh mahkemesi hâkimleri, ilgili federe birimin yasama (temsil) organı tarafından göreve atanır veya ilgili federe birimlerin kanununda belirtilen şekilde yargı çevresindeki halk tarafından göreve seçilirler (SMHK^[19] m.6/1). Sulh hâkiminin görev süresi, en fazla beş yıl olmak şartıyla ilgili federe birimin kanununda belirtilen süredir. Görev süresi biten hâkimler, aynı göreve tekrar aday olabilirler. İkinci kez sulh hâkimi olarak atanan veya seçilen kişinin görev süresi de en az 5 yıl olmak şartıyla ilgili federe birimin kanununda belirtilen süre ile sınırlıdır. Yetmiş yaşını doldurmuş olan sulh hâkiminin görevi ise kendiliğinden sona erer (SMHK m.7).

Sulh mahkemesi kararlarını tek hâkimli olarak verir (SMHK m.3/3).

bb. Görevli Olduğu Davalar

Sulh mahkemesi, kendi görev alanı içinde olan hukuki, idari ve cezai davalara ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakar (YSHK m.28/1).

aaa. Hukuk Davaları

Sulh mahkemesinin görev alanında dahil olan hukuk davaları şunlardır (HMK m.23/1):

- 1) Mahkeme emrinin çıkarılması ile ilgili davalar^[20],
- 2) Velayet konusunda uyuşmazlık bulunmayan boşanma davaları,
- 3) Değeri 50.000 rubleyi geçmeyen edinilmiş malların eşler arasında paylaşılmasına ilişkin davalar,

[19] 17.12.1998 tarih ve 188-FZ sayılı Rusya Federasyonu Sulh Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_21335/, Erişim Tarihi: 11.07.2018.

[20] Mahkeme emri, bazı konularda değeri 500.000 rubleyi geçmeyen para veya taşınır malın borçludan talep edilmesi üzerine verilen tek hakimli mahkeme kararıdır (HMK m.121/1); Mahkeme emri, ilam niteliğinde olup diğer mahkeme kararlarının tabi olduğu aynı yöntemle icra olunur (KORŞUNOV / MAREEV, 402); Mahkeme emri herhangi bir duruşma yapılmaksızın verilir (TOPORİN, s.1069; BELYAKOV, V., Pravovoye Regulirovaniye Predprinimatelskoy Deyatelnosti Ticari Faaliyetlerin Hukuki Uygulaması), İzdatelstvo Sankt-Petersburgskogo Universiteta, Sankt-Peterburg 2003, s.380).

4) Babalık (analık), velayet hakkının kaybı veya sınırlandırılması, evlat edinme, çocuklarla ilgili diğer davalar ve evliliğin iptali davaları hariç; aile ile ilgili hukuk davaları,

5) Miras davaları ve fikri haklarla ilgili olanlar hariç, değeri 50.000 rubleyi geçmeyen mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar,

6) Maldan yararlanma şeklinin belirlenmesi davalarıdır.

bbb. İdari Davalar

Belli zorunlu ödeme veya idari yaptırıma ilişkin mahkeme emrinin verilmesi sulh mahkemesinin görevine girmektedir (İMK^[21] m.17/1)^[22].

Sulh mahkemesinin Kabahatler Kanunu kapsamında da ilk derece mahkemesi görevi bulunmaktadır. Buna göre hâkim tarafından kabahat karşılığı verilmesi gereken idari yaptırımlara^[23] kural olarak sulh mahkemesi karar verir. Örnek olarak, iş güvenliği kurallarının ihlali, izinsiz geleneksel tıp faaliyetinde bulunma, küçük hırsızlık ve darp etme kabahatleri^[24] sayılabilir (KK^[25] m.23.1/3).

ccc. Ceza Davaları

Sulh mahkemesi; bazı suçlar hariç olmak üzere üst sınırı 3 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin ceza davalarına bakmakla görevlidir (CMK m.31/1).

[21] 08.03.2015 tarih 21-FZ sayılı Rusya Federasyonu İdari Muhakeme Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_176147/, Erişim Tarihi: 11.07.2018.

[22] Sulh mahkemesi bu kararını duruşma yapmaksızın dosya üzerinden verir (İMK m.123.5/2).

[23] Rusya Federasyonu Kabahatler Kanunu'na göre, bazı idari yaptırımlar idare tarafından değil sadece hâkim tarafından verilebilmektedir (KK m.23.1/1,2).

[24] Rusya Federasyonu hukukunda bazı eylemler ceza kanununda tanımlanan suç kalıbına uymakla birlikte, az önemli olması nedeniyle suç değil, kabahat sayılmaktadır. Bu konuda bilgi için bkz. HÜSEYİNOĞLU, E., Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 76/1, 2018/1.

[25] 30.12.2001 tarih ve 195-FZ sayılı Rusya Federasyonu Kabahatler Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34661/, Erişim Tarihi: 11.07.2018.

b. İlçe Mahkemeleri

aa. Oluşumu

İlk derece ve duruma göre ikinci derece mahkemesi olarak görev yapan ilçe mahkemesi, ilgili ilçenin yargı çevresinde bulunan sulh mahkemelerine göre üst dereceli mahkemedir (YSHK m.21).

İlçe Mahkemeleri; ilçe mahkemeleri, şehir mahkemeleri ve ilçelerarası mahkemeler adı altında faaliyet gösterirler (GYMHK m.1/4). İlçe mahkemesi, en az bir ilçeyi, şehri veya bunlara eşdeğer federe birimin idari bölgesini kapsayan yargı çevresinde Federal Kanunla kurulur (GYMHK m.32/1).

İlçe Mahkemesi; Başkan, Başkan Vekili (Vekilleri) ve diğer hâkimlerinden oluşur (GYMHK m.33/1). İlçe mahkemesi Başkanı ve Başkan Vekili (Vekilleri); Rusya Federasyonu federe birim hâkimler kurulunun olumlu görüşü alınarak, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkeme Başkanı'nın teklifi üzerine, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından 6 yıl için göreve atanırlar (GYMHK m.35/1).

bb. Görevli Olduğu Davalar

aaa. İlk Derece Mahkemesi Görevi

İlçe mahkemesinin ilk görevi, davalara ilk derece mahkemesi olarak bakmaktır. İlçe mahkemesi, diğer mahkemelerin görev alanı dışında kalan hukuki, idari ve cezai davalara bakmakla görevli genel mahkemedir (GYMHK m.34/1).

Federal Kanunda belirtilen hallerde, ilçe mahkemesi kabahatler hakkındaki davalara da bakar (GYMHK m.34/2). Örneğin sınır dışı edilme, toplantı ve gösteri mevzuatına muhalefet, hafif holiganlık, ulaştırma iletişiminin engellenmesi kabahatleri karşılığında idari yaptırım kararı ilçe mahkemesi tarafından verilir (KK m.23.1/3)^[26].

bbb. İstinaf Görevi

İlçe mahkemesinin bir diğer görevi ise istinaf görevidir. İlçe mahkemesi, yargı çevresinde bulunan sulh mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan

[26] İlçe mahkemesinin kabahat karşılığı idari yaptırım kararı vermesi istisnadır. Kabahat karşılığı hâkim tarafından verilmesi gereken idari yaptırımlara kural olarak sulh mahkemesi tarafından karar verilir (KK m.23.1/3).

istinaf başvurularını inceler (GYMHK m.34/4). Ancak sulh mahkemelerinin sadece hukuk ve ceza davalarında vermiş olduğu kararlara karşı ilçe mahkemesine istinaf başvurusu yapılabilir (HMK m.320.1/1; CMK m.389.3/1). Sulh mahkemelerinin idari davalarda verdiği kararlar ise istinaf edilemez^[27].

c. Bölge Mahkemesi

aa. Oluşumu

Kanunda “*Cumhuriyetlerin yüksek mahkemeleri, eyalet, bölge mahkemeleri, federal nitelikteki şehir mahkemeleri, otonom bölge mahkemeleri, otonom okrug mahkemeleri*” adı altında düzenlenen Bölge Mahkemeleri, Rusya Federasyonu’nun ilgili federe birimlerinde görev yapar aynı zamanda federe birimlerde görev yapan ilçe mahkemelerinin üst derece mahkemesi niteliğindedirler (GYMHK m.24/1; YSHK m.20/2). Bu anlamda Bölge Mahkemeleri; ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemesi olarak görev yaparlar (GYMHK m.25/1).

Bölge Mahkemelerinin Başkan ve Başkan Vekilleri; Hâkimler Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak, Yüksek Mahkeme Başkanının teklifi üzerine Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından 6 yıl süreyle göreve atanırlar (GYMHK m.29/1, 30/1). Süresi bitenler aynı göreve tekrar atanabilir. Fakat Başkan Vekilleri aynı görevi iki dönemden fazla yapamazlar (GYMHK m.29/2, 30/2).

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’nde olduğu gibi, Bölge mahkemelerinde de başkanlık divanı ve dava kurulları bulunur. Dava kurulları; hukuk dava kurulu, idari dava kurulu ve ceza dava kurulu şeklindedir (GYMHK m.24/2). Dava kurulları, bölge mahkemelerinin başkan ve üyelerinden oluşur (GYMHK m.28/1). Başkanlık Divanı ise Bölge Mahkemesi Başkanı, Başkan Vekili ve Bölge Mahkemesi hâkimlerinden oluşur (GYMHK m.26/1).

[27] İdari davalarda sulh mahkemesinin kararlarına karşı istinaf yoluna değil, temyiz yoluna başvurulabilir (İMK m.123.8/3).

bb. Görevli Olduğu Davalar

aaa. İlk Derece Mahkemesi Görevi

i. Adli ve İdari Davalar

Devlet sırrı ile ilgili hukuk davaları ve yabancı mahkeme veya yabancı tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında ilk derece sıfatıyla bölge mahkemesi görevlidir (HMK m.26/1).

İlk derece mahkemesi olarak bölge mahkemesinin görev alanında sayılan bazı idari davalar da bulunmaktadır. Örneğin devlet sırrı ile ilgili idari davalar, federe birim devlet organının veya belediyenin temsili organlarının mevzuatı açıklayan düzenleyici işlem özelliği taşıyan işlemlerinin iptali davaları, federe birim hâkimler kurulunun bazı kararlarının iptali davaları bunlardandır (m.20/1).

ii. Ceza Davaları

Bölge mahkemesi, bazı ceza davaları açısından ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Söz konusu davalar; nitelikli kasten öldürme (m.105/2), nitelikli cinsel saldırı (m.131/5, 132/5, m.134/6), nitelikli uyuşturucu madde üretimi (m.228.1/5), nitelikli uyuşturucu madde kaçakçılığı (229.1/4), kamu görevlisine suikast (m.277), nitelikli sabotaj (m.281/3), yargı görevi yapana suikast (m.295), kolluk görevlisine suikast (m.317), soykırım (m.357)^[28], nitelikli insan kaçırma (126/3), haydutluk (m.209), nitelikli suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m.210/4), denizyolu, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması (m.211/1–m.211/3), kitle isyanları (m.212/1), korsanlık (m.227), vatana ihanet (m.275), casusluk (m.276), darbe (m.278), silahlı isyan (m.279), sabotaj (m.281/1, m.281/2), saldırgan savaş suçu (m.353), saldırgan savaş suçuna tahrik (m.354), Nazizm'i aklama (m.354.1), kitle imha silahlarının geliştirilmesi, üretimi, biriktirilmesi, devralınması veya satışı (m.355), savaş kurallarına aykırı araç ve yöntemlerin kullanımı

[28] Nitelikli kasten öldürme (m.105/2), nitelikli cinsel saldırı (m.131/5, 132/5 ve m.134/6), nitelikli uyuşturucu madde üretimi (m.228.1/5), nitelikli uyuşturucu madde kaçakçılığı (229.1/4), kamu görevlisine suikast (m.277), nitelikli sabotaj (m.281/3), yargı görevi yapana suikast (m.295), kolluk görevlisine suikast (m.317), soykırım (m.357) suçlarının çocuklar tarafından işlenmesi halinde ve yahut hafifletici nedenler, suça teşebbüs, suça hazırlık veya dava zamanaşımı nedeniyle bu suçlar karşılığında ölüm cezası veya müebbet hapis cezası verilememesi halinde bu davalara bakmak görevi bölge (veya buna eşdeğer) mahkemelerine ait değildir (CMK m.31/3/1).

(m.356), çevrenin kitlesel imhası (ekosid) (m.358), paralı askerlik (m.359), uluslararası korumaya sahip kişi ve kurumlara saldırı (m.360) suçlarıdır. (CMK m.31/3/1). Bu davaların büyük bir kısmı 1 hâkim ve 8 jüri üyesinden oluşan heyet tarafından görülmektedir.

Federasyon Konseyi üyeleri, Devlet Duması milletvekilleri, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi hâkimleri, genel yargı koluna giren federal mahkemelerin hâkimleri, federal ticaret mahkemelerinin hâkimleri, sulh mahkemesi hâkimleri, federe birim anayasa (kurucu belge) mahkemelerinin hâkimleri ile ilgili ceza davaları da duruşmadan önce talepte bulunmak şartıyla bölge mahkemesinde görülür (CMK m.31/3/3). Devlet sırrı ile ilgili ceza davaları da doğrudan bölge mahkemesinin görevi kapsamındadır (CMK m.31/3/1).

bbb. İstinaf Görevi

Bölge mahkemesinin istinaf görevi de bulunmaktadır. İlçe mahkemesinin hukuk, idare ve ceza davalarında verdiği kararlara karşı bölge mahkemesine istinaf başvurusu yapılabilir (GYMHK m.28/3/2; İMK m.296/1; HMK m.320.1/1; CMK m.389.3/2).

ccc. Temyiz Görevi

Bölge mahkemesinin, istinaf yargılamasına ilaveten temyiz görevi de bulunmaktadır. İlçe mahkemelerinin hukuk, idare ve ceza davalarında verdiği kararları ile sulh mahkemelerinin verildiği anda kesin veya kesinleşmiş kararlarına ve ilçe mahkemeleri ile bölge mahkemelerin istinaf kararlarına karşı Bölge Mahkemesi Başkanlık Divanı'na temyiz başvurusu yapılabilir (GYMHK m.26/3/1; HMK m.377/2/1; İMK m.319/2/1; CMK m.401.3/2/1).

2. Askeri Mahkemeler

Rusya Federasyonu'nda hukuk, idare ve ceza davalarında görev yapan askeri mahkemeler de genel yargı bünyesinde bulunan mahkemelerdir (ASMHK^[29] m.1/1, m.3). İlk derece ve ikinci derece mahkemesi olarak görev yapan askeri mahkemeler, ordu ve donanmanın bulunduğu yerlerde

[29] 23.06.1999 tarih ve 1-FK3 Sayılı Rusya Federasyonu Askeri Mahkemeler Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_23479/#dst0, Erişim Tarihi: 08.03.2017.

kurulurlar ve federal kanunla askeri hizmetin öngörüldüğü ordu, organ ve oluşumlarda faaliyet gösterirler (YSHK m.22). Askeri mahkemelerin kurulması ve kaldırılması sadece Federal Kanunla mümkündür. Askeri mahkemelerin sayısı Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi tarafından belirlenir (ASMHK m.1/3). Savaş ve seferberlik zamanlarında askeri mahkemelerin oluşumu ve faaliyetleri ise Federal Anayasal Kanunlarla belirlenir (ASMHK m.1/4).

Askeri mahkemeler, bölge askeri mahkemeleri ve garnizon mahkemelelerinden oluşur. Askeri bölük, kurum, kuruluş veya diğer oluşumun Rusya Federasyonu dışında bulunması halinde, Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası antlaşmalarda öngörülmesi şartıyla, bu yerlerde askeri mahkemeler kurulabilir (ASMHK m.8).

Askeri mahkeme de hâkim olabilmek için Rusya Federasyonu vatandaşı olmak, Hâkimlerin Statüsü Hakkında Kanun'da belirtilen şartları taşımak ve Hâkimler Yüksek Kurulunun olumlu görüşü olmalıdır. Askeri hâkim atamalarında, subay rütbesi bulunan asker kişilere, yedek subaylara veya istifa etmiş subaylara öncelik verilir (ASMHK m.27).

a. Garnizon Askeri Mahkemesi

aa. Oluşumu

Garnizon askeri mahkemesi, bir veya birkaç askeri garnizonun bulunduğu yerlerde görev yapar. Başkan, başkan vekilleri ve hâkimlerden oluşur (ASMHK m.21). Garnizon askeri mahkemesi başkanı; Hâkimler Yüksek Kurulu'nun görüşü, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanı'nın teklifi üzerine Rusya Devlet Başkanı tarafından atanır. Garnizon askeri mahkemesi başkan vekilinin atanması da aynı şekilde gerçekleşir (ASMHK m.24/1, m.25/1).

Garnizon askeri mahkemesinde davaların bir kısmı tek hâkimli, bir kısmı ise üç hâkimden oluşan kurul tarafından görülür (ASMHK m.23).

bb. Görevli olduğu davalar

Garnizon askeri mahkemesi, askeri konularda ilk derece genel yetkili mahkemedir. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Askeri Dava Kurulu ile bölge askeri mahkemesinin görev alanı dışında kalan askeri idare veya görevlilerin işlem ve eylemleri sonucunda hak ve özgürlükleri ve meşru

menfaatleri ihlal edilen askeri personelin ilgili davalarına; askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekte olan kişilerle ilgili hukuki ve idari davalara garnizon askeri mahkemeler bakmakla görevlidirler (ASMHK m.7/1/1, m.22/1).

Asker kişilerin ve askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekte olan kişilerin disiplin hapsi öngörülen ağır disiplin eylemleriyle ilgili davalara bakmak da garnizon askeri mahkemelerinin görevidir (ASMHK m.22/1). Örneğin askeri malzemeye kasten veya taksirle zarar verme, silahlarla ilgili davranış kurallarını ihlal etme, kullanma kuralını, nöbetle ilgili kuralları ihlal etme bu tür davalardandır (ADT^[30] ek m.7). Yine askeri personel ve askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekte olan kişilerin işledikleri kabahatler bakımından hâkim tarafından verilmesi gereken idari yaptırım kararlarına garnizon askeri mahkemesi tarafından hükmedilir. Örnek olarak askeri personel ve askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekte olan kişilerin işledikleri küçük hırsızlık ve darp etme kabahatleri gösterilebilir (KK m.23.1/3).

Bölge askeri mahkemesinin görev alanında olanlar hariç, askeri personel ve askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekte olan kişiler tarafından işlenen suçlara garnizon askeri mahkemeleri tarafından bakılır (CMK m.31/5).

b. Bölge Askeri Mahkemesi

aa. Oluşumu

Bölge askeri mahkemesi, federal kanuna uygun olarak askeri bölük, kurum, kuruluş veya organların bulunduğu federe birimlerin bir veya birkaç bölgesinde görev yapar (ASMHK m.13/1).

Bölge askeri mahkemesi; başkan, başkan vekili ve hâkimlerden oluşur (ASMHK m.13/2). Bölge askeri mahkemesinde görülen davaların bir kısmı tek hâkimli, bir kısmı ise üç hâkimden oluşan kurul tarafından görülür. Ayrıca bu mahkemede görülen bazı ceza davaları jüri üyelerinin katılımı ile gerçekleştirilir (ASMHK m.15).

Bölge askeri mahkemesinin başkanı; Hâkimler Yüksek Kurulunun görüşü, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanı'nın teklifi üzerine Rusya Devlet Başkanı tarafından atanır (ASMHK m.19/1). Bölge askeri mahkemesinin başkan vekilinin atanması da aynı şekilde gerçekleştirilir. Başkan

[30] Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetler Disiplin Tüzüğü, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_72806/, Erişim Tarihi: 10.07.2018.

vekili, aynı zamanda bölge askeri mahkemesi dava kurulu veya dairesinin de başkanıdır (ASMHK m.20).

Bölge askeri mahkemesinde bir de başkanlık divanı bulunur. Bölge askeri mahkemesi başkanlık divanı; başkan, başkan vekili ve sayısı Rusya Devlet Başkanı tarafından belirlenen bölge askeri mahkemesinin diğer hâkimlerinden oluşur (ASMHK m.16/1). Bu mahkemede ayrıca idari, hukuki ve cezai işlerle ilgili daireler kurulu ve daireler de oluşturulabilir (ASMHKm.13/3).

bb. Görevli Olduğu Davalar

aaa. İlk Derece Mahkemesi Görevi

i. Hukuki ve İdari Davalar

Bölge askeri mahkemesi; devlet sırrı ile ilgili hukuki ve idari davalar ile garnizon askeri mahkemelerinin görev alanına giren davalarda makul sürede yargılanma hakkının ihlali veya makul sürede mahkeme kararının yerine getirilmemesinden kaynaklanan tazminat istemlerine ilişkin idari davalara ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakar (ASMHK m.14/1). Bu görev, bölge askeri mahkemesinin dava kurulları veya daireleri tarafından yerine getirilir (ASMHK m.18/1).

ii. Ceza Davaları

Bölge mahkemelerinin görev alanında sayılan suçların askeri personel ve askerlik yükümlülüğünü yerine getirmekte olan kişiler tarafından işlenmesi halinde, bu suçlara ilişkin ceza davaları bölge askeri mahkemelerinde görülür (CMK m.31/6)^[31]. Davaların büyük bir kısmı bir hâkim ve 8 jüriden oluşan heyet tarafından görülmektedir (CMK m.30/2/2). Bölge askeri mahkemesi ayrıca, CMK'nın 35. maddesi uyarınca güvenlik gerekçesiyle kendisine nakledilen davalara bakmakla da görevlidir (CMK m.31/6).

bbb. İstinaf Görevi

Bölge askeri mahkemesi aynı zamanda istinaf mahkemesi görevi de yapmaktadır. İdari, hukuki ve cezai davalarda garnizon askeri mahkemesinin

[31] Kanunda belirtilen bazı askeri ceza davalara Uzakdoğu bölge askeri mahkemesi, Moskova bölge askeri mahkemesi, Volga bölge askeri mahkemesi ve Kuzey Kafkasya bölge askeri mahkemesi bakmakla görevlidir. Bunlar çoğunlukla terörle bağlantılı olan ceza davalarıdır (CMK m.31/6.1).

kararına karşı bölge askeri mahkemesine istinaf başvurusu yapılabilir (İMK m.296/1; HMK m.320.1/2; CMK m.389.3/2; ASMHK m.14/2). İstinaf görevi bölge askeri mahkemesinin dava kurulları veya daireleri tarafından yerine getirilir (ASMHK m.18/2).

ccc. Temyiz Görevi

Bölge askeri mahkemesinin temyiz görevi de bulunmaktadır. Garnizon askeri mahkemelerinin kesin (kesinleşmiş) kararları ile bölge askeri mahkemelerin istinaf kararlarına karşı Bölge Askeri Mahkemesi Başkanlık Divanı'na temyiz başvurusu yapılabilir (İMK m.319/2; HMK m.377/2; CMK m.401.3/2; ASMHK m.14/3).

D. TİCARET MAHKEMELERİ

Rusya Federasyonu'nda ticari veya ekonomik faaliyetlerle veya ekonomik ve ticari nitelikli uyuşmazlıklarla ilgili davalar ticaret mahkemelerinin görev alanında sayılmıştır. (TMK m.27/1). Ancak ticaret mahkemelerinin görevi, özel hukuktan kaynaklanan ekonomik uyuşmazlıklarla sınırlı değildir. Ticaret mahkemeleri aynı zamanda idare hukuku ve diğer kamu hukukundan kaynaklanan bazı ekonomik uyuşmazlıkları da idari yargılama usulüne tabi olarak incelerler. Örneğin, fikri haklar mahkemesinin görev alanında sayılan federal yürütme organlarının düzenleyici işlemlerinin veya kanunları açıklayan ve düzenleyici işlem özellikleri taşıyan diğer işlemlerin iptali davaları, kabahatler hakkında bazı davalar ticaret mahkemeleri tarafından idari yargılama usulüne göre görülür (TMK m.29). Yine ticari ve diğer ekonomik faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişiler hakkında Kabahatler Kanunu'nda hâkim tarafından verilmesi öngörülen idari yaptırım kararları ticaret mahkemelerinin görev alanındadır. Örneğin, hukuka aykırı çekiliş yapma, izinsiz ticari faaliyette bulunma, hileli kredi çekme, trafik tabelalarına ve araçlarına reklam koyma kabahatleri karşılığında idari yaptırım kararları ticaret mahkemeleri tarafından verilir (KK m.23.1/3). Bu tür davalarda İMK hükümleri değil, TMK hükümleri uygulanır.

Rusya Federasyonu Yüksek Ticaret Mahkemesi, 05.08.2014 tarihine kadar ticaret mahkemelerinin en yüksek mahkemesi konumundaydı. Ancak 28.06.2014 tarih ve 186-F3 sayılı Federal Kanunla Rusya Federasyonu Yüksek Ticaret Mahkemesi kaldırılmış ve yerine Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi bünyesinde otuz hâkimden oluşan Ticari Uyuşmazlıklar Kurulu

oluşturulmuştur^[32]. Böylece ticari yargı, ayrı bir yargı kolu olmaktan çıkmış ve Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi hukuk, ceza, idare ve ticaret davalarında görevli tek yüksek mahkeme olmuştur.

Ticaret mahkemeleri hâkimlerinin taşımaları gereken şartlar ve atanma usulleri diğer mahkeme hâkimleri gibi Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun ve Rusya Federasyonu Hâkimlerin Statüsü Hakkında Kanun hükümlerine tabidir. İlgili hâkimler kurulunun izni olmadan hiç kimse hâkim olarak göreve atanamaz. Hâkimin görevinin sona ermesi, ancak ilgili hâkimler kurulunun kararı ile mümkündür. İlgili hâkimler kurulunun disiplin eyleminden dolayı hâkimin görevinin sona ermesi kararına karşı Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Disiplin Kurulu'na itiraz edilebilir (TMHK^[33] m.8).

Ticaret mahkemelerinin kararları Rusya Federasyonunun her yerinde bütün devlet organları, idari organlar ve kişiler için bağlayıcıdır (TMHK m.7).

Ticaret mahkemeleri, kendi içinde; federe birim ticaret mahkemesi, ticaret istinaf mahkemesi, bölge ticaret mahkemesi (ticaret temyiz mahkemesi) ve fikri haklar konusunda ihtisas ticaret mahkemesinden oluşur (TMHK m.3).

1. Federe Birim Ticaret Mahkemesi

a. Oluşumu

Rusya Federasyonu federe birimlerinde (cumhuriyetler, eyaletler, bölgeler, federal nitelikteki şehirler, otonom bölgeler ve otonom okruglar) ticaret mahkemeleri faaliyet gösterir. Birkaç federe birimde tek bir ticaret mahkemesi faaliyet gösterebilir. Ayrıca tek bir federe birimde birkaç ticaret mahkemesinin faaliyet göstermesi de mümkündür (TMHK m.34).

Her federe birim ticaret mahkemesinde başkanlık divanı bulunur. Rusya Federasyonu federe birim ticaret mahkemesi başkanlık divanı; bir mahkeme

[32] Verhovnyı Arbitrajnyı Sud Rusya Federasyonu Uprazdnen, Cto İzmenilos v Arbitrajnom Prossese? (Rusya Federasyonu Yüksek Ticaret Mahkemesi Kaldırıldı, Ticaret Usulünde Neler Değişti?, <http://www.delo-press.ru/articles.php?n=16759>, Erişim Tarihi: 25.02.2018.

[33] 24.07.2002 tarih ve 95-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ticaret (Arbitraj) Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/, Erişim Tarihi: 12.07.2018.

başkanı, başkan vekilleri, daire başkanları ve mahkeme başkanının teklifi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun onayı ile belirlenen diğer hâkimlerden oluşur (TMHK m.37). Bu mahkemelerde ayrıca hukuk ve diğer uyuşmazlıklar dava kurulları ve idari ihlaller (kabahatler) dava kurulları da oluşturulabilir (TMHK m.35/1).

b. Görevli olduğu davalar

Rusya Federasyonu federe birim ticaret mahkemesi; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesinin, bölge ticaret mahkemesinin ve fikri haklar ihtisas mahkemesinin baktıkları davalar hariç, iktisadi ve ticari davalarda ilk derece mahkemesi olarak görev yapar (TMHK m.36/1; TMK m.34).

2. Ticaret İstinaf Mahkemesi

a. Oluşumu

Ticaret istinaf mahkemesi, istinaf mahkemesi olarak görev yapan mahkemedir (TMHK m.24.1/1). Ticaret istinaf mahkemesinde; başkanlık divanı, hukuk ve diğer uyuşmazlıklar dava kurulları ve idari ihlaller (kabahatler) dava kurulu bulunur (TMHK m.33.2/1).

Ticaret istinaf mahkemesinin başkanlık divanı; mahkeme başkanı, başkan vekilleri, daire başkanlarından ve mahkeme başkanının teklifi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi genel kurulunun onayı ile belirlenen diğer hâkimlerden oluşur (TMHK m.33.4).

b. Görevli Olduğu Davalar

Rusya Federasyonu federe birim ilk derece ticaret mahkemelerinin kesin olmayan kararlarına karşı ticaret istinaf mahkemesine istinaf başvurusu yapılabilir (TMHK m.33.1/1; TMK m.257/1).

3. Bölge Ticaret Temyiz Mahkemesi

a. Oluşumu

Ticaret temyiz mahkemesi olarak nitelendirilebilen bölge ticaret mahkemesi, aslında bazen ilk derece mahkemesi olarak da görev yapan bir mahkemedir. Ancak bölge ticaret mahkemesi, federal anayasal kanunda aksi öngörülmedikçe, ilgili bölgenin yargı çevresinde faaliyet gösteren ticaret

istinaf mahkemelerine ve federe birim ticaret mahkemelerine göre üst derece mahkeme olup, temyiz mahkemesi olarak görev yapmaktadır (YSHK m.24).

Bölge ticaret mahkemesinde; başkanlık divanı, hukuk ve diğer uyuşmazlıklar dava kurulları ve idari ihlaller (kabahatler) dava kurulu bulunur (TMHK m.25/1).

Başkanlık divanı; mahkeme başkanı, başkan vekilleri, daire başkanlarından ve mahkeme başkanının teklifi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun onayı ile belirlenen diğer hâkimlerden oluşur (TMHK m.27).

b. Görevli Olduğu Davalar

aa. İlk Derece Mahkemesi Görevi

Bölge ticaret mahkemesi, ticaret mahkemelerinin baktıkları davalarda makul sürede yargılama hakkı veya makul sürede mahkeme kararının yerine getirilmesi hakkının ihlali nedeniyle tazminat istemlerine ilişkin davalara ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakar (TMK m.34/3; TMHK m.24/1, m.26).

bb. Temyiz Görevi

Rusya Federasyonu federe birim ticaret mahkemelerinin kesin (kesinleşmiş) kararları ve ticaret istinaf mahkemelerinin kararlarına karşı bölge ticaret mahkemesine temyiz için başvurulabilir. (TMK m.273/1; TMHFK m.24/1). Bölge ticaret mahkemesinin kendisinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı da temyiz yoluna başvurulabilir. Bu başvuruyu farklı heyetten oluşan bölge ticaret mahkemesi inceler (TMK m.274/2).

4. Fikri Haklar İhtisas Mahkemesi

a. Oluşumu

Fikri haklar mahkemesi, ihtisas ticaret mahkemesi olup, kendi görev alanına giren fikri hakların korunmasıyla ilgili davalara ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesi sıfatıyla bakar (TMHK m.43.2; YSHK m.26/1).

Fikri haklar mahkemesinde dava daireleri ve başkanlık divanı bulunur (TMHK m.43.3/1). Başkanlık divanı; mahkeme başkanı, başkan vekilleri, daire başkanlarından ve mahkeme başkanının teklifi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun onayı ile belirlenen diğer hâkimlerden oluşur (TMHK m.27).

b. Görevli Olduğu Davalar

aa. İlk Derece Mahkemesi Görevi

Uzmanlık mahkemesi olan fikri haklar mahkemesi, fikri haklarla ilgili çok sayıda ekonomik, ticari ve idari davada ilk derece mahkemesi olarak görev yapar. Örneğin, patent hakları, üstün başarı hakları, entegre mikro devrelerin topolojisi hakları, üretim sırrı (teknik bilgi) hakları, tüzel kişilerin, malların, çalışmaların, hizmetlerin ve teşebbüslerin bireyselleştirilmesine ilişkin haklar, tek bir teknoloji kapsamında fikri faaliyetlerin sonuçlarının kullanılması hakları alanında federal yürütme organlarının düzenleyici işlemlerinin iptali davalarına ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakar (TMHK m. 43.4/1/1, TMK m.34/4/1). Yine patent hakları, üstün başarı hakları, entegre mikro devrelerin topolojisi hakları, üretim sırrı (teknik bilgi) hakları, tüzel kişilerin, malların, çalışmaların, hizmetlerin ve teşebbüslerin bireyselleştirilmesine ilişkin haklar, tek bir teknoloji kapsamında fikri faaliyetlerin sonuçlarının kullanılması hakları alanında federal yürütme organlarının mevzuatı açıklama ve düzenleyici işlem özelliklere sahip olan işlemlerinin iptali davaları da ilk derece mahkemesi olarak fikri haklar mahkemesinin görev alanına girmektedir (TMHK m. 43.4/1/1.1, TMK m.34/4/1.1). Fikri haklar mahkemesi, bunların dışında, patent sahibinin belirlenmesi, verilen patentin iptali, marka hakkının korunması, kullanılmayan markanın hukukin korunmasının acil kaldırılması gibi iktisadi davalara da ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakmaktadır (TMHK m. 43.4/1/2, TMK m.34/4/2).

