

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 7

Sayı / Issue: 1

Bahar / Spring 2020

Genel Sayı / Number: 13

Künye

Istanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Medipol University School of Law

ISSN: 2148-6883 e-ISSN: 2687-6663 DOI: 10.46547/imuhfd

Cilt / Volume: 7 Sayı / Issue: 1 Bahar / Spring 2020

Sahibi / Owner

Istanbul Medipol Üniversitesi adına
On behalf of Istanbul Medipol University
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sabahattin Aydın

Yazı İşleri Müdürleri / Editors in Chief

Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Yazı İşleri Müdür Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. / Res. Asst. Mustafa Çattık, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Arş. Gör. / Res. Asst. Abdullah Eryiğit, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Arş. Gör. / Res. Asst. Abdullah R. Gencer, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Arş. Gör. / Res. Asst. M. Emre Hayyar, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Dil Editörleri / Language Editors

Fransızca ve Almanca Dil Editörü / French and German Language Editor
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
İngilizce Dil Editörü / English Language Editor
Ayşe Nur Aydın, MA, İstanbul, Türkiye

İletişim / Correspondance

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul
Tel: +90 216 681 51 00

hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr
dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

Baskı / Printing Office

Karakuş İletişim Yapı San. ve Tic. Ltd Şti.
Ziya Gökalp Mahallesi Süleyman Demirel Bulvarı
Sinpaş İş Modern A 17-18 İkitelli / İstanbul Tel: +90 212 501 82 20

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman,
İstanbul Şehir Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Âkif Aydın,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar,
İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın,
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Canbolat,
Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner,
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi,
Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli,
İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi,
İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı,
İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Serap Helvacı,
Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu,
İstanbul Şehir Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay,
Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu,
Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgenç,
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Yücel Sayman,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal,
Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye

Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Harun Demirbaş,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Salih Önder
Yeşiltepe, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. A. Ersin Bayra,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin,
İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.

The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.

Tarandığı Dizinler ve Veri Tabanları
Abstracting and Indexing Services

TRDİZİN

SÖBIAD

HEINONLINE

ICJ WORLD of JOURNALS

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - A. Ersin Bayra

Dr. Jekyll'dan Mr. Hyde'a Modern Devlet'in İki Yüzü:
Liberal Hukuk Devleti'nden Anayasal Diktatörlük'e

Two Faces of the Modern State from Jekyll to Mr. Hyde: From the Liberal State of Law to the Constitutional Dictatorship. 7

Araştırma Makalesi / Research Article - Nihat Bulut

İbn Sina'nın Perspektifinden (İlahi) Yasa ve İktidar

(Divine) Law and Power from Ibn Sina's Perspective 55

Araştırma Makalesi / Research Article - Nur Kaman

Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç

Local Common Needs as the Source of the Powers and Limits of Local Administrations 73

Araştırma Makalesi / Research Article - Coşkun Koç

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Right to Trial within a Reasonable Time in Criminal Procedure in the Light of Constitutional Court Decisions. 89

Araştırma Makalesi / Research Article - Halit Eyüp Özdemir-Sinan Seçkin

Vakıf Üniversiteleri ile Özel Hastaneler Arasında İş Birliğinin Hukuki Rejimi

Legal Regime of Affiliation Between Foundations Universities and Private Hospitals 115

Araştırma Makalesi / Research Article - Rukiye Mehtap Özlü

Üniter Bir Devlet Olan Türkiye'de Yerel Yönetimlerin Geliştirdiği Uluslararası İş Birlikleri

International Cooperation of Turkish Local Administrations. 159

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Buğra Kaan Çakıroğlu

Sosyal Medya Adları ve Türk Medeni Kanunu m. 26 Kapsamında Sosyal Medya Adlarının Korunması

Social Media Names and Protection of Social Media Names under Turkish Civil Code Art. 26. 191

Araştırma Makalesi / Research Article - Harun Eryiğit

Alacaklıların Korunmasına İlişkin Farklı Yöntemlerin Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Evaluation of Alternative Methods on Creditor Protection within the Context of Capital Protection Principle 215

Araştırma Makalesi / Research Article - Serdar Kale

İcra ve İflas Hukukunda Sirküler

Circular in Enforcement and Bankruptcy Law 239

Araştırma Makalesi / Research Article - Seçkin Nazlı

COVID-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında
Kanun'un İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Evaluation of the Labor Law Related Provisions of the Code Regarding to

Reduce the Economic and Social Impacts of the COVID 19 Epidemic251

Araştırma Makalesi / Research Article - Can Pehlivanoglu

Paya Dayalı Kitle Fonlamasında Fon Kullanımının Denetimi

An Evaluation on Controlling the Usage of Equity Crowdfunding Proceeds . 273

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makelesi / Research Article

Dr. Jekyll'dan Mr. Hyde'a Modern Devlet'in İki Yüzü: Liberal Hukuk Devleti'nden Anayasal Diktatörlük'e*

Two Faces of the Modern State from Jekyll to Mr. Hyde: From the Liberal State of Law to the Constitutional Dictatorship

A. Ersin BAYRA**

ÖZ

20. yüzyıl büyük savaşların ve bu savaşlar sonrasında ortaya çıkan totaliter-otoriter rejimlerin yüzyılı olmuştur. Bu dönem aynı zamanda demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi liberal hukuk devleti için vazgeçilmez olan prensiplerin erozyona uğradığı bir çağdı. Bu noktada 21. yüzyıl ise terör eylemleri, salgın hastalıklar ve ekonomik krizler gibi büyük çaplı tehditler neticesinde güvenliğin öne çıktığı bir çağ olmuştur. Bu tehditler karşısında liberal hukuk devletinin yönetim paradigması büyük ölçüde güvenlik lehine kaymıştır. Bütün bu gelişmeler liberal demokrasilerin mutlaklaşma eğiliminin göstergesi sayılabilir. Zira bu dönem, olağanüstü halin olağanlaştırıldığı, hukukun hukuku askıya alma aracı olarak kullanıldığı, hatta güçler ayrılığı doktrininin dahi sorgulandığı bir döneme işaret etmektedir. Bu dönemde ortaya çıkan mutlak rejimlerin tamamı için diktatörlük benzetmesi yapılmıştır. Ancak bu benzetme hatalıdır. Nitekim diktatörlük Roma Cumhuriyeti'nde ortaya çıkmış antik ve anayasal kurumudur. Bu bakımdan liberal hukuk devletinin mutlaklaşma gösteren yönünün hukuki çerçevesini çizmek için başka kurumlara müracaat etmek gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Liberal hukuk devleti, hukuk devleti, güvenlik, olağanüstü hal, diktatörlük.

ABSTRACT

The 20th century was of great wars and totalitarian-authoritarian regimes that emerged after. This period was also an era in which principles indispensable for the liberal state of law, such as democracy and the rule of law, were eroded. At this

* Makale gönderim tarihi: 09.05.2020. Makale kabul tarihi: 19.05.2020. A. Ersin Bayra, "Dr. Jekyll'dan Mr. Hyde'a Modern Devlet'in İki Yüzü: Liberal Hukuk Devleti'nden Anayasal Diktatörlük'e", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 7-53; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.1.02>.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, aebayra@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3391-6707>.

point, the 21st century was an era in which security came to the fore as a result of major threats such as terrorist actions, epidemics and economic crises. In the face of these threats, the administrative paradigm of the liberal state of law, to a great extent, has shifted in favor of security. All these developments can be regarded as indicators of the tendency of the liberal democracies to become absolute. Because this period indicates a period in which the state of emergency was normalized, law was used as a means of suspending law, and even the doctrine of separation of powers was questioned. An analogy was drawn between dictatorships and for all the absolute regimes that emerged during this period. However, this analogy is erroneous. Indeed, the dictatorship is the ancient and constitutional institution that emerged in the Roman Republic. In this respect, it is necessary to look for other institutions to draw the legal framework of the liberal state of law, which tends to be absolute.

Keywords: Liberal state of law, state of law, security, state of emergency, dictatorship.

Giriş

21. yy. bizlere olağan zamanların *Dr. Jekyll*'i olan liberal hukuk devletinin, olağanüstü dönemlerde *Mr. Hyde*'a dönüştüğünü sıklıkla göstermiştir.¹ Bu dönem güvenlik söz konusu olduğunda modern devletin olağanüstü tedbirlere oldukça sık başvurduğu bir çağ ola gelmiştir. Olağanüstü halin olağanlaştırıldığı bu dönemde, hukukun hukuku askıya alma aracı olarak kullanılması ile yetinilmemiş, güçler ayrılığı doktrini dahi sorgulanır olmuştur. 9/11 sonrası ABD'de gündeme gelen "Üniter Yürütme Teorisi"² bunun en açık örneğidir. Bu teori ile yürütmenin diğer anayasal organlar karşısında güçlendirilmesi hedeflenmiştir.

Üstelik liberal hukuk devletindeki tüm bu dönüşüm hukuk ile gerçekleştirilmiştir. Öyle ki bu geçişe bizzat liberal anayasaların kendisi müsaade etmiştir. 9/11 sonrası terör saldırıları ya da salgın hastalıklar gibi küresel çaptaki krizler sonrası liberal hukuk devleti mutlaklaşma eğilimi göstermiştir. Keza liberal hukuk devleti olağanüstü hallerde olağan hukuku sıklıkla terk etmektedir. Bununla birlikte istisnai hallerde ortaya çıkan bu yeni yönetme biçiminin hukuki ve siyasi çerçevesi yeterince çizilmiş değildir. Öyle ki olağanüstü yasaların hukukiliği tartışmalıdır.

1 İskoç yazar Robert Louis Stevenson'un "*The Strange Case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde*" adlı romanını 1886 yılında yayınlamıştır. Romanda Mr. Hyde karakteri Dr. Jekyll'nin alter egosunu temsil etmektedir. Romanda her insanın içinde bulunan iyilik ve kötülük, bu iki uç kişilik üzerinden temsil edilmektedir.

2 Üniter yürütme teorisine göre yürütme tek bir kişi tarafından temsil edilir. Bu tek kişi nihai politika yapıcıdır ve yürütmeye ilişkin tüm diğer organların bu tek kişinin kararları ile bağlıdır. Ancak 9/11 sonrası bu teori ek bir anlam daha kazanmıştır. İstisnai durumlarda bu tek kişinin yasadan ayrılması mümkündür. Detaylı bilgi için bkz. John Harrison, "The Unitary Executive and the Scope of Executive Power", *Yale Law Journal Forum*, Cilt 126, 2016-2017, s. 374-375.

Nitekim olağanüstü hallerde liberal hukuk devleti hukuku bir yasa vasıtasıyla askıya almaktadır. Yani istisnai hallerde hukuk, hukukun dışına çıkılarak korunmaktadır. Bu noktadan sonra yürütmenin kararı yasa gücüne ulaşmaktadır. Bu durumda olağan yasa hala yürürlüktedir, ama uygulanmaz. Bu bakımdan bu olağanüstü yeni hükümet etme biçimi; sınırları anayasa ile çizilmiş olması bakımından hukuk ile irtibatlıdır, ancak hukukun dışındaki bir meseleyi hukuka içkin hale getirmesi bakımından ise aslında hukuka değil, bir karara dayanmaktadır.

Bu noktada sınırları anayasa ile çizilmiş bu olağanüstü hükümet etme biçimi liberal hukuk devleti açısından yeni olmakla birlikte aslında antik bir kökene sahiptir. Zira Roma Cumhuriyeti'nde olağanüstü bir *magistra*lık olan diktatörlük tam olarak böyle bir hükümet etme şeklidir. Dolayısıyla modern devletin altında, yaklaşık yirmi altı asır evvel ortaya çıkmış bir müesseseye yeniden doğmuştur. Nitekim hem istisna hali, hem de geçici ve olağanüstü anayasal bir yapı olan diktatörlük müessesesi 21. yüzyılda canlılığını hala korumaktadır. Bununla birlikte bu iki antik kökene sahip müessesenin kavramsal kullanımı konusunda bir terim birliği henüz bulunmamaktadır.

Dolayısıyla liberal hukuk devleti bağlamında diktatörlüğün ne anlama geldiğini ortaya koymak için öncelikle diktatörlük ve istisnai hal kavramlarının antik manasına erişmek gerekmektedir. Bunun için bu iki müessesenin tarihi, ontolojik ve siyasi perspektif altında ele alınması lüzumludur. Ancak çalışmamızın nihai hedefi, bu iki antik kavram için terimsel birliktelik oluşturmak değildir. Bu bakımdan sadece çalışma kapsamında bir dil birliği sağlamakla yetinilecektir. Keza bir kamu hukuku çalışmasında yapılması gereken, bu iki kavramı devletin genel teorisi bağlamında hukuk ile irtibatlandırmaktır.

Bu noktada diktatörlüğün modern anlamda hukuki çerçevesini çizmek için öncelikle diktatörlüğün liberal hukuk devleti bağlamındaki konumunu saptamak gerekmektedir. Bunun için tabi ki öncelikle tarihi, ontolojik ve siyasi perspektiften yola çıkılarak kavramsal bir çerçeve oluşturulacaktır. Bu kapsamda çalışmanın ilk aşamasında kavramsal çerçevenin çizilmesine ayrılmıştır.

İkinci olarak ise diktatörlük ve istisnai hal kavramlarının tarihi ve hukuki çerçevesi ortaya koyulacak, ardından da diktatörlüğün tirani ve despotizm ile örtüşüp örtüşmediği sorgulanacaktır. Bunun için diktatörlük müessesesinin Roma Cumhuriyeti ve sonrasındaki tarihi gelişimi ve diğer olağanüstü hal tedbirleri ile ilişkisi irdelenecektir. Böylece diktatörlük kavramının hukuk ile irtibatı kurulacak ve bu noktada anayasal çerçevesi ise kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

Çalışmanın son aşamasında ise diktatörlük kavramının liberal hukuk devleti altındaki gelişimi incelenecektir. Bu maksatla öncelikle diktatörlüğün modern anlamı sorgulanacak, bu aşamadan sonra diktatörlük müessesesi üniter yürütme teorisi bağlamında ele alınacaktır. Böylelikle diktatörlüğün liberal hukuk devleti altında hukuk ile irtibatı açığa çıkarılacaktır. Çalışmanın nihai amacı ise diktatörlüğü bir hükümet biçimi olarak incelemekten ziyade, diktatörlüğün genel devlet teorisi kapsamındaki hukuki konumunu açığa çıkarmaktır.

I. Diktatörlük ve İstisna Hali Nedir, Ne değildir?

Tüm sosyal bilim çalışmaları gibi kamu hukuku çalışmaları da zamanının sorunlarını irdelemeyi hedefler. Bununla birlikte bazen günceli konumlandırmak için sorunun kökenine inmek, hatta konuyla ilgili kullanılan dili değiştirmek gerekmektedir. Özellikle istisna hali söz konusu olduğunda durum tam olarak böyledir. Diktatörlük aslında kökeni antik çağlara kadar dayanan anayasal bir müessesedir. Ancak diktatörlük kavramı ilk ortaya çıktığı günden günümüze dek sürekli bir değişim içinde olmuştur. Bu bakımdan günümüzde olduğu gibi Roma'da da istisna hali tek bir kavramla karşılanamamıştır. Bunun yerine tarih olağanüstü hallerde başvurulmuş birçok farklı hukuki çareye sahne olmuştur.

Bu noktada diktatörlük Roma Cumhuriyeti'nin erken döneminde cumhuriyeti korumaya yönelik olağanüstü bir anayasal müessese iken, Cumhuriyet'in son dönemlerde iktidarın şahsileşmesine hizmet eden ve böylece cumhuriyetin tüm kurumlarını tehdit eden bir mekanizmaya dönüşmüştür. Roma Hukuku üzerine yapılan incelemeler bu bağlamda Roma diktatörlüğünü iki döneme ayırmaktadır. Nitekim Roma Cumhuriyeti'nin erken dönemlerinde görülen diktatörlük; seçilme usulü, görev ve yetkileri, görev süresi ve hukukî sorumluluğu anayasaya dayanan bir kurumdur.³ Ancak Roma Cumhuriyeti'nin sonlarına doğru diktatörlük kurumunda belirgin değişiklikler olacak ve diktatörler Cumhuriyet'in kurumlarını değiştirecek, arka arkaya diktatör seçilecek hatta ömür boyu diktatör olarak ilan edilmelerini sağlayacaklardır. Bu bakımdan Cumhuriyet'in son dönemlerinde diktatör seçilen Sylla, Pompeius ve Caesar gibi devlet adamları, erken dönemde görülen diktatörlerden oldukça farklıdır.⁴

Roma'da gelişmeler bu yönde yaşanırken, aynı dönemde Antik Yunan'da diktatör ile tiran arasında belirgin bir ayırım yapılmamıştır. Örneğin Platon'un her iki kavramı birbiri yerine kullandığı görülmektedir.⁵ Bununla birlikte Aris-

3 Selahattin Eren, "Roma Diktatörlüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2017, s. 167.

4 Ziya Umur, *Roma Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 41.

5 Platon (Terc. Furkan Akderin), *Kriton*, 2. Bası, Say Yayınları, 2014, s. 10.

toteles diktatörlüğü tiranlığın bir türü olarak kabul etmekte ve diktatörü seçilmiş tiran olarak tanımlamaktadır. Bu bakımdan Aristoteles'e göre diktatörlüğün krallıktan tek farkı iktidarı seçimle elde etmiş olmasıdır. Dolayısıyla onun için bir krallık ne kadar yasal ise diktatörlük de o kadar yasaldir.⁶ Öyle ki ona göre diktatörlüğün devlet ile irtibatı yasa ile değil, eylem ile sağlanmaktadır.⁷ Bu bağlamda Antik Yunan'da diktatörlük anayasal olmayan bir siyasi rejimi ifade etmektedir.⁸ Dolayısıyla diktatörlük kavramı ilk ortaya çıktığı devirlerden itibaren bakılan perspektife göre aynı anda hem anayasal bir müessese hem de anayasa dışı bir kurumdur.

Liberal hukuk devleti ortaya çıktıktan sonra ise diktatörlük daha çok keyfi, mutlak, despot ve anti-demokratik yönetimleri ifade etmek için kullanılmaya başlamıştır. Nitekim I. ve II. Dünya Savaşları'nın ardından birbirinin peşi sıra ortaya çıkan otoriter ya da totaliter rejimlerin tamamı için diktatörlük benzetmesi yapılmaktadır. Dolayısıyla diktatörlük 20. yy.da anti-demokratik rejimin karşılığı olarak kullanılır olmuştur. Bu bakımdan diktatörlük artık tüm totaliter rejimleri kapsayacak bir şemsiye kavram haline gelmiştir. Bu kapsamda faşist İtalya'dan nasyonal sosyalist Almanya'ya, Sovyet Rusya'dan Franco'nun İspanya'sına, Tito'nun Yugoslavya'sından ve II. Dünya Savaşı sonrası Paraguay, Şili başta olmak üzere Güney Amerika'da ortaya çıkmış totaliter rejimlerin tamamına -aşında tüm bu rejimler birbirinden oldukça farklı olsalar da- diktatörlük benzetmesi yapılmıştır.⁹

Bu bağlamda Adolf Hitler, Lenin, Stalin, Hitler, Nasır, Ho Chi Minh, Franco, Tito ve Fidel Castro aralarında bir ayırım yapılmadan diktatör olarak nitelendirilmiştir.¹⁰ Ancak diktatörlük 20. yy.da bu şekilde ele alınmakla birlikte Helen tiranları, İtalyan şehir devletlerindeki belediye başkanlarını ve hatta Zürih demokrasisinin siyasi liderlerini dahi diktatör olarak niteleyen Max Weber; diktatörlüğün modern devlet bağlamındaki en iyi örnekleri olarak Cromwell'in

6 Aristoteles (Terc. Mete Tunçay), *Politika*, Remzi Kitapevi, İstanbul, 1975, s. 97-98.

7 Aristoteles, s. 69.

8 Karl Popper (Terc. Mete Tunçay), *Açık Toplum ve Düşmanları*, Cilt 1: Platon, 2. Bası, Remzi Kitapevi, İstanbul, 1989, s. 126.

9 Diktatörlük kavramının bu tip kullanımı için bkz. Barrington Moore Jr. (Terc. Şirin Tekeli, Alaeddin Şenel), *Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri – Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soylunun ve Köylünün Rolü*, V Yayıncılık, Ankara, 1989; Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, The Free Press, New York, 1992; Server Tanilli, *Uygurluk Tarihi*, 23. Bası, Alkım, İstanbul, 2006; Server Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, Cilt 5: 19. Yüzyıl: İlerlemenin Çelişmeleri, 3. Bası, Adam Yayınları, İstanbul, 1999; Server Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, Cilt 6: 20. Yüzyıl: Yeni Bir Dünyanın Aramışında, 7. Bası, Alkım, İstanbul, 2007; Server Tanilli, *19. Yüzyıl: İlerlemenin Çelişmeleri*, 3. Bası, Adam Yayınları, İstanbul, 1999.

10 Adolf A. Berle (Terc. Nejat Muallimoğlu), *İktidar*, Yüksel Matbaası, İstanbul, 1980, s. 100, 232.

diktatörlüğünü, Fransız Devrimi liderleri ile devrim sonrası ortaya çıkan Fransa Birinci ve İkinci İmparatorluk liderlerini göstermektedir. Lakin Weber bu noktada Cromwell, Robespierre ve Napolyon'un diktatörlüklerinin sırasıyla dini, ahlaki ve dahiyane niteliklere dayandığını belirterek, 20. yy. düşünürlerinin aksine diktatör olarak nitelendirdiği bu devlet adamları arasında bir ayırım yapmaktadır.¹¹

Görüldüğü üzere modern dönem ile birlikte despotik ve anti-demokratik rejimlerin tamamı diktatörlük olarak adlandırılmaktadır. Nitekim *Commonwealth* adı altında ortaya çıkan rejimin de aslında bir cumhuriyet değil, askeri diktatörlük olduğu ifade edilmektedir.¹² Yine bu kapsamda 1789 devri sonrası geçici olarak iktidara gelen ve özgürlüğün despotluğu nitelendirilen Kamu Selameti Komitesi'nin geçici bir diktatörlük olduğu söylenmektedir.¹³ Dolayısıyla bu yaklaşıma göre siyasi iktidarın merkezileşmesi ve egemenliğin mutlaklaşması ile birlikte XIV. Louis, I. Napoleon, III. Napoleon ve II. Kaiser William gibi egemenlerin tamamı birer diktatördür.¹⁴

Üstelik diktatör teriminin modern kullanımı, totaliter ya da despot devlet adamlarını nitelendirmekle sınırlı değildir. Bunun yanında herhangi bir sosyal ya da siyasal sınıfın üstünlüğünü vurgulamak için de diktatörlük benzetmesi yapılmaktadır. Nitekim kapitalist üretim biçiminin modern toplumsal yaşam üzerindeki mutlak egemenliğini ifade etmek için sanayileşmenin diktatörlüğü¹⁵ ya da toplumdaki belirli bir sınıfın, toplumun diğer sınıfları üzerindeki egemen üstünlüğünün bir ifadesi olarak burjuva, proletarya ya da bürokrasi diktatörlüğü gibi ifadelere başvurulduğu görülmektedir.¹⁶

Diğer yandan Duverger ve Schmitt gibi düşünürler diktatörlükler arasında ikili ayrıma gitmektedirler. Bu düşünürlerden Duverger dikta rejimlerini bir zorunluluğun sonucu olarak ortaya çıkıp çıkmadıklarına göre *sosyolojik diktatörlükler* ve *teknik diktatörlükler* olarak ikiye ayırmaktadır. Bu diktatörlük tiplerinden ilki toplumdaki yapısal ve inançsal bunalımların sonucu olarak ortaya çıkmaktadırlar.¹⁷ Teknik diktatörlükler ise böyle bir evrimin sonucu olmaktan

11 Max Weber (Terc. Latif Boyacı), *Ekonomi ve Toplum*, Cilt 1, Yarın, İstanbul, 2012, s. 388.

12 Mehmet Ali Ağaogulları, Cemal Bali Akal, Levent Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, İmge, Ankara, 1994, s. 169.

13 Server Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası İnsanlık Tarihine Giriş*, Cilt 4: 18. Yüzyıl, 3. Bası, Cem Yayınevi, 1994, s. 469-470.

14 Berle, s. 100, 232.

15 Gianfranco Poggi (Terc. Şule Kut, Binnaz Toprak), *Çağdaş Devletin Gelişimi – Sosyolojik Bir Yaklaşım*, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1991, s. 128.

16 Ahmet Taner Kışlalı, *Siyaset Bilimi*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1987, s. 61, 270.

17 Maurice Duverger (Terc. Bülent Tanör), *Diktatörlük Üstüne*, Dönem Yayınları, İstanbul, 1965, s. 11-33.

ziyade, silah zoruyla ele geçirilen ve sömürge durumuna sokulan ülkelerdeki yönetim biçimine karşılık gelmektedir.¹⁸ Schmitt'in ayırımı ise diktatörlüğün ortaya çıkış şekliinden çok egemenliğinin niteliğine dayandırılmaktadır. Böylece diktatörlüğün egemen olup olmadığına göre *egemen diktatörlük* ve *komiseryal diktatörlük* ayrımı yapılmaktadır.¹⁹

Bu noktada Cumhuriyet'in son dönemlerinde büyük bir değişime uğrayan diktatörlük kurumunun Roma'da, olağanüstü durumlarda geçici bir *magistratura* olarak ortaya çıktığını hatırlatmakta yarar vardır.²⁰ Zira olağanüstü hallerde *dictator*'luk müessesesi tek başına başvurulmuş bir hukuki çare değildi. Aksine diğer olağanüstü tedbirler ile işlerlik kazanan olağanüstü bir *magistratura* idi. Keza *dictator*'ler *Senatus*'un *tumultus*²¹ ilanı ardından bir *consule* tarafından atanırdı. Dolayısıyla *tumultus* ve *dictator*'luk birbirini dışlayan müesseseler değildi.²²

Cumhuriyet'in sonlarına doğru ise Senato Cumhuriyet'i tehlikeye sokacak bir *tumultus* durumunda *senatus consultum ultimum*²³ çıkararak *iustitium*²⁴ ilan ettiği görülmektedir. Yani Roma Senato'su olağanüstü durumlarda Cumhuriyeti korumak için istisna hali ilan etmektedir. Böylece sadece adli idare değil, hukuk bütünüyle askıya alınmaktadır.²⁵ Bu kapsamda olağanüstü bir hukuki bir çare olarak *iustitium* müessesesi hukuku askıya alma aracı olması bakımından çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Bununla birlikte diktatörlük müessesesinde gerçekleşen değişime benzer bir değişim de Roma'ya has

18 Kışlalı, s. 405.

19 Carl Schmitt (Terc. Michael Hoelzl, Graham Ward), *Dictatorship, From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*, Polity Press, Cambridge, 2014, s. 110, (Dictatorship).

20 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 180.

21 Sözlük karşılığı kargaşa olan bu kelime Roma hukukunda bir iç karışıklık ya da savaş durumunu ifade etmek için kullanılmaktadır. Bununla birlikte *tumultus* aynı zamanda Roma döneminde bir tip olağanüstü hal tedbiridir. Bkz. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law: New Series*, Cilt 34, Bölüm 2, Transactions of the American Philosophical Society, New York, 1953, s. 746.

22 Gregory K. Golden, *Crisis Management During the Roman Republic: The Role of Political Institutions in Emergencies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s. 42-43.

23 Senato'nun olağan zamanlarda *magistra*'lardan gelen talep üzere vermiş olduğu ve tasviye niteliğindeki kararlara genel olarak *senatus consulta* adı verilir. *Senatus consultum ultimum* ise Senato'nun olağanüstü durumlarda Cumhuriyeti müdafaa etmek için gerekirse Anayasa da dahil olmak üzere tüm hukukun askıya alınmasına dair verdiği karardır. Bkz. Berger, s. 696, 699.

24 Sözlük karşılığı olarak *ius* (hukuk) ve *sistere* (hareketsiz kalmak) kelimelerinin birleşimi olarak hukukun ve yargının askıya alındığını ifade etmektedir, bkz. Abdurrahman Saygılı, Eşref Küçük, "Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi *Iustitium* Kurumu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2014, s. 262.

25 Giorgio Agamben (Terc. Kemal Atakay), *İstisna Hali*, Otonom, İstanbul, 2006, s. 53-54, (İstisna Hali).

diğer olağanüstü hâl tedbirleri için de söz konusuydu. Nitekim İmparatorluk dönemi ile birlikte *iustitium* kurumu bir nevi adli tatil anlamına gelecek şekilde kullanılmaya başlanmıştır.²⁶ Böylece Roma döneminde istisna hali olağanüstü hâl anlamını yitirerek bir çeşit kamusal yas halini almıştır.²⁷

Ancak liberal hukuk devleti ile birlikte *iustitium* kavramının ilk kullanıldığı anlama yaklaşmış ve olağanüstü halin karşılığı olarak kullanılmaya başlanmıştır.²⁸ Bununla birlikte doktrinde -tıpkı diktatörlük kurumunda olduğu gibi- istisnai hal hakkında da bir terim birliği yoktur. Zira olağanüstü hâl ile ilişkilendirilen birçok farklı kavram bulunmaktadır. İstisna hali, seferberlik, sıkı yönetim, savaş hali, savunma hali, federal müdahale, askeri müdahale ve hatta direnme gibi kavramlar bu bağlamda değerlendirilebilir.²⁹

Bu bağlamda çalışmamız kapsamında istisna hali, Roma Cumhuriyet dönemine özgün şekliyle hukukun tümünün askıya alınmasına imkân tanıyan bir olağanüstü hâl ilanı olarak, diktatörlük kurumu ise Roma Cumhuriyeti erken dönemindeki anlamıyla anayasal bir kurum olarak kullanılacaktır. Dolayısıyla Sylla ve Caesar gibi diktatörler çalışmamızın kapsamında değildir. Bu bakımdan çalışmamız bağlamında diktatörlük demokrasi karşıtlığı ya da despotizm anlamına gelmemektedir. Aksine diktatörlük demokrasi içinde başvuru ve anayasal çerçevesi olan bir kurum olarak ele alınmaktadır. Bu tercihin sebebini anlamak içinse diktatörlük ve *iustitium* kavramlarının tarihi ve hukuki boyutunu incelemek gerekmektedir.

II. Roma'da Diktatörlük ve İstisnai Hal

A. Roma ve Diktatörlük

1. Roma Krallığı ve Cumhuriyeti'nin Sosyal Yapısı ve Siyasi Teşkilatına Genel Bir Bakış

a. Kraliyet Devri

Roma'da diktatörlük Cumhuriyet dönemine has bir kurumdur. Bununla birlikte diktatörün yetki ve salahiyet bakımından krallık dönemindeki kralı andırmaktadır. Bu bakımdan Roma'da diktatörlüğün ortaya çıkışını anlamlandırabilmek için evvela Roma Krallığı'nın sosyal yapısını ve siyasal teşkilatını bilmek gerekir. Nitekim Roma evvela bir kabileler konfederasyonu biçiminde

²⁶ Berger, s. 535.

²⁷ Abdullah Eryiğit, *Yasa-Üstü İnsan ve Hukuk Karşısında Konumlandırılması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020, s. 77.

²⁸ Saygılı, Küçük, s. 263.

²⁹ A. Ersin Bayra, *Güvenlik Devleti*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 162-165.

örgütlenmiş bir krallık şeklindeydi. Bununla birlikte bu dönemdeki kralların gerçek kişiler mi yoksa mitolojik kişiler mi olduğu hususu tartışmalıdır. Ancak *populus romanus*'u oluşturan üç kabilenin otuz *curia* ve üç yüz *gens*'ten oluştuğu açıktır. Bu noktada bu gruplar içinde siyasal haklardan yalnız erkek yurttaşlar faydalanabilmekteydi. Dolayısıyla mal-mülk elde edebilen *Plebs* ve *Cliens* sınıfı siyasal haklardan yoksundu. Bunun dışında toplumda bir de hiçbir hakları olmayan köle sınıfı bulunmaktaydı.³⁰

Bu dönemde siyasî teşekkül ise aileden başlamaktaydı. Müşterek bir kaynaktan geldiği kabul edilen aileler *gens* oluştururdu. Her *gens* içinde aynı menşeden geldikleri kabul edilen aileler olan *Patricii*'ler asilzade sınıfı teşkil ederdi. *Patricii* himayesinde olan ailelere ise aynı *gens*'e tabi olmakla birlikte *Cliens* olarak anılırdı. Bu noktada *Patricii* sınıfının vazifesi *Cliens* sınıfını himaye ve müdafaa etmek iken *Cliens* sınıfının vazifesi *Patricii* sınıfına yardım ve hizmet etmektir. Bunun dışında her *gens* bir araya gelerek *curia* ve *tribus* halini almaktaydı. Bu sosyal ve siyasal birliğin son aşaması ise *civitas*'ti. Her *gens*'in başında dini, askeri ve hukuki yetkilere haiz bir şef olan *Princeps* bulunurdu. *Civitas*'ın başında ise kral manasına gelen bir *Rex* yer alırdı. Roma'nın zamanla büyümesi ile Roma halkını teşkil eden *Populus Romanus*'un yanında bir de siyasal haklardan mahrum olan ancak iktisadi hayatta rolü büyük olan *Plebs* sınıfı oluşmuştu.³¹

Kraliyet döneminde *Rex*, *Comita Curiata* ve *Senatus*'dan oluşan üçlü bir yapı vardı. *Rex* yani kral, *Patricii* sınıfı tarafından teşkil edilen bir meclis olan *Comita Curiata* tarafından seçilirdi. Bu seçimin ardından yine bu meclis tarafından krala mülki, askeri, idari, hukuki ve icrai yetkilerin bir sentezi mutlak bir yetki olan *imperium* verilirdi. Bununla birlikte kralın *imperium*'u *Populus Romanus*'tan aldığı düşünüldüğü için kralın kanunlardan üstün bir mevki olduğu düşünülmezdi. Bu noktada her *gens*'in bir temsilcisinden oluşan ve ayan meclisi niteliğindeki *Senatus*'un elinde *auctoritas*, yani *Comita Curiata* tarafından verilen kararları tasdik etme yetkisi ve krala mütalaa verme görevi bulunmaktaydı.³²

Özetle krallık döneminde siyasal yapının başında seçimle gelmiş ve kaydı hayat şartıyla bu görevi yürüten bir *Rex* bulunmaktaydı. *Imperium* (yürütme erki) yetkisine sahip *Rex* aynı zamanda başrahiplik, başyargıçlık, başkomutanlık gibi görevleri de üstlenmişti. *Rex*'in altında ise iki meclis bulunurdu. Yurt-

30 Mehmet Ali Ağaogulları, Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine Siyasal Düşünceler*, İmge, Ankara, 1991, s. 3-4.

31 Recai G. Okandan, *Roma Âmmi Hukuku*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944, s. 15-22.

32 Okandan, s. 22-29.

taşların *curia*'lar olarak katıldıkları *Comitia Curiata Rex*'i seçen meclisti. Her *curia*'nın tek bir oy kullandığı bu meclis aynı zamanda yasama yetkisiyle donatılmıştı. Bu noktada *Senatus* ise kralın danışma meclisi konumundaydı ve *patres* (babalar) olarak adlandırılan *gens* başkanlarından oluşmaktaydı. Bununla birlikte Kral Tarquinius'un despotizme kayan yönetiminden hoşnut olmayan *Patrici*'ler, kralı kovup krallığı yıkacak ve Cumhuriyet döneminde gerçekleştirilen anayasal reformlarla devletin tüm bu yapısı değişecekti.³³

b. Cumhuriyet Devri

Cumhuriyet devrinde, kraliyet devrinin birçok müessesesi muhafaza edilmekle beraber, bir takım yeni müesseseler de ihdas edilmiştir. Nitekim *Comitia Curiata* ve *Senatus* muhafaza edilmiş, ancak bu müesseselerin yanına *Comitia Centuriata* ve *consule* müesseseleri teşkil edilmiştir. Nitekim krallık döneminden farklı olarak Kral yerine *Patricius* sınıfına mensup olanlardan iki yüksek memur (*magistra*) ikame olmuştur. Ömür boyu görev yapan kralların aksine *consule* ismi ile anılan bu *magistra*'ların yetkileri bir yılla sınırlıdır. Bu *consule*'lerden her biri müstakil olarak *imperium*'a haizdir ve birbirlerine üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu denge her birinin ötekine karşı sahip olduğu veto hakkı (*intercessio*) üzerinden kurulmuştur.³⁴

Bununla birlikte zamanla devletin büyümesi ile *magistra*'lıkların sayısı arttırılmış, *consule*'lik dışında yargılama yetkisi için *praetor*'luk, iç güvenlik ve denetim yetkisi için *aedilis*'lik ve mali işlerden sorumlu *quaestor*'luk gibi yeni *magistra*'lıklar oluşturulmuştur.³⁵ Diğer yandan Cumhuriyet'in kurulmasında ve Roma'nın savunulmasında önemli rol oynayan asker sınıfına verdikleri mücadelenin karşılığı olarak *Comitia Centuriata* denilen meclis ihdas edilmiştir. Ancak konsüllerin riyaseti altında ordu şeflerinin toplanmasıyla meydana gelen bu meclis tamamen *Patricius* sınıfına has değildir. Nitekim bu mecliste orduya mensup olmaları bakımından *Plebs* sınıfı da yer almaktadır. Bununla birlikte *Comitia Curiata* yetkilerini zamanla *Comitia Centuriata* lehine olacak şekilde kaybetmiştir.³⁶

Bu noktada *Senatus* ise meclis kararlarını *auctoritas* yetkisi ile *auget* etme yani tamamlama fonksiyonunu korumuştur. Böylece meclis kararları ancak Senato tarafından tasdik edilerek hukuki bir değer kazanmaya devam etmiştir. Bunun yanında devlet teşkilâtına dahil bulunan *magistra*'lar ise tamamen

33 Ağaogulları, Köker, s. 4-5.

34 Okandan, s. 36-37.

35 Saygılı, Küçük, s. 263.

36 Okandan, s. 37-40.

Senatus'a tâbi kılınmışlardır. Dolayısıyla hükümet makinası fiiliyatta tamamen *Senatus*'un eline geçmiştir.³⁷ Bu bakımdan yeni düzene *Res Publica* (kamusal olan, kamuya ait) deniyor olsa da yönetim işi aslında halka ait değildir. Keza fiiliyatta yönetim soylu bir oligarşinin elindedir. Nitekim Roma için siyasal bilgelik ve deneyimin hazinesi olduğu kabul edilen *Senatus* uygulamada cumhuriyetin yönetici kurumu olmuştur.³⁸

Diğer yandan Roma'daki etkinliğini giderek artıran *Plebs* sınıfı için zamanla *Tribuni plebis* ve *Concilia Plebis* teşkil edilmiştir. Böylece *imperium*'a haiz *Patricii* sınıfından iki *consules* karşısında, mahdut bir icrai salahiyyete (*potestas*) sahip *Plebs* sınıfından oluşan iki *tribuni* yer almıştır. Bu meclislerden *Tribuni plebis Senatus*'a giremez ve oy kullanamazdı, ancak *consules*'in kararlarını veto (*intercessio*) edebilirlerdi. Bu noktada *Plebs* sınıfından birinin ilk defa *consule* seçilmesi ise M.Ö. 367 yılında gerçekleşmiştir. *Senatus*'a ise M.Ö.400'lerden itibaren girmeye muvaffak oldukları görülmektedir.³⁹ Öte yandan *Plebs* sınıfından ilk *dictator* ise M.Ö.356 senesinde seçilecektir.⁴⁰

2. Diktatörlük Kurumunun Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

a. Diktatörlüğün Antik Kökeni

Her ne kadar Roma ile özdeşleşmiş olsa da diktatörlük aslında sadece Roma'ya has bir müessese değildir. Zira diktatörlüğün Roma Cumhuriyeti'ne Latinlerden miras kalması söz konusudur. Keza VIII. yüzyıldan itibaren Latinler, varlıklarını ve geleceklerini tehdit eden olaylar karşısında geçici olarak bir lider atamaktadır. Üstelik tüm Latin devletleri bu kişinin önderliği altında birleşmektedir. Bununla birlikte Latin diktatörü, Latinler için bir askerî ve politik önderden fazlasıydı. Keza onlar için diktatör aynı zamanda dini ve ruhanî bir nitelik taşımaktaydı. Alında bu hukuk, din ve siyasetin iç içe geçtiği bir dönem için oldukça anlaşılır bir durumdur. Tüm bunlar diktatörlüğün aslında kadim ve dini bir nitelik taşıdığını göstermektedir. Söz konusu Roma'ya da belirli ölçüde geçmiştir.⁴¹

Bu nitelikler diktatörün at binme yasağına ve seçiliş şekline bakılarak anlaşılabilir. Öyle ki Roma'da diktatörlerden başka at binme yasağına tabi olan bir grup daha vardır; başrahipler. Öte yandan tüm diğer *magistra*'lar halk meclisleri tarafından seçilirken diktatörler konsüllerden biri tarafından atanmaktaydı. Tıpkı Jüpiter başrahibi, Vesta rahibeleri ve diğer rahipler gibi... Tüm bu

37 Okandan, s. 67.

38 Ağaogulları, Köker, s. 4-5.

39 Okandan, s. 44-50.

40 Ziya Umur, *Roma Hukuku*, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1982, s. 41.

41 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 218.

unsurlar diktatörlüğün temelde dini ve kadim bir anlam taşıdığını göstermektedir. Bununla birlikte kadim ve dini bir nitelik taşıyan Latin diktatörlüğünün aksine Roma Cumhuriyeti geleneğinde diktatörlük anayasal bir kurumdur. Bu noktada diktatör kavramının Roma'daki olağanüstü *magistra*'dan yola çıkılarak oluşturulduğu savunulmaktadır. Roma'da diktatörlük, olağanüstü hallerde cumhuriyetin bir krallık gibi yönetilmesine imkân tanıyan bir hukuki bir müessesedir. Nitekim Roma Diktatörlüğü maddi anlamda krallığa, şeklen ise bir Cumhuriyet'e aittir. Latin diktatörlüğü ise gerek şeklen gerekse maddi anlamda krallığın devamıdır. Bu bakımdan çalışmamız kapsamında diktatörlük; Latinlerden yalnızca adı ödünç alınmış olan, ancak hukuki ve siyasi olarak tamamen Roma'ya ait olan kurumdur.⁴²

b. Diktatörlüğün Düşünsel Temelleri

Machiavelli'ye göre cumhuriyetin normal yasal prosedürleri olağanüstü durumlar için çok ağır kalmaktadır. Nitekim tüm önemli kararlar farklı organların onayı ile alınmaktadır. Ancak bu hızlı karar alınması gereken durumlar için önemli bir zaman kaybıdır. Üstelik bu zaman kaybı olağanüstü durumlarda devletin bekasını tehlikeye sokabilir. Devlet bünyesinde hızlı karar alma mekanizmaları mevcut değilse; ya Cumhuriyet'in varlığını korumak için kurulan denge onun sonunu getirecek, ya da Cumhuriyet'i korumak için Cumhuriyet kendi yasalarını ihlal etmek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla yasalar beklenmedik olaylar karşısında yetersiz kalmışsa, yasa dışına çıkmak aslında yasanın iyiliğinedir. Ancak yasayı ihlal etmek gelenek haline gelirse de bu kez söz konusu olanak kötüye kullanılmıştır olacaktır. İşte Roma'da Cumhuriyet'i savunmak için tüm bu tehlikeleri bertaraf edebilecek bir otorite olan diktatörlük teşkil edilmiştir.⁴³

Rousseau'ya göre ise yasa koyucunun önceden düşünemediği, önceden kestiremeyeceği olağanüstü durumlar söz konusu olabilmektedir. Kamu düzenini bozma tehlikesi içeren böylesine büyük tehlikeler ise ancak en büyük tehditlerle dengelenebilir. Evvela tehlikeyi önlemek için yönetim gücü hükümet üyelerinden birinin ya da ikisinin eline verilir. Böylece mevcut yasalara dokunulmaz, sadece yasanın uygulanış biçimi değişmiştir. Lakin bazı olağanüstü hallerde yasanın varlığı tehlikenin bertaraf edilmesine engel olur. Bu durumlarda bir egemen seçilir ve ona boyun eğilir. Bu nokta yasama gücünün işlevsiz kalması, onun ortadan kalktığı anlamına gelmez. Nitekim diktatör yasamayı baskı altında tutabilir, ama aslında onu temsil etmez; keza olağanüstü durumlarda *dictator* yasadan başka her şey yapabilir. Dolayısıyla olağanüstü durumlarda

42 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 209-210.