Fikri haklar mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı davalar dava daireleri tarafından yürütülür (TMHK m. 43.3/2). Fikri haklar mahkemesinin ilk derece sıfatıyla verdiği kararları ise kesindir. İstinaf yoluna başvurulamaz (TMK m.180/2).

bb. Temyiz Görevi

Fikri haklar mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kesin kararlara karşı temyiz yoluna ise başvurulabilir (TMK m.273/2). Bu durumda temyiz makamı, Fikri Haklar Mahkemesi Başkanlık Divanı'dır (TMHK m.43.3/3/1).

Fikri hakların korunması ile ilgili davalarda, federe birim ticaret mahkemelerinin kesin (kesinleşmiş) kararları ve ticaret istinaf mahkemelerinin

kararlarına karşı temyiz başvurusunu Fikri Haklar Mahkemesi Dava Kurulu inceler (TMHK m.43.4/3/2).

II. RUSYA FEDERASYONU MUHAKEME KURALLARI

A. HUKUK MUHAKEMESİ KURALLARI

1. Rusya Federasyonu Hukuk Muhakemesi Mevzuatı

Rusya Federasyonu genel yargı mahkemelerinde uygulanan hukuk muhakemesi kuralları Rusya Federasyonu Anayasası, 2001 tarihli Rusya Federasyonu Hukuk Muhakemesi Kanunu (HMK^[34]), Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun, Rusya Federasyonu Sulh Mahkemeleri Hakkında Federal Kanun ve diğer federal kanunlarda düzenlenmiştir (HMK m.1/1).

Rusya sisteminde uluslararası antlaşmalar da hukuk muhakemesinin kaynakları arasında kabul edilmektedir. Nitekim HMK'nın 1/2. maddesine göre, “*Kanun hükmü ile Rusya Federasyonunun taraf olduğu uluslararası antlaşmanın farklı hukuk muhakemesi kuralları barındırması durumunda uluslararası antlaşma hükmü uygulanır*”.

HMK'da dava açma hakkı (m.3), doğal hâkim ilkesi (m.5), kanun ve mahkeme önünde eşitlik (m.6), makul sürede davaların görülmesi ve kararların yerine getirilmesi hakkı (m.6.1), hâkimlerin bağımsızlığı (m.8.1), duruşmaların aleniliği (m.10), çelişme yöntemi (m.12) gibi önemli ilkelere de yer verilmiştir.

2. Davaların Görülmesi

a. Yargılama Dili

Rusya Federasyonu'nda hukuk davaları Rusça veya ilgili mahkemenin bulunduğu federe cumhuriyetin resmi dilinde görülür. Askeri mahkemelerdeki hukuk davaları ise Rusça görülmektedir. Rusça bilmeyen kişiler açıklamalarını, dilekçelerini, ifadelerini, şikâyetlerini ana dillerinde veya seçecekleri herhangi bir dilde yapma ve tercüman hizmetinden yararlanma hakkına sahiptirler (HMK m.9).

[34] 14.11.2002 tarih ve N138-FZ sayılı Rusya Federasyonu Hukuk Muhakemesi Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39570/, Erişim Tarihi: 05.11.2018.

b. Tek Hâkimli ve Heyet Halinde Görülen Davalar

Hukuk davaları, ilk derece mahkemelerinde tek hâkimli olarak, federal anayasal kanunda belirtilen hallerde ise üç hâkimden oluşan heyet halinde görülmektedir (HMK m.7/1, m.14/1).

Sulh hâkimlerinin kesin olmayan kararlarına karşı yapılan istinaf başvuruları, ilgili ilçe mahkemesi tarafından tek hâkimli olarak görülür (HMK m.7/3). İstinaf mahkemelerinde görülen davalar ise istisnalar hariç, üç hâkimden oluşan heyet halinde görülür (HMK m.7/4, m.14/2). Temyiz ve karar düzeltme aşamasındaki hukuk davaları ise en az üç hâkimden oluşan heyet halinde görülmektedir (HMK m.7/4, m.14/3).

c. Mahkemede Temsil

Vatandaşlar, mahkemede işlemlerini bizzat veya temsilci aracılığıyla yürütebilirler. İşlemlerin vatandaş tarafından bizzat yürütülmesi aynı iş için temsilci görevlendirmeye engel değildir (HMK m.48/1). Bu anlamda vatandaşın mahkemede bulunması, bu davayla ilgili olarak onu temsilci bulundurma hakkından mahrum etmez^[35]. Temsilcinin avukat olması da şart değildir. Mahkemede temsilci olabilmek için fiil ehliyetine ve iş takibi konusunda vekâletnameye sahip olmak yeterlidir (HMK m.49/1)^[36].

Sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizlerin mahkeme işlemleri kanuni temsilci veya onun görevlendirdiği temsilci tarafından yürütülür (HMK m.52).

Yerleşim yeri bilinmeyen ve temsilcisi bulunmayan davalı hakkında ve ayrıca federal kanunda belirtilen diğer hallerde mahkeme tarafından temsilci sıfatıyla avukat görevlendirilir (HMK m.50).

d. Hukuk Davalarına Savcının Katılımı

Bazı hukuk davalarına savcının da katılma hakkı bulunmaktadır. Örneğin; sağlık, yaş, fiil ehliyetinin bulunmaması gibi sebeplerle mahkemeye başvuramayan kişilerin hak ve özgürlüklerini ve menfaatlerini korumak amacıyla savcının mahkemeye doğrudan başvurma hakkı vardır. Çalışma ve sosyal hakların ihlali, ailenin korunması, velayet (ebeveynlik), evlat edinme,

[35] KORŞUNOV, Nikolay / MAREEV, Yuriy, Grajdanskiy Prosess (Hukuk Muhakemesi), Uçebnik Dlya Vuzov (Lisans Ders Kitabı), İzdatelstvo NORMA, Moskva 2004, 149.

[36] Kanuni temsilcilik ve ilgili organın temsilcisi olmaları durumları hariç; hakimler, soruşturmacılar ve savcılar mahkemede temsilci olamazlar (HMK m.51/1).

sosyal koruma, sosyal yardım, konut fonlarınca konut temin etme hakkı, sağlığın korunması, tıbbi yardım, huzurlu çevrede yaşama hakkı, eğitim ile ilgili davalar da savcının mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır (HMK m.45/1).

Davaya katılma dilekçesi veren savcı, sulh anlaşması ve yargılama giderleri hariç, davacının usule ilişkin haklarına ve sorumluluklarına aynen sahip olmaktadır (HMK m.45/2).

Savcının hukuk davalarına katılması durumunda hukuki durumunun ne olduğu konusunda Rus doktrininde görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre, hukuk davasına katılan savcı davanın tarafı sıfatını kazanmaktadır. Bazı yazarlar ise bu gibi durumlarda savcının usulen davacı olduğunu, davanın tarafı haline gelmediğini savunmaktadır. Bazı yazarlar ise hukuk davasına katılan savcının kamu yararı bağlamında devletin temsilcisi sıfatıyla davada bulunduğunu iddia etmektedir^[37].

e. İspat ve Deliller

Deliller, davanın taraflarınca veya davaya katılanlar tarafından ileri sürülür. Tarafların belli bir delili elde etmesinin zor olduğu durumlarda, talep üzerine söz konusu deliller mahkeme tarafından toplanabilir (HMK m.57/1).

Kanunda belirtilen durumlar hariç, iddiacı, iddiasını ispatla mükelleftir (HMK m.56/1, 2). İspat açısından, Kanunda özel olarak belirli delillerle ispatı öngörülen durumların, başka deliller aracılığıyla ispatlanması mümkün değildir (HMK m.60). Ayrıca kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, hukuki değer taşımaz ve hükme esas alınamaz (HMK m.55/2).

Uzmanlık gerektiren bilimsel, teknik, kültürel, mesleki konularda mahkeme bilirkişi görevlendirebilir (HMK m.79/1). Bilirkişi raporunun, diğer delilleri değerlendirme araçlarına göre bir üstünlüğü bulunmamaktadır^[38]. Mahkeme, yazılı veya maddi delillerin incelenmesi, görüntü ve ses kaydı, bilirkişi görevlendirme, tanıkların dinlenmesi, delillere ulaşmak için önlemlerin alınması sırasında gerekli görürse uzmanından bilimsel mütalaa da alabilir (HMK m.188/1).

[37] Bkz. VİKUT, M. (Ed), Grajdanskiy Prosses Rosii (Rusya Hukuk Muhakemesi), İzdatelstvo YURİST, Moskva 2004, s.96.

[38] VİKUT (Ed), s.205.

Mahkeme, dosyada bulunan delilleri tam, objektif ve doğrudan inceleyerek kendi kanaatine göre değerlendirme yapar (HMK m.67/1). Hiçbir delil, mahkeme için yargılamadan önce kesinlik arz etmez (HMK m.67/1).

f. Yargılamaya Son Veren Taraf Usul İşlemleri

Davacı, davanın sebebini ve konusunu değiştirme, talep konusunu artırma veya azaltma, gerektiğinde davadan vazgeçme haklarına sahiptir. Davalı da, davayı kabul hakkına sahiptir. Taraflar davayı ayrıca sulh anlaşması ile de sonlandırabilirler (HMK m.39/1).

Davayı kabul, feragat veya sulh anlaşması kanuna aykırı ise veya başka kişilerin meşru menfaatlerini ihlal ediyorsa, mahkeme tarafından kabul edilmez (HMK m.39/2).

3. Kararların Kesinleşmesi ve Kanun Yolları

Hukuk davaları sonucu verilen kararlar istinaf ile birlikte kesinleşmiş olur. Hukuk davalarında istinaf süresi kanunda aksine hüküm bulunmadıkça kararın verilmesinden itibaren en fazla 1 aydır (HMK m.321/2).

Tarafların süresinde istinaf yoluna başvurmaması veya istinaf yoluna başvurulması sonucunda kararın bozularak ilk derece mahkemesine gönderilmemesi durumunda karar kesinleşmiş olur (HMK m.209/1). Kural olarak hukuk mahkemesinin kararı kesinleşmeden icra edilemez (HMK m.210).

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesinin kararları hariç, verildiği anda kesin veya kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabilir (HMK m.376/1). Hukuk muhakemesinde, temyiz yoluna başvuru süresi, kararın kesinleşme tarihinden itibaren 6 aydır (HMK m.376/2).

Kanunda belirtilen hallerde kesinleşmiş (kesin) kararlara karşı karar düzeltme yoluna da başvurulabilir. Karar düzeltme mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanlık Divanı'dır (HMK m.391.1/1). Hukuk muhakemesinde, karar düzeltme yoluna başvuru süresi kararın kesinleşmesinden itibaren 3 aydır (HMK m.391.2/1).

B. İDARİ MUHAKEME KURALLARI

1. Rusya Federasyonu İdari Muhakeme Mevzuatı

Rusya Federasyonu idari yargılama hukuku kuralları 2015 tarihli Rusya Federasyonu İdari Muhakeme Kanunu (İMK^[39]), Rusya Federasyonu Anayasası, Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun, Rusya Federasyonu Askeri Mahkemeler Hakkında Federal Anayasal Kanun, Rusya Federasyonu Genel Yargı Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun ve diğer federal kanunlarda düzenlenmiştir (İMK m.1/1).

Uluslararası antlaşmalar idari yargılamada da hukukunun kaynakları arasında kabul edilmektedir. İMK'nın 2/2. maddesine göre, “*Kanun hükmü ile Rusya Federasyonunun taraf olduğu uluslararası antlaşmanın farklı idari muhakeme kuralları barındırması durumunda uluslararası antlaşma hükmü uygulanır*”.

İMK'da mahkemelerin bağımsızlığı (m.7), mahkeme ve kanun önünde eşitlik (m.8), kanunilik ve adalet (m.9), makul sürede davaların görülmesi ve kararların yerine getirilmesi hakkı (m.10), duruşmanın aleniliği (m.11), duruşmada doğrudan doğruyalık (m.13), tarafların eşitliği ve çekişmesi (m.14) gibi önemli ilkeler bulunmaktadır.

İMK'da yer alan idari yargılama hukuku kuralları Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, genel yargı mahkemeleri ve sulh mahkemelerinde görülen idari davalara uygulanmaktadır (İMK m.1/1). Rusya Federasyonu Ticaret Muhakeme Kanunu'na (TMK^[40]) göre, ticaret mahkemelerinin görev alanında sayılan idari davalara TMK hükümleri uygulanır.

2. Davaların Görülmesi

a. Yargılama Dili

İdari davalar Rusça veya ilgili mahkemenin bulunduğu federe cumhuriyetin resmi dilinde görülür. Rusça bilmeyen kişiler beyanlarını, dilekçelerini,

[39] 08.03.2015 tarih ve N21-FZ sayılı Rusya Federasyonu İdari Muhakeme Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_176147/, Erişim Tarihi: 05.11.2018.

[40] 24.07.2002 tarih ve N95-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ticari Muhakeme Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/, Erişim Tarihi: 05.11.2018.

ifadelerini, şikâyetlerini ana dillerinde veya seçtikleri herhangi bir dilde yapma ve tercüman hizmetinden yararlanma hakkına sahiptirler (İMK m.12).

b. Davaların Tek Hâkimli ve Heyet Halinde Görülmesi

İdari davalar ilk derece mahkemelerinde kural olarak tek hâkimli olarak görülür. Bazı idari davalar ise üç hâkimden oluşan heyet tarafından görülmek zorundadır (İMK m.29/1). Örneğin Devlet Başkanı veya Hükümetin düzenleyici işlemlerinin iptali davaları, seçim komisyonunun feshi davaları veya Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Disiplin Kurulunun baktığı idari davalar bu tür davalardandır (İMK m.29/2).

İstinaf aşamasında ise idari davaların tümü üç hâkimden oluşan heyet tarafından görülür (İMK m.29/3). Temyiz aşamasındaki davalar da heyet halinde görülmek zorundadır (İMK m.319/2).

c. Taraflar ve Mahkemede Temsil

İdari davalarda, davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunmaktadır (İMK m.38/1). Devlet erki, devlet organları, yerel yönetimler, seçim komisyonları, referandum komisyonu ve kamu gücü kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri de davalı olabilir. Kanunda belirtilen durumlarda, kamu gücü kullanma yetkisine sahip olmayan vatandaşlar ve mensup oldukları birlik ve örgütler davalı olabilirler (İMK m.38/5).

Görüldüğü üzere Türk hukukundan farklı olarak, Rusya Federasyonu hukukunda idari davalarda sadece idare değil, kamu görevlileri ve vatandaşlar da davalı olabilirler. Örneğin; siyasi parti veya derneğin kapatılması davası (İMK m.262), sınır dışı edilen yabancının belli kuruluştaki tutulması veya tutulma süresinin uzatılması davası (İMK m.266), hükümlü hakkında idari gözetim (denetimli serbestlik) tedbiri uygulanması davası (İMK m.270), vatandaşın istemi dışında tedavi amaçlı hastaneye yatırılma davası (İMK m.281) bu tür davalardandır.

Vatandaşlar, mahkemedeki işlemlerini bizzat veya temsilci aracılığıyla yürütebilirler (İMK m.54/1). Avukatlar ve fiil ehliyetine sahip hukuk lisans eğitimi almış olanlar idari davalarda temsilci olarak görev yapabilirler (İMK m.55/1)^[41]. Sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizlerin mahkeme işlemleri

[41] Kanuni temsilcilik ve ilgili organın temsilcisi olmaları durumları hariç; hâkimler, soruşturmacılar ve savcılar mahkemede temsilci olamazlar (HMK m.55/2).

kanuni temsilci veya onun görevlendirdiği temsilci tarafından yürütülür (İMK m.55/2, m.55/3). Yerleşim yeri bilinmeyen ve temsilcisi bulunmayan davalı hakkında ve federal kanunda belirtilen diğer hallerde, mahkeme tarafından temsilci sıfatıyla avukat görevlendirilir (İMK m.55/4).

d. İdari Davalara Savcının Katılımı

Bazı idari davalara savcının da katılma hakkı bulunmaktadır. Örneğin sağlık, yaş, fiil ehliyetinin bulunmaması gibi sebeplerle mahkemeye başvuramayan kişilerin haklarını, özgürlüklerini ve menfaatlerini korumak amacıyla ya da Rusya Federasyonu veya Rusya Federasyonu federe birimlerinin menfaatlerini korumak amacıyla savcının mahkemeye başvurma hakkı vardır (İMK m.39/1). Davaya katılma dilekçesi veren savcı, sulh anlaşması ve yargılama giderleri hariç, davacının usule ilişkin haklarına ve sorumluluklarına sahip olur (İMK m.39/4).

e. İspat ve Deliller

İdari davalarda delil olabilen şeyler, tarafların beyanları, telekonferans iletişim yoluyla veya doğrudan dinlenen tanık ifadeleri, yazılı ve maddi deliller, ses ve video kayıtları ve bilirkişi raporlarıdır (İMK m.59/2). Deliller, davanın davaya katılanlar tarafından ileri sürülebileceği gibi mahkeme tarafından da toplanabilir. (İMK m.63/1). Kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, hukuki değer taşımaz ve hükme esas alınamaz (İMK m.59/3). Kanunda belirtilen durumlar hariç, iddiaları iddiasını ispatla mükelleftir (İMK m.62/1).

3. Kararların Kesinleşmesi ve Kanun Yolları

İdari dava sonucu verilen kararlar istinaf ile birlikte kesinleşmiş olur. İstinaf yoluna başvurma süresi kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça kararın verilmesinden itibaren 1 aydır (İMK m.298/1).

Tarafların süresinde istinaf yoluna başvurmaması veya istinaf yoluna başvurulması sonucunda kararın bozularak ilk derece mahkemesine gönderilmemesi durumunda karar kesinleşmiş olur (İMK m.186). Kural olarak idari davalarda, mahkeme kararı kesinleşmeden icra edilemez (İMK m.187).

İdari davalarda kanunda belirtilen hallerde kesinleşmiş (kesin) mahkeme kararlarına karşı ise temyiz yoluna başvurulabilir (İMK m.318/1). Temyiz yoluna başvuru süresi kararın kesinleşme tarihinden itibaren 6 aydır (İMK m.318/2).

İdari yargıda kanunda belirtilen hallerde kesinleşmiş (kesin) kararlara karşı karar düzeltme yoluna da başvurulabilir. Karar düzeltme mahkemesi Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanlık Divanıdır (İMK m.332/1). Karar düzeltme yoluna başvuru süresi ise kararın kesinleşmesinden itibaren 3 aydır (İMK m.333/2).

C. CEZA MUHALEMESİ KURALLARI

1. Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Mevzuatı

Rusya Federasyonu ceza muhakemesi hukuku kuralları 2001 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK^[42]) düzenlenmiştir. Bu kanunun 3/1. maddesine göre, “*Rusya Federasyonu sınırlarında ceza muhakemesi usulü sadece Rusya Federasyonu Anayasasına dayanan bu Kanunla düzenlenmektedir*”. Dolayısıyla Rusya Federasyonu hukukunda özel ceza muhakemesi kanunları bulunmamaktadır. Bu kuralın tek istisnası aynı maddede düzenlenmiştir. CMK'nın 3/3. maddesine göre, “*Uluslararası hukukun genel ilkeleri ve Rusya Federasyonu uluslararası anlaşmaları Rusya Federasyonu ceza muhakemesi mevzuatının parçasını oluşturmaktadır. Rusya Federasyonu uluslararası anlaşmaları ile bu Kanunun farklı hükümler içermesi durumunda uluslararası antlaşma hükümleri uygulanır*”.

CMK'da makul sürede yargılanma hakkı (m.6.1), CMK'nın diğer federal kanunlara üstünlüğü (m.7)^[43], doğal hâkim ilkesi (m.8/3), hâkimlerin bağımsızlığı (m.8.1), kişilerin şeref ve onuruna saygı (m.9), kişi dokunulmazlığı (özgürlüğü) (m.10), ceza muhakemesinde kişi veya vatandaşın hak ve özgürlüklerinin korunması (m.11), konut dokunulmazlığı (m.12), yazışma ve haberleşme özgürlüğü (m.13), suçsuzluk karinesi (m.14), çelişme yöntemi (m.15), savunma hakkı (m.16), delilleri değerlendirme serbestisi ve kesin delil yasağı (m.17), kanun yollarına başvuru hakkı (m.19) gibi önemli ilkeler bulunmaktadır.

[42] 18.12.2001 tarihli ve N 174-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34481/, Erişim Tarihi: 04.11.1018.

[43] Ceza Muhakemesi Kanunu ile federal kanunun farklı hükümler içermesi halinde, mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre karar verir (CMK m.7/2).

2. Ceza Soruşturması

Ceza muhakemesinde soruşturma başlatma yetkisi adli kolluk organına veya görevlisine, soruşturma organı başkanına ve soruşturmacıya aittir (CMK m.146/1).

Soruşturmacı, suçla ilgili soruşturma gerçekleştirmekle görevli kişidir (CMK m.38/1). Soruşturmacı, savcının denetimi altında ve savcının talimatlarını yerine getirmekle yükümlüdür^[44]. Soruşturma yürütme yetkisi soruşturmacıya aittir. Soruşturmacı, adli kolluk görevlilerine adli arama, diğer soruşturma işlemleri, yakalama, zorla getirme, tutuklama kararlarının yerine getirilmesi gibi konularda yazılı talimat verme yetkisine sahiptir (CMK m.38/2).

Ceza soruşturmasında yer alan bir diğer görevli ise soruşturma organı başkanıdır. Soruşturma organı başkanı (başsoruşturmacı), önsoruşturmayı yürütmek üzere bir veya birkaç soruşturmacı görevlendirme, görev değişimi yapma, soruşturma ekibi oluşturma, soruşturmacıya talimat verme, soruşturmanın genişletilmesini ve dosyayı soruşturmacıya iade etme gibi yetkilere sahiptir (CMK m.39/1).

Adli kolluk organları ve soruşturma organları savcının denetimi altında görev yaparlar (CMK m.37/1). Savcı adli kolluk görevlilerine soruşturmanın seyri ile ilgili talimat verebilir (CMK m.37/2/4).

3. Davaların Görülmesi

a. Yargılama Dili

Ceza davaları Rusça veya ilgili mahkemenin bulunduğu federe cumhuriyetin resmi dilinde görülür. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesinde ve askeri mahkemelerde görülen ceza davaları da Rusça görülür (CMK m.18/1).

b. Davanın Tek Hâkim ve Heyet Halinde Görülmesi

Kural olarak ceza davalarının bir kısmı tek hâkimli, bir kısmı ise üç hâkimden oluşan heyet tarafından görülür (CMK m.30).

Bazı ceza davaları ise 1 hâkim ve 8 jüriden oluşan heyet tarafından görülür. Bunlar; nitelikli kasten öldürme (m.105/2), nitelikli suç işlemek amacıyla

[44] TOPORİN, B. (Ed.), *Yuridiceskaya Ensiklopediya (Hukuk Ansiklopedisi)*, İzdaniye YURİST, Moskva 2001, s.993.

örgüt kurma (m.210/4), nitelikli uyuşturucu madde üretimi (m.228.1/5), nitelikli uyuşturucu madde kaçakçılığı (229.1/4), kamu görevlisine suikast (m.277), nitelikli sabotaj (m.281/3), yargı görevi yapana suikast (m.295), kolluk görevlisine suikast (m.317), soykırım (m.357), nitelikli insan kaçırma (126/3), haydutluk (m.209), deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması (m.211/1, m.211/3), korsanlık (m.227), saldırgan savaş suçu (m.353), saldırgan savaş suçuna tahrik (m.354), Nazizm'i aklama (m.354.1), kitle imha silahlarının geliştirilmesi, üretimi, biriktirilmesi, devralınması veya satışı (m.355), savaş kurallarına aykırı araç ve yöntemlerin kullanımı (m.356), çevrenin kitlesel imhası (ekosid) (m.358), paralı askerlik (m.359), uluslararası korumaya sahip kişi ve kurumlara saldırı (m.360) suçlarına ilişkin ceza davalarıdır. Aşağıda da belirtileceği üzere bu davalar, ilk derece mahkemesi olarak bölge (veya buna eşdeğer) mahkemelerinde veya bölge askeri mahkemesinde görülmektedir (CMK m.30/2/2).

Bazı ceza davaları ise sanığın talebi üzerine 1 hâkim ve 6 jürinin katılımı ile görülür. Bunlar; çocuklar tarafından işlenenler hariç olmak üzere basit kasten öldürme (m.105/1) ve kasten yaralama suçlarına ilişkin ceza davaları ile suça teşebbüs, suça hazırlık veya dava zamanaşımı nedeniyle ölüm cezası veya müebbet hapis cezası verilemeyen nitelikli kasten öldürme (m.105/2), nitelikli uyuşturucu madde üretimi (m.228.1/5), nitelikli uyuşturucu madde kaçakçılığı (229.1/4), kamu görevlisine suikast (m.277), yargı görevi yapana suikast (m.295), kolluk görevlisine suikast (m.317), soykırım (m.357) suçlarına ilişkin ceza davalarıdır. Bu davalar ilçe mahkemelerinde veya garnizon askeri mahkemelerinde görülmektedir (CMK m.30/2/3).

4. Kanun Yolları

Ceza davaları istinaf ile birlikte kesinleşmiş olur. Ceza davalarında istinaf süresi kararın açıklanmasından, tutuklu bulunan kişi için ise kararın kendisine tebliğinden itibaren 10 gündür (CMK m.389.4/1).

Tarafların süresinde istinaf yoluna başvurmaması veya istinaf yoluna başvurulması sonucunda kararın bozularak ilk derece mahkemesine gönderilmemesi durumunda karar kesinleşmiş olur ve karar üç gün içinde infaz edilir (CMK m.390).

Verildiği anda kesin veya kesinleşmiş ceza mahkemesi kararlarına karşı ise temyiz yoluna başvurulabilir (CMK m.401.1). Temyiz yoluna başvuruda bulunma bakımından herhangi bir süre öngörülmemiştir. CMK'nın

401.2. maddesinde, temyiz süresi kararın verilmesinden itibaren 1 yıl iken, söz konusu düzenleme 31.12.2014 tarih ve 518-FZ sayılı Federal Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanunda belirtilen hallerde verildiği anda kesin veya kesinleşmiş kararlara karşı karar düzeltme yoluna da başvurulabilir. Karar düzeltme mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanlık Divanıdır (CMK m.412.1/1). Ceza muhakemesinde karar düzeltme yoluna başvuruda süre sınırı bulunmamaktadır.

D. TİCARİ MUHAKEME KURALLARI

1. Rusya Federasyonu Ticari Muhakeme Mevzuatı

Rusya Federasyonu ticaret mahkemelerinde uygulanan muhakeme kuralları 2002 tarihli Rusya Federasyonu Ticari Muhakeme Kanunu^[45] (TMK^[46]), Rusya Federasyonu Anayasası, Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun, Rusya Federasyonu Ticaret Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun ve diğer federal kanunlarda düzenlenmiştir (TMK m.3/2).

Uluslararası antlaşmalar ticaret muhakemesinin de kaynakları arasında kabul edilmektedir. TMK'nın 3/3. maddesine göre, “*Kanun hükmü ile Rusya Federasyonunun taraf olduğu uluslararası antlaşmanın farklı ticaret muhakemesi kuralları barındırması durumunda uluslararası antlaşma hükmü uygulanır*”.

TMK'da ticaret mahkemelerinde; dava açma hakkı (m.4), hâkimlerin bağımsızlığı (m.5), kanunilik (m.6), makul sürede ticari davaların görülmesi ve kararların yerine getirilmesi hakkı (m.6.1), kanun ve mahkeme önünde eşitlik (m.7), tarafların eşitliği (m.8), çelişme yöntemi (m.9), doğrudan doğruyalılık (m.10), duruşmaların aleniliği (m.11) gibi önemli ilkeler bulunmaktadır.

[45] Kanunun orijinal metninde ticaret mahkemelerini ifade etmek için “*arbitraj mahkemeleri*” anlamına gelen “*арбитражный суды*” terimi kullanılmıştır. Fakat bu kuruluşlar, tahkim (hakem) niteliğinde olmayıp mahkeme niteliğindedir. Bu kuruluşların, Türk hukukunda yer alan ticaret mahkemelerine benzemeleri nedeniyle, çalışmamızda bu mahkemeleri ifade etmek için “*ticaret mahkemeleri*” terimini kullanmayı uygun bulduk.

[46] 24.07.2002 tarih ve 95-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ticari Muhakeme Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

Ticaret mahkemesi, ekonomik uyuşmazlıklarla ilgili davalara ve ticari veya ekonomik faaliyetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili davalara bakar (TMK m.27/1).

Ticaret mahkemeleri, idare hukukundan ve diğer kamu hukukundan kaynaklanan bazı ekonomik uyuşmazlıkları idari yargılama usulüne tabi olarak incelerler. Örneğin, fikri haklar mahkemesinin görev alanında sayılan federal yürütme organlarının düzenleyici işlemlerinin veya kanunları açıklayan ve düzenleyici işlem özellikleri taşıyan diğer işlemlerinin iptali davaları, kabahatler hakkında bazı davalar ticaret mahkemeleri tarafından idari yargılama usulüne göre çözülür (TMK m.29). Yine ticari ve diğer ekonomik faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişiler hakkında Rusya Federasyonu Kabahatler Kanunu'nda öngörülen idari yaptırım kararları ticaret mahkemelerinin görev alanındadır. Bu tür davalarda İMK hükümleri değil, TMK hükümleri uygulanır.

Hatırlanacağı üzere Rusya Federasyonu Anayasası'nın "Yargı Erki" başlıklı 118/2. maddesine göre, "*Yargı erki anayasal, medeni, idari ve cezai yargı aracılığıyla gerçekleştirilir*". Görüldüğü gibi Anayasada ticari yargıdan söz edilmemiştir. Fakat kanaatimizce bu durum Anayasaya aykırı değildir. Zira ticari yargının, medeni yargı ile idari yargının karma bir biçimi olduğu söylenebilir.

2. Davaların Görülmesi

a. Yargılama Dili

Ticari davalar Rusça görülür. Rusça bilmeyen kişiler, açıklamalarını ana dillerinde veya istedikleri dilde yapma ve tercüman hizmetinden yararlanma hakkına sahiptirler (TMK m.12).

b. Tek Hâkimli ve Heyet Halinde Görülen Davalar

Ticari davalar, ilk derece mahkemelerinde tek hâkimli olarak, federal anayasal kanunda belirtilen hallerde ise üç hâkimden veya bir hâkim ile iki tacir jüri üyesinden oluşan heyet tarafından görülür (TMK m.17/1). Taraflardan birinin talepte bulunması halinde, ilk derece ticaret mahkemesi, bir hâkim ve iki ticari jüri üyesinin katılımıyla toplanabilir (TMK m.17/3). Davanın, ticari jüri üyeleriyle görülmesine ilişkin talebin kabulü halinde, mahkeme, uzmanlık alanı göz önünde bulundurarak ticari jüri üyeleri

listesinden kurayla jüri üyesi belirler (TMK m.19/3). Ticari jüri üyeleri, davanın karmaşık yapısına veya ekonomi, finans, yönetim alanında özel bilgi gerektirmesine bağlı olarak ilk derece ticaret mahkemelerinde taraflardan birinin talebi üzerine yargılamaya katılırlar (TMK m.19/1).

Ticari jüri üyeleri, davaya baktıkları sırada hâkimlerin hak ve sorumluklarına sahip olurlar (TMK m.19/5). Hâkim ve ticari jüri üyesi davaya baktıkları sırada sorunların çözümü ve kararların verilmesi bakımından eşit usul haklarına sahiptirler (TMK m.19/6). Fakat ticari jüri üyesi heyete başkanlık edemez. (TMK m.19/7). Heyet halinde bakılan davalar oyçokluğu ile karara bağlanır (TMK m.20/1).

İstinaf, temyiz ve karar düzeltme aşamasındaki ticari davalar kanunda aksi belirtilmedikçe en az üç hâkimden oluşan heyet tarafından görülür (TMK m.17/4).

c. Mahkemede Temsil

Vatandaşlar mahkemedeki işlemlerini bizzat veya temsilci aracılığıyla yürütebilirler (TMK m.59/1). Temsilcinin avukat veya hukukçu olması şart değildir. Mahkemede temsilci olabilmek için fiil ehliyetine ve iş takibi konusunda vekâletnameye sahip olmak gereklidir (TMK m.59/6)^[47]. Fiil ehliyeti olmayanların mahkeme işlemleri ise kanuni temsilci veya onun görevlendirdiği temsilci tarafından yürütülür (TMK m.59/2).

d. İspat ve Deliller

Ticari yargıda yazılı ve maddi deliller; tarafların açıklamaları, bilirkişi raporları, uzman mütalaaları, tanık beyanları, ses ve görüntü kayıtları, diğer deliller ve materyallerdir (TMK m.64/2). İfadeler, görüntülü ve sesli iletişim yoluyla da alınabilir (m.64/3). Kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, hukuki değer taşımaz ve hükme esas alınamaz (TMK m.64/3).

Deliller, davanın taraflarınca ileri sürülür (TMK m.66/1). Tarafların belli bir delili elde etmesinin zor olduğu durumlarda, talep üzerine bu deliller mahkeme tarafından toplanabilir (TMK m.66/4).

[47] Kanuni temsilcilik ve ilgili organın temsilcisi olmaları durumları hariç; hâkimler, ticaret jüri üyeleri, soruşturmacılar, savcılar, hakim yardımcılar ve mahkeme çalışanları mahkemede temsilci olamazlar (TMK m.60/1).

Mahkeme, dosyada bulunan delilleri tam, objektif ve doğrudan inceleyerek kendi kanaatine göre değerlendirme yapar (TMK m.71/1). Hiçbir delil, mahkeme için yargılamadan önceden kesinlik arz etmez (TMK m.71/5).

3. Kararların Kesinleşmesi ve Kanun Yolları

Ticari davalar kural olarak istinaf ile birlikte kesinleşmiş olur^[48]. Ticaret mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurma süresi kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça kararın verilmesinden itibaren 1 aydır (TMK m.259/1). Tarafların süresinde istinaf yoluna başvurmaması veya istinaf yoluna başvurulması sonucunda kararın bozularak ilk derece mahkemesine gönderilmemesi durumunda karar kesinleşmiş olur (TMK m.180/1).

Ticari davalarda kanunda belirtilen hallerde verildiği anda kesin veya kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı ise temyiz yoluna başvurulabilir (TMK m.273/1). Temyiz yoluna başvuru süresi, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça kararın kesinleşmesinden itibaren 2 aydır (TMK m.276/1).

Ticari davalarda kanunda belirtilen hallerde ise verildiği anda kesin veya kesinleşmiş kararlarına karşı karar düzeltme yoluna da başvurulabilir. Karar düzeltme mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanlık Divanıdır (TMK m.308.1/3). Karar düzeltme yoluna başvuru süresi kararın kesinleşmesinden itibaren 3 aydır (TMK m.308.1/4).

III. MUHAKEMEDE ROL ALAN KİŞİLER

A. HAKİM

1. Şartları ve Atanma Usulü

Hukuk lisans eğitimi veya hukuk alanında lisans ve yüksek lisans eğitimi bulunan bütün Rusya Federasyonu vatandaşları hâkim olabilirler (HSHK^[49] m.4/1/1). Bununla birlikte hâkim olabilmek için asgari yaş sınırı ve mesleki deneyim de aranmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi hâkimi olabilmek için hukuk alanında en az 15 yıl çalışmış ve 40 yaşını doldurmuş olmak; Yüksek Mahkeme hâkimi olabilmek için hukuk alanında en az 10 yıl

[48] Fikri haklar mahkemesinin kararları verildiği anda kesin olup, istinaf edilemezler (TMK m.180/2).

[49] 26.06.1992 tarih ve N3132-1 sayılı Rusya Federasyonu Hâkimlerin Statüsü Hakkında Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_648/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

çalışmak ve 35 yaşını doldurmuş olmak; Bölge mahkemesi, bölge askeri mahkemesi, bölge ticaret mahkemesi, ticaret istinaf mahkemesi ve ihtisas (fikri haklar) mahkemesi hâkimi olabilmek hukuk alanında en az 7 yıl çalışmak ve 30 yaşını doldurmuş olmak; Federe birim ticaret mahkemesi, federe birim anayasa (kurucu belge) mahkemesi, ilçe mahkemesi, garnizon askeri mahkemesi ve sulh mahkemesi hâkimi olabilmek için ise hukuk alanında en az 5 yıl çalışmak ve 25 yaşını doldurmuş olmak gerekir (HSHK m.4/2). Hâkim olabilmek için azami yaş sınırı da bulunmaktadır. Kural olarak 70 yaşını doldurmuş olan kişinin hâkimlik görevi sona erer (HSHK m.11/1)^[50].

Hâkim olabilmek için daha önceden mahkûmiyeti bulunmamak, herhangi bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık olmamak, fiil ehliyetine sahip olmak, yabancı ülke vatandaşlığına veya daimi oturma hakkına sahip olmamak gibi ilave şartlar da öngörülmüştür (m.4/1/2-6).

Hâkim olmak için gerekli şartlarını taşıyanlar Hâkimler Topluluğu^[51] bünyesinde bulunan Rusya Federasyonu Yüksek Sınav Komisyonu veya Rusya Federasyonu Federe Birim Sınav Komisyonu tarafından gerçekleştirilen sınavda başarılı olduktan sonra hâkim olarak göreve atanabilirler (HSHK m.5; HTHK^[52] m.26.1).

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi hâkimleri, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanı ve Rusya Devlet Başkanının teklifi üzerine Federasyon Konseyi tarafından göreve atanırlar (HSHK m.6/1).

Bölge ticaret mahkemesi ve ihtisas (fikri haklar) mahkemesi hâkimleri, bu mahkemenin başkanı ve Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanının teklifi üzerine Rusya Devlet Başkanı tarafından göreve atanırlar (HSHK m.6/2). Diğer genel yargı mahkemeleri ve ticaret mahkemeleri başkan ve hâkimleri, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanının teklifi üzerine Rusya Devlet Başkanı tarafından göreve atanırlar (HSHK m.6/3).

[50] Rusya Federasyonu federe unsur anayasa (tüzük) mahkemesi hâkimleri hakkında, Rusya Federasyonu federe unsurunun kanunuyla azami yaş konusunda farklı hükümler konabilir (HSHK m.11/1).

[51] Hâkimler Topluluğu, Rusya Federasyonu yargı sisteminde yer alan bütün hâkimlerden oluşmaktadır. Bir hâkim, yeminini ettiği andan itibaren hâkimler topluluğuna üye olmuş olur (HTHK m.1, m.2/1).

[52] 14.03.2002 tarih ve N30-FZ sayılı Rusya Federasyonu Hâkimler Topluluğu Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_35868/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

Askeri mahkeme hâkimleri Yüksek Hâkimler Kurulunun olumlu görüşü alınarak ve Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Başkanının teklifi üzerine Rusya Devlet Başkanı tarafından göreve atanırlar (HSHK m.6/4).

Hâkim olarak atanabilmek için ilgili hâkimler kurulunun olumlu görüşü de gereklidir (HSHK m.6/6).

2. Bağımsızlığın Teminatı

Hâkimlerin bağımsızlığı; yargı faaliyetine müdahale yasağı, görevden uzaklaştırma ve göreve son vermenin yasada belirlenen usulle yapılması, istifa hakkı, dokunulmazlık, hâkimler topluluğu sistemi ve onun yüksek statüsüne karşılık gelen maddi ve sosyal güvence yolları ile sağlanır (HSHK m.9/1).

Hâkimler azledilemez. Bir hâkim rızası olmadıkça başka mahkemeye veya göreve nakledilemez. Hâkimin görevden uzaklaştırılması veya görevine son verilmesi sadece kanunda belirlenen yöntemle olur (HSHK m.12).

Anayasa Mahkemesi hâkimleri hariç, meslek etiğini ihlal eden hâkimler hakkında disiplin cezası verme yetkisi Hâkimler Kuruluna aittir. Hâkimler Kurulunun vermiş olduğu disiplin cezasına karşı kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir. Göreve derhal son verme kararına karşı ise Yüksek Mahkeme Disiplin Kuruluna başvurulabilir (HSHK m.12.1/7.) Anayasa Mahkemesi hâkimleri hakkında disiplin cezası verme yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir (HSHK m.12.1/9; AYMHK^[53] m.15).

Hakkında mahkeme kararıyla gaiplik kararı verilmesi; ceza davası açılması; Devlet Başkanı, Devlet Duması, Rusya Federasyonu federe birim yasama (temsil) organı veya belediye seçimlerine katılması gerekçesiyle bir hâkimin görevden uzaklaştırılması veya istifasının durdurulması da Hâkimler Kurulunun kararıyla mümkündür (HSHK m.13/1).

3. Görevinin Sona Ermesi

Hâkimin görevinin sona ermesi aşağıdaki sebeplerle gerçekleşir (HSHK m.14):

- 1) İstifa,

[53] 21.07.1994 tarih ve N1-FKZ sayılı Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_4172/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

- 2) Sağlık veya benzer mazeret sebepleriyle görevini yapamamak,
- 3) Başka bir iş yapma veya benzer sebeplerle görevden ayrılma,
- 4) Hâkimlik için öngörülen azamî yaş sınırını (kural olarak 70) doldurma veya görev süresinin belli bir süreyle sınırlandırıldığı hallerde (örneğin sulh mahkemesi hâkimleri) görev süresinin dolması,
- 5) Rusya Federasyonu vatandaşlığının sona ermesi, başka ülkenin vatandaşlığına geçme veya başka ülkeden sürekli oturma hakkı alma,
- 6) Hâkimin, eşinin ve reşit olmayan çocuklarının Rusya Federasyonu sınırları dışında bulunan yabancı bir bankada hesap açma, para ve değerli eşya bulundurma yasağını ihlal etmesi,
- 7) Hâkimlik mesleğiyle bağdaşmayan faaliyette bulunma,
- 8) Hâkimin Devlet Başkanı, Devlet Duması milletvekili, federe birim yasama (temsil) organı veya belediye organı görevine seçilmesi,
- 9) Hâkim hakkında kesinleşmiş mahkeme kararıyla mahkûmiyet ya da tıbbi nitelikte güvenlik tedbirleri hükmü verilmesi,
- 10) Kesinleşmiş mahkeme kararıyla hâkimin fiil ehliyetinin sınırlandırılması veya kaldırılması,
- 11) Hâkimin ölmesi veya kesinleşmiş mahkeme kararıyla ölmüş ilan edilmesi,
- 12) Mahkemenin kaldırılması, yeniden düzenlemesi veya mahkeme başkanı veya hâkimiyle yakın hısımlılığı nedeniyle başka mahkemeye atanmayı hâkimin kabul etmemesi,
- 13) Hâkimler Kurulunun kararıyla disiplin cezası olarak hâkimin görevine son verilmesi şeklindedir.

4. Dokunulmazlığı

Hâkim dokunulmazdır. Hâkimin dokunulmazlığı; kişi dokunulmazlığı, konut ve işyeri dokunulmazlığı, kişisel ve makama ait ulaşım araçları dokunulmazlığı, kendisine ait belge, bagaj ve diğer eşyaların dokunulmazlığı, haberleşme ve yazışma gizliliğini de kapsar (HSHK m.16/1).

Görevini kötüye kullandığı ya da bile bile hukuka aykırı karar verdiği konusunda kesinleşmiş mahkeme kararı olmadıkça, hâkim görevinden

ayrılrsa bile yargı faaliyetine yerine getirirken açıklamış olduğu görüş ve kararlarından dolayı cezai sorumluluk taşımaz (HSHK m.16/2).

Hâkimler hakkında ceza soruşturması başlatılması Anayasa Mahkemesi hâkimleri bakımından Anayasa Mahkemesinin izni ve Soruşturma Komitesi Başkanının kararıyla; Yüksek Mahkeme, bölge mahkemeleri, askeri mahkeme, ticaret mahkemesi hâkimleri bakımından Yüksek Hâkimler Kurulunun izni ve Soruşturma Komitesi Başkanının kararıyla; diğer mahkeme hkimleri bakımından ise ilgili federe birim hâkimler kurulunun izni ve Soruşturma Komitesi Başkanının kararıyla mümkündür (HSHK m.16/3)

Hâkim dokunulmazlığı kabahatler bakımından da geçerlidir. Hâkimler hakkında idari soruşturma başlatılması Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme, bölge mahkemeleri, askeri mahkeme ve ticaret mahkemesi hâkimleri bakımından Rusya Federasyonu Başsavcısının talebi üzerine Yüksek Mahkeme bünyesindeki üç hâkimden oluşan dava kurulunun kararıyla; diğer hâkimler bakımından ise Rusya Federasyonu Başsavcısının talebi üzerine bölge mahkemesi bünyesindeki üç hâkimden oluşan dava kurulunun kararıyla mümkündür (HSHK m.16/4).

Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme, bölge mahkemeleri, askeri mahkeme, ticaret mahkemesi hâkimleri bakımından tutuklama kararı Soruşturma Komitesi Başkanının talebiyle Yüksek Mahkeme bünyesindeki üç hâkimden oluşan dava kurulu tarafından verilir. Diğer hâkimler bakımından tutuklama kararı ise Soruşturma Komitesi Başkanının talebiyle ilgili bölge mahkemesi bünyesindeki üç hâkimden oluşan dava kurulu tarafından verilir. Hâkimin tutuklanabilmesi için ayrıca Anayasa Mahkemesinin ya da ilgili hâkimler kurulunun izni de gereklidir. İzin, Soruşturma Komitesi Başkanı tarafından alınır (HSHK m.16/6).

5. Hâkimler Topluluğu

Hâkim yemin etmekle birlikte Hâkimler Topluluğu'na üye olmuş sayılır (HTHK m.2/1). Hâkimler Topluluğunun organları; Rusya Hâkimler Kongresi, Rusya Federasyonu Federe Birimler Kongreleri, Rusya Federasyonu Hâkimler Şurası, Mahkeme Hâkimleri Genel Kurulu, Yüksek Hâkimler Kurulu, Rusya Federasyonu Federe Birimler hâkimler kurulu, Hâkimlik Yüksek Sınav Kurulu ve Rusya Federasyonu Federe Birim Hâkimlik Sınav Kurulu oluşturmaktadır (HTOHK m.3/2).

Hâkimler topluluğunun temel görevleri; yargı sisteminin ve yargının iyileştirilmesinde yardım; hâkimlerin haklarının ve meşru menfaatlerinin korunması; yargı faaliyetine örgütlenme, personel ve kaynak sağlama suretiyle katılım; yargı erkinin saygınlığını ve mevzuatta gösterilen etik kurallarına hâkimlerin uymasını sağlamaktır (HTOHK m.4).

6. Hâkim Yardımcısı

Hâkim yardımcısı, sadece ticaret mahkemelerinde bulunmaktadır. Hâkim yardımcısı, duruşmanın hazırlanması ve düzenlenmesi sürecinde hâkime yardım eder, fakat yargı faaliyetini yerine getirme hakkına sahip değildir (TUK m.58/1).

Hâkim yardımcısı, duruşma ile ilgili ve kanunda belirtilen usul işlemlerini yapmakla görevlidir (TUK m.58/2). Duruşma tutanağını tutmak ise duruşma sekreterinin (zabıt kâtibi) görevidir (TUK m.58/3).

B. SAVCI

1. Atanma Usulü

Rusya Federasyonu'nda savcılıklar; Rusya Federasyonu Başsavcılığı, Rusya Federasyonu federe birim savcılıkları (bölge mahkemeleri savcıları) ile bunlara eşdeğer askeri ve diğer ihtisas savcılıkları, şehir ve ilçe savcılıkları ile bunlara eşdeğer ihtisas savcılıklarından oluşur (SHK^[54] m.11/1).

Devlet akreditasyonu bulunan eğitim programında hukuk lisans eğitimi almış olan, gerekli mesleki ve ahlaki niteliklere sahip, görevini yapmasına engel sağlık durumu bulunmayan Rusya Federasyonu vatandaşları savcı olabilirler (SHK m.40.1/1).

Savcı olabilmek için asgari yaş sınırı ve mesleki deneyim de aranmaktadır. Rusya Federasyonu Başsavcısı olabilmek için 35 yaşını doldurmuş olmak gereklidir (SHK m.12/1.1). Rusya Federasyonu Başsavcı vekili olabilmek için savcılık organlarında veya birimlerinde en az 10 yıl görev yapmış ve 35 yaşını doldurmuş olmak gereklidir (SHK m.12/1.3). Şehir ve ilçe savcısı veya bunlara eşdeğer savcı olabilmek için savcılık organlarında veya birimlerinde en az 5 yıl görev yapmış ve 27 yaşını doldurmuş olmak gerekir

[54] 17.01.1992 tarih ve N2202-1 sayılı Rusya Federasyonu Savcılık Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_262/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

(SHK m.16.1/2)^[55]. Rusya Federasyonu federe birim veya bunlara eşdeğer birim savcısı olabilmek için savcılık organlarında veya birimlerinde en az 7 yıl görev yapmış ve 30 yaşını doldurmuş olmak gerekir (SHK m.15.1/4).

Savcılıkta azami yaş sınırı da bulunmaktadır. Bu yaş sınırı Rusya Federasyonu Devlet başkanı veya onun teklifi ile atanan savcılar bakımından 70 yaş, diğer savcılar bakımından ise 65 yaştır (SHK m.43/2). Azami yaş sınırı Rusya Federasyonu Başsavcısı bakımından uygulanmaz (SHK m12/5.1).

Savcı olabilmek için fiil ehliyetine sahip olmak, yabancı ülke vatandaşlığına sahip olmamak, kamu hizmetinden yasaklı olmamak, daha önceden mahkûmiyeti bulunmamak gibi ilave şartlar da aranmaktadır (SHK m.40.1/2).

Rusya Federasyonu Başsavcısı ve Rusya Federasyonu Başsavcı vekilleri, Devlet Başkanının önerisi üzerine Federasyon Konseyi tarafından göreve atanırlar ve görevden alınırlar (ANY m.129/2; SHK m.12/1, m.12.1.2). Rusya Federasyonu Başsavcısının görev süresi 5 yıldır (SHK m.12/5). Süresi biten kişi aynı göreve tekrar atanabilir (SHK m.12/5.1).

Rusya Federasyonu federe birim savcıları, Rusya Federasyonu federe biriminin onayı, Rusya Federasyonu Başsavcının önerisi üzerine Devlet Başkanı tarafından göreve atanırlar. Rusya Federasyonu federe birim savcıları, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından görevden alınırlar (ANY m.129/3; SHK m.15.1/1).

Şehir, ilçe savcıları ve bunlara eşdeğer savcılar dışındaki savcılar Devlet Başkanı tarafından göreve atanırlar ve görevden alınırlar (ANY m.129/4). Bunlar federe birim savcılarına eşdeğer olan askeri ve diğer ihtisas savcılarıdır (SHK 15.1/3)

Federe birim savcıları ile bunlara eşdeğer savcılarının görev süresi kural olarak 5 yıldır. Rusya Federasyonu Başsavcısı bu savcılarının görev süresinin uzatılması için Devlet Başkanına başvurabilir (SHK 15.1/5,6)

Şehir, ilçe savcıları ve bunlara eşdeğer savcılar (askeri ve diğer ihtisas savcıları) Rusya Federasyonu Başsavcısı tarafından göreve atanırlar ve görevden

[55] Savcılık organlarında veya birimlerinde ya da hukuk lisans eğitimi gerektiren devlet organlarında en az 5 yıl görev yapmış olan kişiler istisnai durumlarda 27 yaşını doldurmamış olsa bile şehir, ilçe savcısı veya bunlara eşdeğer savcı olarak atanabilirler (SHK m.16.1/3).

alınırlar (ANY m.129/5; SHK m.16). Şehir, ilçe savcıları ve bunlara eşdeğer savcıların görev süresi kural olarak 5 yıldır. Fakat bu savcıların görevi Rusya Federasyonu Başsavcısı tarafından 5 yıl daha uzatılabilir (SHK m.16.1/4,5).

2. Görevleri

Savcı görevini ifa ederken;

1) Vatandaş ve insan hak ve özgürlüklerinin ihlali hakkındaki başvuruları inceler,

2) Mağdurlara haklarını ve özgürlüklerini koruma usulünü açıklar,

3) Vatandaş ve insan hak ve özgürlük ihlallerini önlemek, kanunu ihlal edenlerin sorumluluk taşımasını ve verilen zararın giderilmesini sağlar (SHK m.27/1),

4) Vatandaş hak ve özgürlükleri ihlalinin suç özelliği taşıdığına inanması halinde suç işleyenlerin cezai takibata uğramasını sağlamak için gereken tedbirleri alır (SHK m.27/2),

5) Vatandaş hak ve özgürlükleri ihlalinin kabahat özelliği taşıması halinde savcı, kabahat muhakemesini başlatır veya hukuk ihlalini ve delillerini kabahat muhakemesini yürütmekle görevli organ veya görevliye derhal bildirir (SHK m.27/3),

6) Medeni ve idari yargı usulüne göre korunan vatandaş ve insan hak ve özgürlük ihlali halinde zarar görenin sağlık durumu, yaş ve benzeri sebeplerle hak ve özgürlüklerini genel mahkemede veya ticaret mahkemesinde şahsen savunamaması; önemli sayıda vatandaşın hak ve özgürlüklerinin ihlali; diğer sebeplerle ihlalin özel sosyal öneme sahip olması hallerinde savcı, mahkemede veya ticaret mahkemesinde mağdur lehine dava açar veya onu destekler. Ayrıca mevzuat gereği verilen diğer görevleri yerine getirir (SHK m.27/4).

3. Dokunulmazlığı

Suçüstü durumları hariç, savcının suç işlediği iddiasının teftişi ve önsoruşturma Ceza Usul Kanununa uygun olarak Rusya Federasyonu Soruşturma Komitesi tarafından gerçekleştirilir. Hakkında ceza soruşturması açılan savcı soruşturma süresince görevden uzaklaştırılır (SHK m.42/1).

Suçun işlenmesi sırasında yakalanma ve başka kişilerin güvenliğini sağlama durumları hariç, savcının yakalanması, zorla getirilmesi, üstünün aranması, eşyalarının aranması ve otomobilinin aranması yasaktır (SHK m.42/2).

4. Rusya Federasyonu Başsavcısı ve Savcılar Kurulu

Rusya Federasyonu Başsavcısı, Rusya Federasyonu savcılık sistemini yönetir, bununla ilgili savcılık çalışanlara bağlayıcı nitelikte olan emir, talimat, yönergeler çıkarır (SHK m.17/1).

Rusya Federasyonu Başsavcısı ve emrindeki savcılar iç güvenlik organının, federal güvenlik hizmeti organının, gümrük hizmeti organının ve diğer kolluk organlarının suçla mücadele faaliyetini koordine eder (SHK m.8/1).

Rusya Federasyonu Başsavcılığı bünyesinde Rusya Federasyonu Başsavcısı, Rusya Federasyonu Başsavcı vekilleri ve Rusya Federasyonu Başsavcısı tarafından belirlenen savcılardan oluşan Savcılar Kurulu bulunur (SHK m.14/3).

C. BİLİRKİŞİ

Bilirkişi, adli bilirkişi incelemesinin yapılmasını ve raporunun verilmesi için kanunda belirtilen usulle atanan özel bilgiye sahip kişidir (CMK m.57/1).

Bilirkişi görevini yerine getirirken dava konusu verileri inceleme, raporun hazırlanması için ek veri talebinde bulunma, başka bilirkişilerin incelemeye katılmasını isteme, adli kolluk organı, soruşturmacı ve mahkemenin izniyle ceza muhakemesi işlemlerinde yer alma, incelemeyle ilgili soru sorma gibi yetkilere sahiptir (CMK m.57/3).

Sadece resmi bilirkişiler değil, özel bilgilere sahip diğer kişiler de bilirkişi olarak atanabilirler (CMK m.195/2). Bu anlamda bilirkişi, resmi bilirkişiler arasından görevlendirilebileceği gibi özel bilgilere sahip diğer kişiler arasından da görevlendirilebilir (CMK m.195/2).

Bilirkişi görevi yaptığı sürede bağımsızdır. Mahkemeler, hâkimler, soruşturma organları, diğer devlet kurum, kuruluş ve organları taraflardan birinin lehine veya diğer kişilerin menfaatine rapor hazırlaması konusunda bilirkişiye müdahale edemezler (BK^[56] m.7).

[56] 31.05.2001 tarih ve N73-F3 sayılı Rusya Federasyonu'nda Resmi Adli Bilirkişilik Faaliyeti Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_31871, Erişim Tarihi: 22.10.2018.

Üniversite mezunu ve bilirkişilik konusunda ilave mesleki eğitim almış olan her Rusya Federasyonu vatandaşı adli bilirkişilik görevini yürütebilir. Federal yürütme organlarında, içişleri alanında bilirkişilik görevini orta öğretime sahip olan kişiler de yürütebilirler (BK m.13/1).

D. AVUKAT

Avukatlık faaliyeti, avukatlık sıfatına sahip kişiler tarafından hak, özgürlük ve menfaatlerini korumak ve adalete erişimlerini sağlamak amacıyla gerçek ve tüzel kişilere sunulan profesyonel hukuki yardımdır. Avukatlık, ticari bir faaliyet değildir (AVK m.1/1,2).

Noterler gibi hukuki yardım ve hizmeti sunan diğer uzmanların faaliyetleri avukatlık faaliyeti olarak değerlendirilmez^[57].

Hukuk lisans eğitimi alanlar veya hukuk alanında akademik dereceye sahip olanlar avukat olabilirler. Avukat olabilmek için ayrıca hukuk alanında en az iki yıl çalışmış olmak veya avukatlık stajını tamamlamak da gereklidir (AVK m.9/1). Fiili ehliyetine sahip olmak ve kasıtlı suçtan mahkûmiyeti bulunmamak da avukat olabilmek için aranan şartlardandır (AVK m.9/2).

Yukarıda belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler avukatlık sınavında başarılı olduktan sonra Rusya Federasyonu federe birim barosu yeterlilik komisyonunun kararıyla avukat sıfatını kazanmış olurlar (AVK m.9/3). Baro yeterlilik komisyonunun kararı avukatın yemin etmesiyle birlikte yürürlüğe girer (AVK m.12/1). Avukat olabilmek için Rusya Federasyonu vatandaşı olmak şart değildir (AVK m.9/4). Yabancı devlet avukatları Rusya Federasyonu'nda sadece ilgili yabancı devletin hukukuna ilikin konularda hukuki faaliyette bulunabilirler (AVK m.2/5).

Rusya Federasyonu her federe biriminde zorunlu üyelik esasına göre oluşturulan baro bulunur (AVK m.29/1). Baroların bazı vatandaşlara ücretsiz avukatlık hizmeti sunma, avukatları temsil etme, onların haklarını koruma, meslek etiğine uyulup uyulmadığını denetleme gibi görevleri bulunmaktadır (AVK m.29/4). Baro kararları, üyeler için bağlayıcıdır (AVK m.29/9). Barolar, mesleki etiğin ve standartların oluşturulması, üyelerinin hukuka aykırı

[57] GULYAYEV, A. / RİVKİN, K. / SARAYKİNA, O. / YUDUŞKİN, S., Kommentariy k Federalnomu Zakonu Ob Advokatskoy Deyatelnosti i Advokature (Avukatlık ve Avukatlık Faaliyeti Hakkında Federal Kanun'un Şerhi), İzdatelstvo Ekzamen, Moskva 2004, s.11.

saldırlardan korunması, hukuki yardıma muhtaç kişilere hukuki yardım sağlama konularında önemli role sahip olup, kamu menfaati ve adaletin sağlanması için hükümetle işbirliği yaparlar^[58].

E. JÜRİ

1. Ceza Davalarında Jüri

Rusya Federasyonu ceza muhakemesi hukukunda bazı ceza davaları jürinin katılımıyla görülmektedir. Jüri listelerinde kayıtlı, 25 yaşını doldurmuş, sabıkasız, fiil ehliyetine sahip vatandaşlar jüri üyesi olarak görev yapabilirler. Jüri üyesi olabilmek için alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı olmamak, fiziksel ve ruhsal engeli bulunmamak, şüpheli veya sanık olmamak gibi ilave şartlar da gereklidir (JHK^[59] m.3). 60 yaşını doldurmuş olanlar, 3 yaşından küçük çocuğu bulunan kadınlar, dini gerekçelerle yargılama faaliyetinde yer alamayacağına inananlar, görevinden alıkonulması topluma veya devlet menfaatine zarar verebilecekler ve geçerli mazereti nedeniyle mahkemeye gelemeyecek olanlar talep etmeleri halinde jüri görevinden muaf tutulabilir (CMK m.326/7). Bir yıl içinde jüri üyesi olarak mahkemede birden fazla sayıda görev almak mümkün değildir (CMK m.326/3).

Jürinin toplantıları jüri üyelerinin katılımıyla ve gizli yapılır (CMK m.341/2). Toplantıları jüri başkanı yönetir ve oylama jüri başkanı en son oy kullanır. Oylama açık yapılır ve çekimser oy kullanılamaz (CMK m.342).

Jüri üyeleri mümkün oldukça oybirliği ile karar vermeye çalışırlar. Ancak üç saat içinde oybirliğine ulaşılmaması durumunda karar oyçokluğu ile alınır (CMK m.342/1).

Sanığın suçlandığı her eylemle ilgili olarak eylemin gerçekleştiğinin, eylemin sanık tarafından işlendiğinin ispat edilip edilmediği ve sanığın gerçekleşen eylemde suçlu olup olmadığı sorularına jürinin cevap vermesi gerekir (CMK m.339/1).

Hâkim tarafından çözülmesi gereken sanığın hukuki durumuna ilişkin hususlar jüriye sorulamaz (CMK m.339/5). Yani jürinin katılımıyla

[58] SERGEEV, V., Advokat i Advokatura (Avukat ve Avukatlık), İzdatelstvo YUNİTİ-DANA, Moskva 2003, s.64.

[59] 20.08.2004 ve 113FZ sayılı Federal Genel Yargı Mahkemelerinin Jüri Üyeleri Hakkında Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_48943/, Erişim Tarihi: 22.10.2018.

gerçekleştirilen yargulamalarda, olayın maddi yönü jüri tarafından, hukuki yönü ise mahkeme başkanı tarafından tespit edilmektedir.

Jürinin, sanığın suçsuz olduğu yönünde karar vermesi halinde bu karar mahkeme başkanını bağlar ve bu durumda tutuklu olan sanık duruşma salonunda serbest bırakılır (CMK m.346/1, m.348/1).

Jürinin sanığın suçlu olduğu yönünde karar vermesi durumunda ise sanığa verilecek olan cezanın tartışılması için iddia ve savunma makamlarına söz verilir (CMK m.347/3). Jürinin, sanığın suçlu olduğu yönündeki kararı kural olarak mahkeme başkanını bağlar. Fakat bunun istisnaları da bulunmaktadır. Mahkeme başkanı, somut olayda suçun unsurlarının bulunmadığına kanaat getirmesi durumunda beraat karar verebilir. Ayrıca mahkeme başkanı, olayların doğru değerlendirilmediği veya sanığın suçu işlediğine dair yeterli delil olmadığı, jürinin suçsuz olan kişiye suç yüklediği kanaatine varırsa jürinin görevine son verir ve davanın başka heyet tarafından görülmesine karar verebilir. Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir (CMK m.348/2,4,5).

2. Ticari Davalarda Jüri

Ticari jüriler, özel hukuktan kaynaklanan davalarda ilk derece olarak görev yapan Rusya Federasyonu federe birim ticaret mahkemelerinde görev yaparlar. Ticari jüriler davaya taraflardan birinin talebi üzerine katılırlar. Talep, davanın esasına girilmeden önce yapılmalıdır (TJK^[60] m.1/1,2). Ticari jüri üyeliği vatandaşlık ödevidir (TJK m.1/5). 25 yaşını tamamlamış ve 70 yaşını bitirmemiş olan, itibar sahibi, ekonomi, finans, hukuk, yönetim ve ticari faaliyet alanında üniversite mezunu ve en az 5 yıl mesleki deneyimi bulunan vatandaşlar ticari jüri üyesi olarak görev yapabilirler (TJK m.2/1). Jüri üyesi olabilmek için alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı olmamak, mahkûmiyeti bulunmamak, fiil ehliyetine sahip olmak gibi ilave şartlar da aranmaktadır (TJK m.2/2).

Ticari jüri üyesi listeleri ticaret odaları, işveren sendikası ve birlikleri ile diğer meslek birliklerinin önerdikleri kişiler arasından Rusya Federasyonu federe birim ticaret mahkemeleri tarafından oluşturulur. Bu liste, federe

[60] 30.05.2001 tarih ve N70-FZ sayılı Rusya Federasyonu Federe Unsur Ticaret Mahkemeleri Ticari Jüriler Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_31856/, Erişim Tarihi: 22.10.2018.

birim ticaret mahkemesi tarafından Yüksek Mahkemeye sunulur ve Yüksek Mahkeme Genel Kurulu tarafından onaylanır (TJK m.3/1,2).

Ticari jüri üyesi görev süresi iki yıldır. Süre sonunda aynı kişi tekrar ticari jüri listesine eklenebilir. Ticari jüri üyesiyle görülen dava sırasında iki yıllık sürenin dolması halinde, ticari jüri üyesi davanın esası hakkında karar verilinceye kadar görevini sürdürmeye devam eder (TJK m.4).

Ticari jüri üyesine görev yaptığı gün sayısı karşılığında, asgari ücretin beş katından az olmamak üzere ticaret mahkemesi hâkiminin maaşının dörtte üçü oranında federal bütçeden ücret ödenir (TJK m.6/1). Jüri üyesi yargılama faaliyetine katıldığı süre boyunca hâkim dokunulmazlığından yararlanır (TJK m.7/1).

F. NOTER

Rusya Federasyonu'nda noterlik faaliyeti resmi ve özel noterlik dairesi tarafından gerçekleştirilir (NK^[61] m.1/2)

Devlet akreditasyonu bulunan eğitim programında hukuk lisans eğitimi almış olan, hukuk alanında en az 5 yıl mesleki deneyimi bulunan, 20 yaşını doldurmuş olup da 75 yaşını bitirmemiş ve noterlik sınavından başarılı olan Rusya Federasyonu vatandaşları noter olabilirler. Noter olabilmek için çifte vatandaş olmamak, fiil ehliyetine sahip olmak, kasıtlı suçtan mahkûmiyeti bulunmamak gibi ilave şartlar da bulunmaktadır (NK m.2/1,2).