43 Machiavelli (Terc. Alec Tolga), *Titus Livius'un İlk On Kitabı Üzerine Söylevler*, 2. Bası, Say, İstanbul, 2017, s. 133-135.

yasanın askıya alınması meşrudur. Ancak yurdun güvenliği gerektirmedikçe, mevcut yasalar hiçbir zaman askıya alınmamalıdır.⁴⁴

c. Krallıktan Diktatörlüğe Roma

Roma Krallığı'nın ardından gelen Cumhuriyet rejimi Krallık rejiminin yeniden inşa edilmesini engellemek üzere dizayn edilmişti. Bu bakımdan devletin tüm organları birbirini dengeleyecek ve frenleyecek şekilde oluşturulmuştu. Rejimin evrimi de buna uygun şekilde gelişmişti. Zira devletin icrai organlarında yer alan *magistra*'ların iktidarlarını şahsileştirmesinin ve devletin organları arasında oluşturulan dengenin herhangi bir siyasî organ lehine bozulmasının önüne geçilmişti. Bu yüzden birçok yeni siyasi müessese oluşturulmuş ve iktidar paylaştırılmıştı.⁴⁵ Ancak Cumhuriyet yapısının inşa edildiği denge-fren sistemi olağan üstü zamanlarda büyük tehditler karşısında hantal kalıyordu. Nitekim Roma'nın istila tehditlerine maruz kalması üzerine bu tehlikeyi savuşturacak ve askeri usulleri maharetle uygulayabilecek bir komutana ihtiyaç duyulmuştu.⁴⁶

Bu bakımdan diktatörlüğün kurulmasını sebebinin askerî ihtiyaçlarda arayan Romalı tarihçiler, ilk Roma diktatörünün komşu kavimlerle yapılan bir savaş için atandığı konusunda hem fikirdirler. Bu noktada ilk diktatörün M.Ö. 501 yılında atandığı genel kabul görmektedir. Bu noktada Eski Yunan tarihçiler ise ilk diktatörün komşu kavimlerle yapılan bir savaş için değil, Roma'da gerçekleşen *pleb* ayaklanmalarını bastırmak için atandığını düşünmektedir.⁴⁷ Dolayısıyla ilk diktatörün hangi sebeple atandığı konusunda Romalı ve Antik Yunanlı tarihçiler arasında fikir birliği bulunmamaktadır. Ancak Romalı ve Antik Yunanlı tarihçilerin hemfikir olduğu nokta ise, diktatörlüğün bir iç ya da dış tehdit karşısında devletin bekası için ortaya çıkmış olmasıdır. Bununla birlikte başlangıçta olağanüstü bir *magistra*'lık olan diktatörlük Cumhuriyet'in sonları doğru başkalaşıma uğramıştır. Bu bakımdan çalışmamız kapsamında diktatörlüğün ne olduğunu anlamak için bu müesseseyi iki farklı dönem altında ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

d. Erken Dönem Cumhuriyet Devri

Cumhuriyet ile birlikte kralın görevini yerine getirmek için her yıl iki *consule* seçilmeye başlanmıştı. Bunlar konsüllerin her biri yek diğerinin buyruk-

44 J. J. Rousseau (Terc. Vedat Günyol), *Toplum Sözleşmesi*, 9. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, s. 119-122.

45 Okandan, s. 73.

46 Tekin Akılhoğlu, "Temel Hakların Durdurulması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 34, 2017, s. 67.

47 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 202-203.

larını feshetmediği sürece sınırsız güce haizdi. Ancak olağanüstü durumlarda *imperium*'un tek bir kişi tarafından kullanılması ihtiyacı hasıl olmaktaydı. İşte bu noktada *dictator* (diktatör) denilen müessese ortaya çıkmıştı.⁴⁸ Bu noktada diktatörlük olağandışı bir müessese idi.⁴⁹ Zira istisnai hallerde harici ve dahili tehditler karşısında, kısaca devletin bekası tehlikede olduğunda, iktidarın özellikle de askeri kuvvetin tek bir kişinin elinde toplanması istenmişti. Evvela *magister populi*⁵⁰ denen bu kişiye daha sonra *dictator* denmeye başlanmıştı.⁵¹

Bununla birlikte Roma'da halk savaşta liderlerine bir kral gibi itaat ederdi. Bu noktada güvenlik diğer arzularından daha önemliydi. Bu bakımdan büyük savaşlarda halk, tüm gücün tek bir kişinin elinde olmasını istemişti. Bu kişiye diktatör deniyordu, üstelik bu kişi Cicero'ya göre halkın efendisiydi.⁵² Bu bağlamda cumhuriyet döneminde *dictator*, atanmış ve görev alanı belli olan bir devlet adamıdır. Dolayısıyla *dictator*, denetlenmesi mümkün olmayan keyfi ve mutlak bir yönetici yani *tyrant* değildi.⁵³

Bu kapsamda Roma diktatörlüğü; yasama, yürütme ve yargı güçlerinin tek elde birleştiği keyfi bir yönetim sistemi değil, Roma'nın şekli olmayan anayasasınca düzenlenmiş anayasal bir kurumdu.⁵⁴ Bu kişiye kral denmemişti çünkü o dönemde Roma'da kral sözcüğü Antik Yunanistan'daki tiran unvanıyla aynı akıbeti paylaşmaktaydı.⁵⁵ Nitekim antik düşüncede tiran, haksızlık üzerine kurulu yönetimi ve zorba kralları nitelenebilmekteydi.⁵⁶ Oysa diktatörlük ise zora dayalı, yaygın şiddet ve keyfilikle nitelenebilecek bir siyasal rejim değildi. Aksine Roma Cumhuriyeti'nin anayasal bir kurumuydu. Olağanüstü dönemlerde konsüllerce tam yetkili olarak atanan, sahip olduğu bu yetkiyi sadece senato tarafından kendisine belirli bir amaç doğrultusunda kullanabilen ve görev süresi en fazla altı ay olabilen bir müessese idi.⁵⁷

48 Egon Friedell (Terc. Necati Aça), *Antik Yunan'ın Kültür Tarihi: Hıristiyanlık Öncesi Yaşam ve Efsane*, Dost, Ankara, 1999, s. 148.

49 Gökçe H. Türkoğlu, "Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2009, s. 268.

50 Cumhuriyet magister equitum süvari birliklerinin komutanı iken, diktatör ordu komutanıdır. Bkz. Berger, s. 571.

51 Okandan, s. 38

52 Cicero, "On the Commonwealth", Ed. James E. G. Zetzel, *On the Commonwealth and On the Laws*, Cambridge University Press, 1999, s. 28-29.

53 Akıllıoğlu, s. 67.

54 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 167.

55 Friedell, s. 148.

56 Cicero, s. 28-29.

57 Ayhan Yalçınkaya, Mehmet Ali Ağaoğulları, *Siyasi Düşünceler Tarihi*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2013, s. 41.

e. Geç Dönem Cumhuriyet Devri

Cumhuriyet'in ilk yıllarında olağanüstü bir *magistra*'lık olan *dictator*'luk Cumhuriyet devrinin son yıllarında oldukça değiştirmiştir. Zira Geç Cumhuriyet döneminde *dictator*'luk *consules* yokluğunda birtakım prosedürleri yerine getirmek için atanan bir müessese haline almıştır. Örneğin bu dönemde *dictator*'ler Roma'da bir *consule* ya da *praetor* bulunmadığı zamanlarda halk meclislerini toplamak ya da *Senatus*'taki boş koltuklar için senatör belirlemek üzere atanmaktaydı.⁵⁸

Bu dönem için bir başka değişim de -erken dönemin aksine- bir *dictator* seçildikten sonra *consule*'lerin görevlerini sürdürmesi ve *dictator* gibi *imperium*'a sahip olmasıdır. Ancak *dictator* ve *consule* niteliksel olarak aynı yetkiye sahip olsalar da yine de *dictator*'un yetkisi *consule* nazaran daha büyük kabul edilmiştir. Dolayısıyla bir *dictator* atandıktan sonra *consules*, *dictator*'un otoritesine tabi olmuştur. Bu bakımdan erken dönem ve geç dönem *dictator*'luk müesseseleri arasında oldukça büyük fark vardır. Zira biri adeta geçici kral niteliğindeki iken, öteki *consule*'lerle beraber görev yapan, hatta çoğu kez belirli formaliteleri yerine getirmek için atanan bir magistradır.⁵⁹

Diğer yandan Sulla'dan itibaren *dictator*'luk müessesesi büyük siyasi bir değişime uğramıştır. Üstelik bu başkalaşım hemen hemen Cumhuriyet'in tüm kurumlarına sirayet etmiştir. Böylece erken dönemde *Senatus*'a doğru kayan siyasi denge, bu kez *consule*'lerden özellikle *dictator* olarak atanan *consule*'den yana kaymıştır. Nitekim son dönem diktatörleri önce arka arkaya olacak şekilde *dictator* olarak atanmış, zamanla da herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın *dictator* ilan edilmiştir. Öte yandan diktatörler Cumhuriyet'in kurumlarına kendi lehlerine olacak şekilde müdahale etmiş, iktidarı şahsileştirmiş ve Cumhuriyet rejimini derinden sarsmıştır. Bu bakımdan Cumhuriyet'in son asrında görülen Sylla, Pompeius ve Caesar gibi meşhur *diktatörlerin*, eski *diktatörlüklerle* hiçbir alakası yoktur.⁶⁰

Öyle ki bu devlet adamlarından Sylla *dictator* olur olmaz kamu hukukunda gerçekleştirdiği değişikliklerle Cumhuriyet rejimini baştan aşağı değiştirmiştir. Bununla birlikte lüzumlu gördüğü her durumda karar vermek için halka müracaat etmiş ve birçok mühim işte *Senatus* ile istişarede bulunmuştur. Hatta diktatörlüğünün bir döneminde devleti silah arkadaşı Quintus Metellus ile birlikte yönetmiştir. Ancak gerçekte Sylla bunların tamamını krallara karşı nefret besleyen halkın tepkisini çekmemek için yapmıştır. Zira tüm bu

58 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 185.

59 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 194, 217.

60 Umur, s. 41.

dönemde *imperium* tamamen kendisinin elindedir. Nitekim bu dönemde kendi resmini taşıyan altın para bastırmaktan ya da *forum* meydanına at üstünde bronzdan yapılmış heykelini diktirmekten çekinmemiştir.⁶¹

Gaius Julius Caesar ise evvela M.Ö. 60'da Pompeius ve Crassus'la birlikte *Birinci Triumvirlik* diye bilenen anlaşmayla yönetimi ele geçirmiştir. Crassus'un ölmesinin ardınca Pompeius ile giriştiği mücadeleyi kazanarak Roma'nın tek hakimi haline gelmiştir. Hatta nihayetinde *Senatus* tarafından yarı tanrı ilan edilmiştir.⁶² M.Ö.46–44 arası gerçekleşen diktatörlük yıllarında ise devleti yeniden düzenleyen Caesar, neredeyse bir kral konumunu kazanmıştır.⁶³ Bu süre zarfında Caesar önce M.Ö. 46'da on yıl için, ardından M.Ö. 45'te ise ölüncüye kadar *dictator* olarak atanmasını sağlamış ve ardından baş komutan⁶⁴ adını almıştır.⁶⁵

3. Anayasal Bir Kurum Olarak Diktatörlük

a. Erken Cumhuriyet Dönemi

i. Seçilimi, Atanması ve Görev Süresi

Dictator'luk müessesesi devletin bekasını tehdit eden olağanüstü durumlarda, kamusal erk olan *imperium*'un iki *consule* arasında ortaklaşa kullanılıyor olmasının yaratacağı sıkıntıyı bertaraf etmek üzere çıkmış bir müessesedir. Zira bu tip durumlarda daha ivedi ve mutlak hareket edebilecek bir kuruma ihtiyaç duyulmuştur. Bu maksatla kamusal erkin tek elde toplanılması istenilmiştir. Bu bağlamda *dictator*'luk müessesesi Roma'nın krallığa geçici olarak geri dönüşüdür. Nitekim bir *dictator* atanmasıyla birlikte askeri komutada ve siyasi yönetimde birliği sağlamak amacıyla *tribunus plebis* hariç olmak üzere tüm *magistra*'lar görevlerinden çekilmektedir.⁶⁶

Diğer yandan *dictator* atama işlemi bir *consule* tarafından gerçekleştirilmekteydi. *Consule*'nin *dictator* atamak için gerçekleştirdiği bu hukukî işleme *intercessio* yani *veto* uygulanamazdı. Üstelik konsüller diktatör atamak için hukuki olarak Senato'dan rıza almak zorunda da değildi. Bununla birlikte uygulamada *dictator* ancak *Senatus*'un bilgisi ve arzusu dahilinde atanabilmekteydi. Keza Roma'nın aslında gerçek egemeni olan *Patricius* sınıfının oluştur-

61 Okandan, s. 96.

62 Yalçınkaya, Ağaoğulları, s. 41.

63 İplikçioğlu, s. 90.

64 *Imperator* unvanı Roma Cumhuriyeti'nde en yüksek *magistra*'lıktır. Sezar'ın bu unvanı kullanması ve Augustus'un onun sefii olarak kullanmaya devam etmesi ile birlikte bu unvan *Princeps* anlamı kazanmıştır, detaylı bilgi için bkz. Berger, s. 493.

65 Şenel, s. 190

66 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 193.

duğu *Senatus*'un fiilî rolü hukukî rolünden çok daha önemliydi.⁶⁷

Diktatörün seçilme yeterliliğine gelince, *dictator*'ların atanmasına ilişkin ilk kanun olan *lex de dictatore creando*'ya göre, daha önce *consule* olmamış kişilerin *dictator* olması mümkün değildi.⁶⁸ Ancak acil gereksinimler bu koşuldan istisna tutulmuştu. Keza M.Ö. 321 yılına kadar görev yapan *dictator*'lerin büyük çoğunluğu *consule* değildi. Dolayısıyla Roma vatandaşı olan her erkek hak ehliyeti daraltılmamış olması koşuluyla *dictator* seçilebilmekteydi. Bununla birlikte M.Ö. 321 sonraki tarihlerde *dictator*'ler daha çok eski *consule*'lerden seçilmiştir.⁶⁹

Dictator'lerin atama usulü ise aslında bir takım sosyolojik sebeplere dayanmaktadır. Nitekim Machiavelli'ye göre olağanüstü durumlarda kral gibi davranacak bu kişinin yanından *consule*'lerin halk tarafından küçük görülmesinin önüne geçmek için *dictator* atama yetkisi *concule*'lere verilmiştir.⁷⁰ Öte yandan *dictator*'un yürütmeye ilişkin tüm yetkileri tek elde toplamasını imkân tanıyan ve kapsamlı bir kamusal erk olan *imperium* ise *curia*'lar tarafından çıkarılan bir yasaya dayanmaktaydı. *Comitia Curiata* tarafından çıkarılan bu yasaya *lex curiata* adı verilir. Ancak *lex curiata* aslında *dictator*'un göreve başlaması bakımından bir formaliteden ibaretti.⁷¹ Dolayısıyla *dictator* atama işlemi aslında *Senatus*'un hukuken tavsiye niteliğinde olan, ancak fiiliyatta bir zorunluluğu ifade eden kararına ve *consules*'ten birinin atama işlemine dayanmaktaydı.

Seçilme ve atanma usulü bu şekilde tamamen yasal temellere dayanan diktatörlük süresi bakımından da sınırlı ve hukuki bir müesseseydi. *Dictator* olağanüstü dönemlerde *Senatus* tarafından belirtilen belli bir amaç üzerine *consule*'ler tarafından atanırdı. *Senatus*'un belirlediği amacın gerçekleştirilmesiyle birlikte de görevi sona ererdi. Bu süre hiçbir şartta altı ayı geçemezdi.⁷² Bu bakımdan bir sene görev yapan *consule*'lerin aksine *dictator*'luk müessesesi olağanüstü ve geçici bir *magistra*'lıktı. Zira görev süresine ilişkin sınırlama mutlaklı. Dolayısıyla *Senatus* tarafından belirtilen görevi tamamlar tamamlayamaz -kendisine verilen süre henüz dolmamış olsa dahi- görevini iade etmek zorundaydı.⁷³

67 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 172-173.

68 Türkoğlu, s. 269.

69 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 171.

70 Machiavelli, s. 134.

71 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 178.

72 Mehmet Ali Ağaogulları, Levent Köker, s. 7; Türkoğlu, s. 269; Okandan, s. 39; Machiavelli, s. 133.

73 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 180.

ii. Yetki Alanı ve Görevleri

Dictator aslında Cumhuriyet rejimi ile bağdaşmayan bir magistralıktı. Örneğin Roma Cumhuriyeti'nin karakteristik özelliği olan *Tribunus* vetosunun tek istisnası *dictator* idi. *Dictator* ayrıca en üstün kamusal erk olan *imperium magnum*'a sahipti. Atandığı görevi gerçekleştirmek üzere askeri, idari ve kazai yetkilerin tamamını tek başına kullanırdı. Diğer yandan *consul*'lerin aksine *Senatus*'dan daha bağımsız hareket ederdi. Öte yandan *consule*'lerden farklı olarak *Senatus*'a danışmak zorunda da değildi. Bunun yanında hiyerarşik olarak diğer tüm *magistra*'ların üstündeydi. Zira göreve başladığında *Tribunis Plebis* dışındaki makamların tamamını *dictator*'un emri altına girerdi. Üstelik görevi sırasında yaptıklarından hukuken sorumlu da tutulmazdı.⁷⁴ Dolayısıyla ne görevi esnasında ne de görevi sona erdikten sonra yapmış olduklarından ötürü yargılanırdı. Bu bakımdan *dictator*'u *consule*'lerden ayıran üç temel fark bulunmaktaydı. Kararları veto edilemezdi, Senato'dan bağımsızdı ve hukuken sorumlu tutulamazdı.

Dictator iç ve dış tehditleri bertaraf etmek üzere atanan olağanüstü bir magistra idi. Nitekim devlete yönelik iç tehditlerde, özellikle *pleb* ayaklanmalarını bastırmakla görevlendirilirdi. Diğer yandan salgın ve doğal afet gibi toplumsal krizleri çözmekle görevlendirilen *dictator*'ler de bulunmaktaydı. Öte yandan *dictator* her şeyden evvel askeri bir makamdı. Devletin bekasına yönelik bir tehdit vuku bulduğunda orduya komuta etmesi için atanırdı. Üstelik *dictator*'un askerî yetkisi her dönem sahip olduğu doğal bir yetki olarak kabul edilirdi. Zira tarihte savaş dışı nedenlerle atanan diktatörlerin bile bu yetkiyi kullandıkları görülmüştür. Bu güvenlik söz konusu olduğunda farklı nedenlerle atanan diktatörlerin yetki alanının dışına çıkabildiğini göstermektedir. Ancak uygulamada atamadan sonra yetki alanında gerçekleşen bu genişleme bir *Senatus* kararı ile vuku bulmaktadır. Bu durum *dictator*'un yetki alanının görev alanı ile sınırlanmasının, aslında hukuki değil siyasi bir sınırlama olduğunu göstermektedir.⁷⁵

Bununla birlikte *dictator* kazai yetkilere de haizdi. Hatta vatandaşların yaşam hakkı üzerinde dahi söz sahibiydi.⁷⁶ Nitekim *dictator*'un otoritesi herhangi bir otoriteye danışmadan herhangi bir kişiye ceza vermeyi de kapsamaktaydı. Üstelik vermiş olduğu cezalar kesindi. Dolayısıyla bu kararlar için herhangi bir itiraz ya da temyiz mercii bulunmamaktadır.⁷⁷ Öte yandan *dictator*'un ka-

74 Türkoğlu, s. 270-271.

75 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 184-188.

76 Okandan, s. 39.

77 Machiavelli, s. 133.

zai yetkisi sadece olağanüstü durumun gerçekleştiği bölge için geçerli değildi.⁷⁸ Keza *dictator* savaş alanı dışında, hatta Roma kenti sınırları içinde de idam cezası verebilirdi.⁷⁹

Dictator kazai yetkisinin sonucu olarak vatandaşları bir mahkeme kararı olmaksızın cezalandırabilirdi. Nitekim bu noktada bizzat *dictator*'un kendisi hâkim olarak hareket ederdi.⁸⁰ *Dictator*'lerin yürütme ve yargıya ilişkin yetkileri dışında sınırlı da olsa yasamaya ilişkin yetkileri de bulunmaktaydı.⁸¹ Örneğin *dictator* yasa önerisinde bulunabilirdi. Zira Roma *dictator*'ler kimi zaman yasama faaliyetinde de bulunmuş, hatta önemli anayasal değişiklikler gerçekleştirmişlerdir.⁸² Bu bakımdan *dictator*'lerin kanun çıkarma ve mevcut kanunlarda gerekli gördükleri değişiklikleri yapabilme yetkileri vardı.⁸³

iii. Sınırlı Bir İktidar Olarak Diktatörlük

Olağanüstü bir *magistra* olan *dictator* olağan *magistra*'lara nazaran daha geniş yetkilere sahiptir. Ancak bu *dictator*'un yetkilerinin sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Bu anlamda *dictator* maddi anlamda bir kral ya da seçilmiş bir tiran değildir. Öyle ki *dictator* birçok hukuki, siyasi ve fiili sınırlamaya tabidir. Bu sınırlardan ilki *dictator*'un yetki alanına ilişkindir. Nitekim *dictator* belirli bir nedenle göreve getirilmektedir. Ancak yetki alanına ilişkin bu sınırlama daha çok fiili bir sınırlamadır. Zira yukarı detaylı olarak izah edildiği üzere *dictator*'ler özellikle askeri konularda yetki alanlarını sık sık aşmışlardır. Bu noktada ikinci sınırlama ise *dictator*'un görev süresine ilişkin hukuki sınırlamadır. Nitekim *dictator*'ler görevlerini tamamlar tamamlamaz görevden çekilmek zorundadır. Üstelik bu süre her halde altı ayı geçemez.⁸⁴

Dictator'e ilişkin üçüncü sınırlama ise hem siyasi hem de hukuki bir sınırlamadır. Öyle ki olağanüstü hallerde Cumhuriyet'in bekası için görevlendirilen *dictator* devleti güçsüzleştirecek şeyleri yapma yetkisine sahip değildi. Dolayısıyla devletin kurumlarını kaldıramaz ya da değiştiremezdi. Diğer yandan *Senatus*'un ya da halkın otoritelerini ellerinden alamazdı.⁸⁵ *Dictator*'un bir başka hukuki sınırlaması ise devlet hazinesine dairdir. Zira *dictator* askeri se-

78 Muhammed Behçet, *Olağanüstü Hal Uygulaması ve Teorik Temelleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, 2014, s. 16.

79 Akıllıoğlu, s. 67.

80 Türkoğlu, s. 271.

81 Berger, s. 434.

82 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 190-192.

83 Türkoğlu, s. 271.

84 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 185, 189.

85 Machiavelli, s. 133.

ferde devlet hazinesi ancak *Senatus* rızasıyla kullanabilirdi. Bununla birlikte kendisine tahsis edilen ödeneğin harcanmasıyla ilgili *Senatus*'a hesap vermek zorunda değildi. *Dictator*'un son sınırlaması ise kazai yetkisine ilişkindi. Öyle ki *dictator*'un cezalandırma yetkisi ise sadece görevine ilişkin olarak kullanılabilen bir yetkiydi.⁸⁶

b. Geç Dönem Cumhuriyet Devri

Erken dönemdeki *dictator*'luk müessesesi ile geç dönem *dictator*'luk arasında büyük hukuki değişiklikler vardır. Nitekim bu dönemde *dictator*'luk müessesini ihdas eden yasa olan *lex de dictatore creando* yürürlükten kaldırılmamış olsa da M.Ö. 202'den sonra yeni bir *dictator* atanmamıştır. Bu tarihten sonra *dictator* olarak atanan *Sylla* ve *Caesar* ise hukuki yönden erken dönem *dictator*'lerinden oldukça farklı bir dayanağa sahiptir. Öyle ki önceki *dictator*'lerin aksine birer kurucu iktidar gibi devlet kurumlarını yeniden inşa etmeye girişmişlerdir.⁸⁷

Bu *dictator*'lerden Cornelius Sylla *Senatus* tarafından bir süre sınırlaması olmaksızın diktatörlüğe getirilmiştir.⁸⁸ M.Ö.82-79 yılları arasında bu görevi yürüten Sylla askerî bir diktatörlük kurmuş, yapmış olduğu anayasa reformu ile *Tribunus* yetkisiz hale getirilmiş, *Comitia Tributa*'nın yasama yetkisi elinden alınmış, *Censor*'luk kaldırılmış, *Senatus*'a eski *consule* ve *praetor*'ları eyaletlere vali olarak atama yetkisi verilmiş, böylece güçler dengesi büyük ölçüde *Senatus* lehine bozulmuş, bu gelişmeler Roma Cumhuriyeti'nin sonunu getiren en önemli sebeplerden birini oluşturmuştur.⁸⁹

Bu noktada *Caesar*'ın yaratmış olduğu krallık benzeri yeni düzen için askeri diktatörlük benzetmesi yapılabilir. M.Ö.49-44 yılları arası *consule* ve *dictator* olarak tüm yetkileri şahsında toplayan Caesar, hiçbir kontrole tabi olmayan bir otorite elde etmiştir. Beş sene üst üste yürütmüş olduğu *consule*'lik görevi süresince, *Senatus* ile istişare etmeden savaş-barışa karar verme ve tüm *magistratus* tayinlerini doğrudan doğruya tek başına gerçekleştirme gibi yetkileri şahsında toplamıştır. Bununla birlikte Halk Meclisler, *Senatus* ve *magistra*'lar gibi devletin eski müessesesi ve organlarına dokunmamıştır. Ancak gerçekte tüm bu müessesesi ve organlar Caesar'ın şahsi nüfus ve hakimiyeti altında kalmıştır.

86 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 190.

87 Selahattin Eren, "Senatus Consultum Ultimum: Eski Roma'da Olağanüstü Yönetim Kararı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 1128, (Senatus Consultum Ultimum).

88 Alâeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi: Tarih Öncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş*, Kısaltılmış Bası, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1995, s. 190; Okandan, s. 93.

89 Bülent İplikçioğlu, *Hellen ve Roma Tarihinin Anahatları*, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2007, s. 88; Okandan, s. 93-97.

Öyle ki *Tribus* ve *Centuria* Meclisleri artık Caesar'ın otoritesi altındadır. Diğer yandan *Senatus* içinde uzun zamandan beri hâkim olan aristokrasi kökünden yıkılmış ve *Senatus* artık Caesar'ın itimat ettiği kişilerden oluşan bir müessese halini almıştır.⁹⁰

Caesar artık Roma'nın bütün ordularını, *magistra*'larını, eyaletlerin başlarında bulunan Prokonsul (Konsül naibi) ve Propretörlerin (Praetör naibi) tamamını emir ve komuta edebilmektedir. Bütün bu müessese ve organlar tamamen *dictator*'un otoritesi altına girmiş bulunmaktadır. Üstelik tüm bu geniş yetkilerin yanında en yüksek ruhanî şef anlamına gelen *Pontifex Maximus* sıfatını kazanmıştır. Artık Caesar tüm hukuki ve cezai davaların son karar merciidir. Ancak tüm bu yetki ve unvanların rağmen halkın tepkisini çekmek için *Rex* unvanını kullanmamıştır. Hatta *Rex* olarak selamlandığını işittiği zaman hiç tereddüt etmeden isminin kral değil, *Caesar* olduğunu söylemiştir. Ancak gün gelip arzularına galebe çalamayıp kral ilan edilmek istemiş, bu da onun sonunu getirmiştir.⁹¹

Zira Caesar'ın ortadan kalkmasıyla birlikte Cumhuriyet'in kurtulabileceğini düşünen cumhuriyet yanlıları onu M.Ö. 44 yılında ortadan kaldırmışlardır. Lakin beklediklerin aksine bu hareket Cumhuriyet'in kurtarmamış, belki de sonunu getirmiştir. Nitekim bu cinayetin ardından Caesar'ın yeğeni Octavianus, Aemilius Lepidus ve Marcus Antonius ile birlikte İkinci Triumvirlik'i teşkil etmiştir.⁹² Bu tarihten itibaren de diktatörlük zamanla ortadan kalkmış, ancak gerçekte imparatorların hukuki durumu aslında senato tarafından kaydı hayat şartıyla seçilen fevkalade yetkili bir diktatör olmaktan ibaret kalmıştır.⁹³

B. Roma ve İstisnai Hal

1. Genel Olarak

Geç Cumhuriyet Dönemi'nde *dictator*'luk müessesesi, hem hukuki hem siyasi olarak büyük bir değişime uğramıştır. Nitekim *provocatio*⁹⁴ ve *tribunus plebis intercessio*⁹⁵ suna karşı imtiyazlarını kaybetmiş, böylece pratikte consule ile arasında bir fark kalmamıştır. Diğer yandan *dictator*'lüğü ihdas eden yasa olan

90 Okandan, s. 114-123.

91 Okandan, s. 123-127.

92 Yalçınkaya, Ağaogulları, s. 41.

93 İlber Ortaylı, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008, s. 33.

94 *Provocatio*, halkın üst düzey *magistra*'lar tarafından verilen ölüm cezalarına karşı halk meclisleri nezdinde temyiz yoluna başvurma imkânı tanıyan bir hakktır. Böylece halk meclisleri *magistra*'nın vermiş olduğu ölüm cezasını kaldırabilirlerdi. Bkz. Berger, s. 660.

95 *Intercessio* hakkı ile *Tribunus Plebis pleb*'lerin menfaatlerine ait yasaları veto edebilirlerdi. Bkz. Berger, s. 743.

lex de dictatore creando yürürlükte olmasına rağmen M.Ö. 202 yılından sonra dictator atanması yoluna gidilmemiştir. Bu tarihten sonra atanan Sylla ve Caesar gibi *dictator*'ler ise hukuki açıdan olağanüstü *magistra*'dan çok kurucu egemen ile örtüşmekteydi. Öyle ki bu devlet adamları Roma Cumhuriyeti'nin birçok kurumunu baştan aşağı değiştirmişti.⁹⁶

Cumhuriyet erken döneminde görülen *dictator*'ler ortadan kalkmıştı, ancak devlet için olağanüstü zamanlar devam etmekteydi. Dolayısıyla devletin bekasına yönelik tehditlere karşı yeni hukuki araçlara ihtiyaç duyulmaktaydı. Böylece Geç Cumhuriyet Dönemi'nde olağanüstü hallerde *senatus consultum ultimum*, *tumultus* ve *iustitium* gibi tedbirlere başvurulmaya başlanmıştı. Bu bakımdan Cumhuriyet'in sonlarına doğru tek bir olağanüstü hal tedbiri söz konusu değildir.

Öyle ki Latince'de de modern manada istisnai halini karşılayan genel bir kavram zaten bulunmamaktadır. Bununla birlikte yasaların geçici olarak askıya alınmasına imkân tanıyan farklı hukuki çareler vardır. Bu hukuki çarelerden en çok öne çıkanı ise *tumultus* ve *iustitium* ilanıdır. Üstelik bu iki önlem birbirini dışlamamakta, aksine sıklıkla bir arada uygulanmaktadır. Hatta *tumultus* ilan edildiği her durumda *iustitium* da ilan edilmektedir. Ancak bu durumun tersi söz konusu değildir. Zira *iustitium* ilan edilen her durumda *tumultus* ilan edilmemiştir.⁹⁷ Diğer yandan M.Ö. II. yüzyıldan sonra *Senatus* tarafından *senatus consultum ultimum* ilan edilmek suretiyle, devletin bekasını tehdit eden tehlikeleri bertaraf etmek üzere üst düzey *magistra*'lar görevlendirilmeye başlanmıştır.⁹⁸ Bu kapsamda çalışmamızın bu kısmında olağanüstü durumlarda *dictator*'luk sonrası başvuru hukuki çareler olarak bu üç müessesenin üzerinde durulacaktır.

2. Senatus Consultum Ultimum, Tumultus ve Iustitium'a Genel Bir Bakış

a. Tumultus

Roma'da olağanüstü durumlarda Cumhuriyet'in son dönemlerinde başvuru hukuki çarelerden bir tanesi de *tumultus*'dur. Sözlük karşılığı olarak ayaklanma, karışıklık ve düzensizlik gibi anlamlara gelmektedir. Terimsel olarak ise savaş hali dışındaki silahlı tehditler için söz konusu olan olağanüstü hal tedbiridir. Bu noktada doktrinde askerlik çağına gelen tüm vatandaşları silah altına alınmasına neden olması bakımından modern manada askeri seferberlik benzetmesi yapılmaktadır.⁹⁹

96 Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1127-1128.

97 Golden, s. 42-43.

98 Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s.1128.

99 Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1129-1132.

Tumultus coğrafi açıdansa Roma kentine yakın açık ve mevcut bir tehlikeyi temsil etmektedir. Bu tehditler Caesar'ın Galya fethine kadar özellikle Roma'nın kuzeyinden gelmektedir. Bu manada *Italicus* ve *Gallicus*, *tumultus*'un en yaygın iki türü olarak öne çıkmaktadır. Ancak bu tabii ki İtalya dışındaki Roma topraklarında *tumultus* ilan edilmediği anlamına gelmemektedir. Örneğin M.Ö. 361'de bir *dictator* "*belli Gallici causa*" ile atamış ve bu diktatör *iustitium* ilan etmiştir. Ardında da askerlik çağına gelmiş tüm erkekleri silah altına alma çağırısında bulunmuştur. Bu tip *tumultus* durumlarında resmi kıyafetlerde askeri kıyafete geçilir ve tüm kamu işlerinin askıya alınmaktadır. Bu işleyiş bir *tumultus*'un temel unsurları ve standart çalışma prosedürü hakkında bizlere fikir vermektedir.¹⁰⁰

Ayrıca tarihten de anlaşılacağı üzere *tumultus* Roma için yeni bir müessese değildir. Nitekim Cumhuriyet'in erken döneminde *Senatus*'un *tumultus* ilanı birlikte bir de *dictator* atanmasını istediği sıklıkla görülmektedir. Dolayısıyla erken dönemde *dictator* ve *tumultus* birbirini dışlayan değil, bir arada başvurulan olağanüstü tedbirlerdir. Geç Cumhuriyet Dönemi'ne geldiğinde ise *tumultus* artık sadece isyan ve ayaklanma gibi iç karışıklıklar için kullanılan bir tedbir olarak öne çıkmaktadır. Bu dönem için devlete yönelik tehditlerin büyük kısmının, yabancı halklardan ya da kölelerden değil, bizzat Roma vatandaşlarından kaynaklandığı düşünüldüğünde bu değişim anlamlıdır. Söz konusu değişim sayesinde *tumultus*, *senatus consultum ultimum* bir olağanüstü tedbir olarak devreye girdiğinde dahi ilave bir çare olarak kullanılmaya devam edebilmiştir.¹⁰¹

b. *Iustitium*

Roma'dan günümüze olağanüstü hale ilişkin bir tedbir olarak miras kalan bir diğer kurum da *iustitium*'dur.¹⁰² Öyle ki bir *tumultus* durumunda, *Senatus*'un bir *senatus consultum ultimum* kararı alarak *iustitium* ilan ettiği ve yargılama dahil tüm devlet faaliyetlerini askıya aldığı sıklıkla görülmektedir. Üstelik bu tip durumlarda çoğu kez bir de *dictator* atanarak *imperium* yekisi ile devletin bu tehlikeden kurtarılması beklenirdi.¹⁰³ Dolayısıyla Cumhuriyet döneminde ortaya çıkan bir kurum olan *iustitium*, hem *dictator*luk ve *tumultus* müesseseleri ile hem de aşağıda detaylı olarak değineceğimiz *senatus consultum ultimum* ile ilişkili bir müessesedir. Bu bakımdan liberal hukuk devletinin olağanüstü hâl refleksini iyi analiz edebilmek için bu ilişkiyi hukuki zemine oturt-

100 Golden, s. 43-46.

101 Golden, s. 43-46.

102 Şenel, s. 191.

103 Saygılı, Küçük, s. 262.

mak gerekmektedir. Bu kapsamda *dictator*'luk ve *tumultus*'tan sonra *iustitium* kurumunun da hukuki çerçevesini çizmek lüzumludur. Ancak bunun için önce söz konusu müessesenin kavramsal ve etimolojik kökeni açığa çıkarılacaktır.

Nitekim *iustitium* etimolojik olarak “*ius*” yasa kelimesi ve “*stat*” durmak fiilinin birleşerek oluştuğu düşünülmektedir. Böylece *iustitium* yalnızca adli idarenin değil, tüm hukuk düzeninin askıya alınmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla *iustitium* ilanı ile hukuk düzeni içinde bir hukuki boşluk yaratılmaktadır. Tüm bu süreç ise şöyle gerçekleşmektedir. *Senatus* Cumhuriyet rejimine yönelik bir *tumultus* yani savaş ve ayaklanma gibi büyük bir tehdit vuku bulması durumunda *senatus consultum ultimum* kararı alarak genellikle bir *consule*'den, lüzumlu hallerde ise *Pretor* ve *Pleb* tribünlerinden, en uç durumlarda ise yurttaşların tümünden devletin bekası için gerekli olan her tür önlemi almasını talep etmektedir. Bu bakımdan *iustitium*, *dictator*'luk müessesinin aksine, kamusal erkin tek bir kişi tarafından kullanılmasını ifade etmez. Zira *iustitium* halinde kamusal erkin tek elde toplandığı geçici bir yönetim biçimi oluşturulmamaktadır. Öyle ki *iustitium* ilanı ile gerekirse her bir yurttaş -olağan hukuk düzeni ile bağdaşmayacak biçimde- olağan dışı bir *imperium* ile donatılmaktadır.¹⁰⁴

Böylece *iustitium* ile birlikte kamu işleri tamamen durmakta, savaşla ilgili olmayan tüm hükümet faaliyetleri ise engellenmekteydi. Bu kapsamda *Senatus* başta olmak üzere tüm kamu kurumlarının toplantıları askıya alınır, özel hukuka dair işlemle yasaklanır, yargısal faaliyetler durur, açık oturumlar durdurulur ve askerlik çağına gelen herkes silah altına alınır.¹⁰⁵ Üstelik *iustitium* ilanı ile birlikte, tehlikeyi bertaraf etmek için kullanılan cebir sonucu meydana gelen ölüm ve yaralama hallerinden hukuken sorumlu olunmazdı. Dolayısıyla hukukun askıya alınmasıyla birlikte, bu tip fiiller artık hukukun konusunu oluşturmazdı.¹⁰⁶

Bu noktada Agamben; Nissen'in 1887'de kaleme aldığı *Das Iustitium: Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte (Iustitium: Roma Hukuk Tarihine İlişkin Bir İnceleme)* adlı monografisinden yola çıkarak, *iustitium* bir adli tatil olarak anlaşılması gerektiğinin altını çizmektedir. Nitekim Agamben'e göre *iustitium* bir olağanüstü hal tedbiridir. Olağanüstü hallerde hukuk en temel görevi ise kamu esenliğini sağlamaktır. Bu mümkün olmadığında ise hukuk devre dışı bırakılmaktadır. Öyle ki devletin bekası için zararlı hale geldiğinde hukuku ihlal etmektense devre dışı bırakmak evladdır. İşte *iustitium* tam da bu noktada devreye girmekte ve böylece olağanüstü hallerde hukuk artık devre

104 Agamben, İstisna Hali, s. 53-54.

105 Golden, s. 87.

106 Saygılı, Küçük, s. 262.

dışı kalmaktadır. Tüm sürece sebep olan olağanüstü halin tespiti ise *tumultus* ilanı ile gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan *tumultus iustitium*'un ilan edilmesinin yani hukukun askıya alınmasının asıl nedenidir.¹⁰⁷

Dolayısıyla *iustitium* ilan etmek için bir *tumultus*'a ihtiyaç vardır. Ancak *tumultus* için bir *iustitium*'a ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte Cumhuriyet'in sonlarına doğru nadir de olsa *tumultus* ilan edilmeden *iustitium* ilan edildiği görülmektedir.¹⁰⁸ İmparatorluk dönemine gelindiğinde ise *iustitium*'un cumhuriyet dönemindeki anlamını artık yitirmiştir. Keza bu dönemde *iustitium*, imparator ya da imparatorun ailesinden birinin ölümü üzerine devlet organlarının faaliyetlerine bir süre ara verilmesine neden olan kamusal yas diyebileceğimiz bir kuruma dönüşmüştür.¹⁰⁹ Ancak bu dönemde de *tumultus* ile *iustitium* arasındaki bağ korunmuştur. Lakin *tumultus* artık hükümdarın ölümüyle örtüşmekte, *iustitium* ise cenaze töreniyle bütünleşmektedir. Öyleyse İmparatorluk döneminin getirdiği anayasal yenilik, istisna halini ve yasadışı hükümdarın kişiliği ile birleştirmektir. Zira bu dönem için imparator yaşayan yasa olarak görülmekte, bu yüzden ölümü ile birlikte yasadışı bir alan oluşmaktadır. Böylece de *iustitium* artık bir kamusal yas halini almıştır.¹¹⁰

c. Senatus Consultum Ultimum

M. Ö. 2. yüzyıla kadar devlet bekasına yönelik tehditleri bertaraf etmek amacıyla öngörülen asıl kurum *dictator*'luktur. Cumhuriyet'in sonlarına doğru ise *dictator*'luk müessesesi yerini başka kurumlara bırakmaya başlamıştır. Bu yeni tedbirlerden biri de *senatus consultum ultimum*'dur. Keza *senatus consultum ultimum* ilanı ile önceki dönemde *dictator*'e tanınan olağanüstü yetkiler -başta *consules* olmak üzere- üst düzey *magistra*'lar arasında paylaştırılmaktadır. Dolayısıyla *Senatus* tarafından görevlendirilen bu *magistra*'lar ile erken dönem *dictator*'leri anayasal statüleri bakımından benzerdir. Bu kapsamda *senatus consultum ultimum* ilanı sonucu ortaya çıkan bu yeni olağanüstü yönetim biçimi, hukukî olarak *dictator*'luk müessesesinden farklı bir dayanağa sahip olsa da aslında *dictator*'luk kurumunun devamı niteliğindedir.¹¹¹

Olağanüstünün hukuka boyutundaki tüm bu değişim her şeyden önce politik bir değişiklikti. Zira *senatus consultum ultimum* ifadesinin mucidi *dictator Caesar*'dir. Öyle ki başlangıçta *senatus consultum ultimum* ilanı ile *Res Publica*'yı savunma yetkisi, devletin baş magistrası olan *consule*'ye verilme-

107 Agamben, İstisna Hali, s. 58.

108 Golden, s. 89.

109 Saygılı, Küçük, s. 263.

110 Agamben, İstisna Hali., s. 83-84.

111 Eren, Senatus Consultum Ultimum, s. 1127-1129.

teydi. Başkanlık görevi yapan bu *consule* evvela *Senatus*'a devletin yakın tehlike altında olduğun bilgisini verirdi. Bunun üzerine *Senatus* da *consule*'ye devletin zarar görmemesi için gerekli gördüğü tüm tedbirleri almasını tavsiye ederdi. Dolayısıyla başlangıçta devletin herhangi bir zarar görmemesi için gerekli görülen tüm önlemleri alma yetkisi bu *consule* tarafından tek başına kullanılmaktaydı. Diğer *magistra*'ların ve hatta *Pleb Tribünleri*'nin bu sürece dahil olması ise sonradan gerçekleşmiştir.¹¹² Görünen o ki uzun bir süre halk üzerinde bir baskı aygıtı olarak kullanılan *dictator*'luk kurumuna karşı halk nezdinde oluşan tepkiden ötürü yeni bir olağanüstü yönetim biçimine ihtiyaç duyulmuştur. Böylece olağanüstü hallerde tek adamın yönetimine geçmek yerine, olağanüstü yetkilerin paylaşılması yoluna gidilmiştir.¹¹³

Ancak *senatus consultum ultimum* aslında Roma'nın alevler içinde olduğu ve genel güvenlik hakkında hiç umut yok iken, son çare olarak başvuru olan yöntemdir. Bu da *Senatus*'un nihai kararının, gerçek bir olağanüstü hal ilan etme yöntemi olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Zira *tumultus* ve *iusstitium* halinde olağan hukukun askıya alınmakta ya da en azından olağan yasal prosedür veya ayrıcalıklara artık saygı gösterilmemektedir. *Senatus consultum ultimum* ise böyle bir hukuki çare değildir. Bu durum *Senatus*'un bu nihai kararının aslında bir tavsiye niteliğinde olduğuna işaret etmektedir.¹¹⁴ Diğer yandan *Senatus consultum ultimum*'un bir olağanüstü hal tedbiri olduğunu savunan görüşe göre *Senatus*'un bu nihai kararı zamanla bir Anayasal teamül haline gelmiştir. Böylece devletin varlığına tehdit oluşturan vatandaşların bir yargı kararı olmaksızın öldürülmesi hukuka uygun hale getirilmiş, bu eylemi gerçekleştiren kişilerin cezai sorumlulukları ise kaldırılmıştır.¹¹⁵

Bu noktada *senatus consultum ultimum*'un olağanüstü hal tedbiri olmadığını savunan görüşe göre ise *Senatus*'un cezai sorumlulukları kaldıran nihai kararı *magistra*'lara aslında hukuki değil, siyasi teminat sağlamaktadır. Nitekim bu karar ile *magistra*'lara olağan düzenin sunabileceğinden daha fazla güç verilememektedir. Bu yüzden de görevlerini yerine getirmek için yasal olmayan yöntemlere başvurmaları durumunda özel bir koruma sağlanamamaktadır. Temel olarak *Senatus* bu nihai karar ile sadece acil bir durumun varlığına işaret etmektedir. Bu bakımdan *senatus consultum ultimum* *Senatus*'un otoritenin ifadesinden ziyade, hâkimiyet gücünü doğrulamaktadır. Nitekim burada *consule* *Senatus*'tan olağanüstü halin varlığını tespit etmesini talep etmekte,

112 Golden, s. 103-106.

113 Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1129.

114 Golden, s. 106.

115 Eren, *Senatus Consultum Ultimum*, s. 1140.

Senatus ise *consule*'ye tehdide karşı koyma konusunda her türlü tedbiri alabileceğini bildirmektedir. Nihai kararın muğlak ifadeleri *magistra*'lara oldukça geniş bir takdir yetkisi verildiğini göstermektedir.¹¹⁶

Netice olarak Roma Cumhuriyeti'nin sonlarına doğru *dictator*'luk müessesesindeki büyük değişimin olağanüstü hal tedbirleri üzerindeki yansımaları da büyük olduğu görülmektedir. Öyle ki bu dönemde *tumultus* müessesesi de bu değişimden nasibini almış ve tıpkı *dictator*'luk gibi varlığını korumakla birlikte başkalaşıma uğramıştır. Bununla birlikte Roma'nın varlığı için tehditler sona ermemiştir. Bu bakımdan bu iki müessenin yanına *iustitium* ve *senatus consultum ultimum* gibi yeni olağanüstü hal tedbirleri eklenmiştir. Ancak bu olağanüstü hal tedbirleri de değişiminden nasibini almış ve İmparatorluk dönemi ile birlikte çok farklı anlamlarda kullanılmaya başlanmıştır.