Resmi noterlik daireleri, Adalet Bakanlığı tarafından kurulur ve kaldırılır (NK m.7, DBK^[62] m.7/30.17). Özel noter olarak görev yapanlar, faaliyet gösterdiği Rusya Federasyonu federe biriminin noterler odasına üye olmalıdır (NK m.2/4).

Resmi ve özel noterler eşit hak ve yükümlüklere sahip olup, düzenledikleri belgeler de eşit hukuki güce sahiptir (NK m.2/3). Noterlik ticari faaliyet değildir ve gelir sağlama amacı taşıyamaz (NK m.1/6).

[61] 11.02.1993 tarih ve N4462-1 sayılı Rusya Federasyonu Noterlik Mevzuatının Esasları Hakkında Kanun http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1581/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

[62] 13.10.2004 tarih ve N1313 sayılı Devlet Başkanı Kararname, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_49892/, Erişim Tarihi: 22.10.2018.

IV. MAHKEMEDİŞİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

A. ARABULUCULUK

Rusya Federasyonunda arabuluculuk faaliyeti, 20 maddeden oluşan Arabulucunun Katılımıyla Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Usulü Hakkında Federal Kanun^[63] (ABK) ile düzenlenmiştir. Kanun arabuluculuğu, bağımsız bir arabulucunun (arabuluculuk usulü) katılımı ile ticari ilişkilerinin geliştirilmesi ve iş ahlakının oluşturulması, sosyal ilişkilerin uyumlaştırılması ve mahkemedışı uyuşmazlık çözüm yönteminin Rusya Federasyonu'nda uygulanması olarak tanımlanmaktadır (ABK m.1/1).

1. Arabuluculuğa Elverişlilik

Arabulucunun Katılımıyla Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Usulü Hakkında Federal Kanun, ticari ve diğer ekonomik uyuşmazlıklar dâhil olmak üzere özel hukuk, iş hukuku ve aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanmaktadır (ABK m.1/2). Sayılanların dışında kalan diğer uyuşmazlıkların arabuluculuk usulüyle çözülebilmesi, sadece federal kanunlar tarafından öngörülen hallerde mümkün olabilmektedir.

Arabuluculuk yoluna hukuk ve ticaret mahkemelerinde dava öncesi veya sırasında başvurulabileceği gibi tahkim aşamasında da başvurulabilir (ABK m.1/4; m.4)^[64]. Toplu iş uyuşmazlıklarında ve ayrıca arabuluculuk sürecine katılmayan üçüncü kişilerin hak ve meşru menfaatlerini ya da kamu yararını etkileyen veya etkileyebilecek uyuşmazlıklarda arabuluculuk yoluna başvurulamaz (ABK m.1/5).

[63] 27.07.2010 tarih ve 193-FZ sayılı Arabulucunun Katılımıyla Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Usulü Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_103038/, Erişim Tarihi: 01.08.2018.

[64] Taraflar dava aşamasında veya tahkim aşamasında aralarında çıkmış ve çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından karar verilinceye kadar arabuluculuğa başvurabilirler. Bu durum sözleşme veya ekinde kararlaştırılabilir. Arabuluculuğa başvuru sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi taraflar iradilik esasınca yargılama aşamasında da arabuluculuk yoluna gidilebilir (ABK m.4).

2. Arabuluculuk Süreci

a. İlkeler ve Usul

Arabuluculuk usulü; tarafların karşılıklı isteğine dayanan gönüllülük, gizlilik, işbirliği ve tarafların eşitliği, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkelerine bağlı olarak yürütülür (ABK m.3).

Arabuluculuk sürecinin yürütülmesine ilişkin usul, taraflarca arabuluculuk sürecinin yürütülmesi hakkında sözleşme ile belirlenebileceği gibi sözleşmede arabuluculuk hizmeti veren kuruluşun belirlediği kurallara atıf yapmak suretiyle de belirlenebilir (ABK m.11/1, 2). Arabuluculuk hizmeti veren kuruluşun arabuluculuk sürecinin yürütülmesine ilişkin kurallarında aşağıdaki hususlar yer almalıdır (ABK m.11/3):

- 1) Uyuşmazlık türleri,
- 2) Arabulucunun seçilme veya atanma usulü,
- 3) Arabuluculuk usulünün yürütülmesine ilişkin masraflara tarafların katılma usulü,
- 4) Arabuluculuk hizmeti veren kuruluşun belirlediği arabulucu mesleki faaliyetinin standartları ve kuralları hakkında bilgi,
- 5) Arabuluculuk usulünün yürütülme usulü, bu süreçte tarafların hak ve yükümlülükleri, farklı kategorideki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümündeki özellikler ve arabuluculuk sürecindeki diğer şartlar.

Federal kanun veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe taraflar; arabuluculuk sürecinin yürütülmesi için yapılan sözleşmede, uyuşmazlığın durumu, tarafların talebi ve uyuşmazlığın hızlı çözüme kavuşturulmasını dikkate alarak arabuluculuk sürecinin yürütülme usulünün arabulucu tarafından serbestçe belirlenmesini kararlaştırma hakkına sahiptirler (ABK m.11/4).

b. Süre

Arabuluculuk sürecinin süresini taraflar sözleşme ile belirleyebilir. Ancak taraflar sürecin 60 günden önce bitmesi için gerekli önlemleri almak zorundadırlar. İstisnai durumlarda, uyuşmazlığın karmaşıklığı, ek bilgi veya belge edinme ihtiyacı nedenleriyle arabuluculuk süreci tarafların anlaşması ve arabulucunun onayı ile uzatılabilir. Uyuşmazlığın mahkeme veya tahkime intikal etmesinden sonra arabuluculuk süreci için gerekli asgari 60 günlük

süre hariç, arabuluculuk faaliyetinin toplam süresi 180 günü geçemez (ABK m.13).

c. Anlaşma

Arabuluculuk anlaşması yazılı yapılır ve taraflar, uyuşmazlığın konusu, arabuluculuk süreci, arabulucu, tarafların yükümlülükleri, şartlar ve onların yerine getirme süresi hakkında bilgileri içermelidir. Arabuluculuk anlaşması, gönüllülük (iradilik) ve tarafların iyi niyeti ilkelerine dayanır. Uyuşmazlığın mahkemeye veya tahkime intikal etmesinden sonra gerçekleşen arabuluculuk anlaşması mahkeme veya tahkim tarafından mevzuata uygun olarak sulh anlaşması olarak onaylanabilir (ABK m.12/1-3).

Mahkemeye veya tahkime intikal etmeden gerçekleşen özel hukuk uyuşmazlıklarından kaynaklanan arabuluculuk anlaşması, tarafların hak ve yükümlülüklerinin oluşmasına, değişmesine veya sona ermesine yönelik bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu sözleşmede; borcun yenilenmesi, borcun affı ve zararın tazmini konuları ve özel hukuk mevzuatı yer alabilir. Bu tür arabuluculuk anlaşmasının hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle ihlal edilen hakların korunması özel hukuk mevzuatında öngörülen hükümlerle sağlanır (ABK m.12/4).

d. Sona Erme

Arabuluculuk süreci aşağıdaki durumlarda sona erer (ABK m.14):

- 1) Taraflar arasında anlaşmanın sağlanması (imza tarihi itibarıyla),
- 2) Tarafların anlaşma sağlayamamaları sebebiyle karşılıklı olarak arabuluculuk sürecini sona erdirmeye konusunda anlaşmaları (imza tarihi itibarıyla),
- 3) Arabulucunun taraflara danıştıktan sonra arabuluculuk sürecinin sona erdirilmesine ilişkin beyanını yazılı olarak taraflara göndermesi (gönderim tarihi itibarıyla),
- 4) Taraf veya tarafların arabuluculuk sürecine devam etmeyeceğini arabulucuya bildirmeleri (bildirimin arabulucuya ulaştığı tarih itibarıyla),
- 5) Arabuluculuk süreci için kanunda öngörülen sürenin dolması.

3. Arabulucu

a. Seçimi ve Atanması

Arabuluculuk süreci için taraflar, karşılıklı anlaşmayla bir veya daha fazla arabulucu seçebilirler. Arabuluculuk sürecinin yürütülmesi hakkında sözleşmeye uygun olarak arabuluculuk hizmeti veren kuruluş, arabulucu adayı tavsiyesinde bulunabileceği gibi tarafların talepte bulunması halinde de arabulucu atayabilir (ABK m.9/1,2).

Arabuluculuk sürecinde, seçilen veya atanan arabulucunun bağımsızlığını veya tarafsızlığını etkileyebilecek durumların var olması veya ortaya çıkması halinde arabulucu, taraflara veya sürecin arabuluculuk hizmeti veren kuruluş tarafından yürütülmesi halinde ise bu kuruluşa derhal haber vermek zorundadır (ABK m.9/3).

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucu uyuşmazlığın çözümü için teklif sunma hakkına sahip değildir (ABK m.11/5). Arabuluculuk süreci boyunca arabulucu, tüm taraflarla veya onlarla ayrı ayrı görüşebilir ve temas kurabilir. Arabuluculuk sürecinde arabulucu davranışlarıyla taraflardan herhangi birini avantajlı konuma sokma ve taraflardan birinin hak ve meşru menfaatlerini azaltma hakkına sahip değildir (ABK m.11/5-7).

b. Şartlar

Arabuluculuk, mesleki olarak veya mesleki olmadan yürütülen ve ticari sayılmayan bir faaliyettir (ABK m.15/1, 3). 25 yaşını doldurmuş, üniversite mezunu ve arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi konusunda ilave mesleki eğitim almış kişiler meslek şeklinde arabuluculuk yapabilirler (ABK m.16/1)^[65]. 18 yaşını doldurmuş, fiil ehliyetine sahip ve sabıka kaydı bulunmayan kişiler ise meslek şeklinde olmadan arabuluculuk yapabilirler (ABK m.15/2).

Arabuluculuk faaliyetinde bulunan kişiler, Rusya Federasyonu mevzuatı tarafından yasaklanmayan herhangi bir diğer faaliyette de bulunma hakkına sahiptir (ABK m.15/4). Federal kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça Rusya Federasyonu kamu görevlileri, Rusya Federasyonu federe birim kamu

[65] Uyuşmazlığın mahkemeye veya tahkime intikal etmesinden sonra gerçekleştirilen arabuluculuk süreci sadece meslek şeklinde görev yapan arabulucu tarafından yürütülebilir (ABK m.16/3).

görevlileri, devlet-sivil hizmet görevlileri ve belediye hizmet görevlileri arabulucu olamazlar (ABK m.15/5).

Arabulucunun yapamayacağı işler şunlardır (ABK m15/6):

- 1) Taraflardan herhangi birinin temsilcisi olma,
- 2) Taraflardan birine hukuki danışman ve diğer yardımında bulunma,
- 3) Uyuşmazlıkla doğrudan veya dolaylı olanlar ve ayrıca taraflardan biri ile akrabalık bağı olanlar,
- 4) Tarafların izni olmadan uyuşmazlık hakkında kamuya açıklamalar yapmak.

Taraflar veya arabuluculuk hizmeti veren kuruluş, arabulucu atanacak kişi için ilave şartlar isteyebilir (ABK m.15/7).

Arabuluculuk hizmeti veren kuruluşlar, faaliyetlerini koordine etmek, meslek kurallarını ve standartlarını geliştirmek ve birleştirmek amacıyla kendi aralarında birlik ve kanunda öngörülen diğer şekillerde oluşumlar kurabilirler. Bu birlikler, arabulucular odasına üye olabilirler (ABK m.16/2).

4. Arabulucunun Sorumluluğu

Arabulucular ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluşlar, faaliyetleri sırasında verdikleri zararlardan dolayı özel hukuk mevzuatı gereği sorumludurlar (ABK m. 17).

5. Arabulucular Odası

Arabulucular odası, birlikler veya ticari olmayan ortaklıklar şeklinde kurulur. Bu oluşumların devlet siciline kaydı ile arabulucu odası statüsü gerçekleşmiş olur. Arabulucu odasının devlet sicil kaydı, Rusya Federasyonu hükümetinin yetkili kıldığı federal organ tarafından tutulur (ABK m. 18/2,3). Oluşumun ilgili sicile kayıt olabilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gereklidir (ABK m.18/4):

- 1) Mesleki olarak görev yapan arabuluculardan en az 100 gerçek kişi veya arabuluculuk hizmeti veren kuruluşların en az 20 üyesi bulunmalıdır. Sözü geçen kuruluş ve arabulucuların toplam sayısının en az 100 olması durumunda da bu şart gerçekleşmiş olur. Bu üyelerin ayrıca kanunda belirtilen üyelik şartlarına sahip olması da gereklidir.

2) Arabulucular Odası üyelerinin çalışma kalitesinin denetimi ve meslek etiği konusunda kuralların varlığı gereklidir.

3) Arabulucular Odası 01.12.2007 tarih ve 315-FZ sayılı Odalar Hakkında Federal Kanun'da yer alan şartları taşıyor olmalıdır.

Arabulucular Odasının faaliyet gösterebilmesi için denetimlerin gerçekleştirilmesi ve disiplin cezalarının uygulanması amacıyla özel organlarının da oluşturulması gereklidir (ABK m.18/5).

Arabulucular Odası, başka bir arabulucular Odasının üyesi olamaz (ABK m.18/7). Mesleki olarak faaliyet yürüten arabulucu ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluş sadece tek bir arabulucular Odasının üyesi olabilir (ABK m.18/8).

Arabulucular Odası, üye kabulü sırasında mesleki olarak faaliyet gösteren arabuluculardan ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluşlardan kanuna aykırı olmamak şartıyla ilave şartlar arayabilir (ABK m.18/9).

Arabulucular Odasının görevleri şunlardır (ABK m.19):

1) Arabulucular Odasına bağlı olarak mesleki olarak faaliyet gösteren arabulucuların ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluşların üyelik şartlarını belirler ve geliştirir,

2) Üyelerin disiplin cezalarını belirler ve uygular,

3) Üyelerinin sicil kaydını tutar,

4) Federal devlet organları, federe unsur organları, yerel yönetim organları ve uluslararası arabuluculuk meslek kuruluşlarıyla ilişkilerinde arabulucular Odası üyelerinin menfaatlerini temsil eder,

5) Arabuluculuk mesleki faaliyetinin standartlarını ve kurallarını geliştirir ve onaylar,

6) Arabulucuların meslek ve çalışma etiği kurallarını ve arabuluculuk meslek etiği kanununu geliştirir ve onaylar,

7) Arabuluculuk sürecinin yürütülmesine ilişkin kurallar geliştirir,

8) Arabulucuların eğitim standartlarını geliştirir,

9) Üyelerinin mevzuatta aranan şartlara, arabulucular Odası standartlarına ve kurallarına, üyelik şartlarına uyup uymadıklarını denetler,

10) Üyelerine arabuluculuk faaliyetleri alanında bilgilendirici ve eğitici destek verir,

11) Odalar Hakkında Federal Kanun'da yer alan diğer görevleri yerine getirir.

B. TAHKİM^[66]

1. Hukuk Davalarında Tahkim

Özel hukuktan kaynaklanan ve hukuk mahkemelerinin görev alanında sayılan uyuşmazlıkların çözümü için taraflar sözleşme ile tahkim yoluna başvurabilir (HMK m.22.1/1).

Bazı uyuşmazlıkların çözümü tahkime bırakılamaz. Örneğin; aile hukuku, iş hukuku ve miras hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sağlığa ve çevreye verilen zararların tazmini ile ilgili uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir (HMK m.22.1/2).

Federal kanunlarda ve Rusya Federasyonu uluslararası anlaşmalarında aksine hüküm bulunmadıkça, tahkim (hakem) kararlarının iptali için kararın verilmesinden itibaren 3 ay içinde bu kararın verildiği yerde bulunan ilçe mahkemesine başvurulabilir (HMK m.418/2).

Doktrinde tahkimin genel yargı mahkemeleri ve ticaret mahkemelerinden farklı olarak yargı organı olmadığı, yargı erki içerisinde yer almadığı kabul edilmektedir.^[67]

2. Ticari Davalarda Tahkim

Özel hukuktan kaynaklanan ve ticaret mahkemelerinin görev alanında sayılan uyuşmazlıkların çözümü için taraflar sözleşme ile tahkim yoluna başvurabilir (TMK m.33/1).

Bazı uyuşmazlıkların tahkime elverişli değildir. Örneğin, kooperatif uyuşmazlıklarından kaynaklanan uyuşmazlıklar ve çevreye verilen zararların

[66] Kanunun orijinal metninde tahkimi ifade etmek için "tahkim mahkemesi" anlamına gelen "третейский суд" terimi kullanılmıştır. Fakat TMK'da yer alan "третейский суд" aslında mahkeme niteliğinde olmayıp, Türk hukukunda yer alan tahkim kavramıyla çok benzer nitelikte olması nedeniyle çalışmamızda bu kavramı ifade etmek için "tahkim" terimi kullanılmıştır.

[67] BELYAKOV, s.380.

tazmini ile ilgili uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir (TMK m.33/2/4, 7). İdare hukukundan ve diğer kamu hukukundan kaynaklanan ekonomik uyuşmazlıkların çözümü de tahkime bırakılmaz (TMK m.33/2/2).

Ticari ve ekonomik uyuşmazlıklarla ilgili tahkim kararlarının iptali 3 ay içinde ticaret mahkemelerinden istenebilir (TMK m.31/1, m.230).

3. Hakem

Taraflardan bağımsız ve tarafsız olarak uyuşmazlık çözebilecek gerçek kişi, kendisini doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendirmeyen işlerde hakem olarak görev yapabilir (THK^[68] m.8/1).

Fiil ehliyeti bulunmayan kişiler, haklarında ceza soruşturması ve mahkûmiyeti bulunanlar hakemlik yapamazlar. Meslek etiği ile bağdaşmayan eylemden dolayı görevine son verilen hâkimler, avukatlar, noterler, soruşturmacılar, savcılar veya adli organlardan çalışan diğer kişiler de hakemlik yapamazlar (THK m.8/3-5).

Uyuşmazlığı tek hakemli olarak karar bağlayan hakemin hukukçu olması gerekir. Uyuşmazlığın heyet halinde karara bağlanması halinde ise hukukçu hakem, heyetin başkanı olur (THK m.8/2). Taraflar aksini kararlaştırmadıkça uyuşmazlık için üç hakem görev yapar (THK m.9/2).

Hakemin görevini sona erdirme konusunda tarafların anlaşması, hakemin görevinden çekinmesi, taraflarca hakemin reddinin istenmesi veya hakemin ölümü, uyuşmazlığın karara bağlanması halinde hakemin görevi sona erer (THK m.13/1,2).

4. Tahkim Türleri

Rusya Federasyonunda tahkim, sürekli faaliyet göstermek üzere veya somut bir uyuşmazlığın çözümü için oluşturulabilir. Sürekli tahkim; ticaret odaları, ticari kuruluşlar, tüketici ve işveren dernekleri ve diğer tüzel kişiler tarafından kurulurlar. Sürekli tahkim; federal devlet organları, federe birim devlet organları ve yerel yönetimler bünyesinde kurulamazlar (THK m.3).

[68] 24.07.2002 tarih ve N102-FZ sayılı Rusya Federasyonu Hakemleri Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37831/, Erişim Tarihi: 0711.2018.

Sürekli tahkimin yapısı söz konusu tahkim kuruluşunun kurallarına göre belirlenir. Somut uyuşmazlığın çözümü için oluşturulan tahkimin yapısı ise tarafların anlaşması ile belirlenir. Tarafların tahkimin yapısı konusunda anlaşmamış olması halinde ise uyuşmazlığın tarafları birer hakem seçer ve seçilen bu iki hakem üçüncü hakemi seçer (THK m.10/2,3).

5. Tahkim İlkeleri ve Tahkim Kararlarının Bağlayıcılığı

Tahkim kanunilik, gizlilik, hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, çelişme yöntemi ve tarafların eşitliği ilkelerine göre yürütülür (THK m.18).

Tahkim sözleşmesini imzalayan taraflar gönüllü olarak tahkim kararını yerine getirmekle yükümlüdürler. Taraflar ve hakem, tahkim kararının uygulanması için tüm çabayı göstermelidirler (THK m.31).

C. UZLAŞMA

Uzlaşma kurumu, Rusya Federasyonu hukukunda genel anlamda yer almakla birlikte, mevzuatta uzlaştırmayla ilgili çok az sayıda hükme rastlanmaktadır.

Mahkeme, soruşturma organı başkanının veya soruşturmacı veya savcının izninin bulunması şartıyla adli kolluk görevlisi, hafif ve orta dereceli suçlarla ilgili olarak ise şüpheli veya sanığın mağdurla uzlaşarak onun zararını gidermesi halinde, mağdurun veya onun kanuni temsilcisinin talebi üzerine şüpheli veya sanık hakkında ceza muhakemesine son verme yetkisine sahiptir (CMK m.25). Ancak uzlaşma hükümlerinin uygulanması için şüpheli veya sanığın ilk defa suç işlemiş olması gereklidir (CK^[69] m.76).

Mahkeme, hükmünü açıklamak üzere müzakere odasına çekilinceye kadar uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bu aşama geçtikten sonra uzlaşma hükümleri uygulanamaz^[70].

[69] 13.06.1996 tarih N63-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/, 07.11.2018.

[70] KOZAÇENKO, İ. / NEZNAMOVA, Z. (Ed.), Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelskaya Gruppy İNFRA.M-NORMA, Moskva 1997, s.426.

Mağdur veya temsilcisi uzlaşma teklifinde bulunursa ceza davası açılmaz veya açılmış olan dava sona erer^[71].

SONUÇ

Yargı birliği ve normlar hiyerarşisi kapsamında şekillenen Rusya Federasyonu'nun yargı sistemi, temel olarak Rusya Federasyonu Anayasası, 31.12.1996 tarihli Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun ve diğer ilgili kanunlarla şekillenmiştir. Rusya Federasyonu'nda yargı erki mahkemeler tekelinde ve anayasa, medeni, idare ve ceza yargısı aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. 2014 yılında yapılan değişiklikle Rusya Federasyonu'nun genel yargı örgütü ve sistemi modernize edilmiştir. Daha önce ticaret mahkemelerinin en yüksek mahkemesi konumunda olan Rusya Federasyonu Yüksek Ticaret Mahkemesi kaldırılmış ve yerine Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi bünyesinde Ticari Uyuşmazlıklar Kurulu oluşturulmuştur. Böylece ticari yargı, ayrı bir yargı kolu olmaktan çıkmış ve Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi hukuk, ceza, idare ve ticaret yargısı alanında tek yüksek mahkeme konumuna gelmiştir. Böylece günümüzde, Rusya Federasyonu yargı sistemi; Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme, genel yetkili federal mahkemeler, federe birimler anayasa (kurucu belge) mahkemeleri ve federe birimlerin genel yetkili sulh mahkemelerinden oluşmaktadır.

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi federal düzeyde anayasal denetimin yargı organı olup, anayasa yargısı aracılığıyla tarafsız ve bağımsız yargı denetimi gerçekleştirmektedir. Federe birim anayasa veya kurucu belge mahkemeleri ise federe birimlerin kanunlarının, federe yürütme organı veya yerel yönetimlerinin düzenleyici işlemlerinin Rusya Federasyonu federe birim anayasasına (veya kurucu belgeye) uygunluğunu denetlemektedir.

Rusya Federasyonu'nda özellikle genel yetkili yargı organlarının örgütlenmesi ve işleyişine gelince, sistemin işleyişini tam olarak anlayabilmek için, içinde genel yetkili federe birim sulh mahkemelerinin de yer aldığı yargı örgütünü hiyerarşik ve bütüncül bir yapı olarak düşünmek gerekmektedir. Zira, yukarıda da ifade edildiği gibi, günümüz itibarıyla Rusya Federasyonu

[71] ALEKSEYEVA, V.- BELYANİNOVA, Y.-TRUEVSKAYA, İ.-DEDOV, A.-PETROV, M.-KOSTKOVA, O-ZEMSKOVA, İ, Kommentariy k Ugolovno-Prosessualnomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanununun Şerhi), İzdatelstvo EKSMO, Moskva 2004, s.41.

Yüksek Mahkemesi, federe birim genel yetkili sulh mahkemeleri dâhil tüm hukuki, ticari, cezai, idari davalar açısından en yüksek yargı organı konumundadır. Bu nedenle Rusya Federasyonu yargı örgütünü, başında Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin, içerisinde ise askeri mahkemeler dâhil federe birim sulh mahkemeleri, genel yetkili ilçe, bölge mahkemeleri ve ticaret mahkemelerini hiyerarşik ve bütüncül bir yapı olarak inceleme biçimi benimsenmiştir.

Rusya Federasyonu'nda yargının örgütlenmesi gibi, işleyişi de kendine özgü özellikler taşımaktadır. Davalar tek veya heyet halinde oluşturulan mahkemeler aracılığıyla ve bazı ceza davaları ise jürinin katılımıyla görülmektedir. Bu anlamda, muhakeme kurallarını özel olarak ele almadan Rusya'nın yargı sistemini ve işleyişini tam olarak anlamak mümkün olamayacağından, incelememizin önemli bir kısmını bu hususa ayırdık. Adli, idari ve ticari muhakeme kurallarının kendine özgü yapısına değinirken, muhakemede yer alan kişilerin atanma usulleri ile birlikte, yargının işleyişindeki rollerine değinilmiş ve çalışma mahkemedışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile nihayetlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

ALEKSEYEVA, V. / BELYANİNOVA, Y. / TRUEVSKAYA, İ. / DEDOV, A. / PETROV, M. / KOSTKOVA, O. / ZEMSKOVA, İ., Kommentariy k Ugolovno-Prosessualnomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanununun Şerhi), İzdatelstvo EKSMO, Moskva 2004.

ASKER, A., Rusya Federasyonu Anayasasında Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Erki Üzerine Bazı Notlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016.

BELYAKOV, V., Pravovoye Regulirovaniye Predprinimatelskoy Deyatelnosti (Ticari Faaliyetlerin Hukuki Uygulaması), İzdatelstvo Sankt-Petersburgskogo Universiteta, Sankt-Peterburg 2003, s.380.

GABRİÇİDZE, B. / ÇERNYAVSKİY, A, Organı Gosudarstvennoy Vlasti Sovremennoy Rossii (Çağdaş Rusya'nın Devlet Erki Organları), İzdatelstvo DAŞKOV i K, Moskva 2003.

GULYAYEV, A. / RİVKİN, K. / SARAYKİNA, O. / YUDUŞKİN, S., Kommentariy k Federalnomu Zakonu Ob Advokatskoy Deyatelnosti i Advokature (Avukatlık ve Avukatlık Faaliyeti Hakkında Federal Kanun'un Şerhi), İzdatelstvo Ekzamen, Moskva 2004.

HÜSEYİNOĞLU, E., Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 76/1, 2018.

KORŞUNOV, N. / MAREEV, Y., Grajdanskiy Prosess (Hukuk Muhakemesi), Uçebnik Dlya Vuzov (Lisans Ders Kitabı), İzdatelstvo NORMA, Moskva 2004.

KOZLOV, Y. / OVSYANKO, D. / POPOV, L., Administrativnoye Pravo (İdare Hukuku), Uçebnik (Ders Kitabı), İzdatelstvo YURİST, Moskva 2004.

KOZLOVA, E.İ./KUTAFİN, O.E., Konstitusionnoye Pravo Rossii (Rusya Anayasa Hukuku), İzdatelstvo YURİST, Moskva 1995.

KOZAÇENKO, İ. / NEZNAMOVA, Z. (Ed.), Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelskaya Gruppa İNFRA.M-NORMA, Moskva 1997.

VİKUT, M. (Ed), Grajdanskiy Prosses Rosii (Rusya Hukuk Muhakemesi), İzdatelstvo YURİST, Moskva 2004.

SERGEEV, V., Advokat i Advokatura (Avukat ve Avukatlık), İzdatelstvo YUNİTİ-DANA, Moskva 2003.

TOPORİN, B. (Ed.), Yuridiçeskaya Ensiklopediya (Hukuk Ansklopedisi), İzdaniye YURİST, Moskva 2001.

TİHOMİROVA, L. / TİHOMİROV, M., Yuridiçeskaya Ensiklopediya (Hukuk Anskolpedisi), İzdaniye YURİNFORMSENTR, Moskva 2002.

İNTERNET KAYNAKLARI

Sudebnaya Reforma 2014 Goda: Obrazovaniye Novogo Verhovnogo Suda Rossiyskoy Federasii (2014 Yılı Yargı Reformu: Yeni Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesinin Oluşumu), http://www.prockomi.ru/pda/explain/?SECTION_ID=1&ELEMENT_ID=5411, Erişim Tarihi: 10.06.2018.

Verhovniy Arbitrajniy Sud Rusya Federasyonu Uprazden, Öto İzmenilos v Arbitrajnom Prossese? (Rusya Federasyonu Yüksek Ticaret Mahkemesi Kaldırıldı, Ticaret Usulünde Neler Değişti?, <http://www.delo-press.ru/articles.php?n=16759>, Erişim Tarihi: 25.02.2018.

SMİRNOV Andrey, O Yuridiçeskoj Sile Postanavleniy Plenuma Verhovnogo Suda Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurul Kararlarının Hukuki Gücü Hakkında), Oteçestvennaya Yurisp-rudensiya (Vatansever Hukuk Bilimi Dergisi), No: 12 (14), 2016 <https://legalscience.ru/images/PDF/2016/14/o-yuridicheskoj-sile-postanovlenij.pdf>, 11.07.2018).

08.03.2015 tarih ve N21-FZ sayılı Rusya Federasyonu İdari Muhakeme Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_176147/, Erişim Tarihi: 05.11.2018.

24.07.2002 tarih ve N95-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ticari Muhakeme Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/, Erişim Tarihi: 05.11.2018.

8.12.2001 tarihli ve N 174-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34481/, Erişim Tarihi: 04.11.1018.

12.12.1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/, Erişim Tarihi: 07.11.2018.

14.11.2002 tarih ve N138-FZ sayılı Rusya Federasyonu Hukuk Muhakemesi Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39570/, Erişim Tarihi: 05.11.2018.

31.12.1996 tarih ve 1-FK3 sayılı Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_12834/, Erişim Tarihi: 11.07.2018.

21.07.1994 tarih ve 1-FK3 sayılı Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_4172/#dst0, Erişim Tarihi: 18.03.2018.

07.02.2011 tarih ve 1-FK3 sayılı Rusya Federasyonu Genel Yargı Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_110271, Erişim Tarihi: 08.03.2018.

17.12.1998 tarih ve 188-FZ sayılı Rusya Federasyonu Sulh Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_21335/, Erişim Tarihi: 11.07.2018.

30.12.2001 tarih ve 195-FZ sayılı Rusya Federasyonu Kabahatler Kanunu, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34661/, Erişim Tarihi: 11.07.2018.

23.06.1999 tarih ve 1-FK3 Sayılı Rusya Federasyonu Askeri Mahkemeler Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_23479/#dst0, Erişim Tarihi: 08.03.2017.

Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetler Disiplin Tüzüğü, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_72806/, Erişim Tarihi: 10.07.2018.

24.07.2002 tarih ve 95-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ticaret (Arbitraj) Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/, Erişim Tarihi: 12.07.2018.

05.02.2014 tarih ve 3-FK3 sayılı Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Hakkında Federal Anayasal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_158641/#dst0, Erişim Tarihi: 15.03.2018.

07.08.2014 tarih ve 2 sayılı Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi İçtüzüğü, http://www.supcourt.ru/about/info/documents_regulations/15366/, Erişim Tarihi: 11.07.2018.

26.06.1992 tarih ve N3132-1 sayılı Rusya Federasyonu Hâkimlerin Statüsü Hakkında Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_648/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

14.03.2002 tarih ve N30-FZ sayılı Rusya Federasyonu Hâkimler Topluluğu Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_35868/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

17.01.1992 tarih ve N2202-1 sayılı Rusya Federasyonu Savcılık Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_262/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

31.05.2001 tarih ve N73-F3 sayılı Rusya Federasyonu'nda Resmi Adli Bilirkişilik Faaliyeti Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_31871/, Erişim Tarihi: 22.10.2018.

20.08.2004 ve 113FZ sayılı Federal Genel Yargı Mahkemelerinin Jüri Üyeleri Hakkında Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_48943/, Erişim Tarihi: 22.10.2018.

30.05.2001 tarih ve N70-FZ sayılı Rusya Federasyonu Federe Unsur Ticaret Mahkemeleri Ticari Jüriler Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_31856/, Erişim Tarihi: 22.10.2018.

21.07.1997 tarih ve N 118-FZ sayılı İcra Memurları Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_15281/, Erişim Tarihi: 25.10.2018.

11.02.1993 tarih ve N4462-1 sayılı Rusya Federasyonu Noterlik Mevzuatının Esasları Hakkında Kanun http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1581/, Erişim Tarihi: 04.11.2018.

13.10.2004 tarih ve N1313 sayılı Devlet Başkanı Kararnamesi, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_49892/, Erişim Tarihi: 22.10.2018.

27.07.2010 tarih ve 193-FZ sayılı Arabulucunun Katılımıyla Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Usulü Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_103038/, Erişim Tarihi: 01.08.2018.

24.07.2002 tarih ve N102-FZ sayılı Rusya Federasyonu Hakemleri Hakkında Federal Kanun, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37831/, Erişim Tarihi: 0711.2018.