C. Dictator: Tiran, Despot ve Hukuk Sarmalında Olağanüstü Bir Magistra

Roma Cumhuriyeti'nin bekasına yönelik bir tehdit söz konusu olduğunda yönetim şeklinin mutlaklaştığı görülmektedir. Siyasi rejimdeki bu hukuki değişiklik ise olağanüstü hal tedbirleri vasıtasıyla gerçekleştirilmekteydi. Zira Cumhuriyet'in erken dönemlerinde bu tip durumlarda bir *dictator* vasıtasıyla -geçici de olsa- krallık benzeri bir düzene geçiş yapılmaktaydı. Dolayısıyla *dictator* elindeki *imperium* ile kamusal erkin tek sahibi olsa da varlığı bir *tumultus* vasıtasıyla olağanüstü halin tespit edilmesine bağlıdır.

Cumhuriyet'in sonlarına doğru olağanüstü dönemlerde *dictator*'luk yerine farklı hukuki araçlar tercih edilmeye başlanmıştır. Keza bu dönemde *dictator*'ler evvela sadece belirli prosedürleri yerine getirmekle görevlendirilen *magistra*'lar haline gelmiştir. Bu noktada *Sylla* ve *Caesar* gibi rejimi baştan aşağı değiştiren devlet adamları ise bir *dictator*'den çok daha ötesidir. Bu kapsamda Schmitt'in diktatör tipleri konusunda yapmış olduğu ayırma değerlendirmeye yarar vardır. Keza bu değişim Schmitt'in diktatörlük tipleri üzerinden ayırım üzerinden daha kolay anlaşılacaktır.

Roma Cumhuriyeti'nin erken döneminde *dictator* belli bir amaç ve süreyle sınırlı olarak görevini icra ederdi. Bu tip *dictator*'ler yasayla sınırlı olmaları bakımından Schmitt'in komiseryal diktatör tanımlamasına girmektedir.¹¹⁷ Keza Schmitt'e göre komiseryal diktatör belirli bir amacı yerine getirmekle görevli olması bakımından gerçek egemen değildir. Ancak kimi zaman olağanüstü koşullar olağanüstü tedbirleri gerektirmektedir. İşte böyle durumlarda dikta-

116 Golden, s. 148-149.

117 Sanford Levinson, Jack M. Balkin, "Constitutional Dictatorship: Its Dangers and its Design", *Minnesota Law Review*, Cilt 94, Sayı 6, 2010, s. 1798.

törlük sırasında yasalar artık sessiz kalmaktadır. Zira olağan yasalar bu tip olağanüstü durumlar için yetersiz kalmaktadır. Bu anlamda *dictator* mevcut otoriteyi geçersiz kılan mutlak bir güç olarak doğmaktadır. Böylece Cumhuriyet'ten Sezarizm'e geçilecek ve *dictator* devletin tüm anayasal örgütü üzerinde sınırsız güçle donatılmış bir komutan olarak yükselecektir. Cumhuriyet'in son döneminde görülen bu tip diktatörler ise -kurucu egemene benzemesi bakımından-Schmitt'in egemen diktatör tanımlaması ile uyumludur.¹¹⁸

Bu noktada çalışmamız açısından asıl öne çıkan müessese olan *dictator'luk* kurumunun, Roma'nın biçimsel olmayan anayasasına uygun hukuki bir araç olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Bu manada *dictator* asla bir tiran değildir. Nitekim tiranın ne olduğu, adaletin ne olduğu ölçütüyle tanımlanmaktadır. Tiran; zalim ve sahip olduğu iktidarı kötüye kullanan, otoritesini zor yolu ile tesis eden, yasayı ihlal eden bir hükümdar tipidir. İktidarın hakkaniyetli kullanımı ise halkın iradesine dayanmaktadır. Bu noktada yasanın uygulayıcısı aslında yasanın hizmetkarıdır. Yasanın ruhu değil, bedeni yani aracı olarak görev yapar.¹¹⁹

Diğer yandan *dictator* bir despot da değildir. Öyle ki aslında hükümet etmek demek, nihayetinde pozitif yasayı dikte etmek demektir. Dolayısıyla tüm hükümetler bu anlamda birer despottur. Bu noktada demokrasi ile despotizm arasındaki anayasal fark ise despotizmin güçler ayrılığını askıya almasında belirginleşmektedir.¹²⁰ *Dictator* görev yaparken devletin diğer organları ortadan kalkmamakta, ancak faaliyetleri askıya alınmaktadır. Bu bakımdan *dictator'luk* anayasal bir tedbir olarak, olağanüstü şartlarda yürütmenin daha etkin kullanılması için başvurulmuş olağanüstü, istisnai ve geçici bir hukuki çaredir.

Öyle ki *dictator'luk* atanması, seçilmesi, görev süresi, yetki ve görev alanı belirli olağanüstü bir *magistra*lıktır. Devlet rejimindeki bu geçici dönüşümü sağlayan ise *Senatus*'un devletin olağandışı bir durum içinde olduğunu tespit eden kararıdır. Ancak bu dönüşüm bir karara bağlı olarak gerçekleşiyor olsa, *Senatus*'un bu kararı hayata dair değil hukuka dair bir karardır. Belki *Senatus*'un temel gücü *auctoritas*'dır, lakin bu karar *Senatus*'un otoritesine değil, Roma üzerindeki hakimiyetine ilişkin bir karardır. Üstelik *Senatus*'a bu imkânı tanıyan Roma hukuk düzeninin bizzat kendisidir. Bu bakımdan *dictator* bir *consule* tarafından atanıyor olsa da meşruiyetini *Senatus*'un kararından almaktadır. Böylece *dictator'luk* müessesesi bir karar vasıtasıyla -tıpkı kararın kendisi gibi- hukukun dışında olsa da hukuka içkin hale gelmektedir.

118 Schmitt'in diktatörler açısından yaptığı ayırım için bkz. Schmitt, *Dictatorship*, s. 87-96.

119 Schmitt, *Dictatorship*, s. 15.

120 Schmitt, *Dictatorship*, s. 92.

III. Liberal Hukuk Devletin Öteki Yüzü: Olağanın Alter Egosu Olarak Olağanüstü Hal

A. Liberal Hukuk Devleti, Diktatörlük ve İstisna Hali

Diktatörlük Antik kökenlere sahip bir müessesedir. Bununla birlikte ortaya çıktığı Latin Konfederasyonu'nundan Roma Cumhuriyeti'nin sonuna dek birçok kez değişikliğe uğramıştır. Lakin ortaya çıktığı coğrafya dışında adı daima despot ve keyfi yönetim biçimleri ile birlikte anılmıştır. Oysa Roma Erken Cumhuriyeti'nin bir kurumu olarak diktatörlük; olağanüstü hallerde, özellikle de anayasal garantilerin geçici olarak askıya alındığı dönemlerde ortaya çıkan istisnai ve geçici bir yönetim biçimidir. Erken Cumhuriyet Dönemi'nde diktatörler kamusal erki tek başına kullanmaktadır; ancak seçimleri, atanmaları, görev süreleri, yetki alanları yasal sınırlamalara tabidir.

Ancak Aydınlanma Çağı ile birlikte diktatörlük artık yasama, yürütme ve yargının tek elde toplandığı geç bir yönetim biçimi olarak değil, keyfi bir yönetim sistemi olarak görülmeye başlanmıştır. Diktatörler tiranlarla özdeşleştirilir olmuş, bu noktada diktatörlük despot yönetimleri karşılayan bir kavram haline gelmiştir. Fransız devrimi ile birlikte de diktatörlük artık Roma Cumhuriyeti'nin erken dönemindeki anlamını tamamen yitirmiştir. Bu dönüşümde özgürlük, halkın egemenliği gibi kavramların yaygınlaşmasının etkisi büyüktür. Böylece diktatörlük artık erken dönem anlamıyla değil, Cumhuriyet'in son dönemlerindeki karşılığı ile anılır olmuştur. Bundan böyle diktatörlük anayasal bir müesses olarak değil, Caesar'ın diktatörlüğü ile özdeşleşen ve bir askeri darbe sonucu yönetime el koyan anayasa dışı düzen olarak anlaşılacaktır.¹²¹

Öte yandan köklü bir anayasal kurum olan diktatörlük müessesesi, Caesar ile yozlaşan bu kavramsal başkalaşıma rağmen, aslında Machiavelli ve Rousseau gibi düşünürlerin de katkısı ile modern devlet altında anayasal bağlamını korumaya devam etmiştir. Zira her iki düşünür de diktatörlüğün sınırlı bir yönetim biçimi olarak ele almıştır.¹²² Ancak 20. yüzyılın ilk çeyreğinde ortaya çıkan faşist yönetimler Fransız devrimi ile oluşan bu anlam kırılmasını pekiştirmiş ve diktatörlük artık tamamen despotizm ile aynı anlamda kullanılan bir kavrama dönüşmüştür.¹²³ Artık demokratik prensiplerden yoksun liberalizmin esaslarına dayanmayan her istisnai durum, çoğunluğun onayını almadan gerçekleştirilen her iktidar uygulaması diktatörlük olarak adlandırılmaya başlan-

121 Eren, Roma Diktatörlüğü, s. 168.

122 Rousseau, s. 119-122; Machiavelli, s. 133-135.

123 Celalettin Güngör, *Politicus ve Salisbury John'un Siyaset Kuramı*, Barış Kitap, Ankara, 2015, s. 90

mıştır.¹²⁴

Öyle ki Birinci Dünya Savaşı sonrası parlamenter demokrasinin yaşadığı kriz neticesinde ortaya çıkan totaliter devletlerin tamamı birer diktatörlük olarak anılacaktır. Nitekim doktrinde aslında birbirleri ile örtüşmeyen Hitler, Mussolini, Franco ve Stalin'in önderliği altındaki rejimlerin tamamı için diktatörlük benzetmesi yapılmaktadır. Bununla birlikte bu rejimlerin hiçbiri teknik manada diktatörlük değildir. Örneğin Mussolini kral tarafından yasal olarak göreve getirilen bir hükümet başkanıdır. Hitler ise Reich'in meşru cumhurbaşkanı tarafından göreve atanmış Reich şansölyesidir. Üstelik her iki rejim içinde yürürlükte olan bir anayasa söz konusudur. Zira Mussolini İtalya'da Alberto, Hitler ise Almanya'da Reich Anayasası ile iktidara gelmiştir. Üstelik her ikisi de iktidarları süresince bu anayasaları ne yürürlükten kaldırmış ne de askıya almıştır.¹²⁵

Bu noktada anayasal diktatörlük ile faşist rejimleri birbirinden ayıran önemli farklar ortaya çıkmaktadır. Keza Roma bağlamında anayasal diktatörlükler istisnai bir durumda olağanüstü hale sebep olan tehdidi ortadan kaldırmak üzere ortaya çıkarlar, dolayısıyla meşruiyetlerini istisnai durumdan alırlar. Ancak diktatörler yasal sınırlamalara tabidir. Bu kapsamda bu iki rejimi birbirinden ayıran en önemli fark ise anayasal diktatörlüğün geçici olması ve istisnai halin ortadan kalkmasıyla birlikte kendi kendini yok etmesidir. Nitekim varlığının tek nedeni ciddi bir krizdir. Amacı ise bu krizi sonlandırmaktır. Kriz sonlandığında ise meşruiyetini yitirir.¹²⁶

Faşist yönetimler ise istisnai durumlarda ortaya çıkmakla birlikte mevcut krizi sonlandırmayı hedeflemezler. Varlıklarını bu krize borçludur ve bu sebeple kriz ayakta tutulduğu sürece hayatta kalabilirler. Bu bakımdan faşist yönetimler altında totaliter yönetimin meşruiyetini sürdürecekteki tehditlerin farklı araçlarla gündemde tutulması gerekir. Dolayısıyla faşist rejim ya da nazi rejimi için diktatörlük benzetmesi yapılması teknik olarak hatalıdır. Keza her iki rejim de demokrasi/diktatörlük karşıtlığı üzerinden değil, olağanüstü hal üzerinden değerlendirilmelidir. Öyle ki her iki rejim de mevcut istisnai halden yararlanarak, anayasanın yanına hukuki açıdan resmiyete kavuşturulmamış yeni bir yapı yerleştirmiştir.¹²⁷

Yaratılan bu hukuk dışı alan ile faşist yönetimler anayasal sınırlamalara tabi olmayan bir hareket alanı elde eder. Bu kapsamda hukuku askıya almaya

124 Behçet, s. 13.

125 Agamben, *İstisna Hali*, s. 60-61.

126 Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948, s. 8.

127 Agamben, *İstisna Hali*, s. 60-61.

dahi ihtiyaç duymazlar. Oysa diktatörlük rejimi ile hukukun askıya alınması eş zamanlı olarak gerçekleşir. Bu bakımdan Liberal Hukuk Devleti'nin içinden çıkan bu yapıyı diktatörlük bağlamı kadar istisnai hal paradigması üzerinden de değerlendirmek gerekir. Nitekim liberal hukuk devletlerinin tamamında istisnai hale ilişkin çeşitli önlemler anayasal ve yasal düzeyde yer almaktadır.¹²⁸

Bu devletlerden olağanüstü hal tedbirlerine anayasalarında yer verenler, genel olarak istisnai durumlarda yürütme organına kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermektedir. Bu kapsamda yürütme organının kararları olağanüstü hal kapsamında kanun gücü kazanmaktadır. Bununla birlikte bu yöntem hukuk devletinin, kanun devletine dönüşmesi riskini taşımaktadır. Bu konuda bir başka uygulama da istisnai hallerde olağan yasalarla, ancak özel ve geçici nitelikte yetkiler vesilesiyle, yürütme organının yetki alanının genişletilmesidir. Ancak yürütme organı bu süreç boyunca parlamento tarafından denetlenmektedir. Böylece gerektiği durumlar bu yetkiler genişletebileceği gibi, ihtiyacın sona ermesiyle birlikte ortadan kaldırılabılır. Bu sistemin taşıdığı risk ise 9/11 sonrası süreçte görüldüğü üzere, terörle mücadele kanunları ile genişletilen yetkilerin geri alınmaması, böylelikle olağanüstü halin olağanlaştırılmasıdır. Bu hususta son model ise olağanüstü hallerin bir zaruret hali olarak değerlendirilerek, yürütme organının oluşun tehdidi bertaraf edebilmek adına hukukun dışına çıkabileceğini savunan modeldir.¹²⁹

Netice olarak liberal hukuk devleti altında olağanüstü hallerle mücadelede ortak bir hukuki çerçeve henüz oluşturulmamıştır. Diğer yandan terör saldırıları, salgın hastalıklar gibi küresel çaptaki tehditler karşısında liberal hukuk devleti yetersiz kalmaktadır. Öte yandan bu tehditler 20. yüzyılın kötü tecrübeleri nedeniyle temel haklar, çekirdek haklar gibi argümanlarla liberal hukuk devletinin olağanüstü hal pratiği sınırlanmaya çalışılmaktadır. Ancak liberal hukuk devletinin 20. yüzyılın sonları ve 21. yüzyılın başlarında ortaya çıkan tehditlerle mücadele yetersiz kaldığını göstermektedir. Bu kapsamda üniter yürütme teorisi gibi yeni paradigmalara ortaya koyularak, liberal hukuk devletinin böylesine büyük tehlikeler ile mücadelesinde daha kararlı ve hızlı hareket etmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu tip teorilerin taşıdığı risk ise devletin oluşun tehdit ile mücadelesinde daha büyük bir tehdit haline dönüşebilme riskidir.

Bu noktada anayasal diktatörlük olarak tanımlanan yeni tip hükümet etme biçimi ise kısaca; belirli kişi veya kurumlara, yasal kontrollere tabi olmaksızın bağlayıcı kuralları koyma ve bu kuralları uygulama yetkisi veren bir yönetim şekli olarak tanımlanabilir. Anayasal diktatörlükler bu yetkiye göre devletin

128 Bayra, s. 158-165.

129 Behçet, s. 35-37.

tüm erkine sahip olarak hareket ederler. Ancak bu kişi veya kurumlar, aslında önceden belirlenmiş çeşitli usulü ve maddi sınırlamalara tabidir. Üstelik kontrolsüz yetki verilmesi halinde bu hükümet sistemi demokrasilerde dahi ortaya çıkabilmektedir. Bu bağlamda anayasal diktatörlük ile olağanüstü hal politikası arasında önemli ve açık bir ilişki olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim tarihte de diktatörlük yakıştırmaları yapılan her hükümet sistemi bir tür kriz veya acil durum nedeniyle ortaya çıkmıştır. Dahası, diktatörlük başlangıçta acil durum nedeniyle gerekçelendirilse bile, istisnai hal sona erdikten sonra da devam edebilmektedir. Böylece olağanüstü bir hükümet sistemi olan diktatörlük olağanlaşmaktadır. Öte yandan henüz gerçekleşmemiş olsa bile, acil durum korkusu nedeniyle diktatörlük yetkilerinin elde edilmesi mümkündür. Bu iki olası senaryoya göre, hem olasılıkların hem de mevcut tehlikelerin büyütülmesi teşvik edilmektedir. Bu nedenle, anayasal diktatörlükleri ele alan her çalışma, olağanüstü halleri ve hükümetlerin bu tip acil durumlara tepkilerini bir arada incelemelidir.¹³⁰ Bu bakımdan çalışmanın sonraki kısmında diktatörlüğün 21. yüzyılda liberal hukuk devleti altındaki dönüşümü, ABD özelinde olağanüstü hal ve diktatörlük bağlamı üzerinden incelenecektir.

B. Atlantik'in Öte Yakasında Olağanüstü Hal ve Diktatörlük

1. Üniter Yürütme Teorisi

Liberal hukuk devletinin olağanüstü hallerle mücadele yöntemleri çeşitlidir. Bununla birlikte 21. yüzyılda bu yöntemlerin, bir olağanüstü hal tedbiri olmaktan çıkıp, yönetim paradigmasına dönüştüğü görülmektedir. Bu hususun en belirgin örneği ise Atlantik'in ötesinde gerçekleşmiştir. Zira 9/11 terör saldırıları bu dönüşüm için bir mihenk taşı vazifesi görmüştür. Nitekim bu tarihten sonra ortaya çıkan yeni yönetim paradigması için doktrinde Emperyal Başkanlık Sistemi,¹³¹ Diktatöryel Başkanlık¹³² ve Anayasal Diktatörlük¹³³ gibi birçok farklı nitelendirme yapılmıştır. Ancak 19. yüzyılın

¹³⁰ Levinson, Balkin, s. 1805-1809.

¹³¹ 1973 yılında tarihçi Arthur Meier Schlesinger'in "The Imperial Presidency" adlı eseri ile ortaya koyulan üniter yürütme teorisi 9/11 saldırıları sonra tekrar gündeme gelmiştir. Teori için detaylı bilgi bkz. Arthur M. Schlesinger, *The Imperial Presidency*, Tekrar Bası, Mariner Books, New York, 2004.

¹³² William Archibald Dunning 1898 yılında yayınladığı "Essays On The Civil War And Reconstruction" isimli eserinde başkan Lincoln ile birlikte ABD'nin anayasal sisteminde yeni bir ilkenin ortaya çıktığını belirtmektedir. Nitekim Dunning'e göre Başkan Lincoln 12 Nisan ve 4 Temmuz 1861 arasındaki aralıkta karşılaştığı krizi bir diktatör gibi yürütmüştür. Detaylı bilgi için bkz. William Archibald Dunning, *Essays On The Civil War and Reconstruction*, The Macmillan Company, 1898, s. 20-21.

¹³³ Carl J. Friedrich 1941 yılında kaleme aldığı "Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America" adlı eserinde, her modern anayasanın aslında geçici acil durumlara ilişkin sorunları tanıdığını, bunun için de modern anayasalarda sıkıyönetimden

sonlarında ve 20. yüzyılın üçüncü çeyreğinde ortaya atılmış olan bu teorileri yeniden gündeme taşıyan ise “*The Unitary Executive: Presidential Power from Washington to Bush*” isimli eserlerinde ortaya koydukları “Üniter Yürütme Teorisi” vesilesiyle Steven. G. Calabresi ve Christopher S. Yoo olmuştur.¹³⁴

Öyle ki 9/11’in ardından Başkan Yardımcısı Dick Cheney’in de desteklemesiyle Profesör John Yoo tarafından ortaya koyulan bu marjinal teoriye göre başkanlar, olağanüstü hallerde bir diktatör gibi konumlandırılmaktadır. Teori hukuken ABD Anayasası’nın 2. maddesine dayandırılmaktadır.¹³⁵ Nitekim bu maddede yürütme yetkisinin Amerika Birleşik Devletleri Başkanı tarafından tek başına kullanılacağı ifade edilmektedir. Lakin Başkan Bush bu maddeye dayanarak sadece yürütmeye ilişkin yetkilerinin genişletilmesini talep etmekle yetinmemiştir. Bununla birlikte ABD’nin güvenliğini sağlayabilmek adına kullanılacağı güç için minimum yasal sınırlama ve adli gözetim talep etmiştir. Bu noktada Anayasa’nın 2. maddesinin 2. bölümüne göre sadece yürütmenin başı değil aynı zamanda ABD’nin başkomutanı da olduğunu belirtmiştir.¹³⁶ Bu gelişmeler ABD Anayasası’nın güçler ayrılığı ilkesini, yani yasama-yürütme-yargı arasında oluşturulan dengeyi ihlal edildiğini göstermektedir.¹³⁷

Bu noktada üniter yürütme teorisinin başkanlığın gücüyle değil, sadece yürütmenin birlikteliği ile alakalı olduğunu belirten görüşler zayıf, güçlü ve çok güçlü olarak üçe ayrılmaktadır. Zayıf teoriye göre ABD Başkan yürütmenin başı olarak hiyerarşik olarak en tepededir. Bu bakımdan yürütme organı içindeki memurları atama, yönetme ve görevden almaya yetkilidir. Bu yaklaşım özellikle Reagan’ın başkanlığı döneminde olduğu gibi, başkanın karşılaştığı bürokratik direnişleri alt edebilmesi bakımından anlamlıdır. Ancak başkan sadece bürokrasinin değil, aslında bağımsız kurumların da üzerinde konumlanmaktadır. Keza güçlü teoriye göre yapısal olarak yürütme organı içinde yer alan bağımsız kurumlar Başkan’ın kontrolüne tabidir. Çok güçlü teori ise; Anayasa’nın ikinci maddesi uyarınca yürütme erkinin sadece Başkan tarafın-

kuşatma haline birçok farklı tedbirin yer aldığını belirtmektedir. Bu noktada da devlet içindeki güçlerin geçici olarak yoğunlaştırıldığı yöntemlerin tamamı için Anayasal Diktatörlük benzetmesi yapılmaktadır. Detaylı için bkz. Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Little, Brown and Company, Boston, 1941, s. 236.

134 Steven. G. Calabresi; Christopher S. Yoo, *The Unitary Executive: Presidential Power from Washington to Bush*, Yale University Press, New Haven, 2008.

135 “Yürütme yetkisi, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı’na verilecektir.” Anayasa’nın Türkçeleştirilmiş tam metni için bkz. <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, (30.04.2020).

136 Bkz. <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, (30.04.2020).

137 Douglas H. Ginsburg; Steven Menashi, “Nondelegation and the Unitary Executive”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 251-254.

dan kullanılabilceğini, dolayısıyla Kongre'nin,¹³⁸ Başkan dışında hiçbir organ, kurum ya da kişiye yürütme gücü tahsis edecek bir yasayı çıkarmaya yetkili olmadığını belirtmektedir. Bu bakımdan zayıf teoriye Kongre sadece Başkan'ın yürütme organını kontrol etme yetkisi üzerinde kısıtlamalar getiremezken, güçlü teoriye göre Kongre'nin yürütme organının sınırını belirlemeye ilişkin yetkileri sınırlandırılmaktadır.¹³⁹

Bu manada üniter yürütme teorisi esasında başkanın gücünün kapsamı ile ilgili değil, yürütmeye ayrılan yetkilerin kim tarafından kullanılacağına ilişkin bir teoridir. Keza teori 1980'lerde sadece devletin tek bir kişi tarafından yönetildiğini ve bu tek kişinin nihai politika yapıcı olduğunu, bu sebeple yürütme organı altındaki tüm kişi, kurum ve kuruluşların ona bağlı olması gerektiğini savunmaktadır. Lakin 9/11 sonrası teori ek bir anlam daha kazanarak, başkanın olağanüstü durumlarda yasadan ayrılabilceğini ifade etmeye başlamıştır. Böylece artık yürütme gücünün kapsamının ne olduğundan ziyade, yürütmenin ayrıcalığının sınırı ve bu ayrıcalığın kontrolünün nasıl yapılacağı sorunu önem kazanmıştır.¹⁴⁰

Bu gelişmeler esasen 9/11 sonrasında, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. bölümüne göre Başkan'ın sadece yürütmenin başı değil, aynı zamanda orduların da başı olduğunun vurgulanması ile gündeme gelmiştir. Zira George W. Bush terörle savaşımı bu maddeye dayandırmaktadır. Bunun ardından Bush, ABD Anayasası'nın 2. maddesinin 3. bölümündeki "*Başkan ... olağanüstü hallerde ... yasaların sadakat ile uygulanmasını gözetecek...*"¹⁴¹ şeklindeki ibareye atıfla, Başkan'ın olağanüstü hallerde Anayasa'nın verdiği yetkiye dayanarak Anayasa'ya aykırı mevzuatı göz ardı edebileceği iddia etmiştir. Buna karşılık doktrinde bu maddenin Başkan'dan, Anayasa da dahil olmak üzere tüm yasaların sadakatle yerine getirilmesine özen göstermesinin istendiği savunulmuştur. Bush yönetimi ise birincil görevinin ulusun korunmasına özen göstermek olduğu konusunda ısrarcı olmuştur. Böylelikle üniter yürütme teorisi Bush'un başkanlığı altında üniter başkanlığın süper güçlü teorisine dönüşmüştür. Zira üniter yürütme teorisine göre Beyaz Saray sadece bürokrasiyi kontrol etmektedir. Bush önderliğinde ortaya koyulan teoride ise, Beyaz Saray bükrasinin yerini almaktadır. Başkan; Beyaz Saray'ın dışında gerçekleşen politika oluşturma süreçlerini kontrol etmek yerine, bizzat bu alanlarda kendi politikasını oluşturmak istemektedir.¹⁴²

138 ABD'nin çift meclisli yasama organı.

139 Mark Tushnet, "A Political Perspective on the Theory of the Unitary Executive", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 313-330.

140 Harrison, s. 374-375.

141 Bkz. <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf> (30.04.2020).

142 Tushnet, s. 323-326.

Böylece George W. Bush'un Terörle Mücadele kapsamında, ulusal güvenlik politikalarını takip ederken, gerekirse yasaları ve antlaşmaları ihlal edip edemeyeceği sorusu gündeme gelmiştir. Bu kapsamda üniter yürütme teorisi ulusal güvenlik alanı için kullanışlı bir model haline getirilmiştir. Öyle ki George W. Bush, Kongre veya mahkemeler tarafından sınırlandırılmayan geniş başkanlık yetkilerine sahip olmak için birçok kez bu teoriye dayanmıştır. Bu konuda en çarpıcı örnek ise 2005 yılında gerçekleşmiştir. Bu tarihte Kongre tarafından tutuklulara işkence yapılmasını yasaklamak için çıkarılan yasa Başkan Bush'un önüne geldiğinde, Başkan imza beyanını¹⁴³ bir yasa kısıtlama aracı olarak kullanmış ve yasağın bağlayıcılığını reddetmiştir. Zira imza beyanında üniter yürütme teorisine dayanarak; Başkan'ın yürütme organının başı olduğunu, dolayısıyla söz konusu yasağın sadece Başkanı'nın anayasal yetkisine, Başkomutan olmasına ve yargı gücüne ilişkin anayasal sınırlamalara uygun bir şekilde yerine getirilebileceğini not düşmüştür. Bu konuda diğer bir önemli örnek ise işkence yasağına ilişkindir. Öyle ki Başkan George W. Bush ve hukuk danışmanları tarafından oluşturulan "işkence muhtırası"¹⁴⁴ Başkan'ın; askeri mahkemeler oluşturma, tutukluları sorgulama, işkence için diğer ülkelere gönderme ve olağanüstü muhakeme politikasını benimseme konusunda doğal bir güce sahip olduğu belirtilmiştir. Böylece başkanın otoritesinin kaynağını hukuk yerine, başkanlığın doğası gibi belirsiz bir ifadeye dayandırılmıştır.¹⁴⁵

Bush'un hukuki müşavirleri tarafından, Başkan'ın mahkumlara işkence izni vermek de dahil olmak üzere terörle savaş bağlamında yapmak istediği her şeyi yapabileceği, takdirinin yasalarla sınırlı olmadığı ve bu bakımdan mahkemeler tarafından gözden geçirilemeyeceği iddia edilmiştir.¹⁴⁶ Böylelikle olağanüstü hallerde başkanlık yetkileri üniter yürütme teorisine dayandırılarak, bu yetkilerin başkanın yürütme yetkisinin doğasında bulunduğu savunulmuştur. Ancak bu iddialar aslında üniter yürütme teorisinin anlamını oldukça aşmaktadır.

143 ABD'de Başkanlar imza beyanında genellikle imzaladıkları yasalar ile ilgili görüşlerini yazarlar. Bu görüşler aslında yasayı yürütmekle görevli olan memurlar için yasayı Başkan'ın tercih ettiği yorum ile uygulamasına imkân tanıyan talimatlardır. Diğer yandan Başkanlar nadir de olsa, imza beyanını bazı yasal hükümleri uygulamayı reddetmek için de kullanmaktadır. Nitekim yasaların belirli hükümlerinin anayasaya aykırı olduğuna inandıklarında, bu anayasaya aykırı sonuçlardan kaçınacaklarını belirtmek için imza beyanına başvurmuşlardır. Bkz. Julian G. Ku, "Unitary Executive Theory and Exclusive Presidential Powers", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 618.

144 "İşkence muhtırası"nın tam metni için bkz. <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.09.pdf>, (30.04.2020).

145 Louis Fisher, "The Unitary Executive and Inherent Executive Power", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 588-589.

146 Richard J. Jr. Pierce, "Saving the Unitary Executive Theory from Those Who Would Distort and Abuse It: A Review of the Unitary Executive by Steven G. Calabresi and Christopher S. Yoo", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 594.

Zira burada yürütmenin tek elden yürütüleceğinden ziyade, Başkan'ın Kongre tarafından sınırlandırılması mümkün olmayan bir anayasal güce sahip olduğu ifade edilmektedir. Yürütme gücünün doğası ifadesi Kongre'nin açık yasağına, yani bir yasaya rağmen başkanın eyleme geçebileceği anlamına gelmektedir. Üstelik başkan bunu Anayasa'ya değil, Anayasa altındaki doğal yürütme yetkilerine dayanarak gerçekleştirecektir. Bu anlamda Başkan'ın münhasır yetkisi Kongre tarafından geçersiz kılınamayacak mutlak bir yetkidir. Bu iddialar ABD Anayasası'nın kuvvetler ayrılığı sisteminin dengesinde ciddi tehlikeler oluşturmaktadır.¹⁴⁷ Dolayısıyla üniter yürütme teorisinin anlamına aşmakta ve yeni bir yönetim paradigmasının genel ilkelerini ortaya koymaktadır.

2. Amerikan Anayasal Diktatörlüğü

20. yüzyılda diktatörlük yakıştırması yapılan her hükümet sistemi, mutlaka büyük bir kriz ya da acil durum sonrasında ortaya çıkmıştır. Üstelik bu kriz ve tehditler sadece ulusal güvenlik kaynaklı değildir. Örneğin Nazizm varlığını büyük oranda 1920'lerde Almanya'yı saran ekonomik buhrana borçludur. Bununla birlikte 11 Eylül saldırılarını takip eden yıllarda, odak noktası devletin bekası olsa da domuz gribi salgını ve 2008 ekonomik krizi gibi daha yeni olaylar, acil durumların çeşitli biçimler alabileceğini göstermiştir. Öte yandan 1 Aralık 2019 tarihinde Çin'in Vuhan şehrinde tespit edilen yeni tip bir koronavirüs pandemi halini almış ve 01 Mayıs 2020 tarihinde tespit edilen vaka sayısı 3.307.660'ye ulaşmıştır.¹⁴⁸ Bu noktada liberal hukuk devleti küresel çaptaki tehdit karşısında yetersiz kalmış, çareyi ise olağanüstü tedbirlere başvurmakta aramıştır. Öyle ki birçok liberal hukuk devleti devlet sokağına çıkma yasağı ve karantina tedbirleri başta olmak üzere çeşitli olağanüstü hâl hükümlerine yönelmiştir. Bu kapsamda Macaristan Parlamentosu tarafından kabul edilen olağanüstü hâl yasası ise çalışmamız açısından dikkat çekicidir. Keza bu olağanüstü hâl yasası ile Başbakan Viktor Orban'a herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın, devleti kanun hükmünde kararnameler ile yönetme imkânı verilmiştir. Bu gelişme basında Avrupa Birliği üyesi bir devletin diktatörlük rejimine geçtiği şekilde lanse edilmiştir.¹⁴⁹

Fakat unutulmamalıdır ki, diktatörlük özünde belli bir görevi yerine getirmekle sınırlı ve her halükârda altı ay sürenin geçmesi ile sona eren bir olağanüstü hükümet etme biçimidir. Dolayısıyla Macaristan için yapılan bu değerlendirme hukuken hatalıdır. Bu genel yanılığın nedeni, her iki hükümet

147 Ku, s. 615-622.

148 <https://www.worldometers.info/coronavirus/> (01.05.2020).

149 European Interest, *Hungary is becoming the first dictatorship in the EU*, <https://www.europeaninterest.eu/article/hungary-becoming-first-dictatorship-eu/> (01.05.2020).

etme biçiminin de olağan düzene kıyasla daha mutlak olması ve olağanüstü hâl nedeniyle ortaya çıkmasıdır. Ancak bu tip hükümet etme biçimleri ile Roma Diktatörlüğü'nü birbirinden ayıran asıl unsur bunlar değildir. Nitekim Roma'da da liberal hukuk devletinde de devlet olağanüstü hallerde olağanüstü hükümet etme yöntemleri seçmektedir. Lakin 20 yüzyıldan itibaren diktatörlük olarak nitelendiren rejimlerin tamamı sadece varlıklarını değil, devamlılıklarını da bu tehditlere borçludur.

Bu bakımdan meşruiyetini korkudan alan bu rejimler, kendilerini doğuran korkuyu ayakta tutmayı başardıkça hayatta kalabilmektedir. Schmitt bu durumu “*protego ergo obligo*” (*korkuyorum o halde kendime bağlıyorum*) ilkesinin devletin “*cogito ergo sum*” (*düşünüyorum öyleyse varım*) ilkesine karşılık gelir diye açıklar.¹⁵⁰ Öyleyse söz konusu benzetme sadece hukuki olarak değil, mantıken de hatalıdır. Bu noktada Roma Diktatörlüğü ile 21. yüzyılda ortaya çıkan yeni tip otoriter hükümet etme biçimi arasındaki ayrımı açığa kavuşturmak lüzumludur. Bunun için liberal hukuk devleti altında ortaya çıkan ve doktrinde Anayasal Diktatörlük olarak nitelendirilen bu yeni tip hükümet etme biçiminin hukuki ve siyasi çerçevesini ortaya koyulmalıdır. Bu bağlamda konu, 21. yüzyılda Anayasal Diktatörlük olan tanımlanan bu yeni hükümet etme biçiminin en belirgin örneği teşkil eden ABD özelinde ele alınacaktır.

Anayasal Diktatörlük olarak adlandırılan hükümet etme biçiminin unsurlarını ABD'de bulabileceğimiz en önemli yer ise yürütme organıdır. Öyle ki ABD Anayasa'sının 2. maddesine göre Başkan yürütme organının başı olduğu gibi, silahlı kuvvetlerin de başıdır. Ayrıca aynı maddeye göre Başkan yasaların sadakat ile uygulanmasını gözetecektir. Ancak bunlar aslında bir başkanın anayasal diktatör olabilmesi için yeterli değildir. Zira bunun için başkanın yasal engel ve hesap verebilirlikten de etkin bir şekilde yalıtılması gerekmektedir. Bunun en bariz örnekleri genellikle dış politikayla ilgili olarak savaş, istihbarat ve gizli operasyonlara ilişkin hususlarda gerçekleşmektedir. Lakin yukarıda da ifade edildiği üzere, liberal hukuk devleti bu rejime geçmek için iç alanda da bazı fırsatlar bulmaktadır. Keza ekonomik krizler, salgın hastalıklar, seller, yangınlar ve diğer doğal afetler bu fırsatlara örnek olarak verilebilir.¹⁵¹

Öte yandan ABD'de başkanlık otoritesinin ve kapasitesinin genişletilmesi esasen Anayasa yoluyla değil, yasalar yoluyla gerçekleşmiştir. Bu durum özellikle Başkan'a ulusal güvenliği ve iç bürokrasiyi inşa etmek için önemli yetkiler veren yasalar vasıtasıyla ortaya çıkmıştır. Bu yasalar vasıtasıyla başkan yetkilerini yerine getirirken, yeni kurumlar ve mekanizmalar yaratma imkânı

150 Carl Schmitt (Terc. Ece Göztepe), *Siyasal Kavramı*, 2. Bası, Metis Yayınları, 2012, s. 82.

151 Levinson, Balkin, s. 1810-1815.

kazanmıştır. PATRIOT yasası¹⁵² belki de bunun en güncel ve aynı zamanda en güzel örneğidir. Öyle ki 11 Eylül terör saldırılarının hemen ardından George W. Bush'un olağanüstü yetkiler içeren talebi Kongre tarafından derhal karşılık bulmuştur. Bu kapsamda Kongre aynı zamanda mevcut tehdidi bertaraf etmeye yönelik olarak devlet kurumlarını yeniden organize etmeye girişmiştir. Nitekim istihbarat servislerini birleştirmiş ve yeni bir İç Güvenlik Departmanı oluşturmuştur. Yine de tüm bu istisnai yetkiler mevcut olağanüstü hal nedeniyle çok büyük tepki toplamamıştır. Ancak Bush'un bir süre sonra Kongre'den olağanüstü hal yetkilerini istemek yerine, ihtiyaç duyduğu tüm anayasal ve yasal otoriteye zaten sahip olduğunu iddia etmesi ise bir bakıma onun sonunu getirmiştir.¹⁵³

Bu noktada bu yeni tip hükümet etme biçiminin hukuken bir diktatörlük olarak anılabilmesi için -tıpkı Roma Diktatörlüğü gibi- bazı sınırlara tabi olması gerektiği bir kez daha vurgulanmalıdır. Nitekim olağanüstü yetkilerinin kapsamı çok geniş olsa da tatbikat koşulları katı bir şekilde tanımlanmalıdır. Diğer yandan Anayasal diktatör tıpkı Roma diktatörü gibi kontrol etmediği bir organ tarafından atanmalı, istisnai hale kendisi karar verememeli ve olağanüstü yetkilere sadece belirli bir süre için sahip olmalıdır. Bu bakımdan anayasal diktatörlük sorunu aslında siyasi değil, anayasal bir sorundur. Zira liberal hukuk devletlerine ait anayasalar; bir yandan olağanüstü haller için etkili ve güçlü bir hükümet etme biçimi tespit etmeli, öte yandan olağanüstü yetkiler kazanan bu kişi ya da organının yetkilerini sınırlayarak despotlaşmasını engellemelidir.¹⁵⁴

Bu kapsamda 9/11 sonrası ortaya çıkan hükümet biçimini bir diktatörlük tipi olarak ele almak hukuken hatalı olsa da bu yeni hükümet etme biçimi ile liberal hukuk devletinin olağanüstü hal pratiği aynı şey olmadığı muhakkaktır. Nitekim Anayasal Diktatörlük olarak nitelendirilen hükümet etme biçimi temel olarak, devlet erkenin hukuken tek elde toplanmasını ifade etmektedir. Oysa olağanüstü hal ilanı, var olan istisnai durum nedeniyle gerçekleştirilmek zorunda kalan eylemlere meşru bir zemin kazandırmak için kullanılan hukuki bir yöntemdir. Öte yandan istisnai hallerde liberal hukuk devletleri, bir diktatörün sahip olduğu yetkilerden yararlanmadan da süreci yönetebilmektedir. Bu noktada Anayasal Diktatör ise istisnai hal mevcut olmasa bile diktatörlük yetkilerini kullanmayı talep etmektedir. Bununla birlikte çoğu kez olağanüstü hal politikası ile anayasal diktatörlük teknikleri birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır.

152 *The USA PATRIOT Act: Preserving Life and Liberty (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism)*, <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm> (01.05.2020).

153 Levinson, Balkin, s. 1828-1837.

154 Friedrich, s. 251.

Zira istisnai hal ilanı Başkan'ın anayasal diktatörlük yetkilerini elde etmesi için test edilmiş bir yoldur. Diğer yandan istisnai hal nedeniyle kazanılan bu yetkilerin kaybedilmemesi adına tehdidin sürekli canlı tutulması gerekmektedir. Bu da 21. yüzyılda olağanüstü halin olağanlaşmasının en temel nedenidir.¹⁵⁵

Sonuç Yerine: Olağanüstünün Hukuki Boyutu-Diktatörlük ya/ya da Iustitium

20. yüzyılda gerçekleşen iki büyük savaşın yarattığı çöküntü, tüm dünyada totaliter-otoriter rejimlerin yükselmesine yol açmıştır. Sıcak çatışma ve soğuk savaşın yoğun olarak yaşandığı bu dönemde meydana gelen krizler, daha çok -Westphalia modeline de uygun olarak- devletler arasında yaşanan çıkar çatışmaları nedeniyle gerçekleşmiştir. Fakat liberal hukuk devleti, 17. yüzyıldan itibaren liberalizm ve hukukun üstünlüğü gibi temel ilkelerin ışığında gerçekleştiği ilerlemenin aksi yönünde bir seyir izlemeye başlamıştır. Öyle ki faşizmin ve nazizmin Avrupa'da yükselişi ile birlikte tüm dünyada, doktrinde genel olarak diktatörlük olarak addedilen totaliter-otoriter yönetimler iktidara gelmiştir. Bu yönetimler toplumun ortak yararına yönelik faaliyetlerin alanını genişleterek hayatın her alanında söz sahibi olmuştur.¹⁵⁶

21. yüzyıl ise gerçekleşen terör eylemleri, salgın hastalıklar, ekonomik krizler ve doğal afetler gibi tehditler nedeniyle, bir tür güvenlik çağına dönüşmüştür. Bu noktada ilgi çekici olan husus ise, bu tehditlerin tamamına yakınının devlet dışı unsurlardan kaynaklanmasıdır. Üstelik söz konusu tehditler liberal hukuk devletini aşarak küresel ölçekte krizlere neden olmuştur. Bu tehditler ile olağan hukukun vasıtasıyla mücadele edemeyen liberal hukuk devleti çareyi olağanüstü hukuka başvurmakta bulmuştur. Böylece ardı ardına gelen istisnai hal ilanları ile olağanüstü hukukun olağanlaştırılması yoluna gidilmiştir. Liberal hukuk devletinin yönetim paradigmasında denge güvenlik lehine olacak şekilde kaymış, bu da mutlaklaşma eğilimi göstermesine yol açmıştır.

Bu bağlamda liberal hukuk devletinin son bir asırdır göstermekte olduğu mutlaklaşma eğilimini hukuki bir çerçeveye oturtmak lüzumlu hale gelmiştir. Zira doktrinde bu hususta birbirine zıt görüşler bulunmaktadır. Bunlardan olağanüstü hali diktatörlük müessesesi ile ilişkilendiren görüşe göre istisnai hal hukuk ile irtibatlıdır. Bunun karşısında yer alan görüşeyse olağanüstü hal müessesesi *iustitium* kurumu ile ilişkili olması bakımından hukuka değil, karara bağlıdır. Bu da istisnai halin hukuk ile irtibatını koparıp, onu hayat ile irtibat-

¹⁵⁵ Levinson, Balkin, s. 1848-1851.

¹⁵⁶ Nitekim herhangi bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını siyasi iktidar tarafından belirlenmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Sinan Seçkin, *Özel Hastanelerin Ruhsatlandırılması ve Denetlenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019, s. 34.

landırmaktadır. Bu bakımdan söz konusu ayrımın odak noktası olağanüstünün hukuk ile irtibatlı olup olmadığı sorusundadır. Bununla birlikte iki görüş de aslında aynı noktadan hareket ederek bu ayrıma varmaktadır. Nitekim her iki görüş de yola Roma Cumhuriyeti'nden ve dolayısıyla Roma Hukuku'ndan çıkmaktadır.

İlk görüşün en önemli savunucularından biri olan Carl Schmitt'e göre olağanüstü hallerde kamunun huzuru ve güvenliği için olağan hukuktan sapılabilir. Alman düşünürüne göre savaş ve iç karışıklık durumunda devletin bekası için böyle bir karar almak olağanüstü bir egemenlik hakkıdır. Olağan ve olağanüstü egemenlik hakları arasındaki fark ise egemenin hukuki konumdan kaynaklanmaktadır. Egemen aslında diğer tüm yasal sınırlamalardan üstündür. Bu bakımdan egemenlik sorunu ile olağanüstü haklar sorunu aynı düzlemde yer alır. Zira istisna halini kim yönetirse aslında devleti de o yönetmektedir. Nitekim istisna haline ve bu durumda kullanılacak araçlara karar verecek olan odur.¹⁵⁷ Üstelik Schmitt olağanüstü hal ilanı ile egemeni ilişkilendirmekle yetinmez, olağanüstünün kökenlerini Roma'da arar. Olağanüstü hallerde hukukun hukuk vasıtasıyla askıya alınmasına Roma'daki diktatörlük kurumuna başvurarak meşrulaştırır.

Roma'da olağanüstü hallerde Senato'nun belli bir süreliğine bir diktatör seçerek, kamusal düzen ve güvenliğin sağlamaya çalıştığını, bu bakımdan olağanüstü hallerde hukukun askıya alınmasının hukuken meşru olduğunu belirtir.¹⁵⁸ Bu noktada dikkat çekici olan Schmitt'in egemen ve komiser diktatör ayrımıdır. Egemen diktatör hukukun bizzat yaratıcısı olarak hukukun üstünde kurucu iktidara sahip bir güçtür. Komiser diktatör ise yasa yapamayan, yasayı askıya alamayan ve hatta değiştiremeyen bir yöneticidir. Bu bakımdan komiser diktatör bir tiran ya da mutlak bir yönetim formu değildir. Aksine sadece Cumhuriyet'in anayasal formu çerçevesinde başvuru bir yöntemdir. Hukukun tamamen yok olma tehlikesi ile karşı karşıya geldiği durumlarda hukuku korumanın bir yoludur.¹⁵⁹

Dolayısıyla Schmitt'e göre olağanüstü hallerde hukukun, hukuk dışına çıkılarak korunması hukuka uygundur. Olağanüstü tehditler olağanüstü önlemler gerektirir ve burada -tıpkı Roma Cumhuriyeti'nde olduğu gibi- bu büyük tehdit daha büyük bir tehditlerle durdurulmaktadır. Tıpkı Roma Cumhuriyeti'ndeki diktatörlük müessesesi gibi bu olağanüstü erkler hukuk ile irtibatlıdır. Böylece olağanüstü hallerde kullanılan yöntemler, tıpkı bir olağanüstü bir yönetim

157 Schmitt, Dictatorship, s. 13-14.

158 Schmitt, Dictatorship, s. 4-5.

159 Schmitt'in diktatörler açısından yaptığı ayrım için bkz. Schmitt, Dictatorship, s. 87-96.

biçimi olan diktatörlük gibi hukukla ilişkilendirilir. Ancak Schmitt'in ortaya koyduğu teoride birtakım eksiklikler göze çarpmaktadır.

Öncelikle Schmit'in görüşlerini incelediğimizde, olağanüstü hal için hukuki bir zemin yaratıldığı görülmektedir. Olağanüstü hal ilanı hukukla ilişkilendirilerek, olağanüstü halin olağanlaştırılması mümkün kılınmaktadır. Bu yaklaşım Schmitt için egemenin karar verici konumu ile bir arada düşünüldüğünde, teorinin altında yatan tehlike daha açık ortaya görülecektir. Zira Schmitt için egemen olağanüstü hale karar verendir.¹⁶⁰ Bu egemenin her an, olağanüstü hale karar vererek hukukun dışına çıkabileceğini göstermektedir. Üstelik egemen hukukun dışında ama hukuka içkin konumuyla, hukuku her an askıya alabilme gücüne kadirdir.¹⁶¹ Böylece mevcut hukukun pozitif anlamı ortadan kalkmakta, yürürlükteki hukuk etkisizleştirilmektedir. Dolayısıyla Roma diktatörlüğü için mevcut sınırlamalar Schmitt'in egemeni bağlamında söz konusu olamamaktadır.

Schmitt de bu eksikliğin farkında olacak ki, olağanüstü hal ile Roma diktatörlük müessesesi arasında irtibat kurmakta, ancak bu noktada egemen diktatör-komiseryal diktatör ayrımı yapmaktadır. Bu kapsamda olağanüstü hale ilişkin meseleyi komiseryal diktatörlük bağlamında incelemektedir. Buna göre komiseryal diktatör hukuk askıya alındığında görev alır, ama bu onun hukuku askıya alabileceği anlamına gelmez. Nitekim gücünü başka bir anayasal organdan almaktadır. Bununla birlikte egemen diktatör de mevcut hukuku askıya alamaz. Ancak egemen diktatör yeni bir anayasa olanaklı hale geldiğinde bunu ortaya çıkaran güç olacaktır. Yani egemen diktatör mevcut hukuku askıya alan değil, yeni hukuku yaratandır. Dolayısıyla egemen diktatör hukuken biçimsiz olmakla birlikte siyaseten belirleyicidir. Schmitt yapmış olduğu bu ayrım ile birlikte olağanüstü hukuku kurucu/kurulu iktidar ayrımı üzerinden somutlaştırarak hukuk ile irtibatlandırmıştır.¹⁶²

Öte yandan Roma diktatörü, komiser diktatör ve Schmitt'in egemeni aslında birbirinden oldukça farklı hukuki müesseselerdir. Üstelik komiser diktatör varlığını istisnai hale borçlu olsa da istisnai halin kendisi ile aynı şey değildir. Bu bağlamda komiseryal diktatörlük olağanüstü hal ile değil, olağanüstü hallerde ortaya çıkan istisnai yönetim biçimleri ile örtüşmektedir. Dolayısıyla istisna halini liberal hukuk devleti perspektifinde anlayabilmek için başka bir kuruma daha müracaat etmek gerekmektedir. Bu noktada da karşımıza Agamben çıkmaktadır.

160 Carl Schmitt (Terc. Emre Zeybekoğlu), *Siyasi İlahiyat*, 2. Bası, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s. 13.

161 Agamben, *İstisna Hali*, s. 46-47; Bayra, s. 225.

162 Behçet, s. 13-14.

Nitekim Agamben istisna halini Roma'daki diktatörlük kurumu ile değil, *iustitium* müessesesi ile ilişkilendirmektedir. Zira Agamben'e göre de olağanüstü hâl diktatörlük kurumu ile açıklanamaz. Öyle ki Roma diktatörü belirli bir süre için çok geniş yetkiler içeren kamusal bir erk olan *imperium*'a sahiptir. Ancak nihayetinde konsüller tarafından atanan bir yönetici figürüdür. Oysa *iustitium* ilanı halinde tıpkı istisna halinde olduğu gibi hukuk tamamen askıya alınmaktadır. Böylece mevcut yöneticilerin fiili olarak yararlandıkları olağanüstü yetkiler *imperium*'dan değil, hukukun askıya alınmasından kaynaklanmaktadır. Keza *iustitium* ile birlikte hukuki bir boşluk, bir yasadışı alanı yaratılmaktadır. Dolayısıyla *iustitium* sırasında gerçekleştirilen eylemler, aslında ne bir yasayı yerine getirmekte ne de onu ihlal etmektedir. Bu bakımdan Agamben'e göre istisna halini hukukla irtibatlandırmaya çalışan doktrinlerin tamamı hatalıdır.¹⁶³

Roma'da ise bir *tumultus* tespit edilmesi durumunda *iustitium*'u senato ilan eder. Roma Anayasası'na göre senatonun bu noktadaki özgül işlevini tanımlayan yetki ise ne *imperium* ne de *potestas*'dır. Senato için bu yetki *auctoritas*'tır. Nitekim senato, hukuku bu Anayasal güce dayanarak askıya almaktadır. Dolayısıyla *auctoritas*, *potestas* gibi yürürlükte olan bir güç değildir. Aksine hukuku askıya alan ya da yeniden yürürlüğe sokan bir güçtür. Bu noktada *auctoritas*'ın kamu hukukundaki anlamını açığa çıkarmak için özel hukuk alanındaki anlamına da değinmek gerekir. Özel hukukta *auctoritas* tam ehliyetli (*sui iuris*) olan aile reisine (*pater familias*) özgül bir niteliktir. Bu özgül nitelik sayesinde aile reisi himayesinde olan, ancak hak ehliyetine sahip olmayan kişilerin edimlerini hukuken geçerli kılabilmektedir. Babanın oğlunun evliliğini hukuken meşru kılan gücü, *auctoritas*'ın özel hukuktaki işlevini açıklayan iyi bir örnektir. Öyleyse *auctoritas* hem hukuka meşruluk kazandıran hem de onu askıya alabilen bir güçtür.¹⁶⁴

Üstelik İtalyan düşünürüne göre *auctoritas* aynı zamanda yöneticinin kişiliğine bağlı bir güçtür. Öyle ki Nazi Almanyası'ndaki Führer'in otoritesi de tebaaya zorla dayatılan bir despotun iradesi değildir. Aksine bu sınırsız otorite meşruiyetini Alman halkının biyolojik hayatından almaktadır.¹⁶⁵ İşte *auctoritas* tıpkı bunun gibi hukuk ile yaşamın iç içe geçtiği bir noktada yer alır. Bu biyo-politik niteliği ise hükümdar kararı biçiminde ortaya çıkar. Dolayısıyla hukuka değil, doğrudan yaşamın kendisine gönderme yapar. Böylece istisna halinin tespiti

163 Agamben, İstisna Hali, s. 59-64.

164 Agamben, İstisna Hali, s. 89-95.

165 Giorgio Agamben (Terc. İsmail Türkmen), *Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*, 2. Bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 217.

de hukuka değil, hayata ilişkin bir karar olarak konumlanır. Zira bu durumda normatif bir öge vardır, ancak uygulanmak için yasadışı ögeye ihtiyaç duyar. Tıpkı *potestas*'ın ancak *auctoritas* ile geçerli kılınabileceği gibi. Bu kapsamda istisna hali yasadışılık ile yasa, yaşam ile hukuk, *auctoritas* ile *potestas* arasında belirsiz bir eşikte yer alır. Bu anlamda istisna hali aslında hukuk ile siyasetin birbirine eklemleyen ve hatta bir arada tutan bir düzendir.¹⁶⁶

Netice olarak Agamben'e göre istisna halinin kökeni diktatörlük müessesine değil, *iustitium* kurumuna dayanmaktadır. Bu bakımdan istisna halini diktatörlük ve dolayısıyla hukuk ile ilişkilendiren Schmitzen anlayışı baştan yanlışlamaktadır. Böylece istisnai hali ile hukukun irtibatını koparmayı, dolayısıyla istisna halinin meşru ve hukuki zeminini ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Ancak Agamben'in istisna haline ilişkin yaklaşımında da birtakım eksiklikler bulunmaktadır.

Öncelikle istisna hali her ne kadar *auctoritas* dayandırılarak hukukun dışına çıkarılıp, hayatla irtibatlandırılıyor olsa da *auctoritas* özünde Roma Cumhuriyeti'nin şekli olmayan anayasasının hukuki bir kurumudur. Hatta *auctoritas*'ın bu konumu Schmitt'in egemenin konumuyla örtüşmektedir. Bu perspektiften bakıldığında *auctoritas*, hukukun dışında ama ona içkin bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla Agamben istisna halinin hukuk ile irtibatını keserek, olağanüstü halin olağanlaştırılmasının meşru zeminini ortadan kaldırmayı hedeflese de ortaya koymuş olduğu teori dolaylı da olsa istisna halini hukukla irtibatlandırmaktadır. Nihayetinde *auctoritas* Anayasal bir kurumdur ve bu bakımdan *auctoritas*'ın meşruiyet kazandırdığı eylem ve işlemler hukuka uygundur.

Agamben ve Schmitt'in görüşleri bir arada değerlendirildiğinde diktatörlük istisnai hallerde ortaya çıkan, anayasal düzleme sahip olan, olağanüstü ve geçici bir hükümet etme biçimidir. Bu noktada *iustitium* ise hukukun askıya alınmasına imkân tanıyan olağanüstü hal tedbidir. Bu bakımdan istisna hali, olağanüstü bir *magistra*'lık olan diktatörlükten çok *iustitium* kurumu ile ilişkili bir kavramdır. Bu kapsamda Agamben'in ortaya koyduğu teorem daha tutarlı görünmektedir. Ancak mesele istisna halinin hukukla ile irtibatına gelince bu kez Schmitt'in fikirleri öne çıkmaktadır. Zira istisna hali diktatörlük gibi sınırları ve alanı belirli bir kavram olmasa da *auctoritas* vasıtasıyla hukuk ile irtibatını korumaktadır.

Bununla birlikte istisna halinin hayata dair bir mesele olduğu konusunda bir şüphe yoktur. Lakin bu onun hukukla irtibatlı olmadığı anlamına gelmez.

166 Agamben, İstisna Hali, s. 99-102.

Nitekim istisna hali egemenin kararı vasıtasıyla hukukla irtibatlanmaktadır. Keza bu hak Roma'da Senato'ya, liberal hukuk devletinde ise yasama ya da yürütme organına Anayasa ile verilmiştir.¹⁶⁷ Bu bakımdan istisnai hale karar verme yetkisi anayasal bir düzeleme sahiptir. Bu bağlamda liberal hukuk devletinin olağanüstü hal ilanı ile Roma Senatosu'nun *auctoritas* vasıtası ile *iustitium* ilan etmesi büyük ölçüde benzeşmektedir. Zira her iki durumda da mevcut hukuk düzeni hukuk vasıtasıyla askıya alınmaktadır. Kamu düzeni ve güvenlik için hukuk askıya alınmakta, böylece mevcut hukuk hukukun dışına çıkarak korunmaya çalışılmaktadır.

167 Olağanüstü hal ilan etme yetkisini Cumhurbaşkanı'na veren anayasaya örnek olarak bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md.119 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (01.05.2020) Aynı yetkiyi Federal Meclise veren Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası Madde 80a./1 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%202009-276.pdf>, (01.05.2020).

KAYNAKLAR

- Agamben, Giorgio (Terc. Atakay, Kemal), *İstisna Hali*, 1. Bası Otonom Yay., İstanbul, 2006.
- Agamben, Giorgio (Terc. Türkmen, İsmail), *Kutsal İnsan – Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*, 2. Bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2013.
- Ağaogulları, Mehmet Ali; Akal, Cemal Bali; Köker, Levent, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, İmge, 1994.
- Ağaogulları, Mehmet Ali; Köker, Levent, *İmparatorluktan Tanrı Devletine Siyasal Düşünceler*, İmge, Ankara, 1991.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Temel Hakların Durdurulması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 34, 2017, s. 61-82.
- Aristoteles (Terc. Tunçay, Mete), *Politika*, Remzi Kitapevi, İstanbul, 1993.
- Behçet, Muhammed, *Olağanüstü Hal Uygulaması ve Teorik Temelleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014.
- Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law: New Series*, Cilt 34, Bölüm 2, Transactions of the American Philosophical Society, New York, 1953.
- Berle, Adolf A. (Terc. Muallimoğlu, Nejat), *İktidar*, Yüksel Matbaası, İstanbul, 1980.
- Calabresi, Steven. G.; Yoo, Christopher S., *The Unitary Executive: Presidential Power from Washington to Bush*, Yale University Press, New Haven, 2008.
- Cicero, “On the Commonwealth”, Ed. James E. G. Zetzel, *On the Commonwealth and On the Laws*, Cambridge University Press, 1999.
- Duverger, Maurice (Terc. Tanör, Bülent), *Diktatörlük Üstüne*, Dönem Yayınları, İstanbul, 1965.
- Eren, Selahattin; “Roma Diktatörlüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, s. 167-220.
- Eren, Selahattin; “Senatus Consultum Ultimium: Eski Roma’da Olağanüstü Yönetim Kararı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2018, s. 1125-1145.
- Eryiğit, Abdullah, *Yasa-Üstü İnsan ve Hukuk Karşısında Konumlandırılması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2020.
- Fisher, Louis, “The Unitary Executive and Inherent Executive Power”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 569-592.
- Friedell, Egon, *Antik Yunan’ın Kültür Tarihi – Hıristiyanlık Öncesi Yaşam ve Efsane*, Dost, Ankara, 1999.
- Friedrich, Carl J., *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Little, Brown and Company, Boston, 1941.
- Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man*, The Free Press, New York, 1992.

- Ginsburg, Douglas H.; Menashi, Steven, “Nondelegation and the Unitary Executive,” *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 251-276.
- Golden, Gregory K., *Crisis Management during the Roman Republic: The Role of Political Institutions in Emergencies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013
- Güngör, Celalettin, *Policraticus ve Salisbury'li John'un Siyaset Kuramı*, Barış Kitap, Ankara 2015.
- Harrison, John, “The Unitary Executive and the Scope of Executive Power”, *Yale Law Journal Forum*, Cilt 126, 2016-2017, s. 374-380.
- İplikçioğlu, Bülent, *Hellen ve Roma Tarihinin Anahatları*, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2007.
- Kışlalı, Ahmet Taner, *Siyaset Bilimi*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1987.
- Ku, Julian G., “Unitary Executive Theory and Exclusive Presidential Powers”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 615-622.
- Levinson, Sanford; Balkin, Jack M., “Constitutional Dictatorship: Its Dangers and its Design” *Minnesota Law Review*, Cilt 94, Sayı 6, 2010, s. 1789-1866.
- Machiavelli (Terc. Tolga, Alev), *Titus Livius'un İlk On Kitabı Üzerine Söylevler*, 2. Bası, Say, İstanbul, 2017.
- Moore Jr., Barrington (Terc. Tekeli, Şirin; Şenel, Alaaddin), *Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri - Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soyulunun ve Köylünün Rolü*, V Yayıncılık, Ankara, 1989.
- Okandan, Recai G., *Roma Âmme Hukuku*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1944.
- Poggi, Gianfranco (Terc. Kut, Şule; Toprak, Binnaz), *Çağdaş Devletin Gelişimi - Sosyolojik Bir Yaklaşım*, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1991.
- Ortaylı, İlber, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008.
- Pierce, Richard J. Jr., “Saving the Unitary Executive Theory from Those Who Would Distort and Abuse It: A Review of the Unitary Executive by Steven G. Calabresi and Christopher S. Yoo”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 593-614.
- Popper, Karl (Terc. Tunçay, Mete), *Açık Toplum ve Düşmanları*, Cilt 1: Platon, 2. Bası, Remzi Kitapevi, İstanbul, 1989.
- Rossiter, Clinton L., *Constitutional Dictatorship, Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948.
- Rousseau, J. J. (Terc. Günyol, Vedat), *Toplum Sözleşmesi*, 9. Bası Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012.
- Saygılı, Abdurrahman; Küçük, Eşref, “Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi İustitium Kurumu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2014, s. 259-282.
- Schlesinger, Arthur M., *The Imperial Presidency*, Tekrar Bası, Mariner Books, New York, 2004.

- Schmitt, Carl (Terc. Hoelzl, Michael; Ward, Graham), *Dictatorship, From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*, Polity Press, Cambridge, 2014.
- Schmitt, Carl (Terc. Göztepe, Ece), *Siyasal Kavramı*, 2. Bası, Metis Yayınları, 2012.
- Schmitt, Carl (Terc. Zeybekoğlu, Emre), *Siyasi İlahiyat*, 2. Bası, Dost Kitabevi, Ankara, 2005.
- Seçkin, Sinan, *Özel Hastanelerin Ruhsatlandırılması ve Denetlenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.
- Şenel, Alâeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi – Tarih Öncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş*, Kısaltılmış Bası, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1995.
- Tanilli, Server, *Uygarlık Tarihi*, 23. Bası, Alkım, İstanbul, 2006.
- Tanilli, Server, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, Cilt 5: 19. Yüzyıl: İlerlemenin Çelişmeleri, 3. Bası, Adam Yayınları, İstanbul, 1999.
- Tanilli, Server, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, Cilt 6: 20. Yüzyıl: Yeni Bir Dünyanın Aranışında, 7. Bası, Alkım, İstanbul, 2007.
- Tanilli, Server, *19. Yüzyıl: İlerlemenin Çelişmeleri*, 3. Bası, Adam Yayınları, İstanbul, 1999.
- Tanilli, Server, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası İnsanlık Tarihine Giriş*, Cilt 4: 18. Yüzyıl, 3. Bası, Cem Yayınevi, 1994.
- Tushnet, Mark, “A Political Perspective on the Theory of the Unitary Executive”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Cilt 12, Sayı 2, 2010, s. 313-330.
- Türkoğlu, Gökçe H., “Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2009, s. 251-289
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Yalçınkaya, Ayhan; Ağaoğulları, Mehmet Ali, *Siyasi Düşünceler Tarihi*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2013.
- Weber, Max (Terc. Boyacı, Latif), *Ekonomi ve Toplum*, Cilt 1, Yarı, İstanbul, 2012.
- <https://www.worldometers.info/coronavirus/>
- <https://www.europeaninterest.eu/article/hungary-becoming-first-dictatorship-eu/>
- <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/o8-ALMANYA%202009-276.pdf>

İbn Sina'nın Perspektifinden (İlahi) Yasa ve İktidar*

(Divine) Law and Power from Ibn Sina's Perspective

Nihat BULUT**

ÖZ

Toplumsal yaşamın kurallı, yasalı olduğunu vurgulayan İbn Sina, yasa ve adaletin bir yasa koyucuyu gerektirdiğini ifade eder. Bu, onun varlık teorisinin doğal bir sonucudur. İbn Sina'ya göre bütün sonlu (mümkün) varlıklar, zorunlu varlık olan Tanrı'ya bağlıdır. Sonlu varlıkların ilki ve en önemlisi olan insanın nasıl davranacağını göstermek Tanrı açısından bir gerekliliktir. Bu gereklilik peygamber üzerinden yerine getirilir. İlahi vahiy aracılığı ile peygamber, ahlak, aile ve siyasete ilişkin yasaları koymuştur. İbn Sina'nın kuramında halife, son tahlilde, kendisinin yaratıcısı olmadığı bir yasanın uygulayıcısıdır. Bu özelliğiyle din/yasa karşısındaki konumu ikincildir. Bu tespitten hareketle, İbn Sina'nın, "aslanan dindir/ilahi yasadır, devlet onun fer'idir" görüşünü benimsediği görülür.

Anahtar Kelimeler: Pratik felsefe, siyaset, yasa, pozitif hukuk, iktidar, halife, meşruiyet, direnme hakkı.

ABSTRACT

Emphasizing that social life is regular and lawful, Ibn Sina states that law and justice require a legislator. This is a natural consequence of his theory of existence. According to Ibn Sina, all finite (contingent) beings depend on God, the necessary being. It is a necessity for God to show how to treat to human beings who are the first and most important of finite beings. This requirement is fulfilled by the prophet. Through divine revelation, the prophet established laws on morality, family and politics. In the theory of Ibn Sina, the caliph is, in the final analysis, the practitioner of a law that he is not the creator of. With this feature his position against religion / law is secondary. Based on this determination, it is seen that Ibn Sina adopts the view that "the main thing is religion / law, the state is its subsidiary".

Keywords: Practical philosophy, politics, law, positive law, power, caliph, legitimacy, right to resistance.

* Makale gönderim Tarihi: 04.06.2020. Makale kabul tarihi: 11.06.2020. Nihat Bulut, "İbn Sina'nın Perspektifinden (İlahi) Yasa ve İktidar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 55-72; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.1.09>.

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, nihat.bulut@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7318-0466>.

Giriş

İbn Sina, Abbasi Devletinin gücünün azaldığı ve dolayısıyla siyasal çalkantıların yoğunlaştığı bir dönemde yaşamıştır¹. Aslında, daha miladi 9. yüzyılda halifelik müessesesinin siyasi nüfuzu azalmaya başlamıştı. Bu azalma 10 ve 11. yüzyıllarda artarak devam etti. Halifenin sözde iktidarı, Irak'ın bir kısmıyla sınırlıydı. 945 yılında Büveyhiler'in Bağdat'ı işgal etmeleri durumu büsbütün kötüleştirdi. Büveyhiler'in Bağdat'a hakim oldukları bir asırdan fazla zaman içinde halifeler, onların kuklaları durumuna düşmüşler, bütün siyasi ve askeri otoritelerini kaybetmişlerdir².

Abbasi otoritesinin azalması ve giderek kaybı, kendilerine bağlı yöneticilerin bölgelerinde bağımsızlıklarını ilan etmelerine ve yeni devletlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu devletlere “Muluku-t Tavaif” ya da “Tevaif-i Mülük” denir. İbn Sina'nın yaşadığı dönemdeki siyasal iktidar yapılanmasını çok özlü bir biçimde ifade eden bu kavram, önceleri Endülüs Emevi Devleti'nin yıkılması ile birlikte ortaya çıkan küçük devletleri deyimler bir biçimde kullanılmıştır. Daha sonra kavram, büyük bir devletin yıkılmasının ardından ortaya çıkan irili ufaklı siyasal birimleri ifade eder tarzda genel bir anlam kazanmıştır³.

1 İbn Sina Buhara yakınlarındaki Afşana köyünde doğdu. Babası yine Buhara yakınlarına bulunan Harmaysen'de bir Samani valisiydi. Doğumundan birkaç yıl sonra aile Buhara'ya taşındı. İbn Sina, entelektüel açıdan faal olan başkentte hocalara ve kütüphanelere erişme imkânı buldu ve genç yaşta bilim ve felsefenin pek çok alanında önemli bir birikim sağladı. Fıkıh konusundaki bilgisini tartışmalara katılacak kadar geliştirdiği bilinen İbn Sina, özellikle tıp ve felsefe alanlarında ün kazandı. Mesleki kariyerine on yedi yaşındayken bir hekim olarak, Samani hükümdarı Nuh b. Mansur'un hizmetine, onu tedavi etmek için çağırıldığı zaman başladı. Babasının ölümünden birkaç yıl sonra kendisine idari bir görev verildi. Böylece İbn Sina, nispeten erken bir yaşta, bir hekim ve bir siyasi/idareci olarak kendisini kabul ettirmiş ve Dumas'ın ifadesiyle “bu maharetini, Abbasi otoritesinin parçalanmasının ardından ortaya çıkan çok sayıda ardıl devletin başındaki hükümdarların saraylarında icra imkânı bulmuştur” Bkz. Dimitri Gutas (Terc. Cüneyt Kaya), *İbn Sina'nın Mirası, Klasik Yayınları, İstanbul, 2004, s. 6*. İbn Sina, Samani Devleti'nin yıkılması (1005) ile birlikte Buhara'yı terk edip Gürgenç'e gitmiş, orada mahalli emir Ali b. Memun'un hizmetine girmiş ve Biruni dahil, birkaç alimle birlikte onun sarayında bulunmuştur. Gazneli Mahmut'un alimleri kendi sarayına istemesi üzerine buradan ayrılan İbn Sina önce Cürcan'a, oradan da Büveyhilerin hakim olduğu Rey'e gitmiştir. Rey'den Hamedan'a giden İbn Sina'nın, burada hekimliğin yanında vezirliğe kadar yükselmiştir. Ancak adı bir komploya karıştırılmış ve kısa bir süre hapis yatmak zorunda kalmıştır. Hamedan'da ayrınp İsfahan'a gittiğinde Kakuyiler hükümdarı Alaüddeve onu vezirliğe getirmiştir. Burada geçirmiş olduğu huzurlu dönemin eserlerine zenginlik kattığı kabul edilir. Fakat Gazneli Sultan Mesud'un İsfahan'ı almasından sonra evi ve kütüphanesinin yağmalanması filozofu etkilemiştir. Bu sırada sağlığı bozulmuş ve 1037 yılında Hamedan'da ölmüştür. İbn Sina'nın hayatı için bkz. Nihat Keklik, “Türk-İslam Filozofu İbn Sina: Hayatı ve Eserleri”, “Türk-İslam Filozofu İbn Sina: Hayatı ve Eserleri”, *Felsefe Arkivi, Sayı 22-23, İstanbul, 1981, s. 2 vd.*; Ömer Mahir Alper, *İbn Sina, İSAM Yayınları, İstanbul, 2010, s. 13 vd.*; Gutas, s. 6 vd.

2 Hakkı Dursun Yıldız, “Abbasiler”, *TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 1, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988, s. 35*.

3 Mehmet Özdemir, “Muluku-t Tavaif”, *TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 31, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2006, s. 553*.

Tanımdan hareketle, Abbasilerin parçalanması sonucu ortaya çıkan bu siyasal yapıların Ortaçağ Avrupasından tanıdığımız şehir devletlerini hatırlattığı düşünülebilir. Ortaylı, iki nedenden ötürü böyle bir sonuca varmanın doğru olamayacağına işaret etmektedir. Birincisi, Ortadoğu ve Orta Asya’da küçük bir arazide asker beslemenin imkânsızlığı, ikincisi ise zirai toprakların işlenmesi için gerekli altyapı (sulama için gerekli arklar, küçük barajlar...) faaliyetlerinin küçük devletler tarafından başarılamayacağı gerçeğidir⁴. Dolayısıyla İslam dünyasındaki bu gelişmenin siyasal arenaya güçlü devletleri de kattığını ifade etmek gerekir.

Kuşkusuz siyasetin almış olduğu bu yeni biçim, halifeyi sadece teorik değil pratik açıdan da iktidarın zirvesine yerleştiren klasik anlayış ve uygulama bakımından pek çok tartışmayı beraberinde getiriyordu. Her şeyden önce, varlığını bir şekilde devam ettiren Abbasi Halifeliği ile onun zayıflamasından doğan yeni siyasal birimler arasındaki ilişkinin siyasi ve hukuki boyutunun yeniden tanımlanması gerekiyordu. Bu bağlamda özellikle hilafet merkezi dışındaki siyasal iktidar yapılarının meşruiyeti çok önemli bir mesele olarak ele alınmalıydı. Gerçekten 11. yüzyılın başlarında İslam dünyasında siyasi hukuk, yani kamu hukuku önemli bir dönemecin eşliğindeydi.

İbn Sina’nın, hem felsefi birikimi hem de siyasi ve idari deneyimi dolayısıyla zamanının bu temel siyasi-hukuki sorunlarının farkına varamadığını söylemek çok zordur. Muhtemelen bu meseleleri de içeren görüşlerini, yazmayı vadettiği eserine bırakmıştı⁵. İbn Sina, vadettiği eseri kaleme alamadan öldü. Bugün onun siyaset ve hukuka ilişkin görüşlerini büyük ölçüde eş-Şifa adlı kitabın İlahiyat (Metafizik) bölümünün sonunda işaret ettiği hususlardan öğreniyoruz.

Bu çalışma İbn Sina’nın pratik felsefe ve ameli ilimler içinde gördüğü siyaset ve bunun içinde ya da yanında ele alınması gereken yasa anlayışını ele almayı hedeflemişti. Ama konunun içine girildiğinde görüldü ki İbn Sina’da yasa, siyasetle birlikte ahlak ve aile idaresinin temel ilkelerini belirleyen kapsamlı bir kavramdır. Dolayısıyla çalışmanın amaçları arasına, yasa ile uygulama (yönetim/iktidar) arasındaki bağın tespiti ve İbn Sina’da karşımıza çok genel bir kavram olarak çıkan yasanın (pozitif) hukukla ilişkisi de dahil oldu.

4 İlber Ortaylı, *Türklerin Tarihi*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2016, s. 42-43.

5 Alper, s. 106.

I. Siyaset ve Hukukun Zemini Olarak Pratik Felsefe

İbn Sina, Kindi ile başlayan felsefe ekolu içinde Farabi ile İbn Rüşd arasında yer alır. Önceki İslam filozofları gibi, temelde Platon ve Aristoteles'in sistemine bağlı sayılsa ve bilhassa Farabi'ye çok şey borçlu olduğu kabul edilse bile, sisteminin tutarlılığı bakımından Farabi'yi aştığı kabul edilir. Başta kelim ilmi olmak üzere, İslam toplumunun entelektüel ilgilerini sistemine dahil etmeyi başarmasının, onu İslam medeniyetindeki felsefi faaliyet bakımından benzersiz kıldığı söylenebilir⁶.

İbn Sina felsefeyi, insanın eşyanın hakikatine vakıf olmak suretiyle yetkinleşmesi olarak tanımlar. Amaç, insanın bilme kapasitesi çerçevesinde, öncelikle gerçek ve zorunlu varlık olan Tanrı'nın, sonra da diğer varlıkların, bir bütün olarak ifade etmek gerekirse "var olanların" hakikatinin bilgisine erişmektir⁷.

Hakikat araştırmasına konu olan bu varlıklar iki kısımda ele alınır. İlk kısımda Tanrı, akıl ve doğal nesnelere gibi bizim dilememiz ve fiillerimizle oluşmayan gayri maddi varlıklar yer alır. İkinci kısımda ise, insanın dilemesi ve eylemleriyle meydana gelen şeyler bulunur. Bunlar, fiillerimiz ve fiillerimizin sonuçlarıdır. İbn Sina, birinci kısımda yer alan şeylerin bilgisini teorik (nazari) felsefe, ikinci kısımdakilerin bilgisini ise pratik (ameli) felsefe diye adlandırır⁸. Teorik felsefe doğru ve kesin bir görüş (re'y) elde etme amacına yönelir. Pratik felsefenin gayesi ise neticede bir fiile yol açacak olan ya da bir fiilde kendisini gösterecek olan doğru bir görüşe ulaşmaktır⁹. Teorik felsefe yalnızca bilmek suretiyle nefsi yetkinleştirirken, pratik felsefe buna yapmayı da ilave eder ve böylece insanı ahlaki erdemler konusunda olgunlaştırır¹⁰. Bir bütün olarak bakıldığında felsefenin, insanı doğru bilgi ve doğru davranışı öğretmek suretiyle mükemmelleştirmeyi amaçladığı görülür.

İnsanı doğru bilgi ve doğru davranışa götüren felsefe, yukarıda da vurgulandığı gibi, biri teorik diğeri de pratik ilimler olmak üzere iki ana kısma ikiye ayrılan genel bir terimdir. Bütün bilimler felsefenin altında yer alır. Felsefenin teorik kısmına dahil ilimler, varlıkların doğasındaki farklılaşmadan hareketle üçe ayrılır; doğa bilimi, matematik ve metafizik. Pratik ilimler ise insani varlık durumunun farklılaşmasından doğar. Bunlar dünya ve ahiret

6 Cüneyt Kaya, "Peygamberin Yasa Koyuculuğu": İbn Sina'nın Ameli Felsefe Tasavvuruna Bir Giriş Denemesi", *Divan Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2009, s. 58.

7 İbn Sina (Terc. Ömer Türker), *Kitabu's-Şifa: Mantığa Giriş*, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 5 (Kitabu's-Şifa: Mantığa Giriş); Alper, s. 49.

8 İbn Sina, *Kitabu's-Şifa: Mantığa Giriş*, s. 5.

9 Kaya, s. 71.

10 Alper, s. 49.

hayatında mutlu olabilmesi için insana özgü durumların nasıl olması gerektiğini araştıran *ahlak*; insanın eşi, çocuğu ve hizmetçisi/kölesi ile birlikte yaşadığı evini, mutluluğu kazanmasını mümkün kılacak düzenli bir şekilde nasıl idare edeceğini gösteren *aile (ev)* ve şehir düzeyindeki toplumların yönetimini ifade eden *siyaset* olarak karşımıza çıkar¹¹.

Genel olarak İbn Sina'nın felsefe ve bilime dair tasniflerinde hukuk ayrı bir alan olarak ele alınmaz¹². Ancak Mantıku'l-meşrikiyyin adlı eserinde ameli hikmetin (pratik felsefe) üçlü tasnifine ilavede bulunduğu ve bunların yanında yasa koyucu sanatın (es-sınâ'tü'ş-şâri'a) da müstakil bir mesele olarak değerlendirilmesi gerektiğine inandığı ifade edilmektedir¹³. İbn Sina'nın burada ortaya koyduğu yaklaşıma göre, aile (ev) yönetimi ve şehir yönetimi müstakil birer ilim olarak ele alınsa bile, ev ve şehir için kanun koyma işinin ayrı olması uygun değildir. Bu itibarla her iki ortaklık, yani ev ve şehir için uyulması gereken şeyleri kanun olarak koyan kimsenin, tek bir sanata sahip tek bir kişi olması daha doğrudur ki bu kişi de peygamberdir¹⁴. Kaya, İbn Sina'nın "Metafizik", "Aksam" ve "*el-Hikmetü'l-meşrikiyye*" adlı eserlerinin ilgili bölümlerini değerlendirerek, filozofun ortaya ameli felsefenin yeni bir alt dalını çıkardığını ifade etmektedir: *Yasa koyucu sanat ya da Peygamberin yasa koyuculuğu*. Yasa koyucu sanat, ahlak, ev yönetimi ve siyaset ile filozofun (din de dahil olmak üzere) metafizik öğretisi arasında bir köprü vazifesi görmekte, peygamberin şahsında bu üç ameli ilmin temel ilkelerini sağlamaktadır¹⁵.

II. Toplumsal Yaşam, Yasa ve İktidar

A. Toplumsal Yaşamın Zorunluluğu

İbn-i Sina da tıpkı Platon, Aristoteles ve Farabi gibi, insanın doğası gereği toplumsal bir varlık olduğunu düşünür. Çünkü insan, zorunlu işlerinde kendisine yardım edecek bir ortak olmadan işlerini yürütemez. Bu konuda yeterli hale gelmesi, hemcinsleriyle dayanışma içinde olmasına bağlıdır:

11 Bkz. Kaya, s. 72; Alper, s. 51-54; Ayşe Sıdika Oktay, "İbn Sina'nın İlim, Felsefe Anlayışı ve Din Felsefe İlişkilerine Yaklaşımı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 15, 2012, s. 288-303.

12 Danişname-i Alai adlı eserde İbn Sina, halk kitlelerini yönetme ilmi olarak tanımladığı siyasetin ikiye ayrıldığı birincisinin kanunların ikincisinin ise siyasetlerin niteliği olduğunu belirtir ve ilkinin asıl ikincisinin ise furuu olduğunu vurgular. Bkz. İbn Sina (Terc. Murat Demirkol), *Danişname-i Alai*, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, İstanbul, 2013, s. 134.

13 Kaya, s. 78; Üçlü tasnife ilaveyi, religious jurisprudence" (fıkıh/dini hukuk) diye isimlendirilenler de vardır. Bkz. Ahmad Bostani, "The Status of Imagination in Avicenna's Political Philosophy", *Journal of Islamic Political Studies*, Cilt 1, Sayı 1, 2019, s. 77.

14 Hasan Ocak, "Siyaset/Toplum Felsefesi/Ahlaki Açısından Kâtip Çelebi'de Ulema ve Ümeranın Yeri", *Mizan-ul Hak İslami İlimler Dergisi*, Sayı 1, 2015, s. 85-86.

15 Kaya, s. 82.

“Birisi diğeri için buğday üretir, öteki beriki için ekmek yapar, birisi diğeri için diker, öteki beriki için iğne üretir. Böylece bir araya geldiklerinde işleri yeterli hale gelir”¹⁶.

Toplumsal yaşamın gerekliliğini bu şekilde açıklayan İbn Sina, insanların ihtiyaçlarını karşılamak için oluşan toplulukları da şehir şartları doğrultusunda kurulup kurulmadıklarına bakarak ayırmaktadır:

“Şehrini şehir şartları doğrultusunda kurmada dirayetli davranmayıp hemcinsleriyle birlikte sadece bir topluluk oluşturmayla yetinen kimseler, insanlara uzaktan benzeyen ve insanların yetkinliklerinden yoksun bir cins oldukları izlenimi verirler. Bununla beraber ... böylelerinin de şehirlere benzemesi gerekir”¹⁷.

Bir topluluk biçimi olarak şehre bir üstünlük verdiği açıkça anlaşılan İbn Sina'nın, ayrıntılarına girmese de Farabi'nin, kendi kendine yetip yetmemek kriterinden hareketle oluşturduğu tam (kamil) toplum eksik (kusurlu) toplum ayrımını benimsediği söylenebilir. Farabi'ye göre kamil toplum, ülke ve kent gibi, içinde erdem ve mutluluğun gerçekleşebileceği toplumları, eksik (kusurlu) toplum ise, köy, mahalle, sokak ve ev gibi içinde insanların mükemmeliyete ve dolayısıyla mutluluğa ulaşmalarının mümkün olmadığı toplumları ifade etmekteydi¹⁸.

Belli ki İbn Sina şehri, gerek değer (erdem) ve gerekse organizasyon anlamında belli bir yetkinlik düzeyini tutturana bir birim olarak görmekte ve bu düzeye ulaşamayan toplulukları ayrı bir yere koymaktadır. Bu topluluklardan yasaya düşman ve muhalif olanlar ilahi yasaya itaate davet edilmelidir. Kabu etmedikleri takdirde onlarla savaş yasa olmalıdır. Ancak bu noktada filozof, şehir olmayan toplulukları da övülmüş bir yasası olanlar ve olmayanlar biçiminde bir ayrıma tabi tutmakta ve bunların aynı kefeye konulmaması gerektiğini söylemektedir¹⁹.

Öyle anlaşılıyor ki filozofun ideal toplumu ilahi yasaya bağlı şehirdir. Burada şehrin modern anlamda olmasa da devleti²⁰ ifade ettiğini vurgulamak

16 İbn Sina (Terc. Ekrem Demirli, Ömer Türker), *Metafizik*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, İstanbul, 2011, s. 373, (Metafizik).

17 İbn Sina, *Metafizik*, s. 373.

18 Mehmet Akad, Bihterin Dinçkol, Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 76-77.

19 İbn Sina, *Metafizik*, s. 387.

20 Modern devlet, Batı'da 16. yüzyılda başlayan ve gelişimini zaman içinde tamamlayarak 17. yüzyılda olgunlaşan kurumsallaşmış bir siyasal iktidar tipidir. Modern devlet, yasanın kaynağını dünyevileştiren ve giderek kendini yasa yaratıcısı olarak gören yeni toplumlarda ortaya çıkmıştır. Bu toplumların ilki, dünyevi alanda yasanın yapıcısı ve uygulayıcısı olarak monar-kı gören toplumlardır ve bu iktidar tipine kral devlet adı verilmektedir. Kişiselleşmiş siyasal

gerekir. Bunun dışındaki topluluklar ilahi yasa adına mücadele edilmesi gereken topluluklardır. Ancak bu mücadelenin yöntemi şehirli olmayıp ama övülmüş yasaya bağlı olanlar bakımından daha yumuşaktır. İbn Sina'nın burada övülmüş yasadaki neyi kastettiği açık değildir. Ancak açık olan bir şey vardır ki, o da hakimiyeti ya da son sözü söyleme hakkını ilahi yasaya bağlı olanlara ait görmesi ve diğer toplulukların bazı bedeller karşılığında müsamaha görebileceklerini vurgulamasıdır²¹. İbn Sina'nın bu konudaki yaklaşımı akla, İslam hukukunda devletle gayrimüslimler arasında yapılan zimmet antlaşmasını getirmektedir.

B. Yasa

1. Yasa Koyucu Olarak Peygamber

Toplumsal yaşam beraberinde yasayı da getirir. Çünkü sosyalliğin ortaya çıktığı her yerde kurallar ve kurallara göre davranma zorunluluğu bulunur. En basitinden en karmaşığına kadar her sosyal düzenlemede, toplumun üyeleri kurallara itaat eder ve bunlara uymayanlar cezalandırılır. Kuralların varlığı ve bunlara boyun eğme yükümlülüğü, boyun eğme aynı zamanda rıza ile donatıldığında, ortada bir siyasal iktidar ilişkisinin bulunduğunu gösterir. Emir veren ile emre uyan arasındaki münasebeti ifade eden siyasal iktidar ilişkisi, yasa üzerinden kurulan bir ilişkidir. Dolayısıyla yasa her türden toplumsal düzenlemede başat role sahiptir.

Ancak yasaya her zaman salt düzen açısından bakılmadığı, bakılmayacağı da bir gerçektir. Erdemi politik amacın baş köşesine oturtan Platon, yasayı insanların fazilete ulaşmadaki en önemli yardımcısı saymış ve ideal rejimin, yasaların yönetimine dayanması gerektiğini ifade etmişti. Dahası, yasaların Tanrı ile alakasını kurarak, onların Tanrı'nın yaratımı olduğunu kanıtlamaya çalışmıştı²². İbn Sina'nın, Platon'un bu yaklaşımını İslami bir bakış açısıyla biraz daha geliştirdiği söylenebilir.

İbn Sina yasa ile ilgili görüşlerine yasanın neden gerekli olduğu sorusunu cevaplandırarak başlar:

iktidar tipine işaret eden bu iktidar tipinde kral, devletle özdeşleşmiştir. Yeni toplum tipinin ikincisi ise, yasa yapıcısı olarak ulusu gören ve devlete uygulama görevini veren ulus devlettir. Dolayısıyla bu çalışmada devlet, salt modern devleti ifade eder biçimde kullanılmamıştır. Modern devlet kavramı için bkz. Nihat Bulut, *Siyasal İktidar Tipleri ve Bir Siyasal İktidar Tipi Olarak (Modern) Devlet*, <http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=siyasal-iktidar-tipleri-ve-bir-siyasal-tipi-modern-devlet.pdf> (4.6.2020).

21 İbn Sina, *Metafizik*, s. 387.

22 Platon (Terc. Candan Şentuna, Saffet Babür), *Yasalar*, Kabcacı Yayınları, İstanbul, 2007, s. 381 vd.

“İnsanların birlikte yaşamaları yani bir toplum oluşturmaları zorunluluk olduğuna ve toplumsal yaşam da karşılıklı muameleler ile süreceğine göre bu muamelelerin birtakım ilkelere bağlanması gerekir. Yasa ve adalet bu zorunluluğun doğal bir sonucudur”²³.

O halde burada şu soru gündeme gelmektedir; yasa kaynağını nerede bulmaktadır? Önce bu sorunun cevabını aramak, yani iktidarın ilkesini tespit etmek, sonra da ilkenin uygulayıcısına, yani yasaı uygulayan güce bakmak gerekmektedir.

Toplumsal yaşamın kurallı, yasalı olduğunu vurgulayan İbn Sina, yasa ve adaletin bir yasa koyucuyu gerektirdiğini ifade eder. Bu, onun varlık teorisinin doğal bir sonucudur. İbn Sina'ya göre bütün sonlu varlıklar zorunlu varlık olan Tanrı'ya bağlıdır²⁴. Sonlu varlıkların ilki ve en önemlisi olan insanın nasıl davranacağını göstermek Tanrı açısından bir gerekliliktir. Bu gereklilik peygamber üzerinden yerine getirilir²⁵. Evreni ve insanı yaratan Tanrı'nın insanlar arasında adaleti tesis edecek ve onlara dünya ve ahiret işlerinde rehberlik yapacak bir peygamber göndermemesi mümkün değildir²⁶. Peygamber merkezli toplum tasavvuruna sahip olan İbn Sina, peygamberin bir toplumun biçimlendirilmesi rolünü onun “yasa koyuculuğu” ile ilişkilendirmek suretiyle açıklamaktadır²⁷.