KISALTMALAR CETVELİ

ABK: Arabulucunun Katılımıyla Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Usulü Hakkında Federal Kanun

ANY: Rusya Federasyonu Anayasası

ASMHK: Rusya Federasyonu Askeri Mahkemeler Hakkında Federal Anayasal Kanun

AYMHK: Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Hakkında Federal Anayasal Kanun

bkz: bakınız

CK: Rusya Federasyonu Ceza Kanunu

CMK: Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu

DBK: Devlet Başkanı Kararnamesi

HMK: Rusya Federasyonu Hukuk Muhakemesi Kanunu

İMK: Rusya Federasyonu İdari Muhakeme Kanunu

JHK: Federal Genel Yargı Mahkemelerinin Jüri Üyeleri Hakkında Kanun

m: madde

NK: Rusya Federasyonu Noterlik Mevzuatının Esasları Hakkında Kanun

s: sayfa

SHK: Rusya Federasyonu Savcılık Hakkında Federal Kanun

TJK: Rusya Federasyonu Federe Unsur Ticaret Mahkemeleri Ticari Jüriler Hakkında Federal Kanun

THK: Rusya Federasyonu Hakemleri Hakkında Federal Kanun

TMK: Rusya Federasyonu Ticari Muhakeme Kanunu

TMHK: Rusya Federasyonu Ticaret (Arbitraj) Mahkemeleri Hakkında Federal Anayasal Kanun

YMHK: Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Hakkında Federal Anayasal Kanun

YMiÇT: Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi İçtüzüğü

YSHK: Rusya Federasyonu Yargı Sistemi Hakkında Federal Anayasal Kanun

Makaleler

Articles

KESİN KONKORDATO MÜHLETİNİN 'ALACAKLILAR BAKIMINDAN' SONUÇLARI (İİK m. 294)

Talih UYAR*

Borçlunun *-iflâsatabi ise*; İİK. m. 154/I,II uyarınca yetkili ticaret mahkemesinden', *iflâsa tabi değil ise* İİK. m. 285/III uyarınca yerleşim yerindeki ticaret mahkemesinden', İİK.'nun 286. Maddesinde öngörülen belgeleri sunarak 'konkordato talebi'nde bulunması üzerine, mahkemece 'derhal' "*üç aylık geçici mühlet kararı*" verilip (İİK. m. 287/I) -bir veya üç kişiden oluşan- "*geçici komiser*" atamasından ve geçici komiserin yapacağı talep üzerine (İİK. m. 287/IV) bu sürenin 'iki ay' daha uzatılmasından sonra, iki aylık süre dolmadan duruşma açılarak -borçlu, komiser ve itiraz eden alacaklılar dinlenerek (İİK. m. 289/II)- '*konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğu*' anlaşılırsa, borçluya bir yıllık '*kesin mühlet*' verilir (İİK. m. 289/II,c:1).

Borçluya verilen *bu 'kesin mühlet'* bir takım önemli sonuçlar doğurur. Gerçekten;

* İzmir Barosu Avukatlarından (9 Eylül Üniv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

a) Kesin mühletin alacaklılar bakımından doğurduğu sonuçlar, İİK. m. 294'de,

b) Kesin mühletin rehinli alacaklılar bakımından doğurduğu sonuçlar İİK. m. 295'de,

c) Kesin mühletin sözleşmeler bakımından doğurduğu sonuçlar İİK. m. 296'da,

d) Kesin mühletin borçlu bakımından doğurduğu sonuçlar İİK. m. 297'de düzenlenmiştir.

'Alacaklılar bakımından kesin mühletin doğurduğu sonuçların düzenlendiği' İİK.m. 294'de;

- Mühlet içinde, borçlu aleyhine 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere 'hiçbir takip yapılamaz' ve evvelce başlamış takipler durur.

- İİK. mad. 294/I uyarınca, «borçlu hakkında hiçbir takip yapılamaması»ndan maksat nedir?

Gerek **İsviçre doktrinde** ve gerekse **doktrinimizde**^[1] «*bu yasağın alacaklının 'takip talebinde' bulunmasını engellemediği sadece icra müdürünün bundan sonraki takip işlemlerine (ödeme emri/icra emri göndermek gibi) girişmesine engel teşkil ettiği, çünkü 'takip talebi'nde bulunmanın 'icra takip işlemi'*^[2] niteliğinde bir işlem olmadığı...» ifade edilmiştir...

[1] ALTAY, S./ESKİOCAK, A. Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 4. Bası,2018 s:104 vd. – PEKCANITEZ, H./ERDÖNMEZ, G. 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 2018, s:93 vd. – ÖZTEK, S./BUDAK, A.C./YÜCEL, T.M./KALE, S./YEŞİLOVA, B. Yeni Konkordato Hukuku, 2018, s: 216

[2] Çünkü 'takip talebi'nde bulunmak «icra takip işlemi» sayılmaz. Gerçekten, «icra takip işlemi»; a) İcra organları –icra dairesi, icra mahkemesi ve genel mahkemeler- tarafından yapılmış olmalıdır. Bu nedenle, 'alacaklı', 'borçlu' ve 'üçüncü kişi'ler tarafından yapılan işlemler 'icra takip işlemi' değildir. b) Bu işlemler borçluya karşı yapılmış olmalıdır. c) Alacaklıyı amacına yaklaştıracı (cebri icranın ilerlemesini sağlayan) nitelikte sonuç doğurmalıdır. Örneğin; ödeme/icra emir tebliği, 103 davetiyesi tebliği, tahliye emri tebliği, haciz (tahliye/satış işlemleri, depo kararı verilmesi vs.) (UMAR, B. İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, 1973, s:183 vd., 197 vd. – UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C:1, 2014, s:841 vd. – GÜNEYSU, N.B. İcra Takip İşlemleri (Tür. Bar. Bir. D. Temmuz-Ağustos/2012, S:101, s:37 vd.)

Bu görüş uygulamada birtakım sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır. Gerçekten, konkordato mühleti içinde alacaklının ‘*takip talebi*’nde bulunması, alacaklıya -kural olarak- hiçbir yarar sağlamamakta, bilakis bazen gereksiz yere aylar önce (yani; konkordato talebinin reddinden önce) icra dairesine ‘*takip talebi*’ ile beraber «peşin harç» ödemesine neden olmakta ve aylar sonra (konkordato talebinin reddinden sonra) –borçlu tarafından takip konusu borcun kısmen ödenmiş olması nedeniyle, alacaklının ödenen kısımdan –feragat harcı ödeyerek- takipten feragat etmesini gerektirmektedir.

Konkordato mühleti içinde, ‘*takip yasağı*’ nedeniyle, ‘zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemediği’nden (İİK mad. 294/I), alacaklının mühlet içinde ‘*takip talebi*’nde bulunmasının bir anlamı kalmamaktadır...

- Hemen belirtelim ki; ‘*takip yasağı*’ «konkordato mühleti verilmesinden önce doğan alacaklar ile, mühlet verildikten sonra konkordato komiserinin onayı olmaksızın doğan alacaklar için» uygulanır (İİK. mad. 308/c-1).

İİK. m. 294/II uyarınca borçlu hakkında yapılabilecek ‘*haciz yolu ile*’ takipler:

- İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları,

- İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları,

- İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları.

İİK. m. 308/c-IV uyarınca; «*mühlet içinde, komiserin izniyle aktedilmiş sözleşmelerden doğan borçlar için*» de ‘*haciz yoluyla*’ takip yapılabilir...

- Ayrıca belirtelim ki, ‘*takip yasağı*’ sadece borçluya karşıdır. Alacaklı, ‘*borçlu ile birlikte borçlu olan*’ müşterek borçlular ve borçlunun kefilleri

hakkında takip yapabilir.^[3] **Yüksek mahkeme**^[4] de bu doğrultuda içtihatla bulunmuştur. Ayrıca belirtelim ki; 'kefalet'in, «*âdi kefalet*» niteliğinde olması da durumu değiştirmez. Çünkü, TBK. mad. 585/I-4 uyarınca; borçluya konkordato mehli verilmiş olması halinde, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir.^[5] ^[6]

- Alacağın 'teslime bağlı taşınır rehni' ile (TMK. m. 939) veya 'alacak rehni' ile güvence altına alındığı durumlarda «rehnin paraya çevrilmesi yolu ile» (İİK. m. 145-147) takipte bulunulmasından, kefile başvurulamaz (TBK. m. 586/II) ise de, borçluya 'konkordato mehli' verilmiş olması halinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulabilir (TMK. m. 586/II, c: 2).^[7] ^[8] Keza kefil aleyhine ihtiyati talep edilebilir.^[9] ^[10]

- İİK. m.294/I'de yer alan bu hüküm daha önce «*iflasın ertelenmesi*» konusunun 'erteleme kararı ve sonuçları' başlıklı İİK. m.179 b/I'de; «*erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler durur, ihtiyati tedbir ile ihtiyati haciz kararları uygulanamaz; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.*» şeklinde düzenlenmişti. Aynı konu, aynı şekilde *konkordatoda* «*mühletin alacaklılar bakımından sonuçları*» başlıklı İİK. nun 289/I maddesinde «*mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur,*

[3] **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı,2. Bastı,2013, s:1460, dipnot. 44;1520 – **ALTAY, S./ESKİOCAK, A.** age. s:107 – **TANRIVER, S.** Konkordato Komiseri,1993, s:64 – **PEKCANITEZ, H./ERDÖNMEZ, G.** age. s:33 – **GÜRDOĞAN, B.** İflas Hukuku Dersleri,1966, s:173 – **BERKİN, N.M.** İflas Hukuku Dersleri,4.Bası,1972, s:487 – **POSTACIOĞLU, İ.E.** Konkordato,1965, s:108

[4] Bknz: 12. HD. 05.05.2016 T. 11153/13293 (www.e-uyar.com)

[5] **ALTAY, S./ESKİOCAK, A.** age., s:107 – **KURU, B.** age., s:1460, dipno.44 – **POSTACIOĞLU, İ.E.** age. s:108 – **MUŞUL, T.** İflâs ve Konkordato Hukuku, 2018, s: 381

[6] Aynı doğrultuda; Bknz: 12. HD. 28.02.2018 T. 28414/2087; 12. HD. 01.12.2016 T. 30430/24199 (www.e-uyar.com)

[7] **MUŞUL, T.** age., s: 385

[8] Bknz: 11. HD. 23.11.2016 T. 13086/905 (www.e-uyar.com)

[9] **MUŞUL, T.** age., s: 386

[10] Bknz: 11. HD. 23.11.2016 T. 13086/905 (www.e-uyar.com)

ihtiyati haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü mühletler işlemez.» şeklinde düzenlenmişti...

Bu kadar ayrıntıya, ‘*konkordato mühleti içinde, konkordato talep etmiş olan borçlu hakkında, kira borcundan dolayı tahliye takibinin yapılp yapılamayacağı*’ konusunda uygulamada düşülen tereddüte açıklık getirmek amacıyla girmiş bulunuyoruz. Gerçekten İİK.’nun 289. maddesinin son değişiklikten önceki dönemde uygulamada **yüksek mahkeme** (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi) «*konkordato mühleti içinde kira borcundan dolayı tahliye takibi yapılabileceğini*» aşağıdaki şekilde pek çok kararında açıkça kabul etmişti:

√ «*Konkordato mehli içerisinde borçlu hakkında ‘kira alacağı’ndan dolayı takip yapılabileceğini*»^[11]

√ «*Konkordato mehli içerisinde, borçlu hakkında ‘kira alacağı’ndan dolayı takip yapılabileceğini*»^[12]

√ «*Konkordato mehli içerisinde borçlu hakkında ‘kira alacağı’ndan dolayı takip yapılabileceğini*»^[13]

√ «*Kiracıya ‘konkordato mühleti’ verilmiş olmasının, İİK. 272 vd. göre kiracı hakkında tahliye takibi yapılmasının önlenemeyeceğini*»^[14]

ifade etmişti.

Buna karşın, **yüksek mahkeme**, aynı düzenlemenin yer aldığı «*iflâsın ertelenmesi*» durumunda, mahkemece iflâsın ertelenmesi talebi üzerine «*borçlu hakkında hiçbir takip yapılmaması*» konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması halinde ‘*kiracı durumunda bulunan borçlu hakkında tahliye takibi yapılmaması gerekeceğini*’ pek çok kararında aşağıdaki şekilde belirtmişti.

Yüksek mahkeme (Yargıtay 8., 12., 6. Hukuk Dairesi);

√ «*İflâs erteleme talebinde bulunan borçlu şirketin, tedbir tarihinden önce başlatılmış takiplerin bulunduğu yerde durdurulmasına karar verildiği görüldüğünden, mahkemece, takibe konu kira alacağının tahsili ve*

[11] Bknz: 12. HD. 13.12.1989 T. E:9576, K:15411 (www.e-uyar.com)

[12] Bknz: 12. HD. 22.9.1988 T. E: 1987/12819, K: 10202 (www.e-uyar.com)

[13] Bknz: 12. HD. 27.5.1988 T. E:1987/9196, K:6850 (www.e-uyar.com)

[14] Bknz: İİD. 16.4.1968 T. E:3826, K:3982 (İBD. 1968/9-10, s:626)(www.e-uyar.com)

kiralananın tahliyesi için mahkeme kararı ile duran icra takibinin devamını sağlayacak şekilde karar verilmesinin hatalı olduğunu»^[15]

√ «Borçlunun halen faaliyetini yürüttüğü bu taşınmazdan tahliye edilmesinin, iflasın ertelenmesi talebinin amacına ve tedbir kararına aykırı olacağını»^[16]

√ «İflasın ertelenmesi kararının verilmesinden sonra borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takibin yapılamayacağı, öncesinde başlamış bir takip varsa, başlayan takiplerin duracağı, iflasın ertelenmesi veya tedbir kararının verilmesinden önce başlatılan takip nedeniyle açılan itirazın kaldırılması, itirazın iptali ya da menfi tespit davalarına iflasın ertelenmesi (ya da tedbir) kararının etki etmeyeceği ancak, açılan bu davaların sonunda verilen ilamların infazını engelleyeceği bu nedenle, tedbir kararından sonra ödenmeyen kira alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vaki itirazın kaldırılması, kiralananın tahliyesi ve icra inkâr tazminatının tahsili istemine ilişkin davanın reddi gerektiği, tahliye kararının isabetsiz olduğunu»^[17]

√ «Ödenmeyen kira bedelinin tahsili amacıyla başlatılan icra takibi sonucu temerrüt nedeniyle kiralananın tahliyesi isteminde, iflasın ertelenmesi dava dosyasında verilen tedbir kararına rağmen yapılan usulsüz takibe dayalı olarak tahliye istenemeyeceğini»^[18]

√ «Kira alacağının tahsili amacıyla tahliye istekli olarak başlatılan icra takibine vaki itirazın kaldırılması ve kiralananın tahliyesi istemine ilişkin davada iflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında «hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur» ise de, iflasın ertelenmesinden önce yapılan (veya tedbiren durdurulan) takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki, itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi takiplere ilişkin davalara, dava bir takip işlemi olmadığından erteleme süresi içinde devam edilebileceği, ancak bu davalar sonucunda verilen ilama dayanarak takip yapılamayacağını»^[19]

[15] Bknz: 8. HD. 12.06.2017 T. E: 3602, K: 8747 (www.e-uyar.com)

[16] Bknz: 12. HD. 17.11.2016 T. E: 5742, K: 23765 (www.e-uyar.com)

[17] Bknz: 6. HD. 22.09.2014 T. E:9056, K:10183 (www.e-uyar.com)

[18] Bknz: 6. HD. 08.07.2014 T. E: 2014/7498, K: 9155 (www.e-uyar.com)

[19] Bknz: 6. HD. 20.03.2014 T. E: 2014/2250, K: 3425 (www.e-uyar.com)

√ «Kira alacağıının tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın kaldırılması ve tahliye istemine ilişkin davada iflasın ertelenmesi kararının verilmesinden sonra borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takibin yapılamayacağı, öncesinde başlamış bir takip varsa, başlayan takiplerin duracağı, iflasın ertelenmesi veya tedbir kararının verilmesinden önce başlatılan takip nedeniyle açılan itirazın kaldırılması, itirazın iptali ya da menfi tespit davalarına iflasın ertelenmesi (ya da tedbir) kararının etki etmeyeceği ancak, açılan bu davaların sonunda verilen ilamların infazını engelleyeceğini»^[20]

√ «Açıkça erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takiplerde dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacağını ve evvelce başlamış takipler durması gerekeceğini- İflasın ertelenmesi kurumunun alacaklıların çıkarlarını dengeli bir şekilde korumayı amaçladığından konkordato ile benzerlik arz ettiğini- Borçlu şirketin iflasının ertelenmesi kararına rağmen, taşınmazdan tahliyesinin infazının yapılması halinde borçlunun tahliye işlemi nedeniyle karşılaşacağı maddi ve manevi anlamdaki sıkıntıların İİK.nun 179/b maddesinin amacına ve ruhuna aykırı olacağını- Mahkemece iflas erteleme kararı incelenerek sonucuna göre karar vermek gerekirken, tahliye kararı verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu»^[21]

√ «Kira alacağıının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vaki itirazın kaldırılması, kiralananın tahliyesi ve icra inkar tazminatının tahsili istemine ilişkin davada iflasın ertelenmesi kararının verilmesinden sonra borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takibin yapılamayacağı, öncesinde başlamış bir takip varsa, başlayan takiplerin duracağı, iflasın ertelenmesi veya tedbir kararının verilmesinden önce başlatılan takip nedeniyle açılan itirazın kaldırılması, itirazın iptali ya da menfi tespit davalarına iflasın ertelenmesi (ya da tedbir) kararının etki etmeyeceğini ancak, açılan bu davaların sonunda verilen ilamların infazını engelleyeceğini»^[22]

√ «İcra takibinin başlamasından sonra iflasın ertelenmesi kararı ile verilen tedbir kararının, davalı hakkında açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceğini (bu davaların görüleceğini) ancak, bu

[20] Bknz: 6. HD. 04.03.2014 T. E: 2014/2279, K: 2426 (www.e-uyar.com)

[21] Bknz: 6. HD. 30.01.2014 T. E: 2014/922, K: 1180(www.e-uyar.com)

[22] Bknz: 6. HD. 30.10.2013 T. E:2013/4740, K:2013/14425 (www.e-uyar.com)

davalar sonunda verilen kararların infaz edilemeyeceğini- (Not: Bu kararlar gereğince; «kiracının beş yıllık erteleme süresi boyunca bir kuruş kira bedeli ödmeden kiralananı kullanmaya devam edeceği» de kabul edilmiş olmaktadır..)»^[23]

√ «İflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında -kural olarak- hiçbir icra takibi yapılamayacağı ve evvelce yapılmış olan takipler duracağından, iflasın ertelenmesinden önce yapılan veya tedbiren durdurulan takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi davalara erteleme süresi içinde devam edilebileceğini ancak bu davalarda sonuna verilen ilama dayalı olarak takip yapılamayacağını, öte yandan iflasın ertelenmesi ya da takip yapılmaması yönünde verilen tedbir kararından sonra yapılan takip nedeniyle itirazın iptali ya da itirazın kaldırılmasının istenmesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini; tedbir kararından önce davalı hakkında icra takibine başlanmışsa verilen tedbir kararının açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceğini, ancak mahkemece verilen tahliye kararının infazının mümkün olmayacağını»^[24]

√ «İflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında -kural olarak- hiçbir icra takibi yapılamayacağı ve evvelce yapılmış olan takipler duracağından iflasın ertelenmesinden önce yapılan veya tedbiren durdurulan takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi davalara erteleme süresi içinde devam edilebileceği, ancak bu davalarda sonuna verilen ilama dayalı olarak takip yapılamayacağı, öte yandan iflasın ertelenmesi ya da takip yapılmaması yönünde verilen tedbir kararından sonra yapılan takip nedeniyle itirazın iptali ya da itirazın kaldırılmasının istenmesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini; tedbir kararından önce davalı hakkında icra takibine başlanmışsa, verilen tedbir kararının açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceğini, ancak mahkemece verilen tahliye kararının infazının mümkün olmayacağını»^[25]

√ «İcra takibinin başlamasından sonra iflasın ertelenmesi kararı ile verilen tedbir kararının, davalı hakkında açılan itirazın kaldırılması ve tahliye

[23] Bknz: 6. HD 11.09.2013 T. E: 10780, K: 12204 (www.e-uyar.com)

[24] Bknz: 6. HD. 13.03.2013 T. E:1212, K:4368 (www.e-uyar.com)

[25] Bknz: 6. HD. 04.03.2013 T. E:2012/19907, K:3633 (www.e-uyar.com)

davasını etkilemeyeceği (bu davaların görüleceği) ancak, bu davalar sonunda verilen kararların infaz edilemeyeceğini- (Not: Bu kararlar gereğince; «kiracının beş yıllık erteleme süresi boyunca bir kuruş kira bedeli ödemededen kiralananı kullanmaya devam edeceği» de kabul edilmiş olmaktadır..)^[26]

√ «İcra takibinin başlamasından sonra iflasın ertelenmesi kararı ile verilen tedbir kararının, davalı hakkında açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceğini (bu davaların görüleceğini) ancak, bu davalar sonunda verilen kararların infaz edilemeyeceğini- (Not: Bu kararlar gereğince; «kiracının beş yıllık erteleme süresi boyunca bir kuruş kira bedeli ödemededen kiralananı kullanmaya devam edeceği» de kabul edilmiş olmaktadır..)»^[27]

√ «İflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında -kural olarak- hiçbir icra takibi yapılamayacağı ve evvelce yapılmış olan takipler duracağından, iflasın ertelenmesinden önce yapılan veya tedbiren durdurulan takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi davalara erteleme süresi içinde devam edilebileceği, ancak bu davalar sonunda verilen ilama dayalı olarak takip yapılamayacağı, öte yandan iflasın ertelenmesi ya da takip yapılmaması yönünde verilen tedbir kararından sonra yapılan takip nedeniyle itirazın iptali ya da itirazın kaldırılmasının istenmesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceği; tedbir kararından önce davalı hakkında icra takibine başlanmışsa verilen tedbir kararının açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceği, ancak mahkemece verilen tahliye kararının infazının mümkün olmayacağını»^[28]

√ «İflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında -kural olarak- hiçbir icra takibi yapılamayacağı ve evvelce yapılmış olan takipler duracağından iflasın ertelenmesinden önce yapılan veya tedbiren durdurulan takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi davalara erteleme süresi içinde devam edilebileceği ancak bu davalar sonunda verilen ilama dayalı olarak takip yapılamayacağı, öte yandan iflasın ertelenmesi ya da takip yapılmaması yönünde verilen tedbir kararından sonra yapılan takip nedeniyle itirazın iptali ya da itirazın kaldırılmasının

[26] Bknz: 6. HD. 24.01.2013 T. E: 2012/17242, K: 882 (www.e-uyar.com)

[27] Bknz: 6. HD. 24.01.2013 T. E: 2012/17241, K: 830 (www.e-uyar.com)

[28] Bknz: 6. HD. 26.12.2012 T. E:12779, K:17408 (www.e-uyar.com)

istenmesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceği; tedbir kararından önce davalı hakkında icra takibine başlanmışsa verilen tedbir kararının açılan itirazın kaldırılması ve tabliye davasını etkilemeyeceğini, ancak mahkemece verilen tabliye kararının infazının mümkün olmayacağını^[29]

√ «*Borçlunun faaliyetini sürdürdüğü taşınmazdan tabliye edilmesinin, iflasın ertelenmesi talebinin amacına aykırı olacağı, bu nedenle 'borçlunun taşınmazdan tabliye edilmesi'ne ilişkin mahkemece verilen kararın, iflasın ertelenmesi süresince infaz edilemeyeceğini*^[30]

√ «*Borçlunun faaliyetini sürdürdüğü taşınmazdan tabliye edilmesinin, iflasın ertelenmesi talebinin amacına aykırı olacağı, bu nedenle 'borçlunun taşınmazdan tabliye edilmesi'ne ilişkin mahkemece verilen kararın, iflasın ertelenmesi süresince infaz edilemeyeceğini*^[31]

ifade etmiştir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi ise; “işletmenin kira borçlarının-*elektrik, su giderleri gibi- 'işletme gideri' niteliğinde olduğunu, bu borçlarını dahi ödeyemeyen bir borçlunun 'iflâs erteleme talebi'nin kabul edilmesinin mümkün olmadığını, bu borçların ödenmesine yönelik takiplerin durdurulmasının gerekmediğini*” aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

√ «*Fabrikanın kiralık bir yerde bulunması halinde kira borcu, finansal kiralamaya konu malların kira borçlarının, elektrik ve su borçları gibi 'işletme gideri' niteliğinde olduğunu, bu borçlarını dahi ödeyemeyen bir şirketin iflas erteleme talebinin kabul edilmesinin mümkün olmadığını- Davacının borca batık olup olmadığını belirlenip, borca batık olması halinde 'işletme giderlerini' ödeyip ödemediği konusunda rapor alınıp, dava teorisinden ayrı olarak düşünülen bu davalarda, davadan sonraki gelişen durumlar da nazara alınarak, her üç ayda bir verilen kayyım raporları ile birlikte değerlendirme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini*^[32]

√ «*Kiracı şirket kira borçlarını ödemediği temerrüde düşmüş ise, kiralanın işlemiş kiralalarının ödenmesini talep hakkı bulunduğundan, geçmiş*

[29] Bknz: 6. HD. 15.11.2012 T. E:9127, K:14930 (www.e-uyar.com)

[30] Bknz: 12. HD. 08.02.2010 T. E:1261, K:2348 (www.e-uyar.com)

[31] Bknz: 12. HD. 19.06.2008 T. E:9934, K:13010 (www.e-uyar.com)

[32] Bknz: 23. HD. 22.06.2017 T. 5448/1932 (www.e-uyar.com)

kira borçlarının şirketin pasifinde gösterilmesi gerektiğini– Şirketin borca batık olması halinde, ‘işletme giderleri’nden olan finansal kiralamaya konu malların kirasına ilişkin borç olması halinde, ‘işletme giderleri’ni dahi ödeyemeyen davacı şirketin ‘iflasına’, borca batık olmaması halinde ise ‘davanın reddine’ karar verilmesi gerektiğini»^[33]

√ «İşyeri kirası, enerji maliyetleri, işçi ücretleri ve finansal kiralama taksitleri gibi borçların ‘işletme gideri’ niteliğinde olduğunu, bunların tam ve zamanında ödenmesini içermeyen iyileştirme projelerinin ciddi ve inandırıcı olduğunun söylenemeyeceğini, bunların takibinin tedbiren durdurulmasının mümkün olmadığını, takip yasağının ‘işletme gideri’ niteliğinde olmayan alacaklarla sınırlı olduğunu»^[34]

ifade etmiştir...

Yeni kabul edilen İİK. m.294/I hükmü **Yargıtay’ca** nasıl yorumlanacaktır? «*Tahliye takipleri*» de, mühlet içinde yapılması ‘*yasak olan*’ takipler arasına dahil edilerek ‘*bu takiplerin de konkordato talep etmiş olan borçlular hakkında yapılamaması*’ mı kabul edilecek, yoksa ‘*bu takiplerin –daha önce 60’lı, 80’li yıllarda olduğu gibi- yapılmasına bir engel bulunmadığı*’ mı kabul edilecektir?

«*Bu takiplerin mühlet içinde yapılamayacağı, çünkü İİK. m.294/I’de ‘hiçbir’ takibin yapılamayacağına öngörüldüğü –bu nedenle sadece İİK. m.294/II uyarınca ‘206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabileceği’» sonucuna varılırsa, **kanımızca** hiç değilse, İİK. m.308 c/IV uyarınca, alacaklı-kiralayan ile borçlu arasında, mühlet süresince komiserin izni ile yeni bir ‘*kira sözleşmesi*’ yapılması sağlanmak suretiyle, işleyecek kira bedellerinin -konkordato şartlarına tâbi olmadan- tamamının ödenmesi garanti edilmelidir... Ya da *Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin* ‘iflasın ertelenmesi’ sürecinde kabul ettiği gibi “*kira borcunun işletme giderlerinden olduğu*” kabul edilerek “*konkordato mühleti içinde ödenmeyen işletme giderlerinden dolayı takip yapılabileceği*” kabul edilmelidir... Bu konuda izlenecek en isabetli yol; İİK. m. 294’ ün ikinci fıkrasında değişiklik yapılarak, bu fıkranın “206’ncı maddenin birinci fıkrasında yazılı alacaklar ve mühlet içinde doğacak işletme giderleri için haciz yoluyla takip yapılabilir” şeklinde yeniden düzenlenmesi olacaktır...*

[33] Bknz: 23. HD. 07.03.2017 T. 3354/694 (www.e-uyar.com)

[34] Bknz: 23. HD. 07.11.2014 T. 1506/7041 (www.e-uyar.com)

Doktrinde bu konuda;

«Konkordato mühleti içinde yapılamayacak (veya duracak) olan takipler 'borçlunun malvarlığı ile ilgili' takiplerdir... Konkordato mühletinden önce doğmuş (muaccel hale gelmiş) olan kira alacakları için, konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine İİK. m.272-275 hükümlerine göre ilamsız tahliye takibi yapılabilir (veya daha önce başlamış olan tahliye takibine devam edilebilir). Çünkü burada tahliye takibinin konusu, borçluya ait bir 'malvarlığı hakkı' değildir, bu takip borçlunun para alacaklılarına zarar vermez... Buna karşılık konkordato mühleti içinde borçlu aleyhine İİK. m.269-269/d hükümlerine göre ilamsız tahliye takibi yapılamaz. Çünkü, bu tahliye takibinin bir bölümü (kira alacağı bölümü) borçlunun malvarlığı ile ilgilidir... Buna karşılık, konkordato mühletinden sonra doğan (muaccel hale gelen) kira alacakları için borçlu aleyhine İİK. m.269-269d hükümlerine göre ilamsız tahliye takibi yapılabilir...»^[35]

«Kira alacağı, kişisel talep hakkı doğurduğundan, mühletten önce doğan kira bedellerine dayalı alacaklar, konkordato hükümlerine tâbi olur. Buna karşılık, mühletten sonra doğan kira alacakları ise mühletten etkilenmeyecek olup, bu konuda ayrıca TBK. m.332'nin de göz önünde tutulması gerektiği kanısındayız. Gerçekten, TBK. m.332, kiracının iflâsına ilişkin olarak «Kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir» hükmünü içermektedir. Bu hükmün, 7101 sayılı Yasa ile sevk edilen İİK. m.296 karşısında konkordatoda geçerli olup olmadığı saptanması gerekir. İİK. m.296/I'de, borçlunun mücerret konkordato prosedürüne başvurmuş olması sözleşmenin feshini gerektirmektedir. Bu hüküm dolayısıyla, sürmekte olan kira sözleşmelerinde konkordato nedeniyle alacaklının konkordato borçlusundan teminat isteyemeyeceği sonucuna varmak gerekir. Ancak, geçici mühletten sonra oluşan kira borçlarının konkordatoya tâbi olacağını kabul etmek hukuki bir çözüm olarak benimsenemez. Zira bu durumda, kiralayan yıllarca kira bedeli alamamak gibi mantıksız bir durumla karşı karşıya kalır. Kiralayanın hem kira sözleşmesini feshedememesi, hem de geçici mühletten sonra işleyen devam eden kira paralarını elde edememesi, kabulü mümkün olmayan, hukuka ve adalete aykırı olmuştur.

[35] KURU, B. El Kitabı, s:1461

Alacaklı, mühlet içinde borçlu hakkında TBK. m.336'ya dayalı hapis hakkına ilişkin geçici muhafaza tedbirlerinin uygulanmasını isteyebileceği gibi, hapis hakkının paraya çevrilmesi konusundaki cebri icra işlemlerinin de gerçekleştirilmesi yoluna gidebilir. Hatta, Yargıtay'ımız, alacaklının bu amaçla rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmasını zorunlu görme-yerek, bu durumda, İİK. m.269-269/d hükümlerinin uygulanabileceğini isâbetli bir yaklaşımla kabul etmektedir.

Yargıtay'ımızın hapis hakkının paraya çevrilmesi bakımından İİK. m.269 vd. hükümlerinin uygulanacağını kabul etmesi karşısında, alacaklı önce hapis hakkına ilişkin ön tedbirleri uygulayarak, daha sonra m.269'a göre, borçluya sözleşmenin feshi ve tahliye istemini de kapsayan ihtarlı ödeme emir gönderdiği takdirde, takip aynı zamanda rehlinle sağlanmış bir alacağa dayalı olarak fesih ve tahliye işlemlerini içerdiğinden, bu durumda, ödeme süresi içinde borç tümüyle ödenmediği takdirde, kiracının (konkordato isteyen borçlunun) kiralananandan tahliyesine karar verilebileceğinde kuşku yoktur.

Tahliye ilâmlarının, yukarıda belirttiğimiz görüşlerin ışığında para alacağına ilişkin olsun ya da olmasın, mühlet içinde uygulanmasına hukuki engel olmadığı düşüncesindeyiz.»^[36]

denilmiştir...