Peygamberin kim olacağı, hangi özellikleri taşıyacağı... gibi hususlar İbn Sina'nın eserlerine ayrıntılı bir biçimde anlatılır²⁸. Ancak konumuz açısından önemli olan peygamberlik hadisesi ve ilahi vahyin zorunluluğu vurgusudur. İnsanların en iyisi olan peygamber, vahiy aracılığıyla yasa koyucu fonksiyonu yerine getirecektir ki bu durum İbn Sina'da din ve yasa arasında bir örtüşme olduğu sonucunu doğurmaktadır²⁹. Aşağıdaki alıntı filozofun din, şeriat ve yasa kavramlarını nasıl birbiriyle örtüşür bir biçimde kullandığının kanıtıdır.

23 İbn Sina, *Metafizik*, s. 373.; İbn Sina (Terc. Ali Durusoy, Ekrem Demirli), *El-İşarat Ve't-Tembihat: İşaretler ve Tembihler*, Türkiye Yazma Eserleri Kurumu Başkanlığı, İstanbul, 2014, s. 645, (İşaretler ve Tembihler).

24 İbn Sina, *İşaretler ve Tembihler*, s. 454, 462.

25 İbn Sina, *Metafizik*, s. 374.

26 Benard Odio, *Political and Religious Philosophy of Avicenna, and How It Is Practiced Nowadays*, https://www.academia.edu/38024029/POLITICAL_AND_RELIGIOUS_PHILOSOPHY_OF_AVICENNA_AND_HOW_IT_IS_PRACTICED_NOWADAYS (1.6.2020), s. 10; Cevher Şulul, “İbn Sina'nın Siyaset Felsefesi”, *İslami Araştırmalar Dergisi*, Cilt 27, Sayı 2, 2016, s. 114.

27 Kaya, s. 81.

28 Örnek olarak bkz. İbn Sina (Terc. Alparslan Açıkgenç, M. Hayri Kırbaçoğlu), *Risaleler, Kitabiyat*, Ankara, 2004, s. 35-44, (Risaleler).

29 Charles E. Butterworth, “Political Teaching of Avicenna”, *Topoi: An International Review of Philosophy*, Cilt 19, Sayı 1, 2000, s. 37.

“[Ameli felsefenin] bu üç [kısımının; yani ahlak, ev yönetimi ve siyasetin] ilkesi ilahi dinden (eş-şerî’atü’l-ilâhiyye) elde edilmiştir ve bunların tanımlarının (hudud) yetkinliği [ya da tam olarak sınırları ve miktarları] ilahî dinle açıklık kazanmaktadır. Bundan [yani ilahi dinin belirlemelerinden] sonra insanın nazari [akıl] gücü o [ilim dallarındaki] ameli kanunları bilmek ve bu kanunları [ameli akıl aracılığıyla] tikellere uygulamak suretiyle bunlar üzerinde tasarrufta bulunmaktadır”³⁰.

2. Yasanın Amacı ve Kapsamı

İbn Sina’da yasa, peygamberlerin getirmiş olduğu ilkeleri ifade eden genel bir anlama sahiptir. Peygamberler, Allah’ın izni, emir ve vahyi ile insanların işlerinde birtakım yasalar koyarlar. İbn Sina bunu meşru yasa olarak niteler. Peki bu yasanın amacı ve kapsamı nedir? Vahiyden bağımsız ya da vahye rağmen kural konulabilir mi?

Müşterek hayatın düzenlenmesi ve ihtiyaçların karşılanmasının yasanın amaçlarından birisini oluşturduğu kesindir. Ancak, düzen fonksiyonunun yanına erdemi de ilave etmek gerekir. Bunun yanında, nihayi amaç olan ebedi mutluluğu ve bu doğrultuda ahiret maslahatını unutmamak gerekir. İbn Sina’nın yasa konusunda Platon’u aştığı noktalardan birisinin de burası olduğunu söyleyebiliriz. Rosenthal’ın ifadesiyle, “Şeriatın alanı ahireti de içerirken, Eflatun’un *Namos’u içermez*”³¹.

Yasanın kapsamına gelince, İbn Sina kapsamı, yasanın amacını hesaba katarak, inanç ve ibadetleri de içeren bir biçimde geniş tutar. Dahası onu, yukarıda işaret edilen pratik felsefenin üç kısmına da yayar. *Belli bir yer ve zamanda uygulanan ve kamu gücü ile desteklenen toplumsal davranış kuralları anlamında hukuk içeriğe dahildir, ancak içeriğin tümünü oluşturmaz.*

Yasanın kapsamını bu şekilde genel olarak belirttikten sonra, Metafizik adlı eserinin ilgili bölümünü izleyerek İbn Sina’nın yasa anlayışını irdeleyebiliriz. Filozofa göre, peygamberin yasasındaki ilk esas, insanlara tek ve kudretli yaratıcılarının bulunduğu ve bu emre itaat edilmesini beklemenin onun bir hakkı olduğunu bildirmektir. Bunda şaşılacak bir şey yoktur, çünkü emrin yaratmanın sahibine ait olması bir zorunluluktur. Allah’ı ve (ahireti) bilmek ve ona itaat etmekten sonraki yasa, Allah’ı ve ahireti hatırlatmaya yarayan, dünyada yasa ve şeriatın sürekliliğini sağlayan ve ahrette de arınmaya yol açacak olan fiil ve amellerdir ki bunlar da ibadetlerden müteşekkildir. Bunların belli aralıklarla tekrarını sağlamak gerekir³².

30 İbn Sina’nın “Uyun” adlı eserinden (16.9-12, 17.7-8) nakleden Kaya, s. 83

31 Erwin Rosenthal (Terc. Ali Çaksu), *Ortaçağ’da İslam Siyaset Düşüncesi*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 219.

32 İbn Sina, *Metafizik*, s. 176 vd.

Bir sonraki aşamada İbn Sina, peygamberin yasa koyucu işlevini dünyevi anlamda somutlaştırır ve onun geçim vesilelerini ve insanların hallerini yönetme işini deruhte etme özelliğine vurgu yapar. Filozof, burada da ahiret maslahatını sağlamaktan söz ederek, nihai amaca vurgu yapar³³. Ancak bu nokta, peygamberin dar anlamda yasa koyucu fonksiyonu bakımından önemli ve öğreticidir. Bu bağlamda İbn Sina, şehir (devlet) ve aile hayatına ilişkin genel yasaları sıralar.

Yasa koyucunun şehir hayatına ilişkin yasaları, karşımıza ilk olarak organizasyon kuralları şeklinde çıkar. Yasa koyucunun şehri, yöneticiler zanaatçılar ve askerler olarak üç kısımda düzenlemesi gerektiğini söyler. Bu Platon'un ideal devletindeki yapılanmayla örtüşür³⁴. İbn Sina, bu üç kısmın kendi içlerinden bir başkan belirlemelerini ve her birinin şehirde belirli bir yeri olmayan insan kalmaksızın hiyerarşik bir biçimde örgütlenmeleri gerektiğini vurgular³⁵.

İnsanların üç küme içinde hiyerarşik bir biçimde birbirine bağlanması gerektiğini belirten İbn Sina³⁶, hastalık ya da afet dolayısıyla korunması gerekenler hariç, tembellik yapmanın ve boş durmanın yasaklanmasını, buna uymayanların ise ülkeden sürülmesi lüzumundan bahseder³⁷.

Tembelliği şehir hayatı için tehlikeli bulan İbn Sina, toplum düzeninin ekonomik boyutunun önemini fark ettiğini ortaya koyar. Bir sonraki aşamada, şehrin ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulması gereken ortak mal düzenine işaret eder. Bu düzenin en önemli ögesi, meyve ve ürünler gibi, doğal ve kazanılmış gelirler üzerine konulan haklar (vergiler) ve yasaya karşı çıkanlar yahut onların yakınlarından tahsil edilen cezalardır. Bunlarla, yaptığı iş gereği herhangi bir zanaatla ilgilenemeyen askerlerin ve hastalık, sakatlık gibi nedenlerle çalışamaz durumda olanların nafakaları temin edilir³⁸.

İbn Sina'nın ekonomik düzenin meşru kazanç esasına dayanması konusunda özellikle hassasiyet göstermiş ve buna aykırı davranışların yasaklanmasını savunmuştur. Karşılığında herhangi bir maslahat bulunmaksızın gerçekleşen mülk ve menfaat intikalini ifade eden kumar ile maslahat veya menfaatlerin zıddına sevk eden hırsızlık, yankesicilik ve kadın ticareti gibi uğraşlar yasaklanmalıdır. Aynı doğrultuda filozof, insanların ortak yaşama katkısı olan

33 İbn Sina, Metafizik, s. 379.

34 Bkz. Platon (Terc. Sebahattin Eyuboğlu, M. Ali Cingöz), *Devlet*, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2000, s. 56 vd.

35 İbn Sina, Metafizik, s. 380.

36 İbn Sina'daki hiyerarşi vurgusu her gurubun kendi içindeki sıradüzeni ifade eder. Platon'da olduğu gibi gruplar arasında bir üstünlükten ya da hiyerarşiden söz edilmez. Butterworth, s. 41.

37 İbn Sina, Metafizik, s. 380.

38 İbn Sina, Metafizik, s. 380.

sanatları öğrenmesine gerek bırakmayan mesleklerden birisi olarak nitelediği faizin de yasaklanması gerektiğini ifade etmiştir³⁹.

İbn Sina'nın, şehir (devlet) ve aile hayatına ilişkin genel yasalar bağlamında ele aldığı bir diğer husus evlilik kurumudur. O, evlilik ve dolayısıyla aileyi şehrin en önemli kurucu unsuru olarak niteler. Onun bu yaklaşımı aileyi devletin temeli olarak gören Aristotelesçi yaklaşımla örtüşür⁴⁰. İbn Sina, Allah'ın varlığının delili olarak gördüğü türlerin bekasının, evliliğe bağlı olduğunu söyler ve yasakoyucunun öncelikle evliliğin terkine neden olacak etkenleri yasaklaması gereğine işaret eder⁴¹. Ardından da evliliğin aleniyeti, evlilik kurumunun önemine karşın şartlar oluştuğunda boşanmanın kaçınılmazlığı, nafaka, evlilik içinde kadın ve erkeğin hak ve yükümlülükleri ile çocukların durumuna ilişkin prensipleri sıralar⁴².

İbn Sina'nın kendisini, ilahi vahyin ve bu vahiyle konan yasaların toplumsal hayat bakımından doğruluğunu akli yöntemlerle kanıtlamaya adanmış olduğunu söyleyebiliriz. Yukarıda da vurgulandığı gibi İbn Sina'da yasa, aile yaşamı ve siyasetle birlikte ibadetleri ve ahlakı da içeren geniş bir kavramdır. Yasa, din ve şeriatla örtüşür, kaynağı ilahi vahiydir. Filozofun, dinin koymuş olduğu genel ve tikel hükümleri teorileştirmek ve tümelleştirmek suretiyle bunları pratik felsefenin üç alanına, ahlak, aile ve siyasetin kullanımına sunduğu görülmektedir. Bu tümel ilkeler dinin herhangi bir hüküm vermediği tikel olaylar için de ölçü teşkil edecektir⁴³.

3. Tümel-Tikel Yasa Ayrımı Bağlamında Genel İlkelerden Hukuka Geçiş

Yukarıda İbn Sina'nın, dinin koymuş olduğu genel ve tikel hükümleri teorileştirmek ve tümelleştirmek suretiyle bunları ahlak, aile ve siyasetin kullanımına sunduğunu söylemiştik. Bu, henüz tam anlamıyla hukukun alanına geçmediğimizin bir göstergesidir. İlahi vahyi esas alarak ortaya konan ilkeler değişmez bir özellik gösterirler. Oysa yaşam, değişen koşullarla birlikte önümüze yeni problemler çıkarır. Bu gerçekten hareketle İbn Sina yasa koyucunun, zamana ve şartlara göre değişen kimi özel durumlarla ilgili tikel hükümler koy(a)mayacağına, bu konuların düzenlenmesinin, halife olması bakımından yöneticiye ait olması gerektiğine işaret etmiştir. Askerlerin düzenlenişi, şehre giriş ve çıkışlarının belirlenmesi, silahların, siper ve surların hazırlanmasıyla

39 İbn Sina, *Metafizik*, s. 381.

40 Bkz. Aristoteles (Terc. Mete Tunçay), *Politika*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 8.

41 İbn Sina, *Metafizik*, s. 381.

42 İbn Sina, *Metafizik*, s. 382 vd.

43 Kaya, s. 83.

şehrin kontrol edilmesini buna örnek olarak vermektedir. Bu gibi tikel hükümlerin zamanın değişmesiyle değişeceğini vurgulayan filozof, bu gibi işlerin istişare ehline bırakılması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁴.

Bunun dışında Filozof, hem ibadetler hem de şehrin düzeni ile ilgili cezaların mutedil olması gereğinden söz ettikten sonra, özellikle dünyevi muamelelerde işlerin büyük bir kısmının içtihadla bırakılmasının lüzumundan bahsetmiştir⁴⁵.

Esasında İbn Sina, akıl yürütme yoluyla, yasa koyucu güç olarak ilahi vahyin ve peygamberin, işin doğası gereği zamana ve şartlara bırakılması lazım gelen hususları kesin bir kurala bağlamayacağını ifade etmektedir ki bu hukuk ilmi ve mantığı bakımından anlaşılabilir bir durumdur. Elbette filozof zamanın değişmesiyle beraber hükümlerin de değişeceğini bilincindedir. Ayrıca, yukarıda da vurgulandığı üzere, toplumsal hayatta yeni durumların ortaya çıkabileceğinin farkındadır. Bu noktada İbn Sina'nın (pozitif) hukuka özerk bir alan açtığını ve onun kendi mantığı çerçevesinde işleyeceğini gördüğünü söyleyebiliriz. Ancak pozitif hukuka özerk bir alan açmış olsa bile filozofun ilahi yasaları/dini, pozitif hukuka üstün tuttuğu konusunda şüphe yoktur⁴⁶.

4. (Pozitif) Hukukun Oluşumunda Halife/Yöneticinin Rolü

Vahyin esas itibarıyla genel prensipleri içeriyor olması, bu prensiplerin somut hukuk normları haline getirilmesini zorunlu kılar. Bu da peygamberden sonra ortaya, yasaı söyleyecek, somutlaştıracak, başka bir deyişle tümel ilkelere olası tikel uyumsuzluklar bakımından kurallaştıracak bir otoritenin çıkması demektir.

Mesele, toplumsal hayatta ortaya çıkacak yeni durumlarda hukuk kuralını kimin koyacağıdır. Yukarıda verilen iki örnek bu konuda hem aydınlatıcı bir perspektif sunmakta hem de İbn Sina'nın hukuk bilgisi konusunda fikir vermektedir. Zira filozof, şehrin güvenliği ve askeri konularda yetkinin, istişareye de vurgu yaparak, yönetici sıfatıyla halifeye ait olacağını belirtirken, muamelelerde işlerin içtihadla bırakılması gerektiğini ifade etmektedir. Kanımca bu yaklaşım halifenin ya da yöneticinin hukuk yaratma yetkisinin kapsamını ve sınırlarını göstermesi bakımından yol göstericidir. Filozofun halifenin yasa yapma yetkisine işaret ettiği hususlar hem çok özel hem değişken hem de ilahi yasanın doğası gereği düzenlemediği konulardır. İbn Sina'ya göre bu gibi konularda kuralların, istişare yapmak suretiyle halife tarafından konulması-

44 İbn Sina, Metafizik, s. 388.

45 İbn Sina, Metafizik, s. 387-388.

46 Rosenthal, s. 221.

nı mümkündür⁴⁷. Hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanını ifade eden muamelelere gelince, filozof bu noktada işlerin içtihadı bırakılması gerektiğini söylemektedir.

C. İktidar

Yukarıda da vurgulandığı gibi toplum adını alan her oluşum belli bir yasaya göre düzenlenir. Yasa ise beraberinde, onu uygulayacak bir gücü gerektirir. Toplum bu gücü kendi elinde tutabileceği gibi, onu kendisinden farklılaşmış bir kişi yahut kuruma da verebilir. Siyaset anlayışı ile nübüvvet öğretisini birleştiren İbn Sina'nın yasayı uygulama gücünü, hem teorik hem de pratik açıdan insanların en üstünü olan peygambere verdiği söylenebilir⁴⁸. Madem ki her üstün olan kendisinden aşağıdakilerin başkanıdır, peygamber de sahip olduğu özelliklerin bir gereği olarak toplumu yönetme işini üstüne alacaktır⁴⁹.

Peygamberin hem yasa koyucu hem de yasanın uygulayıcısı olması İbn Sina'nın teorisinde yasa ve uygulamanın aynı elde toplandığı sonucunu doğurur. Ancak peygamberin üzerinde ve onu da bağlayan bir vahiyin bulunması bu konuda ihtiyatlı olmayı gerektirir. Denilebilir ki yönetici sıfatıyla peygamber bile, kendisine dışarıdan gelen bir yasanın uygulayıcısıdır.

Peygamber sonrasına gelince, burası artık hilafet yahut imamet denilen kurumun devreye girdiği yerdir. İbn Sina bu bahse, “*yasa koyucu, yerine geçecek kimseye itaat etmeyi farz kılmalıdır*” diye başlar ve böylece ilahi yasaların uygulayıcısı olan sürekli bir siyasi teşkilatın gereğine işaret eder. Adına devlet diyelim ya da demeyelim⁵⁰, bu teşkilat üstün bir güce sahiptir. Ancak bu üstünlük iktidarın doğasında bulunan, kanunun uygulanması konusundaki cebir kullanma tekeline sahip olmaktan ibarettir. Yoksa devlet, çerçevesi ilahi kitapla çizilen hukukun altındadır⁵¹.

İbn Sina'nın kuramında halife, son tahlilde, kaynağı ilahi olan dışsal bir hukukun, yani kendisinin yaratıcısı olmadığı bir yasanın uygulayıcısıdır. Bu özelliğiyle din/yasa karşısındaki konumu ikincildir. Bu durumda şu tespiti

47 İbn Sina'nın halifenin sahip olduğunu söylediği bu yetki İslam hukuku bakımından doğal bir yetkidir. Hatta filozofun bu noktada kısıtlayıcı bir tutum takındığı bile söylenebilir. Çünkü İslam hukuku devlet başkanına geniş teşrii yetkisi vermektedir. İslam hukukunun bu konudaki yaklaşımı için Bkz. Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, s. 83-84.

48 “*Her üstün olan, kendisinden aşağıdakilere hakim ve onun başkanı olduğuna göre, peygamber de, kendilerinden üstün olduğu bütün cinslere hakim ve onların başkanı, reisidir*”. İbn Sina, Risaleler, s. 38.

49 Alper, s. 108.

50 Devlet modern bir kavram...

51 Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1966, s. 242.

yapmak mümkündür: İbn Sina'ya göre aslolan dindir/yasadır, devlet/halife onun fer'idir. Devlet ve halifeyi birlikte anmamız, yasa ile dini birbirinin yerine geçer bir biçimde kullanan İbn Sina'nın, devlet ile halifeye de aynı şekilde yaklaşması ve bu devleti halifenin şahsında somutlaştırmasıdır.

Devlet ve dolayısıyla hilafetin zorunluluğuna işaret eden İbn Sina, ardından halifenin seçilmesi konusuna girer. Meşruiyetle alakası konuyu hassas ve önemli kılar. Halife seçim yoluyla iktidara gelebileceği gibi, irsen intikal suretiyle de gelebilir. Ancak hangi şekilde gelirse gelsin halkın rızasına ihtiyaç vardır. Halifeyi meşru kılan bu rızadır⁵². Seçim usulünde doğrudan doğruya açıklanan rıza, miras yolu ile intikalde buyruklara uyulması ile gerçekleşir:

“Halife, ancak yasa koyucu tarafından veya önde gelenlerin görüş birliğiyle belirlenmelidir. İleri gelenler, halife olacak kişinin siyasette müstakil, akıllı, cesaret iffet ve iyi yönetim gibi değerli ahlaklara sahip olduğunu ve kendisinden daha iyi bilen olmayacak şekilde şeriatı bildiğini, cumhurun huzurunda aleni şekilde doğrulamalıdır... Cumhur şartların hepsinde söz konusu doğrulamaya ittifakla katılmalıdır... Halifenin nass ile belirlenmesi daha doğrudur. Çünkü böyle yapmak, bölünmeye, kargaşaya ve görüş ayrılığına yol açmaz”⁵³.

Halifenin seçimini bu şekilde ortaya koyan İbn Sina, hilafetin ya da hilafet iddiasının meşru olmayan biçimine de değinir. Bu bağlamda salt güce veya mal üstünlüğüne dayalı hilafet iddiasına karşı bir çeşit direnme hakkı öngörür:

“Birisi huruç edip güç veya mal üstünlüğü sayesinde halife olduğunu iddia ederse, bütün şehir ahalisinin onunla savaşması ve onu öldürmesi gerekir. Buna güçleri yettiği halde yapmazlarsa, Allah'a isyan etmiş... olurlar”⁵⁴.

İbn Sina'nın açıklamalarından direnme hakkının seçildikten sonra meşruiyetini kaybeden halifeyi de kapsadığına dair net bir sonuç çıkarmak zordur⁵⁵. Fakat filozofun zalim bir hükümdarın alaşağı edilmesinden, hatta öldürülmesinden bahsetmesinin meşruiyetini kaybeden halifeyi de kapsadığı sonucunu çıkarırlar da vardır⁵⁶.

Yukarıda İbn Sina'nın ekonomik düzenin meşru kazanç esasına dayanması konusunda özellikle titizlik gösterdiğini ve buna aykırı davranışların yasaklanması gerektiğini savunduğunu belirtmiştik. Filozof yönetim söz konusu olduğunda bu hususa ilişkin yaklaşımını biraz daha ileri götürmekte

52 Okandan, s. 243.

53 İbn Sina, Metafizik, s. 385.

54 İbn Sina, Metafizik, s. 385.

55 Bkz. İbn Sina, Metafizik, s. 384.

56 Ömer Çaha, *Siyasi Düşüncelere Giriş*, Dem Yayınları, İstanbul, 2010, s. 84.

ve salt güce olduğu gibi mal üstünlüğüne dayalı siyasi hakimiyeti de meşru görmediğini ortaya koymaktadır. İbn Sina kişilerin meşru olmayan böyle bir güce karşı, öldürme de dahil, direnme hakkının bulunduğunu kabul etmektedir.

Halifenin seçimini bir şekilde halkın rızasına bağlayan İbn Sina, bu görevi üstlenecek kişide hem kişisel meziyetler hem de yönetme kabiliyeti ve ehliyet bakımından bir takım özelliklerin bulunması gerektiği görüşündedir. Farabi ile kıyaslandığında⁵⁷ bu özelliklerin daha gerçekçi ve sade olduğu görülür. Bu bağlamda Filozof, halifeye ilişkin itimata layık en büyük şeyin akıl ve iyi ahlak olduğunu vurgular ve diğer özelliklerde orta derecede olup bu ikisinde önde olan kimsenin yeğlenmesi gerektiğini ifade eder⁵⁸. Ancak bu konuda en önemli husus aranan özellikleri taşımayan kimsenin başa gelmesi halinde, onun yerinden uzaklaştırılmasının fertlere yüklenmiş bir vecibe olduğudur⁵⁹.

Sonuç

Hilafeti elinde bulunduran Abbasi Devletinin siyasi ve askeri otoritesini yitirdiği bir dönemde yaşamış olan İbn Sina, yazmayı vaatmesine rağmen siyaset ve hukuka ilişkin özel bir eser vermemiş, bazı eserlerinde konuya genel olarak değinmekle yetinmiştir. Metafizik adlı eserin sonunda yer alan kısımlar İbn Sina'nın konuya dair görüşlerinin sistemli bir biçimde izlenmesini mümkün kılmaktadır. Buradaki görüşler onun genel felsefesiyle bütünleştirildiğinde, ortaya belli bir mantığa sahip, kendi içinde tutarlı bir yasa ve siyaset anlayışı çıkmaktadır.

Toplumsal yaşamın kurallı, yasalı olduğunu vurgulayan İbn Sina, yasa ve adaletin bir yasa koyucuyu gerektirdiğini ifade etmiş ve bunu kendi varlık teorisini ile ilişkilendirerek açıklamıştır. Buna göre bütün sonlu varlıklar, zorunlu varlık olan Tanrı'ya bağlıdır. Sonlu varlıkların ilki ve en önemlisi olan insanın nasıl davranacağını göstermek Tanrı açısından bir zorunluluktur. Bu zorunluluk peygamber üzerinden yerine getirilir. Vahiy aracılığı ile peygamber, ahlak, aile (ev yönetimi) ve siyasete ilişkin yasaları bildirmiştir.

İbn Sina yasanın kapsamını, bireysel yaşamı, aile hayatını, inanç ve ibadetleri de içeren bir biçimde geniş tutmuş, amaç olarak da hem bu dünyada hem de ahiret hayatındaki mutluluğu esas almıştır. Belli bir yer ve zamanda uygulanan ve kamu gücü ile desteklenen toplumsal davranış kuralları anlamında hukuk, geniş anlamdaki yasanın içeriğe dahildir, ancak içeriğin tümünü oluşturmaz. Fakat böyle de olsa dünya hayatının düzenleyicisi olarak hukuk hem bireyler hem de devlet açısından çok önemli bir ihtiyaçtır.

57 Farabi'nin devlet başkanında aradığı şartlar için bkz. Farabi (Terc. Ahmet Arslan), *İdeal Devlet*, Vadi Yayınları, Ankara, 1997, s. 107-108.

58 İbn Sina, *Metafizik*, s. 386.

59 Okandan, s. 243.

Din ve dolayısıyla vahiyle özdeşlenen yasanın değişmezliğine inandığı anlaşılan İbn Sina'nın zamanın değişmesiyle birlikte hükümlerin de değişeceğini dikkate aldığı görülmektedir. Zira yasa koyucu güç olarak peygamberin, işin doğası gereği zamana ve şartlara bırakılması lazım gelen hususlarda kesin bir kurala bağlamayacağını vurgulamıştır. Böylece (pozitif) hukukun kendi mantığı içinde işleyeceğini görerek, ona özerk bir alan açmıştır. Ancak bu alanın da son tahlilde ilahi yasaların şemsiyesi altında olduğunu belirtmek gerekir. Tıpkı şehir adını verdiği devleti yasanın emrine verdiği gibi.

Siyaseti, daha ziyade devlet ve hilafet üzerinden ele alan klasik yaklaşımın aksine İbn Sina, yasayı öne almıştır. Bir siyasal organizasyon olarak halifenin şahsında somutlaşan devlet elbette önemli bir gücü elinde bulundurmaktadır. Devlet başkanı olan halife, dar anlamda yasama yetkisine de sahiptir. Ancak onun yasakoyuculuğu peygamberinki gibi değildir. İbn Sina'nın kuramında halife, nihayetinde kaynağı ilahi olan dışsal bir yasanın, yani kendisinin yaratıcısı olmadığı genel/ilahi yasanın uygulayıcısıdır. Devletin din/yasa karşısındaki konumu ikincildir. Bu tespitle hareketle, İbn Sina'nın, "aslolan dindir/yasadır, devlet onun fer'idir" görüşünü benimsediğini söyleyebiliriz.

İbn Sina halifeyi yasaya bağlamakla yetinmemiş, onun birtakım özelliklere sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Daha da önemlisi halifeyi halkın rızasına tabi kılmıştır. Filozofa göre yasaya bağlılık iktidarın meşruluğu için ilk şartsa, ikincisi de halkın rızasıdır. Salt güce veya mal üstünlüğüne dayalı hilafet iddiasına karşı çıkması ve meşru olmayan iktidara karşı direnme hakkından söz etmesi son derece önemlidir.

KAYNAKLAR

- Akad, Mehmet; Dinçkol, Bihterin; Bulut, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- Alper, Ömer Mahir, *İbn Sina*, İSAM Yayınları, İstanbul, 2010.
- Aristoteles (Terc. Tunçay, Mete), *Politika*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2000.
- Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.
- Bostani, Ahmad, “The Status of Imagination in Avicenna’s Political Philosophy”, *Journal of Islamic Political Studies*, Cilt 1, Sayı 1, 2019, s. 73-89.
- Bulut, Nihat, *Siyasal İktidar Tipleri ve Bir Siyasal İktidar Tipi Olarak (Modern) Devlet*, <http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=siyasal-iktidar-tipleri-ve-bir-siyasal-tipi-olarak-modern-devlet.pdf> (4.6.2020).
- Butterworth, Charles E., “Political Teaching of Avicenna”, *Topoi: An International Review of Philosophy*, Cilt 19, Sayı 1, 2000, s. 35-44.
- Çaha, Ömer, *Siyasi Düşüncelere Giriş*, Dem Yayınları, İstanbul, 2010.
- Gutas, Dimitri (Terc. Kaya, Cüneyt), *İbn Sina’nın Mirası*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2004.
- Farabi (Terc. Arslan Ahmet), *İdeal Devlet*, Vadi Yayınları, Ankara, 1997.
- İbn Sina (Terc. Demirli, Ekrem; Türker, Ömer), *Metafizik*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Y., İstanbul, 2011, (Metafizik).
- İbn Sina (Terc. Açıkgenç, Alparslan; Kırbasoğlu, M. Hayri), *Risaleler*, Kitabiyat, Ankara, 2004, (Risaleler).
- İbn Sina (Terc. Durusoy, Ali; Demirli, Ekrem), *El-İşarat Ve’t-Tembihat: İşaretler ve Tembihler*, Türkiye Yazma Eserleri Kurumu Başkanlığı, İstanbul, 2014, (İşaretler ve Tembihler).
- İbn Sina (Terc. Türker, Ömer), *Kitabu’s-Şifa: Mantiğa Giriş*, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2013, (Kitabu’s-Şifa: Mantiğa Giriş).
- İbn Sina (Terc. Demirkol, Murat), *Danışname-i Alai*, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, İstanbul, 2013.
- Kaya, Cüneyt, “Peygamberin Yasa Koyuculuğu’: İbn Sinâ’nın Ameli Felsefe Tasavvuruna Bir Giriş Denemesi”, *Divan Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2009, s. 57-91.
- Keklik, Nihat, “Türk-İslam Filozofu İbn Sina: Hayatı ve Eserleri”, *Felsefe Arkivi*, Sayı 22-23, İstanbul, 1981.
- Ocak, Hasan, “Siyaset/Toplum Felsefesi/Ahlakı Açısından Kâtip Çelebi’de Ulema ve Ümeranın Yeri”, *Mizan-ul Hak İslami İlimler Dergisi*, Sayı 1, 2015.
- Odio, Benard, *Political and Religious Philosophy of Avicenna, and How It Is Practiced Nowadays*, https://www.academia.edu/38024029/Political_and_Religious_Philosophy_of_Avicenna_and_How_it_is_Practiced_Nowadays (1.6.2020).
- Okandan, Recai Galip, *Umumi Amme Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1966.

- Oktay, Ayşe Sıdıka, "İbn Sina'nın İlim, Felsefe Anlayışı ve Din Felsefe İlişkilerine Yaklaşımı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 15, 2012, s. 288-303.
- Ortaylı, İlber, *Türklerin Tarihi*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2016.
- Özdemir, Mehmet, "Muluku-t Tavaif", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Cilt 31, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2006, s. 553-556.
- Platon (Terc. Eyuboğlu, Sehabattin; Cingöz, M. Ali), *Devlet*, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2000.
- Platon (Terc. Şentuna, Candan; Babür, Saffet), *Yasalar*, Kabalıcı Yayınları, İstanbul, 2007.
- Rosenthal, Erwin (Terc. Çaksu, Ali), *Ortaçağ'da İslam Siyaset Düşüncesi*, İz Yayınları, İstanbul, 1996.
- Şulul, Cevher, "İbn Sina'nın Siyaset Felsefesi", *İslami Araştırmalar Dergisi*, Cilt 27, Sayı 2, 2016, s. 111-121.
- Yıldız, Hakkı Dursun, "Abbasiler", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Cilt 1, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988, s. 49-56.

Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç*

Local Common Needs as the Source of the Powers and Limits of Local Administrations

Nur KAMAN**

ÖZ

Anayasa ile mahalli idarelere verilen halkın mahalli müşterek nitelikte ihtiyaçlarını gidermek görevi, mahalli idarelerin yetkilerinin kaynağını ve sınırını oluşturmaktadır. Mahalli idarelerin yetkileri kanunlarla belirlense de halkın mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçları kavramının soyutluğu nedeniyle mahalli idareler arasında yetki çatışmaları yaşanmaktadır. Bu çalışmada merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki yetki çatışmalarının yanı sıra mahalli idarelerin kendi aralarındaki yetki çatışmaları Yüksek Mahkeme kararları çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mahalli müşterek ihtiyaç, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yerinden yönetim, görev, yetki

ABSTRACT

The task of satisfying the common needs of the locals, given to the local administrations by the Constitution, constitutes the source and limit of the powers of the local administrations. Although the powers of local administrations are determined by law, there are conflicts of authority among local administrations due to the abstractness of the concept of local common needs of the people. In this study, the competence conflicts between the central administration and the local administrations as well as the competence conflicts among the local administrations were tried to be evaluated within the framework of the Supreme Court decisions.

Keywords: Common needs of locals, presidential decrees, decentralization, duty, power

* Makale gönderim tarihi: 06.06.2020. Makale kabul tarihi: 11.06.2020. Nur Kaman, "Mahalli İdarelerin Yetkileri ve Sınırları", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 73-87; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.1.10>.

** Prof. Dr., İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Orhantepe Mahallesi, Turgut Özal Bulvarı, No: 21, 34865 Dragos, Kartal/İstanbul. nurkaman@sehir.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3709-1490>.

Giriş

Kamu hukukunda yetki, bir yandan kamu gücünü ifade ederken diğer yandan görev, sınır ve sorumluluk anlamına da gelmektedir. Anayasa, yasa ya da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yetkilendirilen idare aynı zamanda görevlendirilmiş de sayıldığından, mevzuatta belirtilen şartların oluşmasına rağmen yetkinin kullanılmaması, gereği gibi kullanılmaması ya da kötüye kullanılması bir yandan görevin yerine getirilmediği anlamına gelirken diğer yandan adli, idari ve kimi zaman cezai sorumlulukla da sonuçlanabilmektedir. Ayrıca yetki idarenin sınırlarını da belirlemektedir. Kanuni idare ilkesi gereği, idare asıl olarak yetkisizdir ve Anayasa madde 123/1’de ifade edildiği üzere, gerek kurulunun gerekse görevlerinin¹ kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukuk devletinde, hukukça verilen yetki, idareye bir çerçeve de çizmektedir.

Türk hukukunda mahalli idarelerin yetki ve görevlerine ilişkin temel hükümler kanuni idare ilkesine uygun olarak Anayasa’da ve yasalarda yer almaktadır². Anayasa madde 127’ye göre kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları ve madde 123 ve 127’de belirtilen yerinden yönetim esası mahalli idarelerin yetkilerinin kaynağını oluşturmaktadır. Anayasa’nın 127. maddesinde mahalli idarelerin yetkili oldukları temel konu ise ‘... il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak...’ olarak belirlenmiştir. Bu cümle ile aynı zamanda mahalli idarelerin sınırları da çizilmiştir. Mahalli müşterek ihtiyacın yanı sıra mahalli idarelere getirilen bir diğer sınırlama ise merkezi idarenin sahip olduğu idari vesayet yetkisidir. Ancak idari vesayet yetkisi mahalli müşterek ihtiyaç kavramı ile birlikte merkezi idare için de bir sınır oluşturmaktadır.

2017 Anayasa değişiklikleri³ ile yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı’na verilmiş ve kararnameler aracılığıyla merkezi idareyi tek başına düzenleme yetkisi tanınmıştır⁴. Ancak Türk idari teşkilatlanmasının temelini oluşturan, idarenin

1 “Anayasa’nın 123. maddesi yorumlandığında ‘İdarenin görevleri kanunla düzenlenir’ şeklindeki hükmün ‘idarenin görev ve yetkileri kanunla düzenlenir’ şeklinde okunması ve anlaşılması gerekecektir” Emre Akbulut, *Türk Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 223.

2 Yerel yönetimlere ilişkin mevzuatta genel olarak ‘görev’, ‘yetki’ ve ‘sorumluluk’ kavramları aralarında belirgin bir ayırım yapılmaksızın birarada kullanılmıştır. Örneğin Anayasa’nın 127. maddesinde, mahalli idarelerin ‘görevleri ile yetkileri’nden bahsedilmektedir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun ve 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 3. bölümlerinin başlığı, ‘Büyükşehir Belediyesinin/Belediyenin Görev, Yetki ve Sorumlulukları’dır. 5393 sayılı Kanun’un 14. maddesinde ‘Belediyenin Görev ve Sorumlulukları’; 15. maddesinde ise ‘Belediyenin Yetki ve İhtiyazları’ düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden kanun koyucunun görev ve yetkiyi birbirini kapsayan, aralarında doğrudan bir nedensellik bağı bulunan kavramlar olarak gördüğünü anlamaktayız.

3 6771 sayılı Kanun, RG. T. 11.2.2017, S. 29976.

4 Anayasa madde 104, 106/son, madde 108/son, madde 118/son, madde 123/3.

bütünlüğü ile kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandırılması gerektiğine dair Anayasa'nın 123. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ayrıca Anayasa madde 126'da düzenlenen merkezi idarenin illere ve illerin de diğer kademeli bölümlere ayrılacağı hükmü varlığını korumaktadır. Mahalli idarelerin düzenlendiği 127. maddede de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla Anayasa'da merkezi idarenin ve mahalli idarelerin yetkilerini ve sınırlarını genel olarak belirleyen temel kavramlar varlıklarını korumaktadırlar. Ancak Anayasa değişikliği ile temel olarak Cumhurbaşkanı'nın güçlendirilmesi amaçlandığından kararname çıkarma, kamu tüzel kişiliği kurma ve bakanlıkları düzenleme gibi yetkilerin kullanılmasına mahalli idarelere müdahale edilip edilemeyeceği tartışılmalıdır.

Cumhurbaşkanı'na verilen kararname çıkarma yetkisi 2017 Anayasa değişiklikleri ile getirilen en önemli yeniliklerden birisidir. Anayasa madde 104/17'ye göre Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarabilir. Ancak Anayasa'nın 'Mahalli İdareler' başlıklı 127. maddesinde '*Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir*' hükmü yer almaktadır ve Anayasa hükmüne uygun olarak her bir mahalli idareye ilişkin ayrı bir kanun⁵ da mevcuttur. Anayasa madde 104/17'ye göre münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ve kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı açık bir biçimde ifade edildiğinden mahalli idarelere ilişkin konularda kararname çıkarılması mümkün değildir⁶.

Anayasa'da yapılan değişiklik sonrasında madde 123'e göre kanunun yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de kamu tüzel kişiliği kurulabilmesi mümkündür. Ancak Anayasa madde 127/1'de mahalli idareler il, belediye ve köy olarak sınırlı sayıda ismen sayıldığından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği tesis etme yoluyla yeni bir mahalli idare birimi ihdas edilemez⁷. Anayasa'da belirtilen mahalli idarelerin nasıl kurulacakları ise Anayasa

5 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 442 sayılı Köy Kanunu.

6 Anayasa Mahkemesi, 'münhasıran kanunla' düzenlenir ifadesini aramayarak, yerinde bir kararla Anayasa maddesinde kanunla düzenlenir denilmesini yeterli görmüştür. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/125, K. 2020/4, T. 22.1.2020, RG. 13.5.2020; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/78, K. 2020/6, T. 23.1.2020, RG. 13.5.2020.

7 Anayasa madde 127/6'da mahalli idarelere, belirli bir kamu hizmetinin görülmesi amacı ile kendi aralarında Cumhurbaşkanı'nın izni ile birlik kurma olanağı tanınmıştır. Ancak yalnızca belirli bir kamu hizmeti için kurulduklarından bu birliklerin mahalli müşterek ihtiyaçları gideren bir kamu tüzel kişiliği olduğu söylenemez. Kuruluşlarının gerçekleşmesi için gerekli işlem ise karname değil birel işlem niteliğinde olan izindir. Ayrıca bu tür birliklerin görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezi idare ile karşılıklı bağ ve ilgileri de kanunla düzenlenmek zorundadır.

madde 127/2 gereği kanunla belirlendiğinden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yeni bir il, belediye veya köy kurulabilmesi de mümkün değildir⁸. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan yeni bir kamu tüzel kişiliğine yerel yönetimlerin kanun ile belirlenmiş görev ve yetkileri de devredilemez⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili yaptığı denetimde, düzenlenen konuda daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığını tespit etmekte, eğer aynı konuda bir kanun mevcutsa incelenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediğini tespit etmektedir¹⁰.

2017 Anayasa değişikliklerinde mahalli idareleri etkileyebilecek önemli hükümlerden bir diğeri ise madde 106'nın son fıkrasına göre bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kuruluşunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabilmesidir. Bu durumda mahalli idareler ile bakanlıklar arasındaki ilişki Cumhurbaşkanlığı kararnemeleri ile mi sağlanacaktır sorusu akla gelmektedir. Çünkü idarenin bütünlüğü ilkesinin gereği olan merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki idari vesayet ilişkisi genel olarak bakanlıklar aracılığı ile kurulmaktadır. Ancak Anayasa madde 127/5'e göre idari vesayet ilişkisi kanunla kurulmak zorundadır¹¹. Anayasa madde 104/17 ile getirilen sınırlamalar bakanlıklara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de geçerli¹² olduğundan idari vesayet ilişkisinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulması mümkün değildir¹³. Ancak uygulamada Anayasa'ya aykırı olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri

8 Mevzuatımıza göre kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararı ile belediye kurulabilmesi mümkündür. 5393 sayılı Belediye Kanunu madde 4'de belirlenen koşulların gerçekleşmesi halinde Cumhurbaşkanlığı kararı ile belediye kurulabilirken, il ve ilçe merkezlerinde belediye kurulması zorunludur. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu madde 2'ye göre il ve ilçe kurulması kanunla mümkündür. Dolayısıyla kanunla bir il veya ilçe kurulduktan sonra belediye de kurulacaktır.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu madde 4'e göre, il belediyeleri kanunla büyükşehir belediyesine dönüştürülür.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu madde 4'e göre, il özel idaresi ilin kurulmasına dair kanun ile kurulur.

5442 sayılı İl İdaresi Kanununa göre köy kurulması veya yerinin değiştirilmesi Bayındırlık ve Sağlık Bakanlıklarının mütalaası alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının onayıyla yapılır.

9 Melikşah Yasin, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri", *Anayasa Yargısı*, Cilt 36, Sayı 1, 2019, s. 320.

10 Anayasa Mahkemesi, E. 2019/78, K. 2020/6, T. 23.1.2020, RG. 13.5.2020.

11 Ebru Gündüz, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 33, 2015, s. 67 vd.

12 Turan Yıldırım, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", *Anayasa Yargısı*, Cilt 36, Sayı 1, 2019, s. 298.

13 Zülfiye Yılmaz, *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 492.; Yasin, s. 328.

ile idari vesayet yetkisi tesis edilebildiği görülmektedir¹⁴. Bakanlıkların görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi ile ortaya çıkabilecek bir diğer sorun ise mahalli idareler ile merkezi idare arasında ortaya çıkabilecek yetki çatışmasıdır. Bu noktada da yine Anayasa madde 123, 127 ve 104/17 dikkate alınarak mahalli müşterek ihtiyaçları belirleyen mahalli idarelere ilişkin kanunlara aykırı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi düzenlenmemesi gerekir.

I. Yetkinin Kaynağı ve Sınırı: Halkın Mahalli Müşterek İhtiyaçları

Anayasanın 123. maddesinde ifade edilen yerinden yönetim ilkesi, kamu hizmetlerinden bir bölümünün devlet tüzel kişiliği olarak anılan merkezi idare dışında yer alan kamu tüzel kişilerinca yürütülmesini gerektirir. Hizmet esaslı faaliyetlerden hangilerinin yerinden yönetim ilkesine göre kamu kurumlarınca yürütüleceği konusunda kanun koyucuya ve 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında Cumhurbaşkanı'na kararnameler aracılığıyla yetki verilirken; coğrafi alanı esas alan mahalli kamu hizmetlerinin hangi idareler tarafından verilebileceği Anayasa madde 127'de ismen sınırlı sayıda sayılarak belirlenmiştir.

Merkezden yönetim ve yerinden yönetim idarelerinin her ikisi de kamu hizmeti yerine getirmekle yükümlü idarelerdir ancak neyin kamu hizmeti olduğuna, hangi hizmetin, kim tarafından, nasıl yerine getirileceğine anayasa yapıcı ve kanun koyucu karar vermektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kamu tüzel kişiliği kurularak da bir kamu hizmeti alanı yaratılabilir ancak yukarıda açıklandığı üzere kurulan kamu tüzel kişiliği mahalli idare olarak adlandırılmayacağı gibi mahalli idarelerin görev alanına giren bir yetki de verilemez. Anayasa Mahkemesi 2017 değişiklikleri öncesinde verdiği bir kararında, il özel idarelerinin görevli olduğu mahallî ve müşterek ihtiyaçların kapsam ve sınırının saptanması yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilmesini yasallık ilkesine uygun bulmamıştır. Ayrıca Bakanlar Kurulu'na bu yetkinin yasayla verilmiş olmasının da Anayasa açısından yasal düzenleme koşulunun yerine getirildiği biçiminde yorumlanamayacağı sonucuna varmıştır¹⁵.

14 Örneğin 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 97/o uyarınca merkezi idareler arasındaki alaka ve müesabebleri düzenleme yetkisi Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır. Madde 97/d'de ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın görevleri arasında: 'Mekânsal strateji planlarını ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak suretiyle hazırlamak ve mahalli idarelerin plan kararlarının bu stratejilere uygunluğunu denetlemek' yer almaktadır. Madde 260/a'da ise İçişleri Bakanlığı teftiş kurulu başkanlığının görevleri arasında, bakanın emri ve onayı üzerine mahalli idarelerle, bunlara bağlı ve bunların kurdukları birlik, işletme, müessese ve teşebbüslerin işlem ve hesaplarını teftiş etmek ve denetlemek, inceleme ve soruşturma yapmak yer almaktadır. Bkz. Yılmaz, s. 492, dpnt. 599.

15 Anayasa Mahkemesi, E. 1987/18, K. 1988/23, T. 22.06.1988.

Anayasa madde 127'nin ilk fıkrası ile mahalli idarelerin yetkileri ve sınırları öncelikle 'il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak' olarak belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "mahalli müşterek ihtiyaç" ölçütü, yerel yönetimlerin görev ve yetkilerinin sınırını çizmektedir. Yasa koyucu, yerel yönetimlerin görevlerine ilişkin bir düzenleme yaparken, bu ölçütü gözetmek zorundadır¹⁶. Ancak gerek Anayasa'da gerekse ilgili mevzuatta mahalli müşterek ihtiyaç kavramı tanımlanmamıştır. Kavramın iinin doldurulması, hangi faaliyetin merkezi idarece hangi faaliyetin mahalli idarece yerine getirileceğinin ortaya konulması açısından önemlidir. Anayasa'nın 127. maddesi gereğince, yerel nitelikte bir hizmetin merkezi yönetime bırakılması Anayasa'ya aykırı olacağı gibi ulusal düzeyde yürütülmesi gereken bir hizmet de mahalli idarelere bırakılamaz¹⁷.

'Mahalli' kelimesi ile öncelikle idarenin yer bakımından yetkisi ve sınırları belirlenmektedir. Ayrıca mahallilik kavramı ile bir yandan coğrafi bir sınırlama ifade edilirken diğeri yandan bir yere özgülük de kastedilmektedir. 'Müşterek ihtiyaç' kavramı ise kişilere özel olmayan ortak ihtiyaçlar anlamına gelmekte, 'halkın' kelimesi de ihtiyacın genelliğini ve ortaklığını vurgulamaktadır. Öte yandan halk ile temel olarak insan topluluğunun ihtiyaçları hedeflenmişse de yalnızca insanların değil canlı ve cansız tüm yerel ekosistemin gereksinimleri de mahalli müşterek ihtiyaç kapsamında ele alınmalıdır. Halk kelimesi insan merkezli bir yaklaşımın benimsendiğini göstermektedir ama 'halkın mahalli müşterek ihtiyaçları' kavramına bütün olarak baktığımızda ekolojik yaklaşımın da benimsenmesi mümkündür.

Mahalli müşterek ihtiyacın ne olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi'nce yapılan tanım şu şekildedir: '... herhangi bir yerel yönetim birimi sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özelliklerini değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemlerle durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir.'¹⁸. Kararda ihtiyacın öncelikle yerel, ortak ve kamusal niteliğine vurgu yapılmıştır. Yerellik dışındaki diğeri kıstaslar, merkezi idarenin görevleri belirlenirken de gözönünde bulundurulması gereken temel unsurlardır. Dolayısıyla il, belediye ve köy yönetiminin yetkileri ve sınırları belirlenirken temel kavramlardan biri 'mahalli ihtiyaç' olmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin daha yakın tarihli bir kararında aynı tanım yapıldıktan sonra '... etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları

16 Anayasa Mahkemesi, E. 2005/95, K. 2007/5, T. 24.1.2007.

17 Turan Yıldırım, "Yerinden Yönetim Teşkilatı", Ed. Turan Yıldırım, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2018, s. 77.

18 Anayasa Mahkemesi, E. 1987/18, K. 1988/23, T. 22.6.1988.

*aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen, yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentiler*¹⁹ olarak ifade edilmiştir.

Yerel gereksinimlerin ne olduğunu en iyi o yörede yaşayan kişilerin bileceği ve merkezi idareye göre daha kolay ulaşabilecekleri varsayılan yerel yöneticilere taleplerini iletebilecekleri için ihtiyaçların nitelik ve nicelik itibarıyla daha iyi giderileceği düşüncesi ile mahalli müşterek nitelikteki kamu hizmetlerinin giderilmesi görevi yerel yönetimlere verilmiştir. Ancak bulunulan yörede halk tarafından ihtiyaç olarak talep edilmese dahi çağdaş yaşam koşullarının sağlanabilmesi için mutlaka giderilmesi gereken temel insani gereksinimler de vardır. Ayrıca kimi zaman yerel ihtiyaç olarak tanımlansa da mahalli idarelerin imkânlarının yetmediği temel gereksinimler de ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla mahalli müşterek ihtiyacın sınırlarının nerede bittiğini, merkezi idarenin nerede devreye girmesi gerektiğini belirlemek her zaman için kolay değildir. Örneğin elektrik tedariki önceleri belediyelerce verilen yerel bir hizmetken²⁰, daha sonra merkezi idareye devredilmiş, günümüzde ise özel sektöre satılan bir mal haline gelmiştir²¹. Günday'a göre, Anayasa'nın 5. maddesinde belirlenen ve devlete genel olarak yüklenen görevler ile bu genel görevlerin somutlaştırılması niteliğinde olan ve Anayasa'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığını taşıyan ikinci Kısımın Üçüncü Bölümünde öngörülen görevler esas itibarıyla merkezi idare tarafından yerine getirilmelidir. Buna karşılık bu görevlerin aynı yörede yaşayanların salt o yörede yaşamaktan kaynaklanan ortak beklentilerinin karşılanmasına yönelik olan öğeleri somut bir biçimde ayrılarak yerel yönetimlere görev olarak verilebilmelidir²². Öte yandan devletin egemenlik hakkından kaynaklanan uluslararası ilişkiler, milli güvenlik ve adalet gibi bazı hizmetlerin mahalli idarelerce sunulamayacağı, Anayasa'nın bu görevleri doğrudan doğruya devlete verdiği genel olarak kabul görmektedir²³.

19 Anayasa Mahkemesi, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12.9.2013

20 "Bir kent ve kasaba belediyesi sınırları içinde oturan halkın tükettiği elektriğin ortak ve mahalli gereksinimi karşıladığı kuşkusuzdur ve Anayasanın 116. maddesinin 1. fıkrası gereğince bu gereksiniminin karşılanması da belediyelerin görevleri içindedir." Anayasa Mahkemesi, E. 1976/57, K. 1877/71, T.10.5.1977.

21 Nur Kaman, *Elektrik Piyasası Lisanslarının Tabi Olduğu Hukuki Esaslar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 59 vd.

22 Metin Günday, "Kamu Yönetimi Reformunun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Yönünden Değerlendirilmesi", *Danıştay ve İdari Yargı Günü: 137. Yıl*, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 2005, s. 174.

23 Danıştay, Diyarbakır İl Genel Meclisinin "Avrupa Birliği Müktesebatını İzleme Komisyonu" kurulması kararını hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. "... İhtisas komisyonu kurma konusunda yetkili olan il genel meclisinin; ancak, il özel idaresine kanunla verilen görev ve yetki kapsamında ihtisas komisyonu kurabileceği; bu belirlemeler dışında, il genel meclisince görev ve yetkileri içinde bulunmayan konularda ihtisas komisyonları kurulmasının mümkün olmadığı ... il özel idarelerinin dış politikalarla ilgili olarak yetkilendirilmediği ve görevlendirilmediği açıktır." Danıştay 8. Daire, E. 2008/1180, K. 2008/5500, T. 26.09.2008.

Örneğin Fransa’da 27 Ocak 2014 tarihli Yerel Yönetimler Genel Kodu’nda Değişiklik Yapan Kanun ile bazı egemenlik yetkilerinin mahalli idarelere devredilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre vatandaşlık, temel haklar, adalet hizmeti, ceza ve ceza muhakemesi hukuku, dış politika, savunma, güvenlik ve kamu düzeni gibi konular mahalli idarelere devredilemeyecektir, bu konularda yetki ancak devlet adına kullanılacaktır²⁴.

Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı²⁵ hangi kamusal işlerin yerel yönetimler tarafından hangilerinin ise merkezi yönetim tarafından yerine getirileceğine dair bir belirleme yapmamıştır²⁶. Şart, madde 4/1’de yerel yönetimlerin temel yetki ve sorumluluklarının anayasalar ya da yasalar ile belirlenmesi öngördükten sonra madde 4/2’de yerel yönetimlerin kanun tarafından belirlenen sınırlar içerisinde, yetki alanları dışında bırakılmayan veya başka herhangi bir makamın görevlendirilmemiş olduğu tüm konularda faaliyette bulunmak açısından tam bir takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir.

Mahalli müşterek ihtiyaçların giderilmesi konusunda mahalli idareleri yetkilendiren ancak mahalli müşterek ihtiyacın ne olduğunu tanımlamayan ya da çekirdek bir görev alanı belirlemeyen Anayasa, madde 127/2 ile kanun koyucuyu yetkilendirmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre de kavramı somutlaştıracak, yerel ortak gereksinimlerin neler olduğunu belirleyecek olan kanun koyucudur²⁷. Yasama organının öncelikle tüm mahalli idareler için geçerli olan müşterek ihtiyaçları belirleyerek bunu kanunlaştırması gerekir. Nitekim Türk hukukunda her bir mahalli idarenin görev ve yetkileri kendi özel kanunlarında sayılmıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre de yasallık ilkesi gereğince yasama organının, her şeyden önce bir hizmetin yerel mi, yoksa ülke düzeyinde mi olduğunu belirlemesi ancak yerel düzeyde görülen hizmetlerin yasada tek tek sayılması ile gerçekleşecektir. Mahkeme’ye göre, aksi takdirde yurttaşlara standart bir kamu hizmeti sunma olanaksızlaşacak, hizmetler yönünden bölgesel ve yerel dengesizlikler artacaktır²⁸. Öte yandan belirli bir yer için müşterek ihtiyaç olmayan şey bir başka yer için mutlaka giderilmesi gereken müşterek bir ihtiyaç olabilir. Bu nedenle mahalli müşterek ihtiyacın belirlenmesi konusunda

24 Fatma Didem Sevgili-Gençay “Yerel Yönetim Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri ve İşlevi”, *Memleket, Siyaset, Yönetim Dergisi*, Cilt 10, Sayı 24, Temmuz 2015, s. 46.

25 8.5.1991 tarih ve 3723 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. RG. T. 3.10.1992, S. 21364.

26 Yılmaz, s. 177.

27 Anayasa Mahkemesi, E. 2011/106, K. 2012/192, T. 29.11.2012.; Anayasa Mahkemesi, E. 1990/1, K. 1990/2, T. 16.7.1990.

28 Anayasa Mahkemesi, E.1987/18, K.1988/23, T. 22.06.1988.

mahalli idarelere takdir yetkisi de tanınmalıdır. Gözler'e göre bunun için ayrı bir düzenlemeye gerek yoktur, ü müşterek ihtiyaçların giderilmesi konusunda mahalli idarelerin yetkisi doğrudan Anayasa'dan kaynaklanmaktadır²⁹. Karahanoğulları ise idarenin kanuniliği ilkesinin mahalli idareler için de geçerli olduğunu, mahalli idarelerin yetkileri düzenlenirken, herhangi bir belirleme yapılmaksızın "mahalli müşterek ihtiyaçlar yerel yönetimlerce karşılanır" biçiminde bir kuralın yasama yetkisinin devri anlamına geleceğini ve bu nedenle de Anayasa'ya aykırı olacağını ifade etmektedir³⁰. Anayasa Mahkemesi'ne göre de mahalli idarelere kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görevleri yapmakla görevlendirildiklerine dair kapsamı belli olmayan genel bir yetkinin verilmesi mümkün değildir. Mahkeme'nin ifadesiyle "Yönetel örgütlenmede, merkezi yönetim konu yönünden genel, yerel yönetimler ise özel görevlidir. Bunun sonucu olarak, yasalarda, merkezi yönetimin görevleri soyut ve genel, yerel yönetimlerin görevleri somut ve belirgin biçimde düzenlenmelidir."³¹.

Bu anlayış çerçevesinde Türkiye'de mahalli idarelerin görevleri belirlenirken sayma usulü benimsenmiştir. Sayılmayan, kalan tüm yetkilerin ise merkezi idareye ait olduğu kabul edilmektedir. Mahalli idarelerin yetkileri belirlenirken, genel/blok yetkilendirme veya liste/sayma usulü gibi yöntemler kullanılmaktadır³². Örneğin 1930 tarihli, mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde belediyelerin görevleri liste usulü ile sayılmış ancak 19. maddesinde, sayılan görevleri yerine getirdikten sonra belde sakinlerinin medeni ve müşterek ihtiyaçlarını karşılayacak her türlü teşebbüsü icra edecekleri ifade edilmiş idi. Halen yürürlükte olan 2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde ise sayma yolu ile belirlenen görevlerden sonra yapılan genel yetkilendirme Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir³³. Öte yandan Anayasa Mahkemesi 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'na ilişkin kararında farklı bir yorum yaparak, yasa koyucunun görevin mahalli müşterek niteliğini vurgulamış olmasını yeterli görmüş ve her bir kamu hizmeti bakımından yasa koyucunun mahalli müşterek nitelikte olanları tek tek saymasına gerek olmadığını söylemiştir³⁴.

29 Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, Ocak 2018, s. 122.

30 Onur Karahanoğulları, "Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi", *Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu*, Türkiye Belediyeler Birliği Yayınları, Ankara, 2013.

31 Anayasa Mahkemesi, E. 2005/95, K. 2007/5, T. 24.1.2007.

32 Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 103 vd.; Sevgili-Gençay, s. 49 vd.

33 Anayasa Mahkemesi, E. 2005/95, K. 2007/5, T. 24.1.2007.

34 Anayasa Mahkemesi, E. 2005/32, K. 2007/3, T. 18.1.2007.

Mahalli müşterek ihtiyaç kavramına ilişkin Yüksek Mahkeme kararlarına baktığımızda özellikle merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki yetki çatışmaları üzerine kararlar verildiği görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi imar planlarına ilişkin bir kararında, merkezi yönetimin bu alandaki yetkisinin makro düzeyde olduğunu, yerel imar planlarının düzenlenmesinde yerel ortak gereksinimlerin ön planda olması nedeniyle parsel düzeyine kadar ‘gerekli görüldüğü hallerde’ gibi merkezi idareye takdire dayalı uygulama yetkisi veren düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır³⁵. Ancak daha yakın tarihli bir kararında, ‘Yerel imar planlarının ülke ve bölge düzeyindeki planlarla, çevresi ve varsa metropoliten alan planlamalarıyla uyum içinde olması gerekir. Bu nedenle imar planlamasının mutlaka ve yalnızca yerel bir gereksinim olarak nitelendirilmesi zordur. İmar planlarının bu çok yönlü durumu nedeniyle İmar Kanunu ile imara ilişkin yetkiler merkezi yönetim ile yerel yönetim arasında paylaştırılmıştır...Yerel imar planlarının düzenlenmesinde yerel ortak gereksinimlerin göz ardı edilemeyeceği kuşkusuzdur. Ancak bundan hareketle, imar planlarının münhasıran belediyelere ait bir yetki olduğu, merkezi yönetim birimlerine bu yetkilerin verilemeyeceği sonucuna varılamaz’ sonucuna varmıştır³⁶. Öte yandan Boğazlardan güvenli geçişin sadece İstanbul ve Çanakkale’de yaşayanların mahalli müşterek ihtiyacı olmadığı, meselenin çözümüyle ilgili ihtiyacın milli, hatta milletlerarası boyuta ulaştığı gerekçesiyle, imar plan ve projeleri konusunda yetkinin mahalli idarelerde olması gerektiği iddiasını haksız bulmuştur³⁷. Anayasa Mahkemesi’ne göre kıyıların korunması ve düzenlenmesi yalnızca mahalli müşterek ihtiyaç değildir. Kıyıların doldurulması, kenar çizgisinin saptanması, kıyı ve sahil şeridinde, doldurulacak alanlarda plan ve ruhsat yetkisine ilişkin olarak merkezi idare birimlerine yetki veren düzenleme, kıyı kamu malının anayasal özelliği ve karşılanan ihtiyacın ülkesel niteliği esas alınarak Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır³⁸. Gecekondu dönüşüm projesi uygulanacak alanlarla, toplu konut alanlarıyla sınırlı olarak çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde imar plânı yapma yetkisinin Toplu Konut İdaresi’ne verilmesi Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır³⁹. Özelleştirme kapsamında yer alan taşınmaz mallar için imar planları yapma yetkisinin bir kamu kurumu olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’na verilmesinin Anayasa’ya uygun olduğu sonucuna varmış ve yerel yönetimlerin özerkliğine

35 Anayasa Mahkemesi, E. 1990/39, K. 1991/32, T. 26.9.1991.

36 Anayasa Mahkemesi, E. 2008/39, K. 2008/134, T. 22.07.2008.

37 Anayasa Mahkemesi, E. 2011/149, K. 2012/187, T. 22.11.2012.

38 Anayasa Mahkemesi, E.1990/23, K.1991/29, T. 18.9.1991.

39 Anayasa Mahkemesi, E. 2004/61, K. 2004/123, RG. 26.10.2005.; Anayasa Mahkemesi, E. 2010/41, K. 2012/19, T. 09.02.2012.

aykırı bulunmamıştır⁴⁰. Anayasa Mahkemesi'ne göre, okul öncesi eğitim kurumu açmak program ve yöntem itibarıyla ulusal nitelikte olduğundan, mahalli müşterek nitelikte ihtiyaç değildir⁴¹. Sivil hava taşımacılığı faaliyetlerinin de belediyelerin görev alanına girmediğine karar verilmiştir⁴². Danıştay tarafından verilen bir kararda ise yerel yönetimlere tanınan gıda denetim yetkisinin genel sağlığı ilgilendirmesi bakımından merkezi yönetime aktarılmasını ön-gören yasal düzenlemenin Anayasa'nın yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır⁴³. Sonuç olarak yüksek mahkemelerin merkezi idarenin yetkilerini genişletme eğilimde olduğu söylenebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi bir başka kararında idarenin bütünlüğü ilkesini vurgulayarak, merkezi idareye tanınan yetkilerin yerel yönetimleri ortadan kaldırma ya da etkisiz kılma amacına yönelik olmaması gerektiğini de belirtmektedir⁴⁴.

II. Mahalli İdareler Arasında Yetki ve Sınır Sorunu

Mahalli idarelerin yetki ve sınırları belirlenirken incelenmesi gereken bir diğer konu mahalli idarelerin kendi aralarındaki yetki ve sınır sorunudur. Anayasa madde 127'de belirlenen il, belediye ve köy ile madde 127/3'e dayanarak kurulan büyükşehir belediyelerinin yetkileri kimi zaman coğrafi olarak kimi zamansa konu açısından çakışabilmektedir. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 4. maddesinin 3. fıkrasına göre: 'Kamu sorumluluklarının ifası yükümlülüğü kural olarak vatandaşlara en yakın kamu otoritesine verilmelidir. Bir görevin yerel yönetimler dışında bir makama verilmesi görevin önemi, yapılacak işlerin niteliği ile etkinlik ve ekonomik gerekleri sebebiyle yapılmalıdır'⁴⁵. Gözler'e göre, Anayasa'nın 90. maddesi gereği Şart kanun hükmünde olduğundan subsidiarite ilkesinin Türk hukukundaki pozitif dayanağı olarak görülmeli ve uygulanmalıdır⁴⁶. Subsidiarite, temel olarak hizmetin sunulmasında halka yakınlık, yerellik olarak ifade edilmektedir⁴⁷. Yerinden yönetim ilkesinin de gereği halkın mahalli müşterek ihtiyaçlarının en yakın, en küçük idari birim tarafından giderilmesidir.

40 Anayasa Mahkemesi, E. 2005/98, K. 2006/3, T. 05.01.2006.

41 Anayasa Mahkemesi, E. 2005/95, K. 2007/5, T. 24.1.2007. Kararın eleştirisi için bkz. Gözler, s. 132-133.

42 Anayasa Mahkemesi, E. 2006/131, K. 2007/4, T. 24.1.2007.

43 Danıştay 10. Daire, E. 1996/5391, K. 1998/6116, T. 25.11.1998.

44 Anayasa Mahkemesi, E. 2011/106, K. 2012/192, T. 29.11.2012.

45 Yılmaz, s. 179.

46 Gözler, s. 147.

47 Bkz. Ruşen Keleş, "Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi ve Yerel Yönetimler", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 1995, s. 7 vd.; Ümit Şahin, "Halka En Yakın Hizmetlerin Etkin Sunulması Kapsamında Subsidiarity (Yerellik) İlkesi ve Türk Kamu Yönetimi Üzerine Bir Değerlendirme", *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari İlimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3, 2018, s. 19-30.

Mahalli idareler arasında en sık yetki çatışması büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasında gözlenmektedir. Yer bakımından yetkileri örtüşen iki ayrı kamu tüzel kişiliğinin konu açısından çatışabildiği görülmektedir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda büyükşehir belediyesinin görev ve yetkileri liste usulü ile sayılmıştır. 5216 sayılı Kanun madde 7/3-a'da ise 'kanunlarla münhasıran büyükşehir belediyesine verilen görevler ile birinci fıkrada sayılanlar dışında kalan görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak' büyükşehir ilçe belediyelerinin görev ve yetkisindedir denilerek ilçe belediyelerinin genel yetkili belediyeler olduğu Kanun'da açıkça ifade edilmiştir. Büyükşehir sınırları içindeki ilçe belediyeleri arasında yetki sorunu çıktığında ise 5216 sayılı Kanun madde 27 gereğince büyükşehir belediye meclisi yönlendirici ve düzenleyici kararlar alma yetkisine sahiptir.

Büyükşehir idaresinin başı olan büyükşehir belediye başkanının görev ve yetkileri 5216 sayılı Kanun'un 18. maddesinde sayılmıştır. Büyükşehir belediye başkanının gerektiğinde görev ve yetkilerinden bir veya birkaçını ilçe ve ilk kademe belediye başkanlarına devredebileceği yönündeki 18. maddenin (1) bendi, devredilebilecek yetkilerin yasayla açıkça düzenlenmesi gerektiği gerekçesi ile iptal edilmiştir⁴⁸. Büyükşehir belediyesinin tümünü ilgilendirenler de dahil olmak üzere büyükşehir belediye başkanının tüm görev ve yetkilerini gerektiğinde devredebilmesine olanak sağlayan düzenleme, belirlilik unsuru açısından hukuk güvenliği dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, mahalli müşterek ihtiyacın boyutları ile bağlantılı olarak, büyükşehir çapında planlama ve koordinasyon gerektiren veya mali bakımdan büyükşehir tarafından yapılması gereken görev ve hizmetlerin büyükşehir belediyesince yapılmasının kaçınılmaz olduğunu; ilçe ve ilk kademe belediyelerinin bazı görev ve yetkileriyle özerkliklerinde kısmen sınırlandırma yapılmasını büyük yerleşim yerleri için öngörülen büyükşehir kurulmasına bağlı doğal bir sonuç olarak değerlendirmektedir⁴⁹. Bir başka kararda ise ilçe belediyelerinin bazı görev ve yetkilerinin büyükşehir belediyelerine devrinin işin doğası gereği olduğu söylendikten sonra büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasında görev dağılımının kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğu ve bu takdir yetkisinin dar yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁰. Büyükşehirlerde kurulacak alışveriş merkezlerinin, kent bütünlüğü ve etki-leyeceği alanın genişliğini gözönünde bulundurarak yapı ruhsatı ve yapı kul-

48 Anayasa Mahkemesi, E. 2004/79, K. 2007/6, T. 25.1.2007.

49 Anayasa Mahkemesi, E. 2004/79, K. 2007/6, RG. 17.1.2008.

50 Anayasa Mahkemesi, E. 2015/34, K. 2015/48, T.23.05.2015; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12.9.2013.

lanma izni verilmesi konularındaki yetkinin büyükşehir belediyelerine verilmesinde kamu yararı dışında bir amacın gözetilmediği sonucuna varılmıştır⁵¹. Büyükşehir belediyelerinin bulunduğu yerlerde il özel idarelerinin kaldırılması ve büyükşehir belediyesi sınırlarının il mülki sınırları olarak düzenlenmesi konusunda ise ildeki mahallî müşterek ihtiyaçların yine bir mahallî idare birimi olan büyükşehir belediyelerince yerine getirilecek olmasını gerekçe göstererek Anayasa'nın 127. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır⁵². Öte yandan hangi sınırın mahalli hizmetler için optimal ölçek sayılacağı yerindelik denetimi olacağını söyleyerek, anayasallık denetiminin kapsamı dışında görüldüğü kararı da bulunmaktadır⁵³.

Sonuç

Mahalli idarelerin bir yandan yetkilerini belirleyen bir yandan sınırlayan, halkın mahalli müşterek ihtiyaçları kavramı her somut hizmetin özelliklerine göre tartışılması gereken bir kavramdır. Hukukun yanı sıra siyasi, coğrafi, ekonomik, çevresel ve kültürel pek çok unsur mahalli müşterek ihtiyacın ne olduğunu belirlerken ne şekilde, kim tarafından sunulması gerektiğini de belirlemektedir. Ancak merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarının birlikte geçerli olduğu anayasal sistemimizde gerek hizmetlerin daha iyi verilebilmesi gerekse demokratik ilkelere uygunluk açısından mahalli müşterek ihtiyaçların yetkin olan en yakın mahalli idare birimi tarafından sunulması gerekir. Yüksek yargı kararları daha çok merkezi idarenin ya da daha büyük olan mahalli idarenin yetkilendirilmesi yönündedir. 2017 Anayasa değişiklikleri ile merkezi idare güçlendirilmesine rağmen mahalli idarelere ilişkin maddelerde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şart'ını da kabul ettiğimiz gözönünde bulundurulursa mahalli idarelerin görevleri olan mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçları yerine getirebilmeleri için gerekli imkânlarla sahip kılınması gerekir.

51 Anayasa Mahkemesi, E. 2015/34, K. 2015/48, T.23.05.2015.

52 Anayasa Mahkemesi, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12.09.2013

53 Anayasa Mahkemesi, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12.9.2013.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Emre, *Türk Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2011/106, K. 2012/192, T. 29.11.2012.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1976/57, K. 1877/71, T.10.5.1977.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1987/18, K. 1988/23, T. 22.06.1988.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1990/1, K. 1990/2, T. 16.7.1990.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1990/23, K.1991/29, T. 18.9.1991.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1990/39, K. 1991/32, T. 26.9.1991.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2004/61, K. 2004/123, RG. 26.10.2005.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2004/79, K. 2007/6, T. 25.1.2007.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2005/32, K. 2007/3, T. 18.1.2007.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2005/95, K. 2007/5, T. 24.1.2007.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2005/98, K. 2006/3, T. 05.01.2006.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2006/131, K. 2007/4, T. 24.1.2007.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2008/39, K. 2008/134, T. 22.07.2008.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2010/41, K. 2012/19, T. 09.02.2012.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2011/149, K. 2012/187, T. 22.11.2012.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12.9.2013
- Anayasa Mahkemesi, E. 2015/34, K. 2015/48, T.23.05.2015.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/125, K. 2020/4, T. 22.1.2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2019/78, K. 2020/6, T. 23.1.2020.
- Danıştay 10. Daire, E. 1996/5391, K. 1998/6116, T. 25.11.1998.
- Danıştay 8. Daire, E. 2008/1180, K. 2008/5500, T. 26.09.2008.
- Gözler, Kemal, *Mahalli İdareler Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, Ocak 2018.
- Günday, Metin, “Kamu Yönetimi Reformunun İdari Yapılanmaya İlişkin Anayasal İlkeler Yönünden Değerlendirilmesi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü: 137. Yıl*, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 2005.
- Gündüz, Ebru, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 33, 2015, s. 63-89.
- Kaman, Nur, *Elektrik Piyasası Lisanslarının Tabii Olduğu Hukuki Esaslar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Karahanoğulları, Onur, “Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi”, *Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu*, Türkiye Belediyeler Birliği Yayınları, Ankara, 2013, s. 65-97.

- Keleş, Ruşen, “Hizmette Halka Yakınlık (Subsidiarity) İlkesi ve Yerel Yönetimler”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 1995, s. 3-14.
- Sevgili-Gençay, Fatma Didem, “Yerel Yönetim Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri ve İşlevi”, *Memleket, Siyaset, Yönetim Dergisi*, Cilt 10, Sayı 24, Temmuz 2015, s. 43-61.
- Şahin, Ümit, “Halka En Yakın Hizmetlerin Etkin Sunulması Kapsamında Subsidiarity (Yerellik) İlkesi ve Türk Kamu Yönetimi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari İlimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3, 2018, s. 19-30.
- Yasin, Melikşah, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 36, Sayı 1, 2019, s. 315-333.
- Yıldırım, Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 36, Sayı 1, 2019, s. 293-314.
- Yıldırım, Turan, “Yerinden Yönetim Teşkilatı”, Ed. Turan Yıldırım, *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2018.
- Yılmaz, Zülfiye, *Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı* **

Right to Trial within a Reasonable Time in Criminal Procedure
in the Light of Constitutional Court Decisions

Coşkun KOÇ***

Öz

Makul sürede yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır. Ülkemizde ceza yargılamalarının makul sürede bitirilememesi önemli bir yargısal sorundur. Hukuki uyumsuzlukların yargılama makamları önünde zaman içinde uzayıp gitmesi, her şeyden önce tarafların yargıya olan güvenini zedeledir. Geciken adaletten dolayı şüphelinin, sanığın, mağdurun ve toplumun yaşadığı kayıplar yaralayıcı boyutlara varabileceği gibi bu kayıpların telafisi de çok güçtür. Meseleye iç hukuk açısından baktığımızda, Anayasa'nın 141. maddesinde: "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir." denilmek suretiyle davaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerekliliği açıkça düzenlenmiştir. Bu bağlamda, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hem de Anayasa'nın ortak koruma alanı içerisinde yer alan makul sürede yargılanma hakkına ilişkin bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilebilir bulunmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 23.09.2012 tarihinden itibaren kesinleşen kamu tasarrufları ile yargı kararlarına karşı makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarını esaslan incelemektedir. Bu sayede uzun süren ceza yargılamaları ile mağdur olan başvurucuya etkili bir hukuk yolu ve uygun bir telafi imkânı sağlanmaktadır.

Bu çalışmada, öncelikle ceza muhakemesinde makul süre kavramı üzerinde durulacaktır. Ardından Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak verdiği kararlarında, bu hakkı yorumlayışı ve getirilen temel ölçütler

* Makale gönderim tarihi: 22.01.2020. Makale kabul tarihi: 29.05.2020. Coşkun Koç, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 89-113; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.1.06>.

** Bu makale, 2017 yılında, Bandırma'da, "Resconggress 1.Eğitim Bilimleri ve Sosyal Bilimler Sempozyumu" isimli uluslararası bir sempozyumda sunulan "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkına Bakış" başlıklı tebliğden geliştirilmiştir.

*** Dr. Öğr. Üyesi, Kafkas Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu. İletişim: coskunkoc01@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9453-5919>.

üzerinde durulup, yeri geldiğinde birtakım eleştirilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma, makul süre, ceza muhakemesi.

ABSTRACT

The right to a trial within a reasonable time constitutes one of the utmost prominent factors of the right to a fair trial, as set forth in Article 6 of the European Convention on Human Rights. It is an essential judicial issue that the criminal proceedings in our country cannot be completed within a reasonable time. The prolongation of legal disputes in front of the judicial authorities undermines essentially the confidence of the parties to the judgment. It is very challenging to compensate for the damages of the suspect, defendant, victims and the society because of late judgment since the damages may be hurtful. When we consider the issue in terms of domestic law, it is clearly stated in the 141st article of the Constitution that the cases should be completed within a reasonable time by stating, "It is the duty of the judiciary to conclude trials as quickly as possible and at minimum cost." In this context, individual applications for the right to a fair trial within the common protection area of the European Convention on Human Rights and the Constitution are considered acceptable by the Constitutional Court. The Constitutional Court examined the individual applications against the judgments together with the public decisions that have been finalized since September 23, 2012, examined principally the allegations on the violation of the right for a fair trial. Hence, this constitutes an appropriate and effective remedy for the applicant, who is a victim of delayed criminal proceedings.

In this study, firstly, the concept of reasonable time in criminal procedure will be emphasized. Then, we are going to emphasize the decisions of the Constitutional Court on the right to a trial within reasonable time, Court's interpretation and main criteria about this right and we are going to criticize when it is necessary.

Keywords: Rule of law, constitutional court, fair trial, reasonable time, criminal proceedings.

Giriş

Hukuksal uyumsuzlukları çözümlenmek üzere yürütülen bir yargılama süreci sonucunda, adaletli çözüme ulaşılması yargı erkinin temel işlevidir. Bu temel işlevin yerine getirilmesinde, yargılama sürecinin kapsadığı zaman diliminin uzunluğu önemli bir etkidir. Yargı mercilerine duyulan güvenin korunması için hakkın mümkün olan en kısa sürede hak sahibine teslim edilmesi, uyumsuzluğun taraflarının en kısa sürede tatmin edilmesi gerekmektedir. İhtiyaç olunandan daha uzun süre devam eden bir yargılama süreci, adaletin gerçekleştirilememesi riskini bünyesinde barındırır. Bu risk bazen delillerin korunmasında doğabilecek sorunlardan, bazen tarafların uzayan davanın yargılama

giderlerini karşılama kapasitesini yitirmesinden, bazen de tarafların yargılama sürecinden manevi yönden yıpranmasından kaynaklanabilir. Belirtilen bu nedenler yargıya olan güvenin yitirilmesiyle ve yargısal mekanizmaların işleyişinden umulan yararın elde edilememesinden dolayı adalete olan inancın zayıflamasıyla sonuçlanabilmektedir¹.

Adil yargılanma hakkının bir alt unsuru olan makul sürede yargılanma hakkı, ceza hukuku açısından hakkında suç isnadı bulunan kimsenin mümkün olan en kısa sürede yargılanması anlamına gelmektedir. Ancak ülkemizde sıkça görüldüğü üzere ceza yargılaması gereğinden fazla sürüncemede kalarak kişinin hakkının temininde gecikme yaşanabilmektedir. İşte bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru suretiyle uğranılan mağduriyetin giderilmesi talep edilmektedir. Zira makul sürede yargılanma hakkını gözetmek devletin görev alanına girmekte ve devletin pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır.

Çalışmamızda belirttiğimiz öneminden hareketle, ceza muhakemesinde makul sürenin saptanmasında Anayasa Mahkemesinin kullandığı ölçütler ve yargılanmanın makul süre içerisinde yapılmasının tespitine ilişkin sürenin başlangıç ve bitişi ele alınmıştır.

I. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının bir görünümü olan makul sürede yargılanma hakkının Anayasal veya yasal bir tanımı bulunmamakla birlikte bu hakka ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer verilmiştir. Ayrıca, makul sürede yargılanma hakkı AİHM ve Anayasa Mahkemesinin çok sayıda içtihadına konu olmuştur².

Makul süre içerisinde yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesi içerisinden çıkmaktadır³. Hukuk devleti ise en genel anlamıyla kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6'ncı maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan "makul sürede yargılanma hakkı", herkese, davasının makul bir süre içinde sonuçlandırılmasını isteme hakkı vermektedir. Nitekim Sözleşmenin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında yargılamanın makul bir süre içinde sonuçlandırılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu norm, hızlı yargılamanın insan

1 Ayşe Özkan Duvar, "Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 1, 2019, s. 288-289.

2 İsmail Şahin, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2019, s. 226.

3 Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 65.

hakları perspektifi açısından vazgeçilmez olduğunu ortaya koymaktadır⁴. Benzer bir düzenleme 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde mevcuttur. "Hak arama hürriyeti" başlıklı Anayasa m. 36/1'de, "adil yargılanma" hakkına yer verilmek suretiyle kişinin makul sürede yargılanma hakkına sahip olduğu zımni olarak kabul edilmiştir⁵. Muhakemenin mümkün olan en kısa sürede bitirilmesini ifade eden bu hak hem ceza, hem idari yargı, hem de hukuk davaları için geçerlidir. Tüm hak arayanlar için geçerli olan bu ilkenin amacı; uyuşmazlığın taraflarını yargılanma işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak, uyuşmazlık konusu hakka bir an önce ulaşabilmelerini sağlamak ve tarafların davanın sonucu konusunda endişe içinde yaşamalarını önlemektir. Ceza davaları açısından bir amaç daha vardır ki, suçsuzluk karinesine rağmen sanığa yapıştırılan suçluluk damgasının ve sanığın karşı karşıya kaldığı belirsizlik durumunun daha fazla sürmeden bir an evvel sonuçlanmasını sağlamaktır. Bahsettiğimiz olumsuzluklarından ötürü yargılamanın en az sonucu kadar, makul sürede bitmesi de önem taşımaktadır.

Toplumun yargı organlarına olan güveninin korunabilmesi, hakkın gerçek sahibine bir an önce tesliminin sağlanması ve uyuşmazlığın taraflarının en kısa süre içerisinde tatmin edilebilmesi açısından yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi ilkesi son derece önemlidir. Yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmemesi durumunun, tarafların yargıya güveninin sarsılması dolayısıyla bu davanın gecikmesinde yararı olana cesaret vermesi mümkündür. Ayrıca bu gecikme sebebiyle tarafların hak kaybı boşluğunu doldurmak için kendi adalet anlayışına, yani yasal olmayan bir şekilde zorla hak elde etme yoluna başvuracağı da açıktır⁶.

II. Ceza Muhakemesinde Makul Süre Kavramı ve Kapsamı

A. Kavram

Anayasamızın 141. maddesinin son fıkrasına göre, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu fıkradaki "mümkün olan süratle" ifadesini makul bir sürede muhakemenin tamamlanması olarak anlamak gerekir. Ancak hangi durumlarda makul sürenin aşıldığı konusunda ne AİHS'de ne de Anayasamızda somut bir süre öngörülmüş değil-

4 Martin Kuijer, "The Right to a Fair Trial: Effective Remedy for Excessively Lengthy Proceedings (Articles 6 and 13 ECHR)", *EJTN Seminar 'Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU'*, Cracow, 2013, s. 2.

5 Ersan Şen, *Ceza Yargılamasında Makul Süre*, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-drersan-sen/1742035>, (18.11.2018)

6 Sıddık Onur Özer, "Yargılama Hukukunda Bir Adil Yargılanma Hakkı Unsuru Olarak Makul Sürede Yargılanma", *Hukukçular Arası Makale Yarışması*, TBB Yayınları, Ankara, 2014, s. 96.

dir; AİHM'nin kararlarında da belirtildiği üzere her somut olayın özelliklerine göre hareket edilir⁷. Öncelikle “makul” kelimesi ile ifade edilmek istenen husus, hukukun temelinde yer alan “sosyal bakımdan kabul edilebilir davranışların sınırı” olarak açıklanabilir⁸. 1982 Anayasası'nın 141/4. maddesinde “makul süre” deyimini kullanılmamakla birlikte, “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir” hükmü ile makul süre tanımlanmaya çalışılmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 39. maddesi yargılamaların makul sürede tamamlanması amacına yöneliktir.

Makul kavramı son derece belirsiz bir kavramdır⁹. Dava süresinin yıl, ay, gün olarak hesaplandığında kısa ya da uzun olması, sürenin makul olup olmadığının tespitinde tek başına ölçüt değildir. Ancak ceza yargılamasındaki uzun süre tamamen de göz ardı edilemez. Bu nedenle sürenin makul olup olmadığını değerlendirmede, genellikle, muhakeme işlemlerinin toplam süresine bakılır. Bununla birlikte, istisnai olarak, işlemlerin belirli bir aşamasındaki, tek bir makul olmayan gecikme durumu da ihlal tespitine yol açabilir. Örneğin, davanın toplamda 4 yıl sürmesi, fakat bunun 3 yılının tek bir bilirkişi raporu beklenerek geçirilmesi gibi...¹⁰.

Yargılamanın makul sürede tamamlanıp tamamlanmadığı değerlendirilirken davanın karmaşıklığı, itham ve isnat edilen suçun niteliği; tarafların ve yetkili makamların tutumları, yargı sisteminin yapısal sorunları gibi faktörler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Davanın karmaşıklığının göstergeleri; olayın kapsamı ve güçlükleri, davadaki sanık ve tanık sayısının çokluğu, usuli işlemler, birleştirme ve ayırma işlemleri, çocukların yargılamaya dahil olması, uluslararası yazışmalar, iade işlemleri gibi hususlardır¹¹.

Yalnız burada şu husus da göz ardı edilemez; çabuk yargılama uğruna gerçeğin araştırılması ihmal edilemez ve yüzeysel bir araştırma ve sorgulamayla hemen sonuca gidilemez¹². Makul süre, davaların çabuk sonuçlandırılmasını, özellikle her ne pahasına olursa olsun çabuk bitirilmesini amaçlayan bir ilke değildir. Eğer böyle olsaydı, yargılama sonunda verilen kararın doğru bir karar olmasından feragat edilmiş olurdu. Bu nedenle yargılamanın çabuk değil,

7 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 245.

8 Feyyaz Gölcüklü, “Yargılama Makamları Önünde Makul Süre”, *İnsan Haklarının Uluslararası Korunması ve T.B.M.M. Sempozyumu*, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 1992, s. 1.

9 Michael A. Code, *Trial Within a Reasonable Time*, Carswell Publishing, Canada, 1992, s. 5.

10 Tezcan, Erdem, Sancakdar vd., s. 246.

11 Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 138.

12 Bıçak, s. 137.

makul süre içinde bitirilmesi amaçlanmıştır. Zira makul süre, önceden belirlenebilen bir süre veya azamî bir süre değildir. Bu, her dava ya da iş için ayrı ayrı uygulanması gereken akılcı bir tutumun ifadesidir¹³.

B. Makul Sürenin Hesaplanmasında Esas Alınacak Tarihler

Yargılamada makul sürenin tespit edilebilmesi için öncelikle belirlenmesi gereken yargılama süresinin başlangıcı ve bitişidir. Anayasa Mahkemesine göre;

“Ceza yargılamasının süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirildiği veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi birtakım tedbirlerin uygulandığı tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul süre şikâyetiyle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır.”¹⁴

Anayasa Mahkemesinin bu kararından da anlaşılacağı üzere Ceza davalarında makul süre, suç isnadıyla yani kişinin suç işleme şüphesi altına girmesi ile başlar. Dolayısıyla makul süre, çoğu zaman olayın ceza yargıca önüne getirilmesinden önce, polis veya savcılık soruşturması başlanıldığı tarihte veya yetkili makam tarafından kişinin suç işlediğine dair iddianın resmi bildirim ile işlemeye başlayabilmektedir¹⁵.

Sürenin sonu ise mümkün ve olası kanun yolları dahil yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihtir. Davada uygulanacak hükmün Anayasa Mahkemesine götürülmüş olması halinde bu merci önünde geçen süre kural olarak hesaba katılmaz. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararı asıl davanın esasını doğrudan doğruya etkiler cinsten ise bu mahkeme önünde geçen sürenin de makul sürenin hesabında göz önüne alınması gerekir¹⁶.

Anayasa Mahkemesinin makul sürenin sonunu, kesin hüküm olarak niteleyen kararına göre:

“Makul sürenin hesaplanmasındaki başlangıç tarihi 23.09.2012 tarihinden önce olan, ancak bu tarihte yargılaması devam eden veya verilen nihai karar henüz kesinleşmemiş olan ceza davaları ile ilgili olarak, dikkate alın-

13 Hakan Pekcanitez, “Medeni Yargıda Adil Yargılama Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1997, s. 43.

14 Hüseyin Kınağ Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/27472, Karar Tarihi: 11/12/2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (25.05.2020).

15 Karen Reid (Terc. Bahar Öcal-Düzgören), *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri*, Scala Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 151.

16 Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 123.

cak süre, 23.09.2012 tarihinden sonra geçen süre değil, suçun isnat edildiği tarihten itibaren geçen süredir. Dolayısıyla, ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olmadığı yönündeki şikâyetlerde, 23.09.2012 tarihinde derdest olmak şartıyla, suç isnadının gerçekleştiği tarihten nihai kararın ilgilisi tarafından öğrenildiği tarihe veya devam eden davalarda Anayasa Mahkemesinin başvuru kararına bağladığı tarihe kadar geçen süre dikkate alınacaktır.”¹⁷.

Olağanüstü kanun yollarına başvurulması halinde ise işleyecek süre, makul sürenin tespitinde dikkate alınmayacaktır. Zira olağanüstü kanun yollarına kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulabilir. Bu aşamada artık nihai karar verilmiş ve yargılama sonlandırılmıştır.

C. Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Makul Sürede Sonuçlandırılması İlkesi

Ülkemizde gerek yargılamada makul süre, gerekse tutuklulukta makul süre yönünden gerçekleşen hukuksal ihtilaflar yüksek orandadır. Tutuklulukta geçen süreler bazen iddianamenin düzenlenmesi ve sanıkların hakim karşısına çıkarılması sürecindeki sorunlar nedeniyle verilebilecek tavan cezaların süresini aşabilmiştir. Uzun süren ceza yargılamaları, bazen sanıkların tahliye olabilmek için aleyhlerindeki hükümlülük kararını temyiz etmekten vazgeçmesine sebebiyet vermektedir¹⁸. İşte muhakemenin makul süreyi aşmasının yarattığı olumsuzlukları gidermek maksadıyla CMK’da, birtakım düzenlemeler yer almaktadır.