- Kanunda –gerek ‘geçici mühlet’ (İİK. mad.288/I) ve gerekse ‘kesin mühlet’ (İİK. mad.294/I) içinde «daha önce başlatılan takiplerin duracağı» öngörülmüş olduğundan, burada ‘takiplerin iptali’ değil ‘düşmesi’ söz konusudur. Konkordato mühleti kaldırıldığı takdirde, alacaklılar takiplere kaldığı yerden devam edebileceklerdir...^[37]

- ‘Kesin mühlet kararı’ (İİK. mad.294/I) – ‘geçici mühlet kararı’ (İİK. mad.288/I) gibi- sadece ‘borçluya karşı başlatılmış ve başlatılacak takipler’ hakkında sonuç doğurur. Konkordato talebinde bulunmuş olan borçlunun borcuna kefil olmuş üçüncü kişiler, ‘konkordato mühleti’nden yararlanamazlar.^[38] Alacaklılar, borçlunun hem adi, hem de müteselsil kefillerine karşı,

[36] ALTAY, S./ESKİOCAK, A., age., s:111 vd.

[37] PEKCANITEZ, H./ERDÖNMEZ, G. age. s:33

[38] KURU, B. age., s:1520 – TANRIVER, S. age., s:64 – ALTAY, S./ESKİOCAK, A. age., s:107 – PEKCANITEZ, H. / ERDÖNMEZ, G. age. s:33 – ERDOĞAN, İ. Konkordatının Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi (Yargıtay Der. Ocak/ Nisan/1984, s:164,165) – ÖGÜTÇÜ, T./ÇİTOĞLU, A. Uygulamalı İcra ve İflas

daha önce başlattıkları takiplere devam edebilecekleri gibi, yeni takipte de bulunabilirler.

- Keza; 'kesin mühlet kararı' (İİK. mad. 294/I) –'geçici mühlet kararı' (İİK. mad. 288/I) gibi- sadece '*borçluya karşı başlatılmış ve başlatılacak takipler*' hakkında sonuç doğurur. Konkordato talebinde bulunmuş olan *borçlu lehine malvarlığı üzerinde rehin veya ipotek kurmuş olan üçüncü kişilere karşı*, takip yasağının uygulanması mümkün değildir...^[39]

- Mühlet içinde '*ihtiyatî tedbir*' ve '*ihtiyati haciz*' kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen '*zamanaşımı ve hak düşüren müddetler*' işlemez.

Eski (İİK. m.289/I) metinde '*ihtiyati haciz kararları uygulanmaz*' hükmü, yeni metinde '*ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz*' ş e k l i n d e genişletilmiştir...

Hemen belirtelim ki; bu hüküm hakkında 'takip yasağı' bulunmayan «*206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için yapılan haciz yolu ile takipler*» (İİK. m. 294/II) ile «*mühlet içinde konkordato komiserinin izni ile aktedilmiş sözleşmelerden doğan borçlar için yapılan takipler*»de (İİK. m. 305/I-d) uygulanmaz.

Kanunu, C:2, 1977, s:1194 – **BERKİN, M.N.** Konkordato Mühletinin Hukuki Neticeleri ve Rehlinli Alacaklılarla Müşterek Borçlu ve Kefiller Üzerindeki Tesirleri (İleri Huk. Der. 1948, S:32, s:489)

[39] **PEKCANITEZ, H./ERDÖNMEZ, G.** age. s:34

- 206 ncı maddenin *birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar*^[40] için *haciz yoluyla takip* yapılabilir.

- Tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren *rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz* işlemesi durur (İİK. mad.294/III). Ancak, ‘*konkordato projesi*’nde, bu kuralın aksi öngörülebilir. Bu durumda, rehinle temin edilmemiş alacaklar için de faiz işlemeye devam eder...

Ayrıca belirtelim ki; borçlunun borcu için, rehin, *üçüncü kişiler* tarafından tesis edilmişse, bu durumda faiz işlemeye devam eder.^[41] **Kanımızca**, «*komiserin onayı ile doğan borçlar*» (İİK. m. 305/I-d) ve «*konkordatoya tâbi olmayan imtiyazlı alacaklar*» için yapılan takiplerde de ‘konkordato mühleti’ için faiz talep edilebilir.

[40] İİK. m. 206/III: «Teminatlı olup da rehinle karşılanmamış olan veya teminatsız bulunan alacaklar masa mallarının satış tutarından, aşağıdaki sıra ile verilmek üzere kaydolunur:

Birinci sıra:

A) İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil, alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları,

B) İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları,

C) İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları.» (**Not:** Maddede geçen ‘*iflâsın açılmasından önceki bir yıl*’ sözcükleri konkordato da ‘*konkordato mühletinden önceki bir yıl*’ şeklinde yorumlanır «**AYDEMİR, E.** Konkordato ve Yeniden Yapılandırma, 2018, s: 45»).

[41] **ÖZTEK, S./BUDAK, A.C./YÜCEL, T.M./KALE, S./YEŞİLOVA, B.** age. s: 218

- Takas bu Kanunun 200 ve 201 inci maddelerine^[42] tâbidir. Bu maddelerin

[42] Burada bahsedilen İİK.'nin 200 ve 201'inci maddeleri «*iflasta takas*»a ilişkin olan maddelerdir.

İİK. mad. 200'de; Bu maddede bir taraftan «iflasta takasın mümkün olduğu» belirtilirken, diğer taraftan da «takas yapılamayacak olan durumlar» (Takas yasağı) düzenlenmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz: **FERENDECİ, H. Ö.** İflas Hukukunda Takas, 2013)

I- «Borcu sona erdiren sebepler»den biri olan takas TBK. mad. 139- 145'de düzenlenirken, iflâs hukukunda hangi durumlarda takas yapılabileceği hangi durumlarda ise yapılamayacağı İİK. mad. 200-201'de düzenlenmiştir. (Bknz: 8. HD. 30.03.2016 T. 24283/5746; 12. HD. 05.04.1983 T. 856/2576 «www.e-uyar.com»)

İflâs hukukunda takas yapılması, borçlar hukukuna göre –iki bakımdan- daha kolaylaştırılmıştır. Gerçekten,

√ «Borçlar hukukuna göre takas yapılabilmesi için her iki alacağın da aynı nesneden –örneğin; her iki alacağın da «para» veya «aynı cins ve nitelikteki mallar- olması gerekirken (TBK. mad. 139/1), iflâsta, «paradan başka bir şey olan iflâs alacağı, dengi bir kıymetle para alacağına çevrildiğinden (İİK. mad. 198/I), iflâs alacağının paradan başka bir şey olması halinde de, takası mümkündür. Bunun sonucu olarak, müflisten bir otomobil alacağı olan kişi, bunun değeri ile müflise olan para borcunu takas edebilir.

√ «Borçlar hukukuna göre takas yapılabilmesi için, her iki alacağın da muaccel alması zorunlu iken (TBK. mad. 139/1), iflâsın açılması ile müflisin müaccel borçları- taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olanlar hariç- muaccel hale geldiğinden (İİK. mad. 195/I), müflisten alacaklı olan iflâs alacaklısı, alacağı muaccel olmasa bile (iflâs ile muaccel hale gelen bu alacağını) müflise olan borcu ile takas edebilir. (Bknz: 15. HD. 19.11.1979 T. 1972/2322 «www.e-uyar.com»)

İflâs tarihinden (İİK. mad. 165/I) -«iflâsın açılması»ndan- önce müflisten alacaklı olanlar, bu alacaklarını iflâs masasına «iflâs alacağı» olarak yazdırıp, tasfiye sonunda, alacaklarına düşen payı (garameyi) masadan alırlarken, müflise borcu olan kişiler, bu borçlarını iflâs masasına tam olarak öderler.

Müflisten alacaklı olan kişi, aynı zamanda müflise borçlu ise (müflise borcu varsa), iflâsta takasa izin verilmesi halinde, müflise olan borçları kadar, müflisteki alacaklarını tam olarak tahsil etmek suretiyle, müflisten yalnız alacaklı alanlara nazaran daha iyi durumda olurlar. (**ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, T.S.** İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, 2017, s:488 – **KURU, B.** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016, s:585) Böylece, iflâs alacaklıları arasında bulunması gereken eşitlik bozulmuş olur.

Kanun koyucu, bir taraftan, kural olarak «iflâsta takas»a izin verirken (İİK. mad. 200/I), diğer taraftan takasın iflâsta alacaklılar arasındaki eşitliği bozmaması ve takasın kötüye kullanılmasını, diğer alacaklıların zararına işleyen muvazaalı bir işlem olmamasını sağlayacak tedbirleri alarak hangi durumlarda «takasın mümkün

uygulanmasında ‘geçici mühletin ilânı tarihi’ esas alınır (İİK. m. 294/IV).

olmayacağını» (İİK. mad. 200/II, III) ve «takasa itiraz edilebileceğini» (İİK. mad. 201) ayrı ayrı düzenleyerek, iflâsta takas imkanını sınırlamıştır.

II- Hangi durumlarda takas yapılamayacağı (yani; *takas yasağı*) İİK. mad. 200/II ve III’de aşağıdaki şekilde belirtilmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bknz: **FERENDERECİ, H. Ö.** age. s:217 vd. – **ALTAY, S.** Türk İflâs Hukuku, 2004, C:2, s:1132 vd.)

1) Müflisin borçlusu, iflâs açıldıktan sonra müflisin alacaklısı olmuşsa; müflise olan borcu ile, iflâs açıldıktan sonra doğan müflisteki alacağını takas edemez (İİK. mad. 200/II-1).

Müflisin borçlusu, borcunun tamamını masaya ödemek zorundadır. Bu kişi, iflâs açıldıktan sonra müflisten alacaklı olmuşsa, bu alacağını masaya kaydettiremeyecek ve masadan isteyemeyecektir. Bu nedenle, bu borçların takası masanın zararına olacağından, kabul edilmemiştir. (**GÜRDOĞAN, B.** İflâs Hukuku Dersleri, 1966, s:110)

İflâs açıldıktan sonra, bir «iflâs alacağı», müflisin bir borçlusuna temlik edilirse, yine takas mümkün değildir. (**ANSAY, S.Ş.** Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1960, s:247 - **KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku, 1993, C:3, s:2988 - Bknz: 12. HD. 12.06.1989 T. 62/8714; 16.05.1978 T. 4434/4487 «www.e-uyar.com»)

Fakat, müflisin borçlusu, iflâs açıldıktan sonra, «masa»dan alacaklı olmuş ise, masaya olan borcu ile, masa alacağını takas edebilir. Çünkü müflisin borçlusunun bu durumda masaya ödeyeceği para ile masadan alacağı para aynıdır. (**KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2013, s:1259, dipn. 6 - **KURU, B.** age. C:3, s:2988, dipn. 5)

2) Müflisin alacaklısı iflâs açıldıktan sonra müflisin veya masanın borçlusu olmuş ise, alacağı ile iflâstan sonra doğmuş olan borcunu takas edemez (İİK. mad. 200/II-2). (Bknz: 19. HD. 07.07.2005 T. 1866/7701 «www.e-uyar.com») Bu kişi, borcunun tamamını masaya ödemek zorundadır. Bu durumdaki alacaklının alacağı «iflâs alacağı» olarak kendisine ödenecektir.

3) Alacaklının alacağı hamile yazılı bir senede dayanmakta ise; alacaklı, bu alacağı ile müflise olan borcunu takas edemez (İİK. mad. 200/II-3).

Böyle bir alacağın hangi tarihte iktisap edildiğinin (kazanıldığıının) saptanması -hamile yazılı senedin kime ait olduğu senet metninden anlaşılmadığı, senet kimin elinde ise senetteki alacak ona ait sayıldığı, bu senetteki alacağın devri için senedin teslimi yeterli olduğundan, takas talebinde bulunan alacaklının bu alacağı iflâstan önce mi sonra mı devraldığı anlaşılamadığından- güç olduğu için, haksız ve hileli işlemlere meydan verilmemesi için, bu durumda takasın yapılamayacağı kabul edilmiştir. (**POSTACIOĞLU, İ.** İflâs Hukuku İlkeleri, C.1, 1978, s:148 – **GÜRDOĞAN, B.** age. s:111 – **ÜSTÜNDAĞ, S.** İflâs Hukuku, 7. Baskı, 2007, s:112)

4) Anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin iflâsı halinde, ortaklar, esas mukavele gereğince verilmesi gereken hisse senedi bedellerinin henüz ödenmemiş olan kısmına ilişkin borçlarını veya konması taahhüd edilen ve fakat konmamış sermaye borçlarını, bu şirketler ile kooperatiften olan alacakları ile takas edemezler (İİK. mad. 200/III).

Böylece; iflastaki '*takas yasakları*'nın, '*konkordato mühleti*'nde de aynen

Yukarda belirtilen durumlar yanında ayrıca; TBK. mad. 144'de öngörülen durumlarda da takas yapılamaz.

III- Takas talebinde bulunan alacaklının takas etmek istediği alacağını İİK. mad. 219/2'de öngörülen süre içinde «iflâs masası»na bildirmesi zorunlu değilse de, bu isteğini herhangi bir şekilde masaya iletmesi gerekir. (ANSAY, S.Ş. , s:243 - ARAL, F. Türk Borçlar Hukukunda Takas, 1994, s:199 - KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C:3,1993,s:2990 - KURU, B. El Kitabı, s:1259 - OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, C:4, 2007, s:4911)

Alacaklının «takas talebi» üzerine iflâs idaresi (ARAL, F. age. s:90 vd. - ANSAY, S.Ş. age. s:245 vd. - KURU, B. age. C:3, s:2988 - KURU, B. El Kitabı, s:1260 - OSKAY, M./KOÇAK, A./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. age. s:4911 - COŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C:3, 5. Baskı, 2016, s:4036);

- a) Ya; alacağın varlığına itiraz ederek, takas talebini kabul etmez, takas talebinde bulunan alacaklının masaya karşı olan borcu ödemesi için dava açar,
- b) Veya; müflisin alacağının takas, isteyen alacaklının alacağından fazla olduğunu iddia ederek, takas sonrası artan kısmın ödenmesi için dava açar,
- c) Ya da; alacaklının takas yetkisine itiraz eder ancak alacağın tamamını sıra cetveline kaydeder ve borcu için karşı dava açar.

IV- İflâs idaresi de -kural olarak- iflâs masasına bildirilen bir alacağa karşı «takas beyanı»nda bulunabilir. Bu durumda, iflâs idaresi «bildirilen alacağı sıra cetvelinde reddetmek suretiyle» takas edebilir. (ARAL, F. age. s:107 - OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. age. s:4912)

«Paraların paylaşılması» aşamasında, iflâs idaresi takas yapamaz. (ARAL, F. age. s:107 - ÖZTEK, S. İflâs Hukukunda Sıra Cetveli Prosedürü ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları, 1995, s:74 - OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. age. s:4912)

Koşulları gerçekleşmeyen takas talebinin iflâs idaresi tarafından kabul edilmesi halinde, hem «iflâs dairesi» (İİK. mad. 223/1) hem de «diğer alacaklılar» (İİK. mad. 227), takasın iptâlini, şikayet yolu ile isteyebilirler (KURU, B. age. C:3, s:2990) («İflasta takas» konusunda ayrıca bknz: ARAL, F. age., s:102 vd.).

V- Yüksek mahkeme -7101 s. Kanun ile iflasın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasından önce vermiş olduğu bir içtihat- «iflasın ertelenmesi halinde uygulanacak tedbirlerin alacaklıların ve üçüncü kişilerin maddi hukuktan doğan talep ve def'i haklarını kısıtlamayacak ölçüde olması gerektiğini, mahkemece, maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran muhafaza tedbirleri verilemeyeceğini, alacaklıları kötü niyetli işlemlerden korumak yönünden iflasta takası kısıtlayan İİK. mad. 200 ve 201'in iflas ertelenmesi halinde de uygulanması gerektiğini» (Bknz: 23. HD. 03.05.2012 T. 1437/3309; 03.05.2012 T. 1610/3329; 03.05.2012 T. 1618/3330 «www.e-uyar.com») belirtmişti...

İİK. mad. 201'de; «takasa itiraz» konusu düzenlenmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bknz: FERENDECİ, H.Ö. age., s:207 vd.)

I- Müflisin borçlusu, iflâsın açılmasından önce, alacaklısının aciz halinde olduğunu bilerek, «masanın zararına kendisine veya üçüncü bir kişiye takas suretiyle bir menfaat sağlamak için» müflise karşı bir alacak iktisap etmiş olursa, bu takasa -iflâs idaresi tarafından- mahkemede itiraz edilebilir. (Bknz: 19. HD. 01.02.2007 T. 6244/679; 28.09.2006 T. 4865/8952; 03.02.2006 T. 4019/1281; 14.07.2005 T. 11282/7973 vb. «www.e-uyar.com»)

Takasa itiraz bakımından İİK. mad. 201'de «takasın iflâsın açılmasından önce veya sonra yapılmış olması arasında bir fark gözetilmemiştir. (MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, C:2, 2013, s:1603)

Takasa itiraz edilebilmesi için, şu koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. (Ayrıntılı bilgi için bknz: ARAL, F. age., s:120 vd.) (Bknz: 19. HD. 11.05.2006 T. 1239/5158 «www.e-uyar.com»)

1- Müflisin borçlusu, alacak iktisap ettiği anda, müflisin aciz halinde olduğunu bilmelidir.

2- Alacak, müflisin borçlusu tarafından iflâsın açılmasından önce iktisap edilmiş olmalıdır.

3- Müflisin borçlusu bu alacağı, kendisine veya üçüncü bir kişiye menfaat temin etmek ve masayı zarara uğratmak kaydı ile iktisap (ihdas) etmiş olmalıdır.

Bu durumu şöyle bir örnekle açıklayabiliriz:

Müflis (M)'ye 10.000 TL borcu olan (B), onun aciz halinde bulunduğunu ve yakında iflâs edeceğini düşünerek, (M)'den 20.000 TL alacaklı olan (A) ile anlaşarak, -(M)'nin yakında iflâs edeceğini, bu durumda (M)'nin iflâs masasının kendisine garmeten çok daha az ödeme yapacağını bildirerek- 5.000 TL. karşılığında (A)'nın alacağını devralır. Daha sonra, (B), (M)'nin iflâs masasına başvurarak, (M)'ye ödenmesi gereken 10.000 TL borcunu, (A)'dan devraldığı 20.000 TL'lik alacağı ile takas eder. (B) bu takas işlemi sonucunda kendisine (20.000 TL - 5.000 TL = 15.000 TL'lik) kazanç sağlamış olur... Eğer, (B), (A)'nın alacağını tam bedeli ile devralmış olsa idi, o zaman (A)'ya -iflâs masasından garmeten alabilecek olduğu miktar ile kendi alacağının miktarı arasındaki fark kadar- kazanç sağlamış olacaktı. (KURU, B. age., C:3, s:2991 - KURU, B. El Kitabı, s:1061 - ÜSTÜNDAĞ, S. age., s:114) Hâlbuki (B), (A)'nın alacağını devralmamış olsa idi, (M)'nin iflâsından sonra iflâs masasına kendi borcu olan 10.000 TL'yi tam olarak ödemek zorunda kalacaktı. Alacaklı (A) da, (M)'nin iflâsından sonra, iflâs masasından, alacağı olan 20.000 TL'nin ancak %20, %25 gibi belirli bir yüzdesini alabilecekti...

Bu hüküm sayesinde, «aciz halinde bulunan borçlunun borçluları ile alacaklılarının hileli işlemlerde bulunarak, yakında oluşacak iflâs masasına zarar vermeleri» önlemek istenmiştir. (ÜSTÜNDAĞ, S. age. s:114)

II- Takasa itiraz davasının hukuki niteliği: Bu davanın hukuki niteliğinin «tasarrufun iptâli davasına (İİK. mad. 277-284) benzediği» doktrinde (KURU, B. age. C:3, s:2991 dipn. 15 - KURU, B. El Kitabı, s:1261 - ÜSTÜNDAĞ, S. age. s:113 - ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, T.S. age., s:489) ifade edilmiştir. Ancak her iki davanın konusu birbirinden farklıdır. Tasarrufun iptâli davasının konusu «müflisin -mal

geçerli olması kabul edilmiştir.

kaçırma amacını güden- tasarrufları olduğu halde, takasa itiraz davasının konusu, müflisin borçlusunun -temlik/takasa şeklindeki- tasarruflarıdır.

III- Takasa itiraz davasının tarafları:

a) Davacı; iflâs idaresi (İİK. mad. 287) veya davayı takip yetkisi kendisine devredilmiş olan (İİK. mad. 245) alacaklıdır.

Takasa itiraz davası -kural olarak- «doğrudan doğruya» iflâs idaresi tarafından açılırsa da, kendisine karşı açılan davaya -özellikle olumsuz tehdit davasına- karşı «def'i yoluyla»da iflâs idaresi tarafından ileri sürülebilir. (Bknz: 19. HD. 08.05.2003 T. 4110/4876; 17.04.2003 T. 6853/4077; 04.04.2002 T. 4439/2530 vb. «www.e-uyar.com»)

b) Davalı, iflâs masasından takas istemiş olan müflisin borçlusudur.

IV- Yetkili ve görevli mahkeme: Bu konuyu düzenleyen İİK. mad. 201'de, «*bu davanın görüleceği yetkili ve görevli mahkemenin neresi olacağı*» hususunda açıklık yoktur.

Doktrinde (ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, T.S. age., s:489 – GÜRDOĞAN, B. age., s:112 – KURU, B. age. C:3, s:2991 – KURU, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:1261 – ALTAY, S. age., C:2, s:1134 – MUŞUL, T. age., C:2, s:1603 vd. - PEKCANİTEZ, H./ ATALAY, O./ÖZKAN, S.M. İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, 2013, s:735) bu davanın «iflâsa karar veren ticaret mahkemesinde açılması gerekeceği» belirtilmiş olmasına rağmen **yüksek mahkeme** (Bknz: 19. HD. 01.02.2001 T. 8913/744; 08.05.2000 T. 8693/328 «www.e-uyar.com») -iflâsta «sıra cetveline itiraz davası»nı düzenleyen İİK. mad. 235'i kıyasen uygulayarak- bu davanın «iflâsa karar veren yerdeki ticaret mahkemelerinden herhangi birisinde açılabilceğini» ifade etmiştir.

V- Yargılama usulü: Bu dava *basit yargılama usulüne* göre görülür.

Takasa itiraz davası «kabul edilirse»; takasa hükümsüz kalır ve müflisin borçlusunu (davalı), borcunu iflâs masasına tam olarak öder, devralmış (temellük etmiş) olduğu alacağı ise, iflâs masasına «iflâs alacağı» olarak yazdırılır. (KURU, B. age., C:3, s:2992 – KURU, B. El Kitabı, s:1262 – OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. age., s:4925 – COŞKUN, M. age., s:4040 vd.)

Eğer davacı (iflâs idaresi) «takasa konusu alacağın tahsilini (Bknz: 19. HD. 05.10.2006 T. 6502/9156; 08.06.2006 T. 11179/6204; 14.07.2005 T. 11282/7973; 15.04.2004 T. 8252/4462 vb. «www.e-uyar.com») (ya da «dava konusu alacağın faiziyle tahsilini») de (Bknz: 15.12.2005 T. 2343/12540; 29.09.2005 T. 12670/9344; 17.02.2005 T. 5696/1434 vb. «www.e-uyar.com») talep etmişse, mahkemece bu istekler hakkında da hüküm kurulması gerekir. (OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. age. s: 4925)

Takasa itirazı davası «red edilirse»; iflâs idaresi artık takasa konusu alacakla ilgili takip yapamayacağı gibi dava da açamaz...

Yüksek mahkeme; -7101 s. Kanun ile iflâsın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasının önceki dönemde- «*iflâsın ertelenmesi halinde uygulanacak tedbirlerin alacaklıların ve üçüncü kişilerin maddi hukuktan doğan talep ve def'i haklarını kısıtlamayacak ölçüde olması gerektiğini, mahkemece, maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran*

Eski (İİK. m.289/V) metinden farklı olarak yeni düzenlemede 200 ve 201. maddelerin uygulanmasında ‘geçici mühletin ilanı tarihi’ esas alınmıştır.

- Hacizli mallar hakkında *niteliğine uygun düştüğü ölçüde 186 ncı madde hükmü* uygulanır (İİK. m. 294/V). Bilindiği gibi; İİK. m. 186’da «*iflâsın açılmasının, konulmuş olan hacizlere etkisi*» düzenlenmiştir.

«Konkordato mühleti» verilmesi halinde konulmuş olan hacizler kalkmayacaktır. Yani, konkordato mühleti devam ettiği sürece hacizler devam edecektir.

Hacizler ancak «*konkordatonun tasdiki*» veya «*mühletin kaldırılması*» kararının kesinleşmesiyle kalkacaktır (düşecektir).

Borçlunun «*konkordato mühleti verilmeden önce haczedilmiş olan malları*»;

a) *Eğer paraya çevrilmemişse* konkordato masasına dahil edilecek ve konkordatonun tasdiki ile beraber borçluya bırakılacaktır.^[43]

b) *Eğer paraya çevrilmişse*, alacaklı konkordatodan etkilenmeyecek ve satış bedeli alacaklıya ödenecektir.^{[44] [45]}

c) *Borçlunun durumu iyileştiği için kesin mühletin kaldırıldığı hallerde*, alacaklılar daha önce başladıkları takibe, kaldığı yerden devam edeceklerdir.^[46]

«Konkordato mühleti verilmesi» talebinden (İİK. m. 285) ö n c e ‘muhafaza altına alınmış’ malların kullanımının -üzerindeki hacizler devam etmek koşuluyla- borçluya bırakılması gerekir.^[47]

- Konkordato mühleti sırasında borçlu ‘komiserin izni ile’ (İİK. mad. 297 (I) malları üzerinde tasarrufta bulunabilir...

muhafaza tedbirleri verilemeyeceğini, alacaklıları kötü niyetli işlemlerden korumak yönünden iflasta takası kısıtlayan İİK. mad. 200 ve 201’in iflas ertelenmesi halinde de uygulanması gerektiğini» (Bknz: 23. HD. 03.05.2012 T. 1437/3309; 03.05.2012 T. 1610/3329; 03.05.2012 T. 1618/3330 «www.e-uyar.com») belirtmiştir.

[43] PEKCANITEZ, H./ERDÖNMEZ, G. age. s:97 vd.

[44] ALTAY, S./ESKİOCAK, A. age., s:108 – PEKCANITEZ, H. / ERDÖNMEZ, G. age. s:98, dipn. 202

[45] Aynı doğrultuda: Bknz: 12. HD. 21.01.1998 T. 14528/29 (www.e-uyar.com)

[46] PEKCANITEZ, H./ERDÖNMEZ, G. age. s:98

[47] ÖZTEK, S./BUDAK, A.C./YÜCEL, T.M./KALE, S./YEŞİLOVA, B. age. s: 221

Borçlunun üçüncü kişide bulunan parası '*mühlet verilmeden önce haczedilmiş ancak haciz ihbarnamesi üçüncü kişiye 'mühlet verildikten sonra'* tebliğ edilmişse; haciz koydurucu alacaklı konkordatodan etkilenmez ve haciz ihbarnamesine konu para, haciz koymuş olan alacaklıya ödenir. Çünkü, '*hacizli malların konkordato mühleti verilmeden önce paraya çevrilmesi (İİK. mad. 294/5, 186) ile borçlunun ya da üçüncü kişi elindeki paraya mühletten önce haciz konulması'* arasında fark yoktur...^[48]

Ayrıca belirtelim ki; borçlunun gerek yedinde ve gerekse üçüncü kişiler nezdinde bulunan paralarını serbestçe değilse bile –ham madde satın almak, işçilerine ödeme yapmak vd. için- komiserin izni veya icazeti ile kullanabilmesine, prensip olarak imkân tanımak yerinde olur...^{[49] [50]}

-Konkordato mühletinin verilmesinden önce, *müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise*, bu devir hükümsüzdür. Örneğin; borçlunun bir ihaleden doğan alacağını alacaklısına temlik etmesinden sonra konkordato mühleti alması halinde, ihaleye konu işe ilişkin kabullerin, mühlet kararından sonra yapıp hakedişin doğması durumunda, konkordato mühleti alınmasından önce yapılmış olan bu temlik işlemi, hükümsüz olacaktır (İİK. m. 294/VI).^[51]

Bu hükmün amacı; «*borçlunun, konkordato alacaklarının müracaat edebileceği malvarlığını korumak*»tır.

Ancak hemen belirtelim ki; konkordatonun verilmesinden önce devredilmiş (temlik edilmiş) olan alacak;

[48] ALTAY, S./ESKİOCAK, A. age.,s:108 – PEKCANITEZ, H. / ERDÖNMEZ, G. age. s:100 – ÖZTEK, S./BUDAK, A.C./YÜCEL, T.M./KALE, S./YEŞİLOVA, B. age. s: 223

[49] PEKCANITEZ, H./ERDÖNMEZ, G. age. s:100 vd.

[50] Bu ödemenin borçluya 'gösterilecek teminat karşılığında yapılması' veya 'borçluya ait başka mallar üzerine haciz konulması karşılığında yapılması' görüşü için bkz: ÖZTEK, S./BUDAK, A.C./YÜCEL, T.M./KALE, S./YEŞİLOVA, B. age. s: 222

[51] SARISÖZEN, M.S. 7101 sayılı Kanun Kapsamında İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, 2018, s:68

‘Mühletten önce doğmuş, fakat mühletten sonra muaccel olmuşsa’ temlik geçerliliğini korur. Temlik alacak alacaklı, alacağını, tasdik edilen konkordatodan etkilenmeksizin tam olarak alır...^[52]

- *Konusu para olmayan alacaklar*, alacaklı tarafından, ona eşit kıymette para alacağına çevrilerek komiserine bildirilir. Şu kadar ki borçlu, komiserin onayıyla taahhüdün aynen ifasını üstlenmekte serbesttir’ (İİK. m. 294).

Bu düzenlemeyi (hükmü); ‘*iflâsın açılması ile birlikte konusu para olmayan alacakların paraya çevrilmesine*’ ilişkin İİK. m. 198’in benzeri bir düzenleme olarak kabul etmek gerekir.^[53]

- ‘*Teminat mektubu*’ lehtarının konkordato teklifinde bulunması, kendisine mehil verilmesi veya konkordato teklifinin kabulü, muhatabın, bankadan tazmin talebini etkiler mi?

Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, 2018, s:93

• *Maddeyle (m. 294), ‘kesin mühletin’, alacaklılar bakımından sonuçları düzenlenmektedir. Bu sonuçlar, geçici mühlet bakımından da geçerlidir. Maddeyle, kesin mühlet içinde alacaklıların haklarında bazı sınırlamalar yapılmaktadır. Alacaklıların haklarında yapılan bu sınırlamaların temel nedeni, konkordato mühleti içinde borçlunun rahat hareket edebilmesi ve alacaklıların baskısı altında olmadan konkordato projesinin hayata geçirilebilmesi için faaliyetlerine devam edebilmesinin sağlanmasıdır.*

Maddenin ilk fıkrasında; ‘Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacağı ve evvelce başlamış takiplerin de duracağı’ belirtilmektedir. Kanunun mevcut 289 uncu maddesinde de ‘borçlu aleyhine takip başlatılamayacağı, başlamış takiplerin de duracağı’ belirtilmekteydi. Takip yasağının en temel gerekçesi, borçlunun bu süreçte konkordato müzakerelerine hazırlık yapabilmesine olanak sağlanması ve alacaklıların baskısından kurtularak, iyileşme olanağının kendisine verilmesidir. İlgili fıkarda ayrıca, ‘borçluya karşı ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanamayacağı’ da hükme bağlanmaktadır. Mühlet içinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasının sebebi, takip yasağındaki sebeple benzerlik

[52] PEKCANITEZ, H./ERDÖNMEZ, G. age. s:102

[53] ÖZTEK, S./BUDAK, A.C./YÜCEL, T.M./KALE, S./YEŞİLOVA, B. age. s: 224

taşımaktadır. 'Bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin konkordato mühleti içinde işlemeyeceği' hususu da ilgili fıkırada yer almakta ve bu şekilde mevcut Kanununun 289 uncu maddesi hükmü muhafaza edilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasıyla, '206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabileceği' hükme bağlanmaktadır. Bu alacaklar için, mühlet içinde olsa da takip başlatılabilecek ve başlamış takipler devam edecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında 'tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işleminin duracağı' hükme bağlanmaktadır.

Maddenin dördüncü fıkrasında, takas ve mahsuba ilişkin 200 ve 201 inci maddelere atıf yapılmıştır. Mevcut Kanununun 289 uncu maddesinin beşinci fıkrasında da aynı hüküm yer almıştır. Bu hükümden farklı olarak yeni düzenlemede, '200 ve 201 inci maddelerin uygulanmasında geçici mühletin ilanı tarihinin esas alınacağı' belirtilmektedir. İflas taki sıkı takas yasakları, konkordato mühletinde de geçerli olacaktır. Mevcut Kanununun 289 uncu maddesinin beşinci fıkrasında yer alan 'veya iflas erteleme kararı' ibaresi, iflas ın ertelenmesine ilişkin hükümler yürürlükten kaldırıldığı için madde metninden çıkarılmaktadır.

Maddenin beşinci fıkrasıyla, 'konkordato mühletinden önce tatbik edilmiş hacizlerde, haczedilmiş mallar için elverdiği ölçüde Kanununun 186 ncı maddesi hükmü' uygulanacaktır. 186 ncı maddede, iflas ın açılmasının mevcut hacizlere olan etkisi düzenlenmiştir. Bu atıftan çıkan sonuç, konkordato mühletinin, daha önce konulmuş hacizleri kaldırıcı bir etkisinin bulunmadığıdır. Mühlet kararı devam ettiği sürece alacaklının haciz hakkı baki kalacaktır. Hacizlerin düşmesine sebep olan şey, 'konkordatonun tasdiki veya mühletin kaldırılması kararı'dır.