CMK m.190/1 “*duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir.*” demek suretiyle yargılamanın makul süre içerisinde yapılmasını sağlamak istemektedir. Ancak CMK açısından ne kadarlık bir sürenin makul süre olduğu belirsizdir. Kanunda böyle bir makul yargılama süresi verilmemektedir. Kanaatimizce her somut olayın özelliklerine göre makul bir yargılama süresi belirlenmelidir.

Duruşma, tek oturumda bitirilemez ve oturumlar arasında uzun zaman aralıkları olursa, hakim önceki oturumlardan edindiği kanaati unuttur ve duruşmanın sonunda duruşmanın akışını tespit etmek için tutulan tutanaklardan, yani dosyadan olayı anlamaya çalışır. Bu durum, duruşmanın yoğunluğu, doğrudan doğruya-lığı ile sözlülüğü ilkelerinin göz ardı edilmesine, adeta belgeler üzerinden karar verilmesine ve belgelerin olayı anlama aracı olarak kullanılmasına sebebiyet verir¹⁹.

17 B.E. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/625, Karar Tarihi: 09/01/2014, <https://kararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr> (02.01.2020).

18 Duvan, s.291.

19 Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Bası, Ankara, Beta Yayınları, 2015, s. 676.

CMK, başta iddianamenin iadesi olmak üzere (m. 174) pek çok yeni düzenleme ile duruşmaların kural olarak tek celse olmasının yolunu açmıştır. Bundan sonra, dosya tekemmül ettirilmeden kamu davası açılmayacaktır. Öte yandan CMK m.171’de öngörülen hallerde kamu davası açma hususunda savcıya takdir yetkisinin verilmiş olması; takibi şikayete bağlı suçlarda uzlaşma öngörülmesi (TCK m.73, CMK m.253 vd.); dar da olsa ön ödemenin muhafaza edilmesi (TCK m. 75) yeni TCK’da kabahatlerin suç olmaktan çıkartılması mahkemelelerin yükünü azaltarak ceza muhakemesinin hızlanmasına ve daha kaliteli yapılmasına katkı sağlayacaktır²⁰.

CMK m.190/1, zorunlu hallerde ve makul sürede yargılanma ilkesini ihlal etmemek şartıyla duruşmaya ara vermesini de mümkün kılmaktadır. Nitekim CMK m. 190/1 c.2’ye göre: “Ancak, zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir.”. Ancak ülkemizdeki uygulamaya baktığımızda, duruşmaların uzun aralar verilerek sürdürüldüğünü görmekteyiz. Bu uygulama, tazminatı gerektiren bir hukuka aykırılık yaratmaktadır. Bu madde uyarınca ceza yargılamasında verilecek ara çok kısa olmalı ve duruşma bütünlük arz etmelidir.

Doktrindeki bir görüşe göre, duruşmaya ara verilmesine cevaz veren CMK m.190/1 c.2, uygulamadaki uzun araları yasallaştırıcı ve duruşmanın yoğunluğu ilkesini zayıflatıcı niteliktedir²¹. Biz de bu düşünceye katılmaktayız. Bu hüküm sayesinde ceza yargılamasında duruşmaların arası uzun tutulmakta ve bu suretle adil yargılanma hakkı zedelenmektedir. Makul sürede yargılanma hakkının tesisi için yasaya duruşmaların arasındaki azami sürenin ne kadar olacağı eklenmelidir.

Sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde, bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hakime vermesi şeklindeki düzenleme (CMK m.177) muhakemenin makul sürede sonuçlandırılmasını sağlamaya yöneliktir²².

5271 sayılı CMK’da muhakemenin makul sürede tamamlanması için başka düzenlemeler de yapılmıştır. Şahsi davanın kaldırılması kabahatlerin suç olmaktan çıkartılması, hakimin hukuka aykırı iddianameyi reddedebilmesi (CMK m.174), duruşmaya çapraz sorgu sisteminin getirilmesi (CMK m.201), uzlaşmaya ilişkin hükümler bu yönde atılan adımlardır.

20 Öztürk, s. 122.

21 Centel, Zafer, s. 677.

22 Bıçak, s. 138.

İstinaf ve temyiz incelemelerinin de makul sürede neticelendirilmesi gerekmektedir. Bölge adliye mahkemelerince ilk derece mahkemesi kararındaki hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi ile 303'üncü maddesinde yer verilen Yargıtay tarafından bozma kararı verilmeksizin hukuka aykırılığın giderilmesine dair hükümler, yargılamaların sürüncemede kalmamasını amaçlayan hükümlerdir²³.

Ceza muhakemesinde makul süre sadece kovuşturma değil, soruşturma evresi için de geçerlidir. Gerçekten uzun süren bir soruşturma, kişi güvenliği ve hukuk devleti ilkelerini ihlal eder. Bu nedendir ki, özellikle soruşturma evresinde başvuru koruma tedbirleri süre ile sınırlandırılmıştır²⁴. Buna rağmen mevzuatımızdaki tutuklama süreleri, ceza muhakemesinin makul sürede tamamlanması noktasında bazı sorunlar yaratmaktadır. Tutuklama süreleri ile makul sürede yargılanma ilişkisi öneminden ötürü çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

D. Tutukluluk Sürelerinin Makul Yargılama Süresiyle İlişkisi

Ceza yargılamasında sanık suçluluğu ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılacaksa da bu onun hakkında mahkumiyete kadar hiçbir şey yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira, sanık henüz suçlu değilse bile şüpheli olması nedeniyle masum da değildir. Bu nedenle, sanıklar hakkında bir takım yargılama önlemlerinin alınması belli sınırlar içinde kalmak kaydıyla suçsuzluk karinesini ihlal etmez²⁵. İşte bu önlemlerden bir tanesi tutuklamadır. Tutuklama, ceza muhakemesindeki en ağır koruma tedbiri olarak kesin bir hükümlerle mahkum olmadan kişinin hürriyetinin kaldırılmasıdır²⁶.

Ceza hukuku kişi hak ve hürriyetleri üzerinde en fazla etkisi olan bir hukuk disiplini²⁷. Başka bir anlatımla ceza hukuku devletin demir yumruğudur²⁸. Ceza muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlayan tedbirler içerisinde, kişi özgürlüğüne en ağır müdahaleyi, hiç şüphesiz, tutuklama oluşturmaktadır²⁹. Ülkemizde tutuklulukta geçen süreler yönünden yüksek oranda ihtilaf

23 Şahin, s. 227.

24 Özbek vd., s. 66.

25 İlhan Üzülmüş, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 58, 2005, s. 62-63.

26 Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 352.

27 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 107.

28 M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 13.

29 Mahmut Koca, "Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının 'Adli Kontrol' Tedbirinin Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2003, s. 111.

mevcuttur. Tutuklulukta makul süreye ilişkin sorunlar da yargılamada makul süreye ilişkin sorunlar kadar bireysel hak ihlallerine meydan verebilmektedir. Tutuklulukta geçen süreler bazen iddianamenin düzenlenmesi ve sanıkların hakim karşısına çıkarılması sürecindeki sorunlar nedeniyle verilebilecek tavan cezaların süresinin aşılması biçiminde ortaya çıkabilmektedir³⁰.

Tutuklulukta makul süre ile yargılamada makul süre esasında birbirinden bağımsız kavramlardır. AİHS’de yargılamanın makul sürede tamamlanmasına ilişkin düzenleme 6. maddede yer alırken tutuklulukta makul süre kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının düzenlendiği 5. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir.

Hukukumuzda tutukluluğa ilişkin süre CMK 102. maddede düzenlenmiş, bir yıl ve iki yıldan oluşan iki ayrı süre öngörülmüştür. Hangi şartlar altında bu sürelerin üzerine çıkılabileceği ise yine aynı maddede gösterilmiştir. Bu sayede sanığın makul sürede yargılanması gereği (AİHS m. 5/3 ve AY m. 19/7) yerine getirilmeye çalışılmıştır. Gerek Cumhuriyet savcısına, gerekse sanığa tutukluluğun devam edip etmeyeceğinin incelemesini isteme yetkisi verilmiş (CMK m. 108) olması da tutukluluğun makul sınırlar içinde kalması sağlanmaya yönelik bir adımdır. Bu düzenlemelerden hareketle, gerek ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen haller için öngörülen bir yıllık, gerekse ağır ceza mahkemesinin görevine giren haller için öngörülen iki yıllık tutukluluk sürelerini, yasal koşulları dışında uzatmak makul sürede yargılanma hakkının ihlaline neden olacaktır.

Doktrine Kunter tarafından tanıtılan bir kavram olan *kısa soruşturma*, suçu işlediği konusunda “kuvvetli şüphe” bulunduğu için tutuklanan bir şüpheli hakkında en kısa sürede “yeterli şüphe” bulunduğu hallerde iddianame düzenlenmesinin gerektiğini ifade etmektedir. Tutuklanan bir şüphelinin en kısa zamanda davası açılabilir, buna delil durumu müsaittir. Eğer delil durumu müsait olmadığı için iddianame düzenlenemiyorsa, o zaman tutuklama kararı hatalı olarak verilmiştir³¹.

Anayasa m. 19/7 göre: “*Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ... isteme hakları vardır.*”. Doktrindeki bir görüşe göre, madde metninde sadece tutuklulardan bahsedilmekle birlikte makul süre içerisinde yargılanma, sadece tutuklulara özgü bir hak değildir³². Biz de bu görüşe katılmaktayız. Anayasanın lafzından hareketle makul sürede yargılanma hakkının sadece tu-

30 Duvan, s. 306.

31 Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 492.

32 Özbek vd., s. 66.

tuklara ait olduğunu söylemek, en başta Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkıyla bağdaşmaz.

Anayasa Mahkemesine göre tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir sanığın tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Tutukluluğun devamı ancak masumiyet karinesine rağmen Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı bulunabilir³³.

Anayasa Mahkemesi konumuzla ilgili vermiş olduğu bir kararında, tutuklunun makul sürede yargılanma hakkının, diğer yargılamalara göre daha yüksek bir korumaya tabi olduğunu belirtmiş ve şu tespitlerde bulunmuştur:

“Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan serbest bırakılmayı isteme hakkı uyarınca, bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında tutuklu olan kişiler ilgili yargı mercilerinden serbest bırakılmalarına karar verilmesini talep edebilirler. Bu hakkın bir yansıması olarak 5271 sayılı Kanun'un 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebileceği belirtilmiştir; aynı Kanun'un 108. maddesinde de tutukluluğun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde belirli süreleri aşmayacak şekilde resen incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargı organlarınca tutukluluğun her aşamasında gerek kişinin serbest bırakılma talebi üzerine gerekse resen yapılan incelemelerde tutulmanın meşru nedenlerinin açıklanması Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının bir gereğidir.

Anulan maddede ayrıca tutuklanan kişilerin makul sürede yargılanmayı isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Genel olarak yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının konusudur. Kişilerin fiziksel hürriyetlerinin kısıtlanmasına ilişkin güvencelerin belirtildiği Anayasa'nın 19. maddesine göre öncelikle tutukluluğun makul süreyi aşmaması gerekir. Bununla birlikte maddenin tutuklu olarak sürdürülen yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması gerektiğine de işaret ettiği görülmektedir. Hürriyeti kısıtlanarak yargılanan kişinin yargılamanın makul sürede bitirilmesindeki menfaati, işin doğası gereği diğerlerine göre daha fazladır. Bu bağlamda Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen tutuklu kişinin makul sürede yargılanma hakkı, Anayasa'nın 36. maddesi ile

33 Murat Narman Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/1137, Karar Tarihi: 2/7/2013. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (06.12.2019).

güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkına göre daha yüksek bir koruma sağlamaktadır.”³⁴

III. Ceza Muhakemesinde Uzun Süren Yargılamalar

A. Ceza Muhakemesinde Uzun Süreli Yargılamanın Nedenleri

AİHS m. 6/1’de, “her şahıs... bir mahkeme tarafından davasının *makul bir süre içinde* hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir” denilmek suretiyle makul sürede yargılanma hakkına işaret edilmiştir. Anayasamızda ise, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının, yargının görevi olduğu açıklanmıştır (m. 141/son). Bu durumda ceza muhakemesinin aylarca bazen de yıllarca sürdüğü ülkemizde, insan hakları ihlallerinin bu bakımdan ciddi boyutlarda olduğunu itiraf etmek zorundayız³⁵.

Ülkemizde ceza yargılamalarının makul sürede sonuçlandırılmamasının pek çok nedeni ortaya konabilir. Her şeyden önce uyuşmazlıkların çoğalması ve alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının geliştirilememiş olması, muhakemeyi uzatmaktadır. Nitekim Adalet Bakanlığı, adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün 2018 yılı adli istatistiklerine³⁶ bakıldığında, ceza mahkemelerinde yıl içinde açılan dosya sayısının 1.601.160 olduğunu görmekteyiz. Benzer şekilde 2018 yılı için soruşturma evresi dosya sayısı 4.419.903’dür. Tek başına bu sayılar bile ülkemizde ceza hukuku alanında yargılama sürelerinin uzunluğuyla ilgili bize bir fikir vermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan ülkeler, ceza yargılamalarını makul sürede bitirecek şekilde yargı mekanizmalarını geliştirmek, yargı teşkilatını kurmak ve düzenli olarak çalışmalarını sağlamak yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük Türk hukuk sistemi tarafından yeterince yerine getirilmediğinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çok sayıda davada makul sürede yargılamayı tamamlamadığı gerekçesiyle Türkiye aleyhine tazminata hükmetmiştir. Örneğin, Mansur/Türkiye davasında yargının işleyişinin tuhaf kusurları gözler önüne serilmiştir. Sanık, 6 yıl boyunca hakim önüne çıkarılmadan tutuklu kalmış, hakkında aynı ildeki iki ceza mahkemesine aynı konuda iki dava açılmış, davaların farkına iki yıl sonra varılabilmektedir. Dosyadaki Rumca belgeler İstanbul’da çevirmen bulunamadığı için Ankara’ya gönderilmiş ve sonuçta Ankara’da da bulunamayıp geri gönderilmiştir. Mansur davası kuşku-

34 Yurt Atayün Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/34216, Karar Tarihi: 29/5/2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (25.05.2020).

35 Öztürk, s. 122.

36 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler 2018*, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2018, s. 9 vd.

suz çok istisna oluşturan bir örnek olmakla birlikte Türk ceza yargılamasının yavaş işlediği bir olgudur³⁷.

Ceza davalarının uzun sürmesinin bir diğer nedeni, duruşmaların gereksiz şekilde ertelenmesidir. Bazen iddia makamı, bazen sanık müdafisi, çoğunlukla da ara karar vermeye yönelik hazırlık yapmamış dava hakimleri gereksiz ertelemelere sebebiyet vermektedir. Soruşturmanın olgunlaştırılmamış olması durumunda da soruşturma sonucuna dayalı olarak temellendirilen davanın uzatılması mümkün olmaktadır. Hakimlerin dava konusuna vakıf olmamasına bağlanabilecek bir başka istenmeyen sonuç, bilirkişilere lüzum bulunmadan başvurulmasıdır. Lüzum bulunduğu hallerde ise bilirkişiden beklenen raporun temel hatları açık belirtilmediğinde birden çok kez dosyanın geri gönderilmesi neticesinde, birkaç günde alınabilecek sonucun alınması aylar hatta yıllar alabilmektedir. Mesela Adli Tıp Kurumuna gönderilen her bir dosya için bekleme süresi normalin çok üstündedir. Aynı ceza dosyasının ikinci ya da üçüncü kez gönderilmesi halinde ise geçen süre kronikleşmektedir³⁸.

Uyuşmazlığın esastan karara bağlanmadığı, yetkisizlik, görevsizlik, birleştirme, düşme ve davanın reddi kararlarının çokluğu, ülkemizde ceza muhakemesinde yargılama sürelerini uzatan diğer nedenlerdir.

B. Ceza Muhakemesinde Uzun Süreli Yargılamanın Sonuçları

Ceza adaleti mekanizmasının geç işlemesi ceza adaleti yönetiminin kalitesi ve etkinliği açısından son derece olumsuzdur. Cezanın yararlı olabilmesi, suç eyleminin gerçekleşmesinden kısa bir süre sonra uygulanmasına bağlıdır. Zamanın delilleri yıpratmasına da geç işleyen ceza adaleti ortam hazırlar. Medeni yargılamanın aksine, ceza yargılamasında delillerin önceden hazırlanması mümkün değildir. Dolayısıyla, delillerin zamanla silinmesi, örneğin tanıkların zamanla olayı unutmaları gibi nedenlerden dolayı ceza adaletinin gerçekleşmesi en kısa sürede sağlanmalıdır. Ayrıca, ceza yargılaması suçlu olmayanların da karışabileceği bir süreçtir. Gerçek bir an önce ortaya çıkarılmalıdır ki, masum şüpheli ve sanıkların sosyal itibarları daha fazla yıpranmasın, masum insanlar bir an önce temize çıkarılsın. Kişinin uzun süre suç isnadı altında kalmadan, yargı halini alan bir kararla davasının sona ermesi demokratik toplumun gereklerindedir³⁹.

Davaların uzamasına neden olan tüm sorunlar, yargı erkinin adaleti sağlama işlevinden uzaklaşmasıyla sonuçlanmaktadır. Oysa yargının varlık nedeni, ge-

37 Bıçak, s. 137.

38 Duvan, s. 295.

39 Bıçak, s. 138.

rek yargılama süreci bakımından, gerekse davaların ulaşacağı sonuç açısından adaletin gerçekleştirilmesidir. Adaletin sağlanma sürecindeki gecikme, sürecin varacağı sonucun da eksik ya da adaletsiz gerçekleşmesine neden olmaktadır⁴⁰.

IV. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Muhakemesinde Makul Süre

A. Genel Olarak

Bilindiği üzere ülkemizde yargılamaların uzun sürmesi önemli bir yargısal sorundur. Bu sorunun çözümü için atılan adımlardan bir tanesi de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkıdır. Bu bağlamda, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hem de Anayasa'nın ortak koruma alanı içerisinde yer alan makul sürede yargılanma hakkına ilişkin bireysel başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilebilir bulunmaktadır. 23.09.2012 tarihinden itibaren kesinleşen kamu tasarrufları ile yargı kararlarına karşı bireysel başvuruları inceleyen Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarını esastan incelemiştir. Bu sayede uzun süren yargılamalar ile mağdur olan başvurucuya etkili bir hukuk yolu ve uygun bir telafi imkânı sağlanmaktadır.

B. Ceza Davalarıyla İlgili Olarak Anayasa Mahkemesinin Makul Sürenin Tespitinde Gözettiği Kriterler

Anayasa Mahkemesinin 20/09/2017 gün ve 2014/17411 başvuru numaralı kararının 50., 51. ve 52. paragraflarına göre;

“Ceza yargılamasının süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır.

Somut başvuru açısından makul süre değerlendirmesinde sürenin başlangıç tarihi, başvurucunun evinde arama yapıldığı ve başvurucunun isnattan haberdar olduğu anlaşılan 13/4/2009 tarihidir. Sürenin bitiş tarihi ise suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği tarihtir. Bu kapsamda somut yargılama faaliyeti açısından sürenin bitiş tarihinin, İstanbul Anadolu 5. Ağır Ceza Mahkemesi Kararının kesinleştiği tarih olan 19/11/2015 tarihi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu dava gerekçeli kararda da belirtildiği gibi delillerin kanuna aykırı bir şekilde elde edildiği, el konulan deliller üzerinde sahteciliğin yapıldığı, benzer tüm dava dosyalarında özel olarak belirlenmiş aynı kişilerin tüm soruşturma aşamalarında görev aldığı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılma-

40 Duvan, s. 327.

sı için sanıklar ve müdafileri tarafından yapılan pek çok talebin kanuna uygun gerekçe gösterilmeden reddedildiği, ... bir davadır. Yargılama sürecinin uzunluğu büyük oranda soruşturma ve kovuşturma makamlarının eyleminden kaynaklanmaktadır. Bu açıklamalar doğrultusunda 6 yıl 7 aylık yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.”

Anayasa mahkemesi, bu kararından da anlaşılacağı üzere makul sürede yargılanmanın sağlanmasında, üç temel ölçütten hareket etmektedir. Bunlar; dava konusunun niteliği (karmaşıklık), yargılamanın kaç dereceli olduğu ve yargılama sırasında tarafların ve ilgili makamlarının tutumunun, makul sürede yargılamayı etkileyip etkilemediğidir.

1. Davanın Karmaşıklığı

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre makul süre değerlendirmesinde esas alınan ölçütlerden ilki uyumsuzluğun karmaşıklığıdır. Uyuşmazlığın çözülmesi için gereken süre, davaya konu olayın karmaşık oluşu ya da hukuksal nitelemenin karmaşıklık içermesi nedeniyle uzayabilmekte ya da kısalmaktadır. Karmaşıklık kavramı, tarafların sayısının çok olması nedeniyle taraf teşkili sağlanmasındaki güçlükler, çok sayıdaki delillerin elde edilmesinde yaşanabilen sorunlar, birden çok konuda bilirkişiye başvurulmasının gerekmesi, davanın uluslararası boyutlarının ve yazışmalarının bulunması gibi hususları kapsamaktadır⁴¹. Davanın belli bir süre bekletilmesini gerektiren ceza hukukuna özgü bekletici meseleler de bu başlık altında değerlendirilebilir. Davadaki olaylar ve hukuki meselenin karmaşıklığı davanın makul sürede görülmesi kuralının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir⁴².

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü'nün 30.12.2014 gün ve 2013/387 başvuru numaralı kararının 8., 37. ve 38. paragraflarına göre:

“Başvurucu ve diğer iki sanık 30/12/2001 tarihinde işledikleri iddia edilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve nitelikli yağma suçları nedeniyle aynı gün yakalanarak gözaltına alınmıştır.

...

Başvuruya konu davada yer alan sanık/müşteki sayısı, suçlamaların niteliği ile yargılama kapsamında icrası gereken usul işlemleri dikkate alındığında yargılamanın karmaşık olmadığı açıktır. Dava sürecinin bütününe bakıldığında, somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve olay tarihi itibarıyla yapılan suç isnadın-

41 Duvan, s. 324.

42 Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Ankara, Avrupa Komisyonu Yayınları, 2007, s. 249.

dan itibaren kesin hükmün verildiği tarihe kadar geçen yaklaşık 11 yıllık yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” şeklinde hüküm kurulurken davanın karmaşık olup olmadığına vurgu yapılmıştır.

Taraf sayısının fazla olduğu her durum, davanın karmaşık olduğu sonucunu doğurmaz. Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararı da bu yöndedir:

“Dava dosyasının incelenmesinde, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca 1/11/2007 tarihinde gözümlenilen başvuru hakkında 26/11/2007 tarihinde on dört ayrı suçtan cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı, yargılamaya başlayan İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesince, davanın tensip zaptının düzenlenmesinden sonra toplam kırk sekiz şüphelinin savunmaları ile yirmi bir müştekinin beyanlarının alındığı, yargılamanın başladığı tarihten itibaren, aralarında bağlantı görülen farklı dava dosyalarının birleştirilmesine karar verildiği, duruşmaların ortalama olarak dört ay aralıklarla gerçekleştirildiği, yargılama süresince dosyanın incelemeye alındığı herhangi bir duruşmanın olmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece 6/12/2012 tarihinde verilen gerekçeli kararın 9/10/2013 tarihinde temyiz incelemesi için Yargıtay'a gönderildiği, Yargıtay tarafından eksikliklerin giderilmesi için iade edilen dosyanın tekrar 2/7/2014 tarihinde Yargıtay'a gönderildiği belirlenmiştir. Sonuç olarak, soruşturma ve yargılama safhalarıyla temyiz süreci birlikte değerlendirildiğinde, yargılama faaliyetlerinde hareketsiz kalman bir dönemin bulunmadığı, yargı mercilerine atfedilebilecek bir kusurun olmadığı ve gerekli özenin gösterildiği görülmüştür.⁴³”

2. Yargılamanın Kaç Dereceli Olduğu

AYM, makul sürede yargılanma hakkını değerlendirirken, değerlendirme ölçütleri arasında yargılamanın kaç dereceli olduğunu da saymaktadır⁴⁴.

AYM, iki dereceli ceza yargılamasında on yıl beş ay ve dokuz yıl dokuz aylık yargılama sürelerini ihlal olarak değerlendirmiştir:

“Bu itibarla, somut başvuruya konu ceza davasının makul sürede tamamlanıp tamamlanmadığı bakımından değerlendirilmesi gereken süre iki dereceli bir yargılamada geçen yaklaşık 10 yıl 5 ay (Yıldray ve İsmail Özbey) ve 9 yıl 9 aylık (Lokman Özbey) zaman dilimleridir.

43 Feryat Aytimur Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/658, Karar Tarihi: 30/12/2014, Karar Tarihi: 30/12/2014 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (15.12.2019).

44 Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: El Kitapları Serisi – 4*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi Yayınları, Ankara, 2018, s. 291.

...

*Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde başvuruya konu ceza davası; hukuki meselenin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf sayısı gibi ölçütler dikkate alındığında karmaşık olmaktan uzaktır. Başvurucuların tutum ve davranışlarıyla ve usule ilişkin haklarını kullanırken özensiz davranmasıyla yargılamanın uzamasına önemli ölçüde sebep oldukları da söylenemez. Anılan davaya bütün olarak bakıldığında somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve hâlen devam eden yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.*⁴⁵

3. Tarafların Tutumu

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre makul süre değerlendirmesinde esas alınan ölçütlerden sonucusu tarafların bir başka deyişle başvuruçunun ve ilgili makamların tutumudur. Başvuruçunun tutumundan kast edilen, başvuruçunun yargılamada sürati sağlamak için kendine düşeni yapması, geciktirici taktiklerden kaçınması ve bunu da kanıtlaması gerekliliğidir. Bu kapsamda, ilgilinin mahkeme tebligatlarını almaktan kaçması, kamu mercilerine atfedilemez; bu tür gecikmeler 'önemsemeyen' sanığa atfedilir. Sanığın, yargılamanın başından beri gereksiz görülen başvuruları, hiç bir başarı şansı bulunmayan talepleri/önerileri, kasti engelleme sayılır.

*“Hukuk sistemimiz açısından taraflarca hazırlanma ilkesi ve resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yargılamalar arasında tarafların etkinliği noktasında farklılıklar bulunmakla beraber, genel olarak tarafların tutumunun yargılama sürecinin uzamasındaki etkisi, yargılama süresinin makul olma niteliğinin değerlendirilmesinde nazara alınması gereken önemli bir unsurdur. Zira tarafların yargılamayı uzatmaya yönelik davranışlardan kaçınması ve kendisine tanınmış olan usuli hakları kullanırken dikkat ve özen göstermesi gereklidir.”*⁴⁶

İlgili makamların tutumundan kast edilen ise yargılama yetkisi olanların kusurlu davranışlarıyla yargılamayı uzatmalarıdır. Örneğin, mahkeme kalemlerinde bazı evrakların bulunmaması, resmî mercilere sorulan sorulara zamanında cevap verilmemesi, duruşmaların arasının gereksiz yere çok uzun tutulması gibi durumlar yargılama süresini makul olmaktan çıkarır.

45 Yıldırım Özbey ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/18932, Karar Tarihi: 08/09/2015 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (22.01.2020).

46 Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/13, Karar Tarihi: 02/07/2013, § 43, 58, 59. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (15.12.2019).

“Somut yargılamalarda, İzmir 2. Asliye Ceza Mahkemesi dava dosyasının akıbetinin uzun süre beklenildiği anlaşılmıştır. Belirtilen ceza davası sonucunun beklenilmesi noktasındaki takdir ilgili usul hükümleri uyarınca derece Mahkemelerine ait olmakla beraber, belirtilen ceza davası akıbetinin uzun süre beklenilmesinin somut yargılamaların süresi üzerinde etkili olduğu anlaşılmaktadır⁴⁷.”

Bununla beraber yargılama makamlarının kendilerinden bekleneni yapmış olmalarına rağmen görev dışı başka nedenlerle (örneğin, hakim açığı, siyasi ortam, ulusal hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı... vb.) makul sürenin aşılması hâlinde devlet, yine sorumlu tutulmaktadır⁴⁸.

“...Hâkimlerin görevlerinin sık aralıklarla değiştirilmesi nedeniyle farklı hâkimlerin aynı dosyayı tekrar incelemek zorunda kalmalarının, yargılama sürecini uzattığı göz önünde tutulmalıdır⁴⁹.”

Yargılamadaki gecikmeler sadece mahkemelerden değil, yapısal sorunlardan ve organizasyon eksikliğinden de kaynaklanabilir:

“...Yargılama faaliyetinin süresine ilişkin değerlendirmede göz önünde bulundurulması gereken ilgili makamların tutumu kapsamında sadece yargı makamlarının tutumu dikkate alınmayıp, Devletin kamu gücü kullanan tüm organlarına atfedilebilir bir gecikme olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi, hukuk sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir. ... [C]eza dosyası sonucunun beklenilmesi noktasındaki takdir ilgili usul hükümleri uyarınca derece Mahkemelerine ait olmakla beraber, belirtilen ceza davası akıbetinin yedi yıl altı ay boyunca beklenilmesinin somut yargılamanın süresi üzerinde etkili olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁰”

47 H. Ş. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/7123, Karar Tarihi: 06/02/2014, § 62 ve 63. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (12.12.2019).

48 Gözübüyük, Gölcüklü, s. 287.

49 Tefik Yıldırım Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/4701, Karar Tarihi: 23/1/2014, § 65. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (11.12.2019).

50 Sabri Çetin Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/3007, Karar Tarihi: 06/02/2014, § 64 ve 65. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (08.12.2019).

C. Başvuru Yollarının Tüketilmesi Meselesi

Konuyla ilgili son olarak üzerinde durmamız gereken mesele, başvuru yollarının tüketilmesidir. 1982 Anayasasının 148. maddesinin, 07/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen 3. Fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmadan önce, başvuruya konu ihlal iddiasını gidermede etkili ve erişilebilir bütün idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir⁵¹. Ancak Anayasa Mahkemesinin içtihatları incelendiğinde, yargısal başvuru yollarının tüketilmesi kuralının, mutlak ve otomatik bir şekilde uygulanmadığını görmekteyiz. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi yargısal başvuru yollarının tüketilmesi kuralının uygulanmasında aşırı şekilcilikle hareket etmeyip, belirli ölçüde esneklik göstermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü'nün 02.07.2013 gün ve 2012/13 başvuru numaralı kararının 27. ve 28. Paragraflarına göre:

“Ancak başvuru yollarının tüketilmesi ilkesinin mutlak şekilde uygulanması temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanımını ve korunmasını engelleyecektir. Hâlihazırda devam etmekte olan bir yargılamada, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiası ile bireysel başvuruda bulunulabilmesi, başvuru yollarının tüketilmesi kuralının istisnalarından birini teşkil etmektedir. Zira bu durumda başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranması, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle meydana gelen sonuçları ortadan kaldırmayacaktır. Aksine, makul olmadığı iddia edilen yargılama faaliyetinin daha da uzamasına ve başvurucu açısından zararın artmasına neden olacaktır.”

...

Makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiasını içeren başvurular açısından, Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen kanun yollarının tüketilmesi şartı, ancak makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne ilişkin etkin bir başvuru yolunun bulunması durumunda geçerli olabilecektir. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmesini temin eden, bir başka ifade ile yargılamanın uzamasını önleyici etkiye sahip olan veya yargılamanın makul sürede yapılması sonucunda oluşan zararları tespit ve tazmin edici nitelik taşıyan bir idari veya yargısal başvuru yolunun var olması halinde, bireysel başvuru

51 Hüseyin Ekinci, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı: 11, 2012, s. 17.

ruda bulunulmadan önce bu başvuru yolunun tüketilmesi şartı aranacaktır. Ancak hukuk sistemimizde, yargılama faaliyetinin uzamasını önleyici veya yargılama faaliyetinin uzamasından doğan zararları giderici etkiye sahip, Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasının kastettiği nitelikte etkin bir başvuru yolu bulunmadığı anlaşıldığından, başvuru kanun yollarının tüketilmesi yönünden kabul edilebilir niteliktedir.”

Bu karardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarında “kanun yollarının tüketilmesi” kuralını mutlak bir şekilde uygulamamaktadır.

D. İstinaf Kanun Yolunun Makul Sürede Yargılanma Hakkına Etkisi

İlk derece mahkemelerince verilen hükümlerin hem olgu hem de norm denetimi açısından incelenmesi amacıyla başvurulmuş denetim yoluna istinaf denilmektedir. İstinaf denetim yolu temyizden farklı olarak, doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkeleri çerçevesinde olguya ilişkin gerçeğin araştırılmasına olanak sağlayacaktır⁵². İstinafin birincil amacı, ilk derece ceza mahkemesince verilen kararı, hem maddi hem de hukuki yönden denetleyerek, gerekirse yeniden gözden geçirmektir.

İstinaf yolu ile ilgili çalışmalar, uzun süre önce başlamasına rağmen, altyapı ve personel yetersizliği gibi sebeplerle, Bölge Adliye Mahkemeleri 2016 yılına kadar görev yapamamıştır. Nihayet Adalet Bakanlığı'nın 07.11.2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararı uyarınca, Bölge Adliye Mahkemelerinin, 20.07.2016 tarihinde, tüm yurttan göreve başlayacağı ifade edilmiştir. Ne yazık ki belirtilen tarihe kadar, istinaf kanun yolu ile ilgili eğitimler tamamlanamamış; altyapı, personel yetersizliği ile ilgili sıkıntılar bütünüyle giderilememiştir. Bölge Adliye Mahkemeleri, 20.07.2016'da, belirlenen bölgelerde, bu olumsuz koşullarda faaliyete başlamıştır⁵³.

Doktrinde istinafin, ceza davalarında makul sürede yargılanma hakkına etkisi bakımından birbirine zıt iki görüş vardır. Lehte olanlar, gerekli tedbirlerin alınması halinde, istinafla birlikte daha makul sürelerde ve daha ucuz bir yargılama sağlanması mümkün olacağını iddia etmektedir. Karşıt görüş ise, zaten uzun sayılabilecek nitelikteki yargılama sürelerinin, istinaf mahkemelerinin yürürlüğe girmesinden sonra daha da uzayacağını iddia etmektedirler⁵⁴.

52 Bıçak, s. 793.

53 Ayşegül Atay Coşkun, “İstinaf Yargılaması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 135, 2018, s. 262.

54 Devrim Güngör, Adem Albayrak, *İstinaf*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2016, s. 40-41.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre, istinaf incelemesinde, taraflar ilk derece mahkemesinde ileri sürmedikleri vakıaları gündeme getiremezler. Ancak inceleme konumuz ceza yargılamaları açısından bu durum söz konusu olamaz. Nitekim CMK m.282, d bendinde, “*bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler*”den bahsedilmektedir. İşte bu noktada maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gayesiyle yeni delil ve olayların ortaya konulması yargılama sürecini uzatabilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi hükmün denetlenme olanağının, makul sürede yargılanma hakkından üstün olduğunu, konuya ilişkin 2019 tarihli basın açıklamasında şu şekilde ifade etmiştir:

“Yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacıyla da olsa hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin denetime tabi kılınmamasının sanığa aşırı bir külfet yükleyeceği açıktır. Hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetlenmesiyle elde edilecek bireysel yarar, makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesine feda edilemez⁵⁵.”

E. Basit Yargılama Usulünün Makul Sürede Yargılanma Hakkına Etkisi

Basit yargılama usulü, iddianamenin kabulünden sonra bazı suçlarda mahkemenin takdirine bağlı olarak duruşma yapılmadan evrak üzerinde yürütülen, olağan yargılama usulünden daha hızlı ve basit bir ceza muhakemesi usulüdür.

17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen CMK'nın 251. maddesine göre:

(1) Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir.

(2) Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde mahkemece iddianame; sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilerek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmeleri istenir. Tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilir. Ayrıca, toplanması gereken belgeler, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilir.

(3) Beyan ve savunma için verilen süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi dikkate alınmak suretiyle, 223 üncü

55 Anayasa Mahkemesi Basın Duyurusu, Basın Duyurusu Tarihi: 15/2/2019, Basın Duyurusu Numarası: ND 4/19, <https://www.anayasa.gov.tr> (27.05.2020).

maddede belirtilen kararlardan birine hükmedilebilir. Mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir.

(4) Mahkemece, koşulları bulunması hâlinde; kısa süreli hapis cezası seçeneği yaptırımlara çevrilebilir veya hapis cezası ertelenebilir ya da uygulanmasına sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

(5) Hükümde itiraz usulü ile itirazın sonuçları belirtilir.

(6) Mahkemece gerekli görülmesi hâlinde bu madde uyarınca hüküm verilmeye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebilir.

(7) Basit yargılama usulü, yaş küçüklüğü, akıl hastahğı, sağır ve dilsizlik hâlleri ile soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar hakkında uygulanmaz.

(8) Basit yargılama usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uygulanmaz.”

Düzenlenmeden de anlaşılacağı üzere basit yargılama usulü, muhakemenin süresini kısaltmaya yönelik bir müessesedir. Zira sadeliği ve pratikliği sayesinde olağan yargılamadan daha hızlı sonuç almaya elverişlidir. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarında basit yargılama usulünü bu şekilde değerlendirmiştir:

“Basit yargılama usulü; 6100 sayılı Kanun’un 316. maddesinde yer alan davalar ile kanunlarda açıkça belirtilen bazı davalarda uygulanan ve yazılı yargılama usulünden daha basit ve çabuk işleyen, daha kısa bir inceleme ihtiyacı duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılacak dava ve işler için kabul edilmiş bir yargılama usulüdür.”⁵⁶

Sonuç

Ülkemizde hem yargılamada hem de tutuklulukta makul sürenin aşılması ciddi bir sorundur. Oysaki ceza yargılaması makul sürede tamamlanırsa, ceza adaleti o kadar erken gerçekleşmiş olur. Makul sürede yargılama, mahkemelerin maddi gerçeğe ulaşma oranını da arttıran bir etkidir. “Geç gelen adalet, adalet değildir” algısı vatandaşlarda yerleştiğinde, yargılamaya, hukuka ve nihayetinde devlete karşı bir güvensizlik doğmaktadır. Devlet tarafından ve Devlet adına yapılan bir kamu hizmeti olan yargılamada, davaların mümkün olan en kısa sürede yapıp bitirilmesinde en büyük görev yargılama organlarına düşmektedir. Anayasa Mahkemesi bu konuda üzerine düşen görevi, birey-

⁵⁶ Taylan Kamış Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/5709, Karar Tarihi: 17/3/2016, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (25.05.2020).

sel başvurularda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarını esastan inceleyip başvurucuya etkili bir hukuk yolu ve uygun bir telafi imkânı sağlanmak suretiyle yerine getirmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus bir taraftan uzun yargılamalar ile bireyleri mağdur etmezken diğer yandan da makul bir süre beklenmeden bitirilen bir yargılama ile maddi hakikat ve adaletten uzaklaşılmasıdır. Bu dengenin kurulmasında da Anayasa Mahkemesinin içtihatları belirleyici olacaktır.

Ceza yargılaması açısından, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına baktığımızda, makul sürenin aşılmasının mevzuattan ziyade uygulamadan kaynaklandığını görmekteyiz. Yargılamanın uzamasına yol açan uygulama kaynaklı sorunlar çok çeşitlidir. Ancak bunların içerisinde, hakimlerin dava dosyasına vakıf olmadıkları için duruşmaları gereksiz yere ertelemeleri, çok sık değişen mevzuat nedeniyle yaşanan sorunlar ile eğitim eksikliği nedeniyle adliye personelinin yaptığı hatalar ön plana çıkmaktadır. Mevzuat yönünden ise CMK m. 190/1 c.2'deki duruşmaya verilecek aranın azami sınırının belirtilmemesi bir eksikliklerdir.

Hukuk devleti ilkesinden vazgeçmeksizin ceza yargılamasının hızlandırılması, adil yargılanma hakkının varlığı için olmazsa olmazdır. Kanaatimizce adli kolluk teşkilatı alanında atılacak adımlar, bu açıdan çok önemlidir. Zira Cumhuriyet savcılığı bünyesinde oluşturulacak, alanında uzmanlaşmış bir adli kolluk teşkilatı, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hataları en aza indirerek muhakemenin uzamasına engel olacaktır. Her ne kadar CMK m.164'de adli kolluk öngörülse de bu düzenleme fiilen hayata geçememiştir. Genel idari kolluk teşkilatları, adli olaylara adli kolluk sıfatıyla müdahale etmektedir. Ayrıca adli delil olgusunun ceza yargılamalarında güçlendirilmesinin de yargılama sürelerini kısaltacağı düşüncesindeyiz. Nitekim, adli delilin esas rolü maddi hakikate ulaşım adli hatalardan korunmak olsa da ceza muhakemesinin gereksiz yere uzamasını engelleyici bir niteliği de vardır.

KAYNAKLAR

- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler 2018*, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2018.
- Artuk, M. Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, M. Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Bıçak, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Bası, Beta Yayınları, Ankara, 2015.
- Code, Michael A., *Trial Within a Reasonable Time*, Carswell Publishing, Canada, 1992.
- Coşkun, Ayşegül Atay, “İstinaf Yargılaması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 135, 2018, s. 261-308.
- Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Komisyonu Yayınları, Ankara, 2007.
- Duvan, Ayşe Özkan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 1, 2019, s. 287-336.
- Ekinci, Hüseyin, “Anayasa Mahkemesine Bireysel başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 11, 2012, s. 1-20.
- Gölcüklü, Feyyaz, “Yargılama Makamları Önünde Makul Süre” *İnsan Haklarının Uluslararası Korunması ve T.B.M.M. Sempozyumu*, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 1992.
- Gözübüyük, Şeref; Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Güngör, Devrim; Albayrak, Adem, İstinaf, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2016.
- İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: El Kitapları Serisi – 4*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi Yayınları, Ankara, 2018.
- Koca, Mahmut, “Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının ‘Adli Kontrol’ Tedbirinin Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2003, s. 109-140.
- Kuijer, Martin, “The Right to a Fair Trial: Effective Remedy for Excessively Lengthy Proceedings (Articles 6 and 13 ECHR)”, *EJTN Seminar ‘Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU’*, Cracow, 2013, s. 1-13.
- Özbek, Veli Özer; Kanbur, Mehmet Nihat; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özer, Sıddık Onur, “Yargılama Hukukunda Bir Adil Yargılanma Hakkı Unsuru Olarak Makul Sürede Yargılanma”, *Hukukçular Arası Makale Yarışması*, TBB Yayınları, Ankara, 2014.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

- Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, M. Ruhan; Sırma, Özge; Saygılar-Kırt, Y. F.; Özaydın, Özdem; Alan-Akcan, E.; Erden, Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, Ed. Bahri Öztürk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Pekcanitez, Hakan, “Medeni Yargıda Adil Yargılama Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 2, 1997, s 35-55.
- Reid, Karen (Terc. Öcal-Düzgören, Bahar), *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri*, Scala Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Şahin, İsmail, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2019, s. 223-255.
- Şen, Ersan, *Ceza Yargılamasında Makul Süre*, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-drersan-sen/1742035> (18.11.2018)
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancakdar, Oğuz; Önok, Rıfat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Üzülmez, İlhan, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 58, 2005, s. 41-72.
- Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- <https://www.anayasa.gov.tr>
- <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

Vakıf Üniversiteleri ile Özel Hastaneler Arasında İşbirliğinin Hukuki Rejimi*

Legal Regime of Affiliation between Foundations Universities and Private Hospitals

Halit Eyüp ÖZDEMİR**

Sinan SEÇKİN***

ÖZ

Üniversiteler ile hastaneler arasında işbirliği, geçtiğimiz on yıllık süreçte, sağlık ve eğitim hizmetlerinin yürütülmesi bakımından yeni bir usul olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda vakıf üniversiteleri ile özel hastane arasındaki işbirliğinin şartları, konusu, yapılaş usulü, süresi ve sona ermesi ile ilgili hususlar incelenmiştir. Bu kapsamda da vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliğinin hukuki sonuçları, eğitim ve sağlık hizmetleri yönünden ayrı ayrı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vakıf üniversitesi, özel hastane, işbirliği, üniversite hastanesi, sağlık hizmeti.

ABSTRACT

Affiliation between universities and hospitals has been regulated as a new procedure in the past decade in terms of running health and education services. Within this framework, the conditions, subject, the procedure, duration and termination of affiliation between foundation universities and private hospital were examined. In this context, the legal consequences of affiliation between foundation university and private hospital have been discussed separately in terms of education and health services.

Keywords: Foundation university, private hospital, affiliation, university hospital, health service.

* Makale gönderim tarihi: 28.05.2020. Makale kabul tarihi: 01.06.2020. Halit Eyüp Özdemir, Sinan Seçkin, "Vakıf Üniversiteleri ile Özel Hastaneler Arasında İşbirliğinin Hukuki Rejimi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 115-158; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.1.08>.

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No. 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, heozdemir@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-0154-294X>.

*** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No.40/16 34815 Beykoz/İstanbul, sseckin@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9540-9682>.

Giriş

Kaynakların sınırlı oluşu, her alanda olduğu gibi kamu hizmeti alanında da mevcut kaynakların daha verimli kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda sağlık hizmetleri alanındaki sınırlı kaynakların da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Bunun yanında sağlık hizmet sunumunun, sağlık eğitiminin ayrılmaz bir parçasını oluşturması da bu alanda eğitim kurumlarıyla sağlık hizmet sunumu yapan kuruluşların bir araya gelmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Bu arayışların sonucunda ve ayrıca bazı üniversitelerin zaman zaman bu konuda yeterli kaynaklara sahip olamaması nedeniyle mevzuatta üniversiteler ile hastanelerin işbirliği yapmasına ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Bu çalışmanın konusunu da söz konusu mevzuat çerçevesinde, vakıf üniversiteleri ile özel hastanelerin işbirliği esaslarının incelenmesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda konuya ilişkin yargı kararlarından da yararlanarak, doğmuş veya doğabilecek olan hukuki sorunlara çözüm üretilmeye çalışılmıştır.