Maddenin altıncı fıkrasıyla, İsviçre İcra ve İflas Kanununun 'konkordato mühleti verilmesinden evvel yapılan ve ileride doğacak alacağın devrine ilişkin olan sözleşmelerin, devredilen alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğması halinde hükümsüz olacağı' hakkındaki mehz Kanununun 297 nci maddesinin dördüncü fıkrasıyla uyumlu bir düzenleme yapılmaktadır. Bu hükmün amacı borçlunun konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği malvarlığını korumaktır. Her ne kadar bu fıkra

ile elde edilmek istenen amaca 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası ile de ulaşılabileceği düşünülebilirse de, tasarrufun iptali davası şartlarının (özellikle aciz vesikası alma şartının) pek çok olayda gerçekleşemeyebileceği dikkate alınarak, İsviçre İcra ve İflas Kanunundaki çözüm şeklinin daha uygun olduğu sonucuna varılarak, yedinci fıkra düzenlenmektedir.

Maddenin yedinci fıkrasıyla, ‘konusu para olmayan alacakların para alacağına çevrilmesini, fakat bu alacakların aynen ifasının da iflas tasfiyesine benzer şekilde komiserin onayıyla borçlu tarafından üstlenilmesini’ düzenleyen İsviçre İcra ve İflas Kanununun 297 nci maddesinin dokuzuncu fıkrasına benzer bir düzenleme yapılmaktadır.

Maddenin sekizinci fıkrası uyarınca, ‘mühletin alacaklıların hakları bakımından önemli etkilerinden bir diğeri, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında konkordatoya tabi alacaklara ilişkin idari davalar ve borçlunun davalı olduğu hukuk davalarının mühlet içinde duracak olması’dır. Mühlet içinde duracak olan davalar, konkordatoya tabi alacaklara ilişkin idari davalar ile borçluya karşı açılan her türlü hukuk davalarıdır. Mühlet içinde davaların durmasının temel sebebi, borçluya konkordato projesini hazırlaması için rahat bir çalışma alanı yaratma düşüncesidir. Bu düşünce mühlet içinde takiplerin durmasında da etkili olmuştur. Mühletin etkilerine ilişkin maddenin bu fıkrası, ‘iflasın açılmasıyla duran borçlunun taraf olduğu hukuk davalarına’ ilişkin, Kanunun 194 üncü maddesi hükmü ile benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla bu fıkra ile ilişkin sorunlar 194 üncü madde hükmü uygulaması dikkate alınarak çözülebilir. İlgili hükümde dikkati çeken ayırım, duran idari davaların konkordatoya tabi alacağına ilişkin olmasının yeterli bulunması, hukuk davaları bakımından ise sadece borçlunun davalı olduğu hukuk davalarının durmasıdır.»^[54]

«Tasarının çerçeve 21’inci maddesi, kesin mühlet içinde icra ve takip yasağı bulunması ve de günümüzde zaten, davaların uzun sürdüğü dikkate alınarak, gecikmesinde sakınca bulunan hâller dışında mühletin konkordatoya tabi alacaklara ilişkin idari davalar ve borçlunun davalı olduğu hukuk davalarını durduracağına ilişkin düzenlemenin metinden çıkarılması suretiyle değiştirilerek kabul edilmiştir.»^[55] 13.12.2018

[54] Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

[55] Bknz: Adalet Komisyonu Raporu

ÖNALIM HAKKI

Murat TEZCAN*
Beyza CANBOLAT**
Melisa Eda AKINCI***

A. ÖNALIM HAKKI VE ÇEŞİTLERİ

Bir kişi malını üçüncü bir kişiye satmak istediğinde, önalım hakkı sahibinin bu malı öncelikli olarak satın alma hakkı vardır. Hak sahibinin önalım hakkını kullanması ile yeni bir hukuki ilişki ortaya çıktığı için bu hak, yenilik doğuran bir haktır ve yenilik doğuran (inşai) bir dava ile kullanılır.

Önalım hakkı “*yasal önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkı ve sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkı*” olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Yasal önalım hakkı Türk Medeni Kanunu 732. maddesinde; sözleşmeden doğan önalım hakkı Türk Medeni Kanunu 735. maddesinde ve Türk Borçlar Kanunu’nun 240. maddesi ve devamında; sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkı ise 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu’nda düzenlenmiştir.

Önalım hakkının türleri arasında sıkı bir ilişki bulunsa da düzenlendikleri hükümler arasında farklılık taşıyan özellikler de bulunmaktadır. Yasal önalım hakkı ayrıntılı olarak Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenme imkânı bulmuşken, sözleşmeden doğan ve sınırdaş tarımsal arazi

* Avukat, Ankara Barosu.

** Avukat, Ankara Barosu.

*** Stajyer Avukat, Ankara Barosu.

malikinin önalım hakkı, yasal önalım hakkına yapılan atıflar ile hüküm altına alınmıştır.

a. Yasal Önalım Hakkı

Yasal önalım hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 732. maddesinde “*devir hakkının kısıtlamaları*” başlığı altında hükme bağlanmıştır. Paylı mülkiyette bir paydaşın, taşınmaz maldaki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaş veya paydaşların açacakları dava üzerine verilecek kararlar onlara bu payı aynı şartlarda, öncelikle satın alma ve mülkiyetini kazanma imkânı veren, kanundan doğan, eşyaya bağlı bir haktır. Hakkın kullanılması yenilik doğuran bir dava ile mümkün olup eski Medeni Kanun zamanında olduğu gibi, yenilik doğuran bir irade beyanıyla veya başka şekillerde kullanılması mümkün değildir.

Yasal önalım hakkı paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda kendiliğinden kanundan doğar ve payın üçüncü bir kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir. Hakkın doğması ve kullanılması için tapu siciline şerh edilmesine gerek yoktur.

Önalım hakkının kullanılabilmesi, önalım hakkının doğmasını sağlayan önalım olayının (*Vorkaufsfall*) gerçekleşmesine bağlıdır. Önalım olayı, zorla yani cebri olmayan, iradi, ivazlı ve cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleriyle, özellikle de satım sözleşmesiyle gerçekleşir. Satış sözleşmesinde, isteğe bağlı (*ihiyari*) artırma yoluyla yapılan satışlarda (*özel artırma veya açık artırma şeklinde*), tapuya şerh edilmiş alım ve geri alım hakkının kullanılması durumunda, ifa yerine geçen edimlerde, üst hakkının satılmasında önalım olgusunun gerçekleştiği kabul edilir.^[1]

Önalım hakkı, yalnız payın satılması halinde kullanılacağı için üzerinde paylı mülkiyet bulunan taşınmazın tamamının veya bir kısmının satılması halinde kullanılmaz. Çünkü bu durumda paydaşlar aynı zamanda paylı mülkiyet ilişkisini de oybirliği ile tamamen veya kısmen ortadan kaldırmış olmaktadır.

Nitekim Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 2016/7286 E. 2017/3070 K. sayılı 17.04.2017 tarihli kararında şu ifadeler yer verilmektedir: “*Uyuşmazlık: dava tarihi itibarıyla dava konusu taşınmazda paydaş olmayan davalının*

[1] (HATEMÎ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991 s.609).

yargılama aşamasında başka hisse almak suretiyle paydaş konumuna gelmesi halinde eldeki davanın dinlenip dinlenemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere; önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma hakkına veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir.”

Yasal önalım hakkı, paya bağı bir haktır. Bu hak, pay dolayısıyla elde edildiğinden, pay kimin mülkiyetine geçerse, onun tarafından kullanılabilir. Yasal önalım hakkı aynı nitelikte bir hak olmayıp, bu hakkın paydan ayrı ve bağımsız olarak başkasına devredilmesi veya miras yoluyla geçmesi de söz konusu değildir. Zira bu hak, paydaşın şahsında vücut bulmaktadır.

Yasal önalım hakkı ile getirilen kısıtlama, kanundan doğan ancak özel hukuka dayanan bir kısıtlama olması dolayısıyla kamu hukuku nitelikli kısıtlamalarla bir ilgisi yoktur. Bu itibarla, yasal önalım hakkı, bir paydaşın üzerinde paylı mülkiyet bulunan bir taşınmazdaki payını üçüncü bir kişiye satması ve diğer paydaş/paydaşların bu haklarını dava yoluyla kullanmaları halinde söz konusu olur. Buna karşılık, paydaş/paydaşlar, önalım hakkını kullanmadığı takdirde, yapılan satış geçerli olarak varlığını sürdürür.

Yasal önalım hakkının doğabilmesi, birtakım şartların sağlanmasına bağlıdır. Yasal önalım hakkının şartlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Yasal önalım hakkı yalnızca paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda söz konusu olur. Diğer mülkiyet çeşitlerinde özellikle elbirliği mülkiyeti ile kat mülkiyetinde uygulanmaz.
- Yasal önalım hakkı, taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının tamamen veya kısmen satılması halinde söz konusu olur (*öналım olayı*).
- Yasal önalım hakkı, üçüncü kişilere yapılan pay satışlarında söz konusu olur ve hak sahibi paydaş tarafından üçüncü kişi (alıcı) aleyhine açılacak bir önalım davasıyla kullanılır.

Ayrıca önalım hakkı, payı satın alan üçüncü kişilere karşı kullanılır. Zira paydaşın diğer bir paydaş aleyhine önalım davası açma hakkı yoktur.

b. Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı

Sözleşmeden doğan önalım hakkı, yükümlüsünün hakkın konusu olan şeyi bir üçüncü kişiye satması halinde, hak sahibine dava yoluyla satılan şeyin mülkiyetinin kararlaştırılan bedel karşılığında kendisine nakil yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır. Sözleşmeden doğan önalım hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 735. maddesinde taşınmaz mülkiyetine getirilen kısıtlamalar çerçevesinde bir iradi kısıtlama sebebi olarak; Türk Borçlar Kanunu'nun 240 ve devamı maddelerinde satış ilişkisi doğuran haklar üst başlığı çerçevesinde düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 241. maddesinin 2. fıkrasında “*Önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez.*” ifadelerine yer verilmiştir. Nitekim önalım borçlusu ve yeni malik, ikale sözleşmesi ile sözleşmeyi ortadan kaldırırsalar dahi bunu önalım hakkı sahibine karşı ileri süremezler.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının devri, kural olarak mümkün değildir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun “*Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve gerialım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer. Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kullanılması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.*” şeklinde düzenlenen 239. maddesi **emredici nitelikte olmadığından taraflar adi yazılı şekilde yapacakları bir sözleşme ile aksini kararlaştırabilirler.**

c. Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı

Tarım arazisi, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu'nun “*Tanımlar*” başlığı altında “*Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan ve yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen arazi*” şeklinde tanımlanmıştır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu'nun 8/İ maddesi uyarınca;

- Mirasçılarının terekede bulunan tarımsal arazi hakkında aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulmasına karar vermeleri halinde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer ortaklar
- Tarımsal arazilerin satılması halinde, sınırdaş tarımsal arazi malikleri önalım hakkına sahiplerdir.

Bu düzenlemeyle birlikte komşu tarımsal araziler birleştirilerek tarımsal alanların bölünmesinin önüne geçilmesi istenmektedir. Dikkat edilecek olursa tarımsal arazi vasfında bir taşınmazın üçüncü kişilere satışı halinde, taşınmaza komşu olan malikin yasal önalım hakkını kullanmasına imkân sağlanmıştır. Burada belirtilen önalım hakkının kullanılabilmesi için her şeyden önce ortada tarımsal arazi niteliği taşıyan araziler ve bu araziler arasında bir sınır komşuluğu bulunmalıdır.

Nitekim Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 2016/159 E. 2018/3716 K. ve 14.05.2018 tarihli kararına göre:

“5403 sayılı Kanun uyarınca sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanabilmesi için satışa konu olan dava konusu taşınmazın da tarımsal arazi niteliğinde bulunması gerekir.

Oysa dosya içinde bulunan inşaat ve ziraatçı bilirkişi raporuna göre, dava konusu taşınmazın üzerinde ağaçların yanısıra tek katlı bina ve havuz inşaatının da bulunduğu belirtilmiştir. Mahkemece, dava konusu taşınmazın fiili kullanım durumuna ilişkin yeterli inceleme yapılarak tarımsal arazi mi yoksa bahçeli ev niteliğinde mi olduğu belirlenerek, bahçeli ev niteliğindeyse, dava konusu taşınmazın tarımsal arazi niteliği taşımadığından davanın reddine, tarımsal arazi niteliği taşıması halinde şartları oluşturan önalım hakkının kabulüyle, önalım bedelinin depo edilmesine karar verilmesi gerekirken, davacının iyiniyetli olmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu gerekçeyle hükmün bozulması gerekmiştir.”

Yargıtay kararında da vurgulandığı üzere 5403 sayılı Kanun ile tanınan önalım hakkının kullanılabilmesi için dava konusu taşınmazın tarımsal arazi niteliğinde olması ön koşuldur.

5403 sayılı Kanunla tanınan önalım hakkında sınırdaş malik, tarımsal arazi vasfındaki komşu parselin satıldığını öğrendiği zaman veya komşu

parselin taşınmazını satacağını bildirmesi üzerine satış bedelini öğrenmek suretiyle önalım hakkını kullanabilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nda yasal önalım hakkı sadece paylı mülkiyette paydaşlara tanınmış bir hak iken 5403 s. Kanun'da önalım hakkı paydaş olmayan sınırdaş arazi maliklerine de tanınmış, önalım hakkının kapsamı genişletilmiştir.

B. ÖNALIM (ŞUFA) HAKKININ KULLANIMINDA UYGULANACAK USUL

Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlanması kimi zaman dayanağını hukuki işlemlerden kimi zaman da doğrudan kanundan almaktadır. Önalım hakkı da taşınmaz mülkiyetini kısıtlayan hallerden biri olduğundan bu başlık altında hukuki işlem yani sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması ile kanundan doğan önalım hakkının kullanılması konuları ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için öncelikle yazılı bir önalım sözleşmesinin yapılması gerekmektedir. Önalım sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun "*Önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.*" şeklindeki 237. madde hükmü uyarınca adi yazılı şekil şartına tabidir. Dolayısıyla sözleşmenin resmi yazılı şekilde yapılması gerek-meyip adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Uygulamada önalım hakkının kira sözleşmesine kayıt koymak suretiyle tanındığı da sıklıkla görülmektedir.

Önalım sözleşmesi yapılırken şekil şartından sonra dikkat edilmesi gereken bir diğer husus tarafların kimliklerinin ve önalım hakkına konu olan malın sözleşmede açık bir şekilde belirtilmesidir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer nokta ise önalım hakkının tapu kütüğüne şerh verilmediği durumlarda önalım hakkının hangi satış işlemi için tanındığı hususudur. Önalım hakkı, ileride değinileceği üzere tapu kütüğüne şerh verildiğinde şerh süresi içerisinde bütün satışlarda kullanılabilir. Ancak önalım hakkı şerh verilmediği durumda sözleşmede belirtilen satışta kullanılabilir. Eğer sözleşmede bu yönde herhangi bir belirleme yapılmadıysa önalım hakkı yalnızca ilk satış işleminde kullanılabilir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılabilmesi için ikinci olarak ise taşınmazın Türk Borçlar Kanunu'nun 240. maddesi uyarınca satış ya da ekonomik bakımdan satışa eş değer bir işleme konu olması gerekmektedir.

Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki taşınmazın, mirasın paylaşımında mirasçılardan birine özgülmesi, cebri artırma yoluyla satışı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâllerinde önalım hakkı kullanılamaz.

Önalım hakkının hangi süre içinde kullanılabilceği taraflarca sözleşmede kararlaştırılabilmektedir. Ancak bu süre, Türk Borçlar Kanunu'nun 238. maddesine göre en çok 10 yıl olabilmektedir. *Eğer bu süre içinde bir satış yapıp hakkın kullanılması imkânı doğmazsa önalım hakkı sona erer.*^[2]

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kimlere karşı kullanılabilceği, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Önalım hakkı, tapu kütüğüne şerh verilmişse şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir (TMK md. 735). Önalım hakkının şerh verilmemesi durumunda ise bu hak kişisel bir hak olduğundan sadece önalım hakkını tanıyan malike ve onun külli haleflerine karşı kullanılabilcektir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının nasıl kullanılacağı da Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinde esasen yasal önalım hakkının nasıl kullanılacağı düzenlenmiş; 735. maddesinde ise *“Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır.”* ifadesine yer verilmek suretiyle her iki önalım hakkının da aynı şekilde, dava açılması suretiyle kullanılabilceğini belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili 242. maddesinde ise *“Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerh edilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı dava açmak zorundadır.”* ifadeleri kullanılmak suretiyle Türk Medeni Kanunu'na paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili yasal düzenlemelere göre sözleşmeden doğan önalım hakkı, ancak dava açılarak kullanılabilcektir. Her ne kadar önalım hakkının tapuya şerh verilmesinin etkisi ileride değerlendirilecek olsa da burada da tapu kütüğüne şerh verilen önalım hakkı ile şerh verilmeyen önalım hakkının kullanımında meydana gelen farklılığa değinilmesi gerekmektedir. Yukarıda bahsedildiği gibi önalım hakkı tapu kütüğüne şerh edilmediği takdirde yalnızca önalım hakkını tanıyan malike ve onun külli haleflerine karşı kullanılabilcektir. Böyle bir durumda malik önalım sözleşmesinin konusunu teşkil eden taşınmazı üçüncü bir kişiye

[2] A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, s. 450, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013

satar ve mülkiyeti üçüncü kişi üzerine geçirirse önalım hakkı sahibi, yalnızca satıcıdan borca aykırı bu eylem nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilecek; alıcıya karşı tescile zorlama davası açamayacaktır.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu kütüğüne şerh verilmesi halinde ise önalım hakkı sahibinin bu hakkını şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanabileceğine yukarıda değinilmişti. Bu durumda önalım hakkı sahibi, önalım sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmazı satın alan alıcıya karşı tescile zorlama davası açabilecek ve önalım hakkını kullanabilecektir. Söz konusu davada bir yandan önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte alıcı ile hak sahibi arasında satış ilişkisi doğmakta bir yandan da bu ilişkiye dayanılarak alıcı tescile zorlanmakta ve mülkiyetin önalım hakkı sahibine geçirilmesi sağlanmaktadır. Önalım hakkı sahibi, tescile zorlama davasında kendisine mülkiyetin geçirilmesine karar verilmeden önce Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesi uyarınca satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür. Önalım hakkı sahibi bu yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra mahkeme, mülkiyetin önalım hakkı sahibine geçtiğine karar vermektedir. Bu kararın kesinleşmesiyle birlikte mülkiyet, önalım hakkı sahibine geçmektedir. Bu durum mülkiyetin tescilsiz kazanılma hallerinden biri olup tescilin buradaki etkisi açıklayıcıdır.

Yasal önalım hakkının kullanılması ile ilgili olarak Türk Medeni Kanunu'nun 732. maddesi uyarınca paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. Burada yasal önalım hakkı Kanun'dan kaynaklandığından bu hakkın kullanılabilmesi herhangi bir sözleşmenin yapılmış olmasına bağlı değildir.

Yasal önalım hakkının kullanılabilmesi süre ileride "*hak düşürücü sürelerle*" ilişkin başlık altında izah edileceğinden burada değerlendirilmemektedir.

Yasal önalım hakkının nasıl kullanılacağı yukarıda belirtildiği gibi Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Yasal önalım hakkı, alıcıya karşı dava açmak suretiyle kullanılabilir. Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanıldığı davaya ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemesi sebebiyle burada da geçerlidir.

Yasal önalım hakkının kullanılması ile ilgili farklı olarak birden fazla paydaşın bu hakkını kullanması sorunu gündeme gelmektedir. Bu sorunun

çözümüne yönelik yasal bir düzenleme bulunmasa da Yargıtay Büyük Genel Kurulun 11.06.1947 tarihli 5/18 sayılı içtihadı birleştirme kararı burada uygulamaya yön vermektedir. İlgili kararda “*İzaha hacet yoktur ki, gerek müstakil olsun ve gerek şayi olsun herkesin mülkünde istediği gibi tasarruf etmesi ve rızası olmadıkça kimsenin elinden mülkünün alınmaması insanların en başta gelen hürriyet hakkının tabii ve zaruri neticesidir. Fakat çok defa ihtilaf ve münazaalara yol açan iştiraki, mümkün olduğu kadar tahdit etmek ve aynı zamanda hissedarlar arasına yabancı sokmamak ihtiyacına mebni kıyasa muhalif olarak kanuni şufa hakkı ve bu hakla mülkiyetin takyidi kabul olunmuş bulunmaktadır. Bu ihtiyaç ve illette hissesi az olan da çok olan da eşittirler.*” ifadelerine yer verilmiştir. Buna göre birden fazla paydaşın yasal önalım hakkını kullanması durumunda her bir paydaş satılan paydan pay oranına bakılmaksızın eşit hisse edinebilmektedir.

C. ÖNALIM (ŞUFA) HAKKINDAN FERAGAT, ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASINDAN VAZGEÇME, YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASINI ENGELLEYEBİLECEK DURUMLAR

Türk Medeni Kanunu, önalım hakkından feragat ve önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmeyi ayrı ayrı düzenlemiştir. Bu konuyu değerlendirirken de ikili bir ayırım yapılmasında fayda bulunmaktadır. Zira önalım hakkından feragat yalnızca yasal önalım hakkı için mümkünken önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme hem yasal önalım hakkı için hem de sözleşmeden doğan önalım hakkı için mümkündür. Önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmeye ilişkin hükümler Türk Medeni Kanunu’nun 733. maddesinde düzenlenmiş olup Türk Medeni Kanunu’nun 735. maddesinin atfı sebebiyle gerek yasal önalım hakkına gerekse sözleşmeden doğan önalım hakkına uygulanmaktadır.

Yasal önalım hakkından feragat etmek, yukarıda bahsedildiği gibi mümkündür. Ancak bahse konu feragat, Kanunla özel şekle tabi tutulmuştur. Türk Medeni Kanunu uyarınca önalım hakkından feragatin resmî şekilde yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir. Görüldüğü üzere yasal önalım hakkının kullanımı, paydaşlar arasında yapılacak bir sözleşme ile engellenebilmekte; söz konusu hak ortadan kaldırılabilir.

Önalım hakkını kullanmaktan vazgeçmek de yine Türk Medeni Kanunu uyarınca mümkündür. Bu imkân, yukarıda değinildiği gibi hem yasal önalım hakkı sahiplerine hem de sözleşmeden doğan önalım hakkı sahiplerine

tanınmıştır ve aynı koşullara tabidir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tâbidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir.

Önalım hakkından feragat, *önalım hakkının bütün önalım olaylarına ilişkin olarak ortadan kaldırılmasını* ifade ediyorken; önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, *önalım hakkının bir satış için ortadan kaldırılmasını* ifade etmektedir^[3].

Yasal önalım hakkının kullanımı, paydaşlar arasında yapılacak bir sözleşme ile engellenebileceği gibi kullanımı için öngörülen yasal süre içerisinde kullanılmaması halinde de engellenmektedir. Bu husus, ileride “*hak düşürücü süreler*” ilişkin başlık altında izah edileceğinden burada değerlendirilmemektedir. Ayrıca cebri artırmayla satışlarda da önalım hakkı kullanılamayacağından bu durumda da yasal önalım hakkının kullanımı engellenmektedir.

Burada anlatılanlara ek olarak yasal önalım hakkının aşağıda sayılan hallerde de kullanılması mümkün değildir. Yasal önalım hakkının kullanılmayacağı haller şunlardır:

- Taşınırlarda, (*Paydaşlar dilerse, aralarında yapacakları hukuki işlem ile taşınır mallarda da önalım hakkını kurabilirler*)
- Mülkiyetin devri borcunu doğuran bağışlama veya trampa hallerinde,
- Kamulaştırma ve arazi toplulaştırılması hallerinde,
- Mülkiyetin devri borcunu doğuran bağışlama veya trampa hallerinde,
- Elbirliği mülkiyeti ile kat mülkiyetinde, (*İstisnası: Kat mülkiyeti Kanunu'nun 8. Maddesine göre kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurulan bağımsız bölümlerde paydaşlardan birinin kendi payını üçüncü şahıslara satması haline diğer paydaşın şuf'a hakkını kullanması mümkündür.*)
- Artırma yoluyla yapılan satışlardan cebri artırmayla satışlarda,
- Önalım hakkına konu olan payın mülkiyetinin bir hakim kararıyla başka bir kişiye geçirildiği hallerde,
- Satım karakterinin üstün bulunmayıp, bağışlama karakterinin ağır bastığı karma sözleşmelerde,

[3] A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, s. 461, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013

- Üçüncü kişi tarafından üstlenilen karşı edimin, önalım hakkı sahibi tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı hayat boyunca irat, ölünceye kadar bakma sözleşmeleri ile önalım hakkı konusunun (*payın*) bir şirkete sermaye olarak konulduğu hallerde,
- İki şirketin birleşmesi halinde,
- Vakıf kurma işleminde,
- Mirasın geçmesi ve paylaşımında, mirastan feragat gibi miras hukukuna ilişkin amaç ve saiklerin ağır bastığı durumlarda,
- Paydaşların payını, çocuklarına, karı veya kocasına ya da bir hısımına devretmesi halinde şeklen bir satış sözleşmesi bulunmasa bile, gerçekte satıştan başka miras hukukuna ilişkin amaçlar veya bağışlama bulunan hallerde,
- Paylı mülkiyete konu taşınmazın paydaşlar arasında fiilen taksim edilip de kullanılan bir kısmının verilmiş olduğu paydaş tarafından üçüncü bir kişiye satılması halinde,
- Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda
- Eşyayı kullanma borcu doğuran adi kira, ürün kirası gibi ilişkilerde,
- Resmi şekle aykırı, muvazaalı ya da ehliyetsiz bir kişi tarafından yapılan ya da hukuka, ahlaka aykırı veya imkansız olan satış sözleşmelerinde (*ortada geçerli bir satış sözleşmesi olmadığı için*) önalım hakkı kullanılamaz.^[4]

Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 2016/2129 E. 2018/2729 K. ve 05.04.2018 tarihli kararında yukarıda sayılan işlemlerden biri olan trampa işlemine karşı önalım hakkının kullanılamayacağı şu şekilde belirtilmiştir: “*Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir. Önalım hakkı taşınmaz mülkiyetini sınırlayan haklardan olup bu sebeple yasa koyucu temlik tasarruflardan sadece gerçek anlamdaki satışlar için kabul etmiştir. Bu nedenle gerek öğretide gerekse*

[4] (EREN/ Fikret, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, Y.2008, Sa.1-2)

de Yargıtay İçtihatlarında hibe, trampa, sermaye vaz'ı gibi tasarruflarda önalım hakkının cereyan etmeyeceği kabul edilmiştir.

Somut olaya gelince; Trampa işlemine karşı önalım hakkı ileri sürülemez, dosyadaki bilgi ve belgelere göre trampa ile yapılan temlik işleminin davacıların önalım hakkını engellemek amacıyla yapıldığı ve gerçekte satış işlemi olduğu kanıtlanamamıştır. Bu sebeple, davanın reddi gerekirken, yanlışlığı değerlendirmeyle yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru değildir.”

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 2016/296 E. 2018/860 K. sayılı 06.02.2018 tarihli fiili taksimi konu edinen bir başka kararına göre: “*Önalım davasına konu payın dair bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış sebebiyle önalım hakkını kullanması TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüst davranma kuralı ile bağdaşmaz. Kötü niyet iddiası 14.02.1951 tarihli ve 17/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir.”*

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin bağış konusuna ilişkin 2017/4345 E. 2017/8634 K. sayılı 20.11.2017 tarihli bir başka kararında da şu ifadelere yer verilmiştir: “*Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında 20.03.1957 tarih 1956/12 E. 1957/2 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının, sözleşmede taraf olan kişinin işlemde muvazaa savunmasında bulunamayacağı ve bunu her türlü delille ispat edemeyeceği kuralının istisnası olduğu görülmektedir. Anılan kararın uygulanabilmesi için öncelikle satışın, satış tarihi itibarıyla doğrudan mirasçılar arasında yapılması gerekmeyip, temlikin taraflarının akraba olması yeterlidir. Temlikin akrabalar arasında satış şeklinde yapılmış olması halinde ise bu kez İçtihadı Birleştirme Kararının aradığı “hibe veya miras hukukuyla ilgili amacının bulunup bulunmadığı hususunun, diğer bir ifade ile akrabalar arasında yapılan her temlikte somut uyumsuzluğun niteliğine göre temlikin hibe veya miras hukukuyla ilgili amaçlarla yapılmış olup olmadığının yöntemince ispatı aranmalı ve ispatı halinde temlikle önalım hakkının kullanılmasının mümkün olamayacağı gözetilmelidir.*

Somut olayda; dava konusu 282 ada 30 parsel, 3. kat 8 no'lu bağımsız bölümdeki 1/3 hissesi ...adına kayıtlı iken 16.05.2011 tarihli resmi senetle davalı ...'a satıldığı, dava konusu payı satan ...'ın davalı ...'ın üvey abisi olduğu anlaşıldığından, payı devreden'in davalı ile yakın akrabalık bağı olduğu sabittir. 27.03.1957 günlü ve 1956/12 Esas, 1957/2 Karar sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı dikkate alındığında tarafların yakın akraba oldukları, yapılan satışın gerçekte bağış olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsiz olduğundan, hükmün bozulması gerekmiştir.”

D. ÖNALIM DAVALARINDA HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRELER

Türk Medeni Kanunu, önalım hakkının kullanılabilmesi için birtakım hak düşürücü süreler öngörmüştür. Yasal önalım hakkı ile sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılması için öngörülen hak düşürücü süreler Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda benzer şekilde düzenlendiğinden burada ikili bir ayırım yapılmaksızın hak düşürücü sürelere yer verilecektir.

Yapılan satış, ilgili yasal düzenlemelere göre alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir (TMK md. 733, TBK md. 241).

Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer (TMK md. 733, TBK md. 242).

Önalım hakkı sahibinin satış işlemini hiç öğrenememesi, burada belirtilen sürelerin hak düşürücü olması sebebiyle hak sahibine mağduriyet yaşatmaktadır. Önalım hakkı sahibi, bu durumda bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen alıcı ve satıcıya karşı tazminat davası açarak zararının tazminini talep edebilmelidir.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 2016/2251 E. 2018/5987 K. sayılı 26.09.2018 tarihli kararında, önalım hakkının kullanılmasında hak düşürücü sürelerin önemi şu şekilde vurgulanmıştır: “*TMK'nın 733. maddesi gereğince yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilmesi zorunludur.*

Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirdiği tarihin üzerinden üç ay ve herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir.

TMK'nın 733/3 maddesi gereğince üç aylık hak düşürücü sürenin başlaması için öğrenme yeterli olmayıp yapılan satışın, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilmesi gerekir. Noter aracılığıyla bildirimde bulunulmamışsa iki yıllık hak düşürücü süre içerisinde önalım hakkına dayanılarak ... iptali ve tescil istenebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.09.2005 tarihli, 2005/6-358 E, 470 K. sayılı kararı da bu doğrultudadır.

Somut olayda; davalının dava konusu taşınmazda pay satın aldığı tarih 26.04.2012, davacının dava açma tarihi ise 12.05.2014'tür. Dosya kapsamında davacıya yapılmış bir ihtar bulunmadığı, TMK 733. Maddesinde belirlenen iki yıllık hak düşürücü sürenin de dolduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirmeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.”

E. ÖNALIM HAKKININ TAPU KÜTÜĞÜNE ŞERH VERİLMESİ

Sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkündür. Şerh, söz konusu kişisel hakkı kuvvetlendirdiği, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale getirdiği için oldukça önemli ve faydalıdır. Yukarıda değinildiği gibi sözleşmeden doğan önalım hakkı tapu kütüğüne şerh verilmediği takdirde yalnızca önalım hakkını tanıyan malike ve onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilmektedir. Önalım hakkının tapu kütüğüne şerh verilmesi halinde ise söz konusu hak, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılacaktır. Şerhin bir diğer etkisi ise önalım hakkını eşyaya bağlı bir hak haline getirmesidir. *Şerh sayesinde, ilk satışta kullanılması gereken önalım hakkı artık şerh süresinde gerçekleşen bütün satışlarda kullanılabilir.*^[5] Bunun anlamı, şerh verilmiş bir önalım hakkının ilk satışta kullanılmaması halinde sona ermemesi, süresi içerisinde gerçekleşen bir diğer satışta kullanılabilmesidir.

Tapu Sicil Tüzüğü'nün “*Kişisel hakların şerhi için aranacak belgeleri*” düzenleyen 47. maddesine göre sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu kütüğüne şerh verilebilmesi için yazılı sözleşme aranır. Bu yazılı şerh sözleşmesinde tarafların şerh süresini belirlemeleri mümkündür ancak belirlenecek

[5] Feride Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (2) 2016, s. 262; Tandoğan, s.281; Feyzioğlu s.471 vd.; Eren, s.442

bu süre on yılı geçemez. Zira şerhin etkisi her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer (TMK md. 735).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2013/6-494 E. 2014/153 K. sayılı 26.02.2014 tarihli, önalım hakkının tapunun beyanlar hanesine tescil edilmesine ilişkin bir kararına göre: “*Davacı ve davalıya pay satan dava dışı kişiler arasında 16.10.2009 tarihinde düzenlenen miras taksim sözleşmesinde yer verilen, “işbu miras taksim sözleşmesindeki mirasçı taraflar kendi hisselerine düşen payı bir başkasına satmak isterse iyi niyet gereği öncelikle diğer mirasçılara satın alma teklifini yapmakla yükümlüdür ifadesiyle sözleşmeye dayalı önalım hakkı düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 213/3 maddesi hükmü gereği yazılı şekilde yapılmış bu önalım sözleşmesi geçerli olup, tarafları bağlar; bu hak, 12.11.2009 tarihinde tapunun beyanlar hanesine tescil edildiğinden, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.*

Bu durumda davacının, davaya konu payın davalıya satılması sebebiyle sözleşmeden kaynaklanan önalım hakkını kullanmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Bu halde mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”

F. ÖNALIMDA MUVAZAA HALLERİ

Muvazaa nispi ve mutlak muvazaa olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yargıtay içtihatlarında da tanımlandığı üzere de mutlak muvazaada; taraflar gerçekte herhangi bir muamele yapmayı düşünmedikleri halde, sırf üçüncü şahıslara karşı onları aldatmak amacıyla, bir muamele yapmış gibi gözükmek için görünüşte bir muamele yapmaktadırlar. Nispi muvazaada ise; tarafların aralarında akdettikleri bir mukaveleyi kendi iradelerine uymayan ve dışa karşı yaptıkları başka bir muamele ile gizlemeleri söz konusu olmaktadır.

Önalımda muvazaa halleri ise satış işleminde muvazaa ve satış bedelinde muvazaa şeklinde ortaya çıkmaktadır.

a) Satış İşleminde Muvazaa

Satış işleminde muvazaa çoğunlukla payını satan ve payı satın alan kişi arasında yapılan görünüşteki pay satış sözleşmesinin amacının gerçekte satış olmayıp hibe (bağış), trampa (taşınmazların değiş tokuşu), ölüncüye

kadar bakıp gözetme sözleşmesi niteliğinde olduğu durumlarda karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 2017/5918 E. 2018/1871 K. sayılı 13.03.2018 tarihli, ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile ilgili bir kararına göre: "...muvazaa, irade ile beyan arasında kasten yaratılmış aykırılıktır. Böyle bir savunma ileri sürülmüşse, mahkemece dayanılan sözleşmedeki tarafların gerçek ve müşterek amaçlarının Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi hükmünden yararlanarak açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira bu gibi durumlarda ölünceye kadar bakım sözleşmesinin ivazlı olarak (bedel karşılığı) değil de, bağış amaçlı veya mirasçılarının bazılarında mal kaçırmak amacı ile yapıldığı kabul edilmelidir.

Somut olayda; davacı ile bakım alacaklısı olan davacının eşi, muris... ile arasında 17.09.2007 tarih 23674 yevmiye numarası ile ölünceye kadar bakım sözleşmesi düzenlenmiş, bakım alacaklısı muris 06.09.2011 tarihinde vefat etmiş olup, geriye mirasçı olarak davacı 1969 doğumlu murisin ikinci eşi ... ile murisin ilk evliliğinden olan davalı kızı 1963 doğumlu ...kalmıştır.

Dava konusu ölünceye kadar bakım sözleşmesi ile bakım alacaklısı murisdavalı tarafından hasımsız olarak açılan 2012/49-2013/57 sayılı tereke tespiti dosyasındaki toplam dava konusu iki adet taşınmazının tamamını davacıya bırakmıştır. Dosyanın incelenmesinde, murisin dava konusu ölünceye kadar bakım sözleşmesine konu taşınmazlar dışında başkaca taşınmazının, malvarlığının bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Sözleşme tarihindeki aile koşulları ve ilişkileri, murisin elinde bulunan malvarlığının tespit edilecek miktarı ile temlik edilen malın bütün mamelekine oranı dikkate alınarak ölünceye kadar bakım sözleşmesine konu edilen taşınmazların makul olarak değerlendirilebilecek miktarı aşp aşmadığının 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, muris muvazaası ilkelerine uygun olarak yeterli araştırma ve inceleme yapıp toplanan ve toplanacak olan deliller ile birlikte dinlenen taraftanıklarının beyanları değerlendirilerek ölünceye kadar bakma sözleşmesinin terekeden mal kaçırmaya amaçlı ve muvazaalı olarak değil gerçekten murisin bakımını sağlamak amacıyla düzenlenip düzenlenmediği araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir."

b) Bedelde Muvazaa

Tapuda önalım hakkının kullanılmasını önlemek amacıyla yapılan pay satışının bedelinin tapuda gösterilen değerden yüksek gösterilmesi veya daha az gösterilmesi şekillerinde karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durumda önalım hakkı sahibi, önalım bedelinin tapuda gösterilen değerden daha az veya daha yüksek olduğunu ileri sürerek bedelde muvazaa iddiasına dayanarak açacağı davada, bu iddiasını kanıtlamak durumundadır.

Önalım hakkı sahibi davacı, tapuda yapılan satış sözleşmesinin tarafı olmadığı için bedelde muvazaa iddiasını her türlü delil ile ispatlayabilir. Ancak bu konu ile ilgili Yargıtay içtihatlarında da görüleceği üzere, sadece dava konusu payın keşif yapılarak bilirkişi aracılığıyla belirlenen değeri ya da sadece bu konuda dinlenen davacı tanıklarının payın davalıya hangi bedel karşılığında satıldığı konusunda açık, kesin ve görgüye dayanmayan bir beyanda bulunmaları muvazaanın ispatı hususunda tek başına yeterli olmamaktadır. Bahse konu delillerin diğer delillerle muvazaa iddiasını ispatlaması gerekir.

Nitekim Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 2014/10513 E., 2015/98 K. ve 12.01.2015 tarihli bir kararına göre: “*Dava dilekçelerinde taşınmanın gerçek değerinin çok üzerinden satış bedeli gösterilerek satış yapıldığı ve satış bedelinin muvazaalı olduğu iddia edilmiş olup, muvazaa iddiasında bulunan davacı iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür.*”

Yapılan keşifte belirlenen taşınmaz bedelinin satılan hisseye göre oldukça yüksek bir bedelle satılmış olmakla beraber, Yargıtay kararında bedelin yüksek gösterilmesinin tek başına muvazaayı kanıtlamaya yeterli olmadığı belirtilmiş olup muvazaa iddiasının ispatı diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de alıcı sübjektif nedenlerle taşınmaza daha fazla bir bedel ödemiş olabilir, taşınmaza duyulan ihtiyaç vb sebeplerle daha yüksek bir bedel ödenebilir.

Somut olayda dosya ve birleşen dosya kapsamında dinlenen tanıkların beyanları tarafların ifadelerine dayanmakta olup ve hatta birleşen dosyada tanık olarak dinlenen davalı tanığı K. E. işlemin tarafı esasen davada tanık sıfatı bulunmamaktadır. Bu yönü ile tanık beyanları davayı aydınlatıcı mahiyette değildir.”

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 2016/5929 E., 2018/7047 K. ve 23.10.2018 tarihli bir başka kararında da şu ifadelere yer verilmiştir:

“Mahkemece fiili taksimin mevcut olmadığı kanaatine varılması halinde; davacının bedelde muvazaa iddiasının değerlendirilmesi gerekir. Satış bedelinin satış akdinde gösterilen miktardan farklı olduğunu gösteren dosya içerisinde geçerli bir delil yoktur. Muvazaa iddiasının kanıtlanması için keşif tek başına yeterli delil değildir. Sadece davacının diğer delillerini doğrulamak bakımından önem arz eder. Bu nedenle, resmi senetteki satış bedeli, tapu harç ve masrafları depo edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, farklı gerekçelerle, bedelde muvazaa iddiasının kabulüne karar verilmesi de doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.”

SONUÇ

Özellikle paylı mülkiyette paydaşlar arasında en büyük uyuşmazlıklardan biri olan önalım hakkı hukukumuzdaki istikrarlı kararlar sayesinde tartışmalı alanların görece daha az olduğu konulardan biridir. Buna rağmen konunun çok sıklıkla yargı kararlarına vesile olması ve son dönemde ön alım hakkında mevzuattaki birtakım değişiklikler doktrinde konunun tekrardan ayrıntılı bir biçimde değerlendirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

KAYNAKÇA

Sirmen A. Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013

Demirbaş Feride, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (2) 2016, s. 262; Tandoğan, s.281; Feyzioğlu s.471 vd.; Eren, s.442

Adıgüzel Recep, Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı ,İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 90, Sayı:3, 2016

Günay Erhan, Önalımda Muvazaa, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 118, Haziran 2016

Eren Fikret, Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üni. Hukuk Fak. Dergisi, C. XII, 2008

Aydın Ünver Tülay, Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi, Bahçeşehir Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145-146, 2016

YURT DIŞINDAN SAĞLANAN VE YURT DIŞINA SAĞLANAN AVUKATLIK HİZMETLERİ VE BU HİZMETLERE İLİŞKİN VERĐİ SORUMLULUĞU

Erol SÖNMEZOCAK*

Globalleşen iş yaşamının etkisiyle Türkiye Cumhuriyeti'nde faaliyet gösteren, Türkiye Cumhuriyeti Hukukuna göre kurulmuş ve yine bu hukuka uygun bir organizasyon yapısı bulunan tüzel kişiler uluslararası alanda da taahhütler üstlenmekte, yurt dışında kurulu şirketlerle iş birliği yapmakta, ortaklıklar kurmakta, alım-satım ilişkisi içerisine girmekte, yurt dışında sürekli ya da süreli faaliyetler yürütmektedirler. Son yıllarda Türkiye'de kurulu tüzel kişilerin, işyerleri bir başka bir ülkede olan, bir başka ülkenin hukukuna tabi olarak kurulmuş şirketlerle yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler akdettiği örnekler de sıkça görülmektedir. Bu noktada, küresel alanda üstlenilen yükümlülükler ve ifa edilen işler kapsamında, Türkiye'de kurulu şirketler yurtdışından sağlanan hukuki danışmanlık hizmetlerine başvurmak, yurt dışında yerleşik, yurt dışında bir baroya kayıtlı yabancı avukatlar ile hukuki hizmet sözleşmesi yapmak ihtiyacı hissetmektedirler. Bu ihtiyaç özellikle aşağıdaki iki başlıkta öne çıkmaktadır.

* SMMM.

Türkiye’ de kurulu tüzel kişiler, yurt dışı ile ilişkili herhangi bir konuda, sözleşmenin türüne bakılmaksızın, yurt dışında kurulu ve yurt dışında faaliyet gösteren bir başka tüzel kişi ile sözleşmesel ilişki içine girebilmektedir. Bu tip sözleşmelerin, sözleşme müzakerelerinden başlamak üzere hukuki destek ihtiyacı doğmaktadır. Türkiye’deki şirketlerin, bir başka ülkenin tabiyetinde olan bir şirket akdettikleri sözleşmenin uygulanması, yorumlanması ve doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü açısından Türk Hukukundan farklı bir yabancı hukuk seçilmekte ve akdedilen sözleşmeye seçilen yabancı hukukun uygulanacağı imza altına alındığı durumlarda ise söz konusu hukuki hizmeti sağlayacak avukatın ilgili ülke hukukuna hâkim bir avukat olması ihtiyacı doğmaktadır. Yine bu gibi sözleşmelerde –sözleşmenin niteliğine bakılmaksızın- uyuşmazlık çözümü için yetki; yabancı bir devletin mahkemesine bırakılabilmektedir. Ayrıca, yine uyuşmazlık çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılacağı kararlaştırılabilmektedir. Son dönemde, uyuşmazlıkların özellikle uluslararası ticari tahkim kurallarına göre çözüleceği hususunun hüküm altına alındığı sözleşmeler de sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu tip uyuşmazlık çözümlerinde, uyuşmazlık çözüm yeri olarak yabancı bir devletin seçilebilmekte ve uyuşmazlık çözümünde de yine sözleşme taraflarının üzerinde mutabık kaldığı bir yabancı dil belirlenebilmektedir.

İkinci bir ihtiyaç da özellikle yurt dışında taahhüt işi üstlenen şirketlerin, taahhüt işini üstlendikleri ülkede şirket veya şube kurmaları sırasında ortaya çıkmaktadır. Bu noktada Türk şirketleri yurt dışında kuracakları şirket/iştirak veya şubenin kuruluş prosedürleri aşamasından başlamak üzere, üstlendikleri işi ifa edecekleri ülke kanunlarına uygun bir organizasyon yapısı oluşturmak, ilgili ülke kanunlarına göre akdedecekleri sözleşmelerin revizesi ve uygulanması bakımından ilgili ülkede bir avukatlık ofisi ile anlaşma imzalayarak sürekli olarak danışmanlık hizmeti alma eğilimindedirler.^[1]

Yukarıda anılan her iki durumda da Türkiye’ de kurulu şirketlerin yabancı bir avukatlık bürosundan hukuki danışmanlık hizmeti alması gereklidir.

[1] Bu kapsamda eğer Türkiye’de kurulu bir şirketin yurt dışında kurulu iştiraki yahut şubesi yine o ülkede bir avukattan hukuki hizmet alıyorsa, ilgili avukat hizmete ilişkin faturalamayı doğrudan yurt dışında kurulu iştirak veya şube adına düzenleyecek, dolayısıyla yurt dışında mukim iştirak ya da şube üzerindeki vergiye ilişkin sorumluluk da yine ilgili ülkenin vergi mevzuatına göre oluşacaktır.

Söz konusu avukatlık hizmetinin niteliğini inceleyecek olursak öncelikle 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesi bize hizmetin niteliği konusunda açıklayıcı bir bilgi vermektedir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesi'ne göre “**Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.**”

Uluslararası vergi anlaşmalarında serbest meslek faaliyetleri, bağımsız olarak yürütülen bilimsel, edebi, artistik, eğitici ve öğretici faaliyetleri, bunun yanı sıra, **doktorların, avukatların, mühendislerin, mimarların, dişçilerin, muhasebecilerin** bağımsız faaliyetlerini ve özel mesleki bilgi ve maharet gerektiren diğer faaliyetleri kapsamına alacak şekilde ortaya konmuştur.

Dolayısıyla yurt dışında mukim, yurt dışında bir baronun siciline kayıtlı bir avukatın Türkiye'de kurulu bir şirkete sağladığı hukuki hizmetin ve Türkiye'de mukim bir avukatın yurt dışında sağladığı hukuki hizmet serbest meslek niteliğinde olup, ilgili avukatların kazancı da serbest meslek kazancı^[2] niteliğindedir.

Vergi mevzuatlarımıza göre yurt dışına verilen hizmetler “Hizmet İhracatı” yurt dışından alınan ve ödemesi yurt dışına yapılan hizmetler de “hizmet ithalatı” olarak tanımlanır. Bu çalışmanın aşağıdaki bölümlerinde söz konusu hukuki danışmanlık hizmetlerine ilişkin vergilendirme hususları Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları, Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı Özelgeleri ışığında soru-cevap olarak irdelenmeye çalışılacaktır.

Öncelikle Hizmet İthalatı ile ilgili örnekleri verelim.

Soru: 1.1 - Yurt dışından sağlanan avukatlık hizmetlerinde Katma Değer Vergisi “KDV” sorumluluğunu açıklar mısınız?

Yanıt: 1.1 - Bir şirketin yurt dışında mukim bir şirketten yurt dışında alacağı avukatlık hizmeti KDV'nin konusuna girmemektedir. KDV'nin konusuna girmeyen bu hizmet KDV'ne tabi olmayacaktır.

Bu konuya ilişkin Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 15.08.2013 tarih ve 1257 sayılı özelgesi aynen aktarımla; “Türkiye'deki işlemleri ile

[2] Bkz: , Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı 15.08.2013 tarih ve 1257 sayılı özelge <http://www.gib.gov.tr/node/97364>

ilgili olarak İsviçre Mahkemeleri'nde görülecek dava için İngiltere mukimi avukatlık şirketince verilecek hizmet karşılığında İstanbul Merkez Şubesi tarafından İngiltere mukimi firmaya yapılacak ödeme; serbest meslek kazancı niteliği taşıyacağından, Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Arasında Gelir ve Sermaye Değer Artış Kazançları Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması'nın 14. maddesi ikinci fıkrası çerçevesinde değerlendirilecek olup, İngiltere mukimi firmanın Türkiye'ye gelmeksizin İngiltere'de icra edeceği serbest meslek faaliyetleri dolayısıyla elde edeceği gelirleri vergileme hakkı yalnız İngiltere'ye aittir. Anlaşma hükümlerinin iç mevzuata göre değişiklik getirdiği durumlarda, Anlaşma hükümlerinden yararlanabilmek için; söz konusu İngiltere teşebbüsünün İngiltere'de tam mükellef olduğunun ve tüm dünya kazançları üzerinden bu ülkede vergilendirildiğinin İngiltere yetkili makamlarından alınacak mukimlik belgesi ile kanıtlanması gerekmektedir. Bu belgenin aslı ile birlikte Türkçe tercümesinin Noterce veya İngiltere'deki Türk Konsolosluklarınca tasdik edilen birer örneğinin ilgili vergi dairesine ibraz edilmesi gerekmektedir.”^[3] ifadelerini taşımaktadır.

Soru: 1.2 - Yurt dışındaki firma tarafından grup firmasının hukuk bürosuna olan borçları karşılığı yaptığı ödemelerden tevkifat yapılıp yapılmayacağı konusunu açıklar mısınız?

Yanıt: 1.2 - Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Sayı: 39044742-KDV.24-1698^[4] sayılı 25/10/2013 tarihli özelgesine göre; “Şirketinizin kuruluş aşamasında yapılan masrafların XXX Hukuk Bürosu tarafından karşılandığı, ...Hukuk Bürosu tarafından yapılan masraflara ait bedellerin İspanya'da mukim... Grup firmasının adı geçen hukuk bürosuna ödediği... Hukuk bürosu tarafından da serbest meslek makbuzunun yurt dışındaki grup firması adına düzenlediği, İspanya mukimi firmanın... Hukuk Bürosuna ödediği tutarları şirketinize fatura ettiği belirtilerek, İspanya mukimi şirkete yapılacak olan ödemedeki KDV ve Gelir Vergisi Tevkifatı yapılıp yapılmayacağı sorulmaktadır.

[3] <http://www.gib.gov.tr/node/97364>

[4] <http://www.gib.gov.tr/node/89672>

I. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU YÖNÜNDEN

Bu hükümlere göre, ... Hukuk bürosu tarafından yurt dışında mukim firmaya şirketiniz için verilen hizmet serbest meslek faaliyeti kapsamında yapılan bir hizmet olmakla birlikte, yurt dışı mukimi söz konusu şirket Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesinin birinci fıkrasında sayılanlar arasında yer almamaktadır. Bu safhada bu hizmet bedeli üzerinden tevkifat yapılmayacağı gibi, yurt dışında mukim firma tarafından şirketiniz için alınan bu hizmetin şirketiniz adına fatura edilmek suretiyle yansıtılması halinde, kaynağı serbest meslek faaliyeti kapsamında bir ödeme olsa da yurt dışı mukimi firma tarafından serbest meslek faaliyeti kapsamında yapılmış bir hizmetten söz edilemeyeceğinden söz konusu yansıtma faturası karşılığı ödenen bedelin, yurt dışındaki mukim firmanın ticari kazancı olarak değerlendirilmesi gerekmekte olup bu tutar üzerinden tevkifat yapılmayacaktır.

II. KATMA DEĞER VERGİSİ KANUNU YÖNÜNDEN:

Buna göre;

- Şirketinizin kuruluşuna yönelik olarak... Hukuk bürosuna yapılan teslim ve hizmet bedelleri genel hükümler çerçevesinde KDV ye tabidir.
- Hukuk bürosunun, kendisine yapılan teslim ve hizmet bedelleri için İspanya'da mukim... Grup firmasına düzenleyeceği serbest meslek makbuzunda toplam bedel üzerinden genel oranda (%18) KDV hesaplaması gerekmektedir.
- İspanya'da mukim... Grup firması tarafından Şirketinizin kuruluşuna yönelik olarak yapılan ve bedeli adı geçen firma tarafından karşılanan teslim ve hizmetlere ait bedellerin Şirketinize yansıtılması, ayrı bir işlem olarak değerlendirilecek ve bu işleme ait KDV tarafınızdan sorumlu sıfatıyla beyan edilip ödenecektir.”

Soru: 1.3 - Türkiye’de mukim bir tüzel kişinin yurt dışında bir iştirak ve/veya şube kuruluşunu gerçekleştirmek amacıyla, kuruluşun gerçekleştirileceği ülkede mukim bir avukattan hukuki danışmanlık hizmeti alması halinde, söz konusu hizmet KDV’ye tabi midir?

Yanıt: 1.3 - 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 1. maddesine göre “Türkiye’de yapılan ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler” KDV’ye tabidir. Yine

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 6. maddesindeki işlemlerin Türkiye'de yapılması hususu "Hizmetin Türkiye'de yapılmasını, değerlendirilmesini veya hizmetten Türkiye'de faydalanılmasını ifade eder şeklinde iken 4503 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesiyle 05.02.2000 tarihinde yapılan değişiklikle "Hizmetin Türkiye'de yapılmasını veya hizmetten Türkiye'de faydalanılması" şeklinde ifade edilmiştir. Bu değişiklikle birlikte, Türkiye'de ifa edilmeyen bir hizmetin Türkiye'de vergi kapsamına alınması için hizmetten yurtdışında faydalanılması şartı aranmış durumdadır.

Dolayısıyla, Türkiye'de mukim bir tüzel kişinin yurt dışında bir iştirak ve/veya şube kuruluşunu gerçekleştirmek amacıyla, kuruluşun gerçekleştirileceği ülkede mukim bir avukattan hukuki danışmanlık hizmeti alması, henüz ilgili ülkede kurulu olan bir iştirak ya da şube olmadığından bir ön araştırma, bilgilenme niteliğindedir. Dolayısıyla tüzel kişi hizmetten mukim olduğu Türkiye'de yararlanmıştı. O halde ilgili hizmetin Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. ve 6. maddeleri çerçevesinde KDV'ye tabi olduğu ifade edilebilir.

Soru: 1.4 - Türkiye'de mukim bir şirketin yurt dışında bir ayrı danışmanlık şirketiyle imzaladığı hizmet alım sözleşmesi kapsamında yapılacak ödemelerin vergilendirilmesi hakkında açıklama yapar mısınız?

Yanıt: 1.4 - Bu konuda öncelikle Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları yönünden incelenmelidir. Türkiye'de mukim bir şirketin yurt dışında mukim bir danışmanlık şirketiyle imzaladığı anlaşma doğrultusundaki ödemeler söz konusu danışmanlık şirketinin mukim olduğu ülke ile Türkiye arasında bir Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması olup olmadığı, var ise Serbest Meslek Faaliyetleri ve Ticari Kazançlar yönünden şartları ele alınmalıdır. Ayrıca, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları'nda yer alan "sabit yer" ve "işyeri" kavramları ele alınmalı, Anlaşmaya taraf yabancı ülkede hangi durumlarda bir işyeri oluşacağı veya oluşmayacağı irdelenmelidir.

Kurumlar Vergisi yönünden, konuya ilişkin Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.06.16.01-125[30-12/8]-1177 Tarih; 19.11.2012 özeldesine^[5] göre: "5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun "Tam ve dar mükellefiyet" başlıklı 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, dar mükellefiyete ilişkin olarak, Kanunun 1 inci maddesinde sayılı kurumlar-

[5] <http://www.gib.gov.tr/node/93931>

dan kanunî ve iş merkezlerinin her ikisi de Türkiye’de bulunmayanların, sadece Türkiye’de elde ettikleri kazançları üzerinden vergilendirilecekleri hükme bağlanmış, dar mükellefiyet mevzuuna giren kurum kazançları aynı maddenin üçüncü fıkrasında bentler halinde belirtilmiş olup, söz konusu fıkranın (a) bendinde Türkiye’de işyeri olan veya daimi temsilci bulunan yabancı kurumlar tarafından bu yerlerde veya bu temsilciler vasıtasıyla yapılan işlerden elde edilen ticari kazançlar, (c) bendinde Türkiye’de elde edilen serbest meslek kazançları sayılmıştır. Diğer taraftan, Kurumlar Vergisi Kanununun 30 uncu maddesinde de dar mükellefiyete tabi kurumların Türkiye’de elde ettikleri serbest meslek kazançları üzerinden vergi kesintisi yapılması öngörülmüş olup, bahse konu vergi kesintisi oranı 2009/14593 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca 3/2/2009 tarihinden itibaren; petrol arama faaliyetleri dolayısıyla sağlanacak kazançlarda %5, diğer serbest meslek kazançlarında %20 olarak belirlenmiştir.”

Hizmet ithalatı örneklerimizden sonra hizmet ihracatı hakkındaki örneklerimizi verelim.

Soru: 2.1 - Türkiye’de mukim ve Türkiye Barolar Birliği siciline kayıtlı bir avukatın Türkiye’de vergi mükellefi olan bir müvekkili için yurt dışında hukuki hizmet vermesi halinde KDV ve Gelir Vergisi yükümlülüğü nasıl olacaktır?

Yanıt: 2.1 - Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı 60 No’lu Katma Değer Vergisi Sirküleri’nin^[6] 1.1.1 maddesi uyarınca “*KDV Kanununun 1 ve 6 ncı maddelerine göre, yurt dışında gerçekleşen mal teslimleri ile yurt dışında ifa edilip yine yurt dışında yararlanılan hizmetler KDV’nin konusuna girmemektedir. Türkiye’de yapılmayan işlemin bedeli üzerinden KDV hesaplanması veya böyle bir işlemin Kanundaki herhangi bir istisna hükmü ile ilişkilendirilmesi söz konusu değildir.*” Yine aynı maddenin son paragrafı aynen aktarımla “*Türkiye’de serbest meslek faaliyeti dolayısıyla KDV mükellefi olan bir doktor veya avukatın, Türkiye’de KDV mükellefi olan bir firmaya yurt dışında verdiği hizmetler de verginin konusuna girmeyecektir.*” İfadesini taşımaktadır.

Yukarıda anılan 60 No’lu Katma Değer Vergisi Sirküleri kapsamında Türkiye’de mukim bir avukat Türkiye’de KDV mükellefi olan bir tüzel

[6] <http://www.gib.gov.tr/node/87115>

kişi müvekkiline yurt dışında verdiği hukuki hizmetler KDV konusuna girmediğinden ilgili hizmetlere ilişkin KDV hesabına gerek olduğu düşünülmemektedir. Gelir vergisi açısından ise ilgili avukatın hizmeti sağladığı ülke ile Türkiye Cumhuriyeti arasında bir Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması olup olmadığına, var ise ilgili anlaşmanın kurallarının dikkate alınması gerekecektir.

Konuya ilişkin Sn. Doç. Dr Ahmet Erol' un Vergi Dünyası Dergisi' nin Haziran 2015/406 sayısında yayınlanan Yurt dışında Avukatlık Hizmetlerinden Elde Edilen Kazancın Vergilenmesi ve Belge Düzeni bir örnekle birlikte aktarılmaktadır:

“Örnek: Av. Mustafa Kar, Türkiye yerleşği ve gerçek usulde gelir vergisi mükellefi bir müvekkilinin alacak davası için Almanya'da avukatlık hizmeti sunmuştur. Bu hizmet karşılığında 100.000.-TL serbest meslek kazancı elde etmiştir. Söz konusu gelirin vergilendirilmesinde izlenecek yol nedir?

Türkiye'de serbest meslek faaliyeti dolayısıyla KDV mükellefi olan bir doktor veya avukatın Türkiye'de KDV mükellefi olan bir firmaya yurt dışında verdiği hizmetler de verginin konusuna girmeyecektir.

Buna göre Av. Mustafa Kar'ın Türkiye'de vergi mükellefi olan müvekkilinin Almanya'daki alacağı ile ilgili olarak alacak davasının yurt dışındaki bir mahkemede görülmesi Av. Mustafa Kar tarafından verilen avukatlık hizmetinin yurt dışında ifa edilmesi nedeniyle KDV'nin konusuna girmektedir. Serbest meslek makbuzu düzenlenirken Av. Mustafa Kar'ın KDV hesaplamasına gerek bulunmamaktadır.”

Soru: 2.2 - Yurt dışındaki alacak davası dolayısıyla Türkiye'de vergi mükellefi olan bir müvekkile, Almanya'da verilen avukatlık hizmet bedeli üzerinden stopaj hesaplanmalı mıdır?

Yanıt: 2.2 - Konuya ilişkin Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 15.08.2013 tarih ve 492 sayılı özelgesine^[7] göre; Türkiye mukimi olan şahsın yurt içinde vergi mükellefi olan müvekkilinin yurt dışındaki (Almanya) alacak davasına katılma faaliyetinin serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilmesi ve ödenen toplam tutar üzerinden Gelir Vergisi Kanunu'nun 94/2-b maddesine göre gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir. Eğer icra edilecek serbest meslek faaliyetleri Almanya'da sabit bir yer vasıtasıyla

[7] <http://www.gib.gov.tr/node/92611>

icra edilirse veya şahıs, bu faaliyetleri icra etmek amacıyla Almanya'da 12 aylık herhangi bir kesintisiz dönemde 183 günden fazla kalırsa, bu kapsamda elde edilecek gelirleri Almanya'nın vergileme hakkı bulunmaktadır.

Soru: 2.3 - Türkiye'de mukim bir avukat tarafından yurt dışında mukim şahıs ve/veya tüzel kişilere verilen avukatlık hizmeti kapsamında tevkifat yapılıp yapılmayacağı konusunda bilgi verebilir misiniz?

Yanıt: 2.3 - Sayı: Konuya ilişkin Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 62030549-120[65-2015/363]79460 14,06,2016 sayılı özeldesine göre^[8]; İlgide kayıtlı özelge talep formunda; avukatlık faaliyetinde bulunduğunuzu, Yunanistan ve Romanya'da kurulmuş bulunan şirketlere Türkiye'de danışmanlık hizmeti ve dava takibi yaptığınızı belirterek,

- Yurt dışındaki müvekkillerinize düzenlenecek serbest meslek makbuzlarında stopaj kesintisi yapılıp yapılmayacağı,

- Yurt dışı mukim şirket adına yapılan tevkifatların ödenip ödenmeyeceği,

- Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Çerçevesinde neler yapmanız gerektiği hususunda bilgi talep ettiğiniz anlaşılmakta olup konu hakkında Başkanlığımız görüşü aşağıdaki gibidir;

“...Söz konusu hizmetlerin Yunanistan veya Romanya'da ifa edilmesi durumunda, Romanya'da bu hizmetler için kullanılabilecek bir sabit yere sahip olunması veya faaliyetlerin icra edilmesi amacıyla Romanya'da bir yılda birkaç seferde 183 günden fazla kalınması durumunda söz konusu faaliyetlerden elde edilen gelirleri Romanya'nın da vergilendirme hakkı olacaktır.

Söz konusu hizmetlerin Yunanistan'da ifa edilmesi durumunda ise, Yunanistan'da bu hizmetler için kullanılabilecek bir sabit yere sahip olunması veya faaliyetlerin icra edilmesi amacıyla Yunanistan'da ilgili mali yıl içinde başlayan veya biten bir 12 aylık dönemde bir veya birkaç seferde 183 günden fazla kalınması durumunda söz konusu faaliyetlerden elde edilen gelirler üzerinden Yunanistan'ın da vergi alma hakkı olacaktır.”

İlgili özelge kapsamında ayrıca Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması hükümlerinden yararlanabilmek için Türkiye'de tam mükellef Olunduğunun ve tüm dünya kazançları üzerinden Türkiye'de vergilendirildiğinin

[8] http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasi_mevzuat/OZEL_79460.html

Türkiye'deki yetkili makamlardan alınacak bir mukimlik belgesi kanıtlanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, Yunanistan ve Romanya'da mukim firmalara Türkiye'de verilen (danışmanlık ve dava takibi hizmeti) serbest avukatlık hizmeti nedeniyle elde edilen gelirin serbest meslek kazancı olarak Gelir Vergisi Kanununun 92'nci maddesinde belirlenen sürede, yıllık gelir vergisi beyannamesi ile beyan edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.

Sonuç olarak; yukarıdaki anlatım ve aynen aktarımlarımız sonucunda; Türkiye'de kurulu tüzel kişilerin küreselleşen ekonominin de etkisiyle yurt dışına ve/veya yurt dışında işler yapmakta, taahhütler üstlenmektedirler. İş hayatında yurt dışı ile kurulan bu bağ sonucunda Türkiye'deki tüzel kişiler ticari faaliyetleri ile alakalı olarak kimi hukuki danışmanlık hizmetlerini yurt dışından alma ihtiyacı hissetmektedirler. Aynı şekilde Türkiye'de mukim avukatların da yurt dışına kimi hukuki hizmetler sağladığı görülmektedir. Bu noktada; vergisel yükümlülükler açısından; ilgili hukuki nerede hizmetten faydalandığı, ilgili ülke ile Türkiye Cumhuriyeti arasında bir Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması olup olmadığı, var ise şartları, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun "Tam ve dar mükellefiyet" kavramları ayrı ayrı irdelenmelidir. Verilen örnekler ile konuya açıklık getirilmiştir.