I. Genel Olarak Üniversiteler ile Hastanelerin İşbirliği

Anayasanın 56. maddesine göre “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. ...Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.” Bu kapsamda herkes sağlık hakkına sahip bulunmaktadır. Sağlık hakkının bireyler bakımından somutlaşması ise sağlık hizmetleri yoluyla olmaktadır. Bu itibarla da sağlık hakkını yaşama geçirecek sağlık organizasyonunu kurmak Devletin görevidir¹. Bu noktada sağlık hizmetlerinin sunulması kadar, sağlık hizmeti sunacak olan kişilerin yetiştirilmesi de önem arz etmektedir. Nitekim bu bağlamda tıpta ve diş hekimliğinde lisans ve uzmanlık eğitiminin ayrılmaz bir parçasını, sağlık hizmet sunumu oluşturmaktadır. Ülkemizde bu ihtiyacın genel olarak Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim ve araştırma hastaneleri² ile devlet ve vakıf üniversiteleri tarafından kurulan hastaneler eliyle karşılandığını söylemek mümkündür. Ancak sağlık hizmetleri alanında özellikle Sağlıkta Dönüşüm Programı'nın hayata geçirilmesi sürecinde, birçok

1 Devletın sağlık hakkından doğan yükümlülükleri hakkında bkz. Hüseyin Melih Çakır, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi*, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 23-33. Modern demokrasi sisteminin merkezini de Devletın kurumlarıyla sağladığı kalıcılığın oluşturduğu hakkında bkz. A. Ersin Bayra, *Güvenlik Devleti*, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 52.

2 Yataklı Tedavi Kurumlarını İşletme Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre eğitim ve araştırma hastaneleri, öğretim, eğitim ve araştırma yapılan uzman ve yan dal uzmanların yetiştirildiği genel ve özel dal sağlık kurumlarıdır.

yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu itibarla genel olarak sağlık eğitimi veren kuruluşlar ile sağlık hizmeti sunan kuruluşların bir araya getirilmesi anlamına gelen “afiliasyon” ve “işbirliği” gibi kavramlar üzerinden bir takım yeni düzenlemelere duyulan ihtiyaç da çeşitli şekillerde gündeme gelmiştir. Bu kapsamda da 2010 yılından itibaren çeşitli kanun ve ikincil düzenlemelerle üniversite ve hastanelerin işbirliğine ilişkin uygulamalar başlamıştır. Bu çerçevede ilk olarak ülkemizde cereyan eden yasal süreç takip edilecek, ardından da konuya ilişkin “afiliasyon”, “işbirliği” ve “birlikte kullanım” kavramları incelenecektir.

A. Üniversiteler ile Hastanelerin İşbirliğine İlişkin Yasal Süreç

Devlet üniversitesi ile Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelerin işbirliği yapması ile vakıf üniversiteleri ile özel hastanelerin işbirliği yapması farklı zamanlarda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu sebeple işbirliğine ilişkin yasal düzenlemeler bu ayrıma uygun şekilde ele alınacaktır.

1. Devlet Üniversitesi ile Sağlık Bakanlığına Ait Hastanelerin İşbirliği

Devlet üniversiteleri ile Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelerin işbirliğine ilişkin ilk yasal düzenleme, 30.01.2010 tarih ve 27478 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5947 sayılı “Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”dur. Bu Kanunun 10. maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek 9. maddeyle şu şekilde düzenleme yapılmıştır³; “Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile üniversitelerin ilgili birimleri, Bakanlık ve üniversitelerce karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabilir. Birlikte kullanım ve işbirliğine ilişkin usul ve esaslar ile ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde döner sermaye gelirlerinden personele yapılacak ek ödemelere ilişkin esaslar Maliye Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” Bunu takiben de 18.02.2011 tarihinde “Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Tesisleri ve Üniversitelere Ait İlgili Birimlerin Birlikte Kullanımı ve İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” yayımlanmıştır⁴.

Daha sonra ise sırasıyla 6345 sayılı “Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁵; 6745 sayılı “Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hük-

3 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/01/20100130-1.htm> (19.04.2020).

4 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110218-3-1.htm> (19.04.2020.)

5 12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120712-12.htm> (19.04.2020)

münde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁶; 7151 sayılı "Sağlık- la İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁷ ile 3359 sayılı Kanunun Ek. 9. maddesinde değişiklik ve ek düzenle- meler yapılmıştır. Yine bu süreçte 2011 tarihli Yönetmeliğin yerine birçok kez yeni yönetmelik çıkarılmıştır⁸. Son olarak ise 04.03.2020 tarih ve 31058 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üni- versitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" yürürlükte bulunmaktadır. Bu düzenlemelerle uygulama- da görülen eksiklik ve aksaklıkların giderilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, anılan düzenlemelerde "birlikte kullanım" ve "işbirliği" birbirinden farklı olarak düzenlenmektedir. Bu hususa ilişkin açıkla- malar aşağıda yapılacaktır.

2. Vakıf Üniversitesi ile Özel Hastane İşbirliği

Vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliği ise, ilk olarak "Özel Hastane- ler Yönetmeliği"nde (ÖHY) düzenlenmiştir⁹. Bunun yanında Yükseköğretim Genel Kurulu, vakıf üniversiteleri tıp fakülteleri ile özel hastaneler arasında, eğitim- öğretim, sağlık hizmeti sunumu amacıyla yapılacak işbirliğine ilişkin "Vakıf Üniversiteleri Tıp Fakülteleri ile Özel Hastanelerin İşbirliği (Afiliasyon) Usul ve Esasları" belirlemiştir¹⁰. Akabinde Yükseköğretim Kurulu (YÖK) tara- fından bu Usul ve Esaslar yeniden düzenlenmiştir¹¹.

6 07.09.2016 tarih ve 29824 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/09/20160907-1.htm> (19.04.2020)

7 05.12.2018 tarih ve 30616 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181205-8.htm> (19.04.2020)

8 Buna göre 2014, 2016, 2017 yıllarında bir önceki yönetmeliği yürürlükten kaldıran yeni yönet- melikler yayımlanmıştır.

9 07.04.2011 tarih ve 27898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliğinde De-ğişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 4'e göre; "Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşüyle vakıf üniversitelerinin, ilgili mevzuatı gereğince gerekli izinleri alması ve tıp fakültelerinin bu- lunduğu ildeki asgari 150 yataklı olması kaydıyla en fazla iki özel hastane ile işbirliği yapılması halinde bu hastanelere planlamadan istisna olarak, üniversite anabilim dalı ve bilim dalı yapılan- masına uygun yeterli altyapının oluşturulması halinde uzmanlık dalı ilavesi ve sadece üniversite- den görevlendirilmiş doçent ve profesör unvanlı öğretim üyelerine olmak üzere hastane toplam yatak sayısının 1/2' si oranına kadar ek kadro tahsis edilir. Bu uzmanlık dallarının gerektirdiği tıbbi hizmet birimleri, teknoloji yoğunluklu tıbbi cihazlar kurdurulabilir. Özel hastaneye tahsis edilen bu kadrolar ve uzmanlık dalları ile tıbbi hizmet birimleri ve teknoloji yoğunluklu tıbbi cihazlar, işbirliğinin sona ermesi halinde hastane hekim kadrosu ve faaliyet izin belgesinden düşülür."

Aynı ilde ve aynı sahiplikte olan birden fazla özel hastanenin toplamda 200 yatağa ulaşması halinde bu hastaneler birinci fıkrada kapsamında değerlendirilir."

10 Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 25.08.2011 tarih ve 2011.17.985 sayılı kararı.

11 Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 19.04.2012 tarih ve 2012.8.481 sayılı kararı. Bu kararla Usul ve Esaslar'ın başlığı da "Vakıf Yükseköğretim Kurumları ile Özel Hastanelerin İşbirliğine İliş- kin Usul ve Esaslar" şeklinde değiştirilmiştir. Son olarak da Yükseköğretim Genel Kurulu'nun

Diğer yandan, özel hastane ile vakıf üniversitesinin işbirliğinin dayanağını oluşturan Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin Ek 8. maddesinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay 15. Dairesi, “...Anayasanın 124. maddesine göre yönetmelikler; kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılan objektif düzenleyici tasarruflardır. Bu nitelikleri ile kanunla düzenlenmeyen bir konuda düzenleme getiremez, başka bir anlatımla kanunu aşan düzenlemelere yer veremezler. Hastaneler arasında işbirliğinin düzenlendiği 3359 sayılı Kanun’un Ek 9. maddesinde, sadece, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile üniversitelerin ilgili birimlerinin karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabilirliği düzenlenmiştir. Bunun dışında özel hastanelerle vakıf üniversitelerinin işbirliğinin düzenlendiği her hangi bir kanun maddesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, dava konusu madde ile getirilen düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır” gerekçeyle iptal kararı vermiştir¹². Bunun üzerine ise 6745 sayılı “Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun”¹³ 40. maddesiyle 3359 sayılı “Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu”nun Ek 15. maddesi düzenlenmiştir. Böylelikle vakıf üniversiteleri ile özel hastanelerin işbirliği esasları kanuni dayanağa kavuşmuştur¹⁴.

28.05.2015 tarih ve 2015.9.305 sayılı kararıyla “Vakıf Yükseköğretim Kurumları ile Özel Hastanelerin İşbirliğine İlişkin Usul ve Esaslar” düzenlenmiştir.

- 12 Danıştay 15. Dairesi 28.01.2016 tarih ve 2013/8955E., 2016/276K. sayılı kararı www.lexpera.com.tr (4 Mayıs 2018). Söz konusu kararın ardından, kanuni düzenleme yapıldıktan sonra Özel Hastaneler Yönetmeliğinin Ek 8. maddesinde de ilgili düzenlemeler yapılmıştır.
- 13 07.09.2016 tarih ve 29824 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.
- 14 Anılan hükmün iptali istemi ise Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir; “Anayasa’nın 56. maddesinde de devletin sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlerken kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kurumlarından yararlanacağı belirtilerek kamu ve özel sağlık kurumu ayrımının yapılmayacağı öngörülmüştür. Anayasa’nın bu maddesine dayalı olarak 3359 sayılı Kanun’un 3. maddesi ile 663 sayılı KHK’nın 2. maddesinde de sağlık hizmetlerinin tüm yurttan yerine getirilmesinde kamu ve özel sağlık kurumlarından yararlanacağı belirtilmiştir. Bu hükümler de dikkate alındığında kural, vakıf üniversitelerinin, tıp ve diş hekimliğinde lisans eğitiminde, tıp, diş hekimliği ve eczacılıkta uzmanlık eğitimi ile araştırma faaliyetlerinde, ortak kullanım için özel sağlık kurumlarından nasıl yararlanacağını ve vakıf üniversiteleri ile özel hastaneler arasındaki işbirliğinin esaslarını açıklayarak belirli bir çerçeve çizdiğinden Anayasa’nın 2. ve 130. maddelerine aykırı değildir. Vakıf üniversiteleri de 2809 sayılı Kanun’un 6. maddesinde yer alan “Bu Kanun kapsamında olup, yeni kurulan birimler; eğitim - öğretim için yeterli kuruluş hazırlıklarının tamamlanmasını, mali ve idari şartların yerine getirilmesini müteakip, Yükseköğretim Kurulunun kararı ile faaliyete geçilir” hükmü gereğince kurulmaktadır. Kural ise usulüne uygun olarak vakıf üniversitesi statüsünü kazanmış kurumların özel hastanelerle işbirliğini düzenlenmektedir. Bu nedenle söz konusu vakıf üniversitelerinin, uygulama ve araştırma birimini oluşturan tıp fakültesi hastaneleri olmaksızın belirlenen kurallara uygun olarak kurulmadıkları yönünde ileri sürülen Anayasa’ya aykırılık iddiasının, iptal davasına konu kuralla bir ilgisi bulunmamaktadır. Kaldı ki 2809 sayılı Kanun’un 4. maddesi de yükseköğretim kurumlarının sağlık tesisleri dâhil olmak üzere ilgili bakanlıklar ile onlara bağlı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yararlanılacağını öngörmektedir. Kural ile vakıf yükseköğretim kurumlarının

Daha sonra ise Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan “Vakıf Yükseköğretim Kurumları ile Özel Hastanelerin İşbirliğine İlişkin Usul ve Esasları (Usul ve Esaslar)” yürürlüğe girmiştir¹⁵. Bu çerçevede vakıf üniversitesi ve özel hastane işbirliğinin şartları, konusu, yapılış usulü, sona ermesi ve işbirliğinin hukuki sonuçları incelemeye tabi tutulacaktır.

B. Uluslararası Sağlık Turizmi Kapsamında İşbirliği

Her ne kadar doğrudan bu çalışmanın kapsamına girmese de üniversiteler ile sağlık kuruluşlarının işbirliği usulüne göre faaliyet yürütebilecekleri bir başka alanın da uluslararası sağlık turizmi olduğu belirtilmelidir. Uluslararası sağlık turizmi, “(s)ağlık amaçlı yurtdışından ülkemize geçici bir süreliğine gelen, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan veya Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmakla birlikte yurtdışında ikamet eden gerçek kişilerin aldıkları her türlü sağlık hizmeti ile bunlarla ilgili destek hizmetleri” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶. Bu faaliyet, uluslararası sağlık turizmi sağlık tesisleri ve uluslararası sağlık turizmi aracı kuruluşu tarafından yerine getirilmektedir. Bunun için ise Sağlık Bakanlığında uluslararası sağlık turizmi yetki belgesi alınması zorunludur¹⁷. Bu yetki belgesi, kamu, üniversite ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarına ait sağlık tesislerine verilebilir¹⁸. Buna göre anılan yetki belgesine sahip sağlık tesisleri, kendisine başvuran uluslararası sağlık turisti kapsamına giren kişilere doğrudan hizmet verebileceği gibi yetki belgesine sahip bir aracı kuruluş ile protokol yapmak suretiyle aracı kuruluştan da faydalanabilir¹⁹. Aracı kuruluş, uluslararası sağlık turisti ile beraberindeki refakatçi ve diğer yakın-

bilimsel özerkliğine müdahalede bulunulması söz konusu olmadığı gibi özel hastanelerle işbirliği sonucunda bu hastanelerde fiilen görev yapacak üniversite öğretim elemanlarının bilimsel faaliyetleri ve özlük hakları bakımından üniversite mevzuatına bağlı olduğu dikkate alındığında bilimsel özerkliklerinin sınırlandırıldığı da söylenemez. Kural, vakıf üniversiteleri ile özel hastaneler arasında işbirliğine ilişkin ana esasları ve koşulları belirlemiş; yönetmeliğe bırakılacak alanı sınırlamış ve yürütmeye bırakılan yetkinin çerçevesini belirleyen ilkeleri ortaya koymuştur. Kanun koyucunun belirlediği bu ilkelere göre yürütme, ayrıntı nitelik taşıyan ve teknik konuları yönetmelik ile düzenleyebilecektir. Esasen yönetmelik çıkarma yetkisinin hangi kuruluşların katkısıyla kullanılacağı kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Kanun koyucu da kaynağı ve çerçevesi Kanun’da bulunan hususların ayrıntısını belirleme yetkisini -Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü alınmak kaydıyla- Sağlık Bakanlığına vermiştir. Bu nedenle işbirliğine ilişkin usul ve esasların belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılması asli düzenleme yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.” Anayasa Mahkemesi E.2016/181, K.2018/111 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> (10.04.2020).

15 Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü 17.05.2017 tarih ve 2274 sayılı yazısı <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/10914,usu-1-ve-esaslar-ismirgipdf.pdf?o> (4 Mayıs 2018).

16 Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik m. 4/1-d.

17 Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik m. 5/1.

18 Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik m. 4/1-ğ.

19 Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik m. 5/4.

larına konaklama, ulaşım ve transfer hizmetlerinin sağlanması faaliyetlerini yürütebilir²⁰.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin 4. fıkrasında Sağlık Bakanlığı'na, üniversitelere ve özel sektöre ait uluslararası sağlık turizmi sağlık tesisi yetkisi verilmiş sağlık kuruluşları arasında, uluslararası sağlık turizmi kapsamında işbirliği yapılabilmesi öngörülmektedir. İşbirliği protokolünün ise Sağlık Bakanlığı, üniversite ve özel sağlık kuruluşunun yetkili makamları arasında yapılması gerekmektedir. Bu halde işbirliği yapan kuruluşların bütçelerinin ayrı olması zorunludur.

Bu kapsamda bu işbirliğinin konusunu, tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar tarafından verilen sağlık hizmetleri oluşturmaktadır. Ancak bu düzenleme uyarınca da Sağlık Bakanlığına ait sağlık kuruluşları ile Devlet üniversitelerinin ayrı, özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinin ayrı değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Anılan düzenlemeye göre Bakanlık ve üniversite hastanelerinde çalıştırılacak olan tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ilgili kanunlardaki sınırlayıcı hükümlerden istisna olarak işbirliği protokolüyle birlikte belirlenir. Kuşkusuz bu halde ilgilinin muvafakati ve kadrosunun bulunduğu kurum/kuruluşundaki eğitim, araştırma ve mesleki yükümlülüklerini aksatmamak koşulları da aranmaktadır. Bununla birlikte Sağlık Bakanlığı veya Devlet üniversiteleri personelinin özel sektöre ve vakıf üniversitelerine ait sağlık kuruluşlarında uluslararası sağlık turizmi işbirliği kapsamında sağlık hizmeti sunması yasaklanmaktadır. Bu halde söz konusu işbirliği kapsamında Sağlık Bakanlığı ve Devlet üniversitelerine ait sağlık tesislerinde, bütün tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar tarafından sağlık hizmeti sunulması mümkün bulunmaktadır. Buna karşılık, vakıf üniversiteleri ve özel sağlık kuruluşları ancak kendi aralarında işbirliği yapabilecek ve bu kuruluşlarda görev yapan tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar yine bu kuruluşlarda işbirliği kapsamında uluslararası sağlık turizmi kapsamında sağlık hizmeti sunabilecektir.

C. Afiliasyon, İşbirliği ve Birlikte Kullanım Kavramları

Sağlık alanında, üniversite ve hastane işbirliğine ilişkin yukarıda da söz edilen düzenlemelerde genel olarak işbirliği kavramının kullanıldığı görülmektedir. Buna karşılık söz konusu işbirliğine ilişkin literatürde genellikle "afilias-

20 Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik m. 4/1-g. Ayrıca aracı kuruluş ile 14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu uyarınca işletme belgesi alan A grubu seyahat acentaları kastedilmektedir.

yon” kavramının kullanıldığını da ifade etmek gerekir²¹. Nitekim 2011 yılında YÖK tarafından düzenlenen Usul ve Esasların başlığında da afilyasyon kavramına yer verilmiştir. Bunun yanında ilgili düzenlemelerde “birlikte kullanım” şeklinde ayrı bir tanımlama da yapıldığı görülmektedir. Bu sebeple öncelikle yukarıda yer verilen düzenlemeler çerçevesinde söz konusu kavramların anlamının belirlenmesi gerekmektedir.

Afilyasyon kelimesi yabancı menşeli bir kelime olup, sözlük anlamı “üyelğe kabul, evlat edinme, yakın ilişki, bağlanma, birleştirme, bağlama, katma, ekleme, üyelik, intisap, rabıta” şeklindedir. Buna karşılık afilyasyon kavramının, “güçlerin birleştirilmesi, yardımlaşma, iş, üyelik ve ast-üst ilişkileri bağlamında oluşturulan resmi bir birliktelik” çağrışımında bulunduğu belirtilmektedir²². Sağlık hizmetlerinin çok yönlü yapısı, eğitim programları, araştırma ve pratik uygulamaların beraber yürütülmesi, ileri teknolojiye olan bağlılık ve yüksek finansal gereklilik gibi nedenlerin sağlık alanında yeni organizasyon modellerinin ortaya çıkmasını gerekli kıldığı ifade edilmektedir²³. Bu kapsamda afilyasyon kavramının da sağlık hizmeti alanında faaliyet yürüten kuruluşlar arasındaki güçlerin birleştirilmesi, birliktelik anlamına geldiğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda afilyasyonun, akademik, insan gücü ve teknolojik olmak üzere üç ayrı türe de ayrıldığı belirtilmektedir. Buna göre akademik afilyasyon, hasta yararı için farklı kurumların eğitim, bilgi ve deneyimlerinin en iyi şekilde kullanılmasını mümkün kılmaktadır. İnsan gücü afilyasyonunda, her kademedeki eğitim amaçlı bir iş gücü değişimi sağlanmaktadır. Teknolojik afilyasyon ise bir kurumda mevcut olmayan teknolojinin başka bir kurumdan sevk edilmesi suretiyle sağlık hizmeti almaların yolunu açmaktadır²⁴.

Mevzuatımıza bakıldığında ise “Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ile işbirliği ve birlikte kullanım hususunun ayrı ayrı ele alındığı görülmektedir. Anılan Yönetmelikte birlikte kullanım, “Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesisleri ile üniversitelerin tıp ve diş hekimliği alanında lisans ve uzmanlık eğitimi veren kurumlarının eğitim, araştırma ve sağlık hizmet sunumu için insan gücü, mali kaynak, fiziki do-

21 Örneğin; Türk Tabipleri Birliği Uzmanlık Dernekleri Eşgüdüm Kurulu XII. Tıpta Uzmanlık Eğitimi Kurultayı, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2006 https://www.ttb.org.tr/kutuphane/xii_tuek.pdf (28 Şubat 2018).

22 Sabahattin AYDIN, “Afilyasyon (İşbirliği) Konusunda Düşünceler: Bir Model Denemesi”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Sayı 18, 2011, s. 52-53.

23 Yusuf Yürümez, Murat Yücel, Bilge Ercan, “Türkiye’deki Afilyasyon Modelleri”, *Journal of Human Rhythm*, Cilt 4, Sayı 1, 2018, s. 38.

24 Cuma Songur, Ahmet Babacan, “Sağlık Hizmetlerinde Afilyasyon ve Mali Yönetim Üzerine Et-kisi”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, 2016, s. 91.

nanım, bina, tıbbi cihaz ve diğer kaynaklarının imzalanacak protokol çerçevesinde birlikte kullanılması” şeklinde tanımlanmaktadır²⁵. Buna göre birlikte kullanım halinde birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisleri ile üniversitelerin birlikte kullanım kapsamına alınan hastanelerinin döner sermaye hesapları, birlikte kullanılan birimlerle sınırlı olmak üzere birleştirilir²⁶. Dolayısıyla birlikte kullanım durumunda ilgili kurumların eğitim, araştırma ve sağlık hizmeti sunumları mevcut kaynakların ortaklaşa kullanımı yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda tıp ve diş hekimliğinde lisans ve uzmanlık eğitimleri, dekanın yetki ve sorumluluğunda yürütülürken²⁷; sağlık tesisindeki her türlü sağlık ve destek hizmeti, üniversite personelinin sağlık hizmeti sunumu da dâhil olmak üzere hastane başhekiminin sorumluluğundadır²⁸. Ayrıca birlikte kullanım usulünün uygulanması, ilin büyükşehir statüsünde olup olmamasına göre değişmektedir. Buna göre büyükşehir olmayan illerde eğitim, araştırma ve uygulama hizmetleri, Bakanlık eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite hastanelerinden yalnızca biri tarafından verilebilir. Bu illerde Bakanlık ve bağlı kuruluşları ile üniversitelerin, tıp lisans eğitimi ve/veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım ve işbirliği yapması mümkündür²⁹. Büyükşehir olan illerde ise eğitim, araştırma ve sağlık hizmeti sunumu için sağlık tesisi ve üniversitenin ilgili birimleri arasında birlikte kullanım protokolü yapılabilir³⁰. Son olarak, sağlık tesislerinin birden fazla üniversite ile de birlikte kullanım protokolü yapması mümkün bulunmaktadır³¹.

Söz konusu Yönetmelikte işbirliği ise *“Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesisleri ile üniversitelerin ilgili birimlerinin görev ve hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesi, ortak gaye ve menfaatlerinin gerçekleştirilmesi için döner sermayeleri ayrı olmak üzere sağlık hizmet sunumu, eğitim, araştırma, halk sağlığını geliştirme ve kurumların diğer faaliyet alanlarında imzalanacak protokol çerçevesinde tarafların birlikte hareket etmesini, yardımlaşmasını*

25 Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 4/1-c.

26 3359 sayılı Kanun Ek m. 9/6; Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 5/1-c.

27 Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 8/1.

28 Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 9/2.

29 3359 sayılı Kanun Ek m. 9/1.

30 Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 5/1-a,b.

31 Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 5/1-c.

ve çalışması” şeklinde tanımlanmaktadır³². Buna göre eğitim alanında yapılacak işbirliği, birlikte kullanım protokolleri kapsamı dışında kalan ön lisans, lisans ve lisansüstü eğitimler, doktora sonrası araştırma ve hizmet içi eğitimleri ile tıpta ve dış hekimliğinde uzmanlık eğitimlerini kapsayacak şekilde yapılabilir. Bu halde sağlık hizmeti sunumu kapsamı dışında, tıbbi ve bilimsel danışmanlık ile konsültasyon hizmeti verilebileceği gibi, araştırma çalışmaları kapsamında, bilimsel araştırma ve geliştirme ile proje çalışmaları da yapılabilir³³.

Netice itibarıyla birlikte kullanım ve işbirliğinin taraflarını Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesisleri ile devlet üniversiteleri oluşturmaktadır. Ancak birlikte kullanım halinde devlet üniversitesinin tıp ve dış hekimliği alanında lisans ve uzmanlık eğitimi veren birimleri söz konusuysen, işbirliği halinde üniversitenin sağlık bilimleri eğitimi veren tüm birimleri işbirliğine taraf olabilir. İkinci olarak, birlikte kullanım halinde eğitim, araştırma ve sağlık hizmet sunumu için insan gücü, mali kaynak, fiziki donanım, bina, tıbbi cihaz ve diğer kaynaklarının ortak kullanımı söz konusuysen, işbirliği halinde eğitim, araştırma, sağlık hizmeti üretimi ve kamu sağlığını geliştirme gibi alanlarda faaliyet yürütülmesi mümkündür. Buna göre işbirliği durumunda, birlikte kullanım protokolü dışında kalan hususlarda da ortak faaliyet yürütmek mümkün bulunmaktadır. Diğer bir farklılık ise birlikte kullanım halinde ilgili kuruluşların döner sermayesi birleştirilirken, işbirliği halinde ise döner sermayelerin birleştirilmesi söz konusu olmamaktadır.

Buna karşılık ilgili mevzuatta vakıf üniversiteleri ile özel hastaneler bakımından sadece işbirliği kavramı kullanılmaktadır. Bununla birlikte yukarıda açıklanan birlikte kullanım ve işbirliği bakımından öngörülen düzenlemelerin, vakıf üniversitesi ve özel hastanelerin mevcut yapılarına uygun düştüğü ölçüde karma bir rejim benimsenerek mevzuata yansıtıldığı söylenebilir. Nitekim uluslararası sağlık turizmi kapsamında yapılan işbirliğinin de usul ve esasları sağlık turizminin özellikleri dikkate alınarak belirlenmiştir.

Sonuç olarak, afilyasyon kavramı, belli bir hizmetin yürütülmesine katılan kuruluşların, akademik, insan gücü, teknoloji vb. hususlarda belli oranda birlikte faaliyet yürütmesi anlamına gelmektedir. Böylelikle mevcut kaynakların daha verimli kullanılması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte tek tip afilyasyon uygulamasından bahsetmek de mümkün değildir. Nitekim mevzuatımızda afilyasyon karşılığı olarak “birlikte kullanım” ve “işbirliği” kavramlarının kul-

32 Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 4/1-ğ.

33 Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 12.

lanıldığı görülmektedir. “Afliasyon” kavramı, YÖK tarafından yapılan bir düzenleme haricinde, mevzuatımızda kullanılmamıştır. Ancak burada da birlikte kullanım ve işbirliğinin içeriği her duruma göre farklı şekilde belirlenmektedir. Bu çerçevede bu çalışmada vakıf üniversiteleri ile özel hastanelerin işbirliğine ilişkin hukuki rejim incelemeye tabi tutulacaktır.

II. Vakıf Üniversitesi ile Özel Hastane İşbirliğinin Genel Esasları

Vakıf üniversiteleri ile özel hastanelerin işbirliğine ilişkin temel düzenleme 3359 sayılı Kanun Ek 15. maddede yapılmıştır. Buna göre;

“Tıp ve/veya dış hekimliği fakültesi bulunan ancak sağlık uygulama ve araştırma merkezi bulunmayan veya sağlık uygulama ve araştırma merkezinde yeterli kapasite ve eğitim altyapısı bulunmayan vakıf üniversiteleri; tıp ve dış hekimliğinde lisans eğitimi, tıp, dış hekimliği ve eczacılıkta uzmanlık eğitimi ile araştırma faaliyetleri için yeterli kapasite ve eğitim altyapısı bulunan özel hastaneler ile bütçeleri ayrı olmak şartıyla işbirliği yapabilir. İlgili üniversite ve özel hastanenin yetkili makamları arasında işbirliği protokolü imzalanır ve Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunun onayıyla uygulamaya konulur. İşbirliği yapılan özel hastane, üniversite için sağlık uygulama ve araştırma merkezi kabul edilir. Burada fiilen görev yapacak olan üniversite öğretim elemanları, ilgili dekan ve hastane yöneticisinin talebi üzerine rektör tarafından görevlendirilir. Görevlendirilen üniversite personeline kendi mevzuatı uygulanır. İşbirliği yapılan özel hastane, öğretim üyelerinin faaliyetleri ve üniversitenin eğitim ve araştırma işlevleri dışında kendi mevzuatına tabi olmaya devam eder. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenir.”

Bu düzenleme çerçevesinde vakıf üniversiteleri (“üniversite”) ile özel hastaneler (“hastane”) arasında işbirliği neticesinde hem eğitim hizmetleri hem de sağlık hizmetlerinin sunumunda üniversite ile hastane birlikte faaliyet göstermeye başlamaktadır. Bu kapsamda işbirliğine ilişkin hukuki düzenlemelerde işbirliğinin şartları, konusu, yapılış usulü, süresi ve sona ermesine ilişkin hususlar aşağıda incelenmektedir.

A. İşbirliğinin Şartları

Üniversite ile hastanenin işbirliği yapması belirli şartların mevcudiyetine bağlı bulunmaktadır. Bu çerçevede bu şartları, üniversiteye ve hastaneye ilişkin şartlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ayrıca bütçelerin ayrı olması ve “işbirliği yapılamayan durumda bulunulmaması” da gerekmektedir.

1. Vakıf Üniversitesine İlişkin Şartlar

İşbirliğinin bir tarafını vakıf üniversitesi oluşturmaktadır. Anayasanın 130. maddesine göre “(k)anunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir.” Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre ise vakıf üniversitesi “...gelirlerini sadece kendi üniversitelerini ve mülkiyeti üniversitelere ait kurum ve kuruluşları geliştirmek amacıyla harcamak kaydıyla, vakıflar tarafından kanunla kurulmuş bulunan kamu tüzel kişiliğine sahip, yüksek düzeyde araştırma, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan, fakülte, enstitü, yüksekokul, meslek yüksekokul, destek, hazırlık okulu veya birimleri, benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumu” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla vakıf üniversitesi, kamu tüzel kişiliğini haiz bir yükseköğretim kurumudur.

Bir vakıf üniversitesinin özel hastane ile işbirliği yapabilmesi için ise öncelikle üniversite bünyesinde tıp veya diş hekimliği fakültesinin bulunması gerekmektedir³⁴. Bünyesinde tıp veya diş hekimliği fakültesi bulunmayan üniversitelerin hastane ile işbirliği yapması mümkün değildir.

İkinci olarak, üniversite bünyesinde sağlık uygulama ve araştırma merkezi bulunmamalı veya sağlık uygulama ve araştırma merkezinde yeterli kapasite ve eğitim altyapısı olmamalıdır³⁵. Bu şart ÖHY'nin Ek 8. maddesinin 3. fıkrasında “hastanesi bulunmayan veya hastanesinde yeterli kapasite ve eğitim altyapısı bulunmayan” şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla mevzuatta uygulama ve araştırma merkezi ile hastane birbirine karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır. Bir başka deyişle, 3359 sayılı Kanun'da, üniversite hastanesi “uygulama ve araştırma merkezi” şeklinde nitelenmiştir. Uygulama ve araştırma merkezi ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3/j maddesinde “(y)ükseköğretim kurumlarında eğitim öğretimin desteklenmesi amacıyla çeşitli alanların uygulama ihtiyacı ve bazı meslek dallarının hazırlık ve destek faaliyetleri için eğitim - öğretim, uygulama ve araştırmaların sürdürüldüğü bir yükseköğretim kurumu” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda vakıf üniversitesi hastanesinden, uygulama ve araştırma merkezi bünyesinde kurulan hastanenin anlaşılması gerekmektedir. Nitekim sağlık hizmet sunumuna ilişkin denetim ve yaptırım hususlarını düzenleyen 3359 sayılı Kanunun Ek 11. maddesinin son fıkrasında “(b)u maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezleri yönünden

34 3359 sayılı Kanun Ek m. 15/1.

35 3359 sayılı Kanun Ek m. 15.

Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığınca düzenlenir” hükmü yer almaktadır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, “vakıf üniversitesi hastanesi” kavramına yer veren kanuni düzenlemeler de bulunmaktadır³⁶.

Vakıf üniversitesinde sağlık uygulama ve araştırma merkezi yani hastane bulunsa dahi, bu hastanenin yeterli kapasite ve eğitim altyapısına sahip olması halinde de vakıf üniversitesinin özel hastane ile işbirliği yapması mümkündür. Usul ve Esasların 8. maddesinde vakıf üniversitesi hastanesinin sahip olması gereken “yeterli kapasite ve eğitim altyapısı” şartları düzenlenmiştir. Bu hususa ilişkin düzenlemeler, “Özel Hastaneye İlişkin Şartlar” başlığı altında incelenecektir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, vakıf üniversite hastanelerinin taşınması gereken asgari standartlara ilişkin mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla beraber 2019 yılında ÖHY’de yapılan değişiklik ile birlikte, vakıf üniversiteleri tarafından kurulan hastanelerin taşınması gereken bina, fizik yapı, tesis, tıbbi donanım ve hizmet standartları belirlenmiştir³⁷. Bu bağlamda söz konusu yönetmelik değişikliğinden sonra açılacak olan vakıf üniversite hastanelerinin özel hastanelerle aynı asgari standartları taşınması gerekmektedir.

2. Özel Hastaneye İlişkin Şartlar

İşbirliğinin diğer tarafını ruhsatlandırılmış ve faaliyette bulunan bir özel hastane oluşturmaktadır. Özel hastanenin işbirliği yapabilmesinin ilk şartını, tıp ve diş hekimliğinde lisans eğitimi, tıp, diş hekimliği ve eczacılıkta uzmanlık eğitimi ile araştırma faaliyetleri için yeterli kapasite ve eğitim altyapısına sahip olması oluşturmaktadır. Bu kapasite ve eğitim alt yapısına ilişkin şartlar ise Usul ve Esaslar ile düzenlenmiştir³⁸.

İlk olarak, özel hastanenin yılda en az 60 öğrenci alan bir tıp fakültesine çe-

36 18.01.2014 tarih ve 28886 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6514 Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla yapılan düzenlemelerle, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36. ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 3. maddesinde “vakıf üniversitesi hastanesi” kavramı kullanılmıştır.

37 31.05.2019 tarih ve 30790 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle vakıf üniversiteleri tarafından kurulan hastanelerin, vakıf üniversitelerine ait hastanelerin ilgili mevzuattan kaynaklanan muafiyetleri saklı kalmak kaydıyla özel hastanelere ilişkin öngörülen planlama, ön izin ve ruhsatlandırma şartları ile sağlık insan gücü kriterlerine, bina, fizik yapı, tesis, tıbbi donanım ve hizmet standartlarına tabi olduğu kurala bağlanmıştır.

38 Usul ve Esaslar m. 8: “(1)İşbirliği yapılacak hastanenin aşağıda belirtilen şartları sağlaması gereklidir.

(a) Hastanenin, kapasite ve eğitim altyapısının yeterli kabul edilebilmesi için, yılda en az 60 öğrenci alan bir tıp fakültesine ve çekirdek eğitim müfredatına uygun bir eğitime imkân vere-

kirdek eğitim müfredatına ve uzmanlık çekirdek eğitim müfredatına uygun bir eğitime olanak sağlayacak şekilde iç hastalıkları, çocuk sağlığı ve hastalıkları, genel cerrahi, kadın hastalıkları ve doğum dallarında en az 80, diğer uzmanlık dallarında ise 90 ve yoğun bakımda 30 olmak üzere en az 200 yataklı olması gerekmektedir. Tıp ve diş hekimliğinde lisans eğitimine ilişkin çekirdek eğitim müfredatı YÖK; tıpta uzmanlık eğitimine ilişkin çekirdek eğitim müfredatı Tıpta Uzmanlık Kurulu (TUK); eczacılıkta uzmanlık eğitimine ilişkin çekirdek eğitim müfredatı ise Eczacılıkta Uzmanlık Kurulu (EUK) tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla özel hastanenin yukarıda dağılımı verilen dallara göre asgari yatak sayısı ile YÖK, Tıpta Uzmanlık Kurulu ve Eczacılıkta Uzmanlık Kurulu tarafından belirlenen esaslara da uyması gerekmektedir. Bu çerçevede özel hastanenin uzmanlık eğitiminin gerektirdiği sayı ve çeşitlilikte hasta kabul edilebilecek yapılanmayı da oluşturması gerekmektedir³⁹.

İkinci olarak, özel hastanenin toplam yatak sayısının tıp fakültesinin yıllık öğrenci kontenjanının üç katından az olmaması gerekmektedir. Ayrıca işbirliği kapsamına dış hekimliği eğitiminin de dahil olması halinde, dış ünite sayısının dış hekimliği fakültesi öğrenci kontenjanının iki katından az olmaması

cek şekilde imkân verecek şekilde sağlık hizmeti veren iç hastalıkları, çocuk sağlığı ve hastalıkları, genel cerrahi, kadın hastalıkları ve doğum alanında en az 80, diğer uzmanlık dallarında 90, yoğun bakımlarda 30 olmak üzere en az 200 yataklı bir hastane olması gereklidir.

...

(c) İşbirliği yapılacak olan hastaneler yukarıdaki koşulları sağlamakla birlikte, toplam yatak sayısı her hâlükârda tıp fakültesinin yıllık öğrenci kontenjanının üç katından az olamaz. İşbirliği kapsamına dış hekimliği eğitimi dahil ise, mevcut dış ünitesi sayısı dış hekimliği fakültesinin yıllık öğrenci kontenjanının iki katından az olamaz; vakıf üniversitesi bünyesinde dış ünitesi varsa bunlar toplam içinde kabul edilir. İşbirliği esnasında, üniversite tarafından öğrenci kontenjanı artırımı yapılabilmesi için, öncelikle hastanenin yatak kapasitesinin uygunluğuna dair Bakanlıktan görüş alınması zorunludur.

(ç) Hastanede uzmanlık eğitimi verilebilmesi için, uzmanlık eğitimi çekirdek müfredatının ve bu müfredatlara göre uzmanlık eğitimlerinin gereklerini yerine getirecek sayı ve çeşitlilikte hasta kabul edebilecek yapılanma tamamlanmış olmalıdır.

(d) Hastanelerde, çekirdek müfredatların ve uzmanlık eğitiminin gereklerini yerine getirmek üzere, her uzmanlık eğitimi programı için ilgili dalın çekirdek müfredatındaki eğitim standardını sağlayacak asgari sayıda öğretim üyesi YÖK'ün uygun görüşü ve Bakanlığın onayı ile üniversite tarafından görevlendirilir.

(e) Üniversiteden görevlendirilecek doçent ve profesör unvanlı öğretim üyeleri için öncelikli olarak hastanedeki mevcut kadrolar kullanılır. Hastane kadrosunun asgari eğitim standardı için yetersiz olması halinde, asgari eğitim standardı için yetersiz olması halinde, asgari öğretim üyesi standartları açısından YÖK'ün görüşü ve Bakanlık kadro planlamaları dikkate alınarak, hastaneye planlamadan istisna olarak sadece üniversiteden görevlendirilmiş doçent ve profesör unvanlı öğretim üyelerine mahsus olmak ve sadece işbirliği yapılan hastanede çalışmak üzere, Bakanlıkça uzmanlık dalı ilavesi ve ek kadro tahsisi yapılabilir. İşbirliğinin sona ermesi halinde hastaneye tahsis edilen ek kadrolara ve uzmanlık dalları hastane hekim kadrosu ve faaliyet izin belgesinden düşülür."

39 Usul ve Esaslar m. 8/1-ç.

gerekmektedir. Dolayısıyla öğrenci kontenjanı ile yatak veya dış ünite sayısı doğrudan birbirine bağlantılıdır. Nitekim işbirliği yapan vakıf üniversitesinin tıp veya dış hekimliği fakültelerinde kontenjan arttırabilmesi için öncelikle işbirliği yapılan özel hastanenin yatak kapasitesinin uygunluğuna dair Sağlık Bakanlığından görüş alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Son olarak, özel hastanenin, tıp ve/veya dış hekimliği fakültesi ile aynı il sınırları içerisinde bulunması gerekmektedir⁴⁰. Dolayısıyla farklı illerde bulunan üniversite ile özel hastaneler arasında işbirliği yapılması mümkün değildir. Ancak bu şart 3359 sayılı Kanunun Ek 15. maddesinde yer almamaktadır.

Ayrıca bir özel hastanenin birden fazla vakıf üniversitesi ile işbirliği yapması da mümkün değildir⁴¹. Bununla birlikte bir hastanenin tek başına yeterli kapasite ve altyapı sağlayamaması durumunda, aynı vakıf üniversitesinin bir başka hastaneyi daha işbirliğine dahil edebilmesi mümkündür⁴².

Bu noktada vakıf üniversitesinin özel hastanelerle birden fazla işbirliği protokolü yapmasının mümkün olup olmadığı da irdelenmelidir. Buna göre üniversite bünyesinde birden fazla tıp fakültesi veya dış hekimliği fakültesi bulunabilmektedir. Bu halde üniversite bünyesinde birden fazla fakülte bulduğuna göre, bu fakültele ilişkin lisans eğitimi, uzmanlık eğitimi ve araştırma faaliyetleri için birden fazla işbirliği protokolünün yapılmasının mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim 3359 sayılı Kanunun Ek 15. maddesinde vakıf üniversiteleri ile özel hastanelerin işbirliği protokolü yapmasında herhangi bir sayı sınırlaması öngörülmemiştir. Usul ve Esasların 8. maddesinde yer alan üniversitelerin bir hastane ile işbirliği yapabilecekleri, ancak bu hastanenin tek başına yeterli kapasite ve eğitim altyapısı sağlayamaması durumunda bir hastanenin daha işbirliğine dahil edilebileceği şeklindeki hükmü, aynı işbirliği kapsamında işbirliği yapabilecek hastaneye ilişkin sınırlama getirmektedir. Nitekim Usul ve Esasların 2. maddesinde işbirliği yapılan birimlerden söz edilmektedir. Dolayısıyla birden fazla tıp fakültesi veya dış hekimliği fakültesi bulunan üniversite, özel hastane ile işbirliği yaparken, bazı fakülteleri işbirliği dışında bırakabilecektir. İşte mevzuatta öngörülen diğer şartların sağlanması halinde, başka bir özel hastane ile bu fakültelerin dahil olduğu ikinci bir işbirliği yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.

40 Usul ve Esaslar m. 5 ve m. 8/3.

41 Usul ve Esaslar m. 6/3.

42 Usul ve Esaslar m. 8/1-b.

3. Bütçelerin Ayrı Olması Şartı

Vakıf üniversiteleri ile özel hastanelerin işbirliği yapabilmesinin bir diğer şartı ise bu iki kurumun bütçelerinin ayrı olmasıdır⁴³. Dolayısıyla vakıf üniversitesi ile özel hastanenin işbirliği kapsamında yapılan giderler ile elde edilen gelirlerinin birbirinden bağımsız olması gerekmektedir. Buna göre bütçelerin ayrı olması şartı dışında, Usul ve Esaslar'ın 11. maddesinde “(i) *İşbirliği yapılan hastanede sağlık hizmeti sunan üniversite öğretim üyelerinin* üniversite ödenekleri dahil, kadrosuna/sözleşmesine bağlı ödemeleri üniversite tarafından ödenir. Öğretim üyelerince yürütülen sağlık hizmetlerinin karşılığı olan ve hastane idaresi ile üniversite arasında kararlaştırılan ücretler hastane tarafından, öğretim üyelerine ödemek üzere üniversitenin hesabına aktarılır. Öğretim üyeleri ile özel hastane arasında bu işbirliği kapsamında hizmet akdine dayanan parasal ilişki kurulması yasaktır” hükmü yer almaktadır.

İşbirliği neticesinde, vakıf üniversitesi hastane ihtiyacını özel hastane ile karşılamaktadır. Dolayısıyla üniversitenin sağlık eğitim öğretimi ile sağlık hizmeti sunmasına ilişkin altyapı hizmetleri, özel hastane tarafından karşılanmaktadır. Buna karşılık üniversitenin öğretim üyeleri hastanede sağlık hizmeti sunmaktadır. Sunulan bu sağlık hizmetleri karşılığında ise SGK'dan ve sağlık hizmetlerinden yararlananlardan bir bedel alınması söz konusu olmaktadır⁴⁴.

43 3359 sayılı Kanun Ek m. 15/1.

44 5510 sayılı Kanun m. 73: “Bu Kanuna göre sağlık hizmetleri, Kurum ile yurt içindeki veya yurt dışındaki sağlık hizmeti sunucuları arasında yapılan sözleşmeler yoluyla ve/veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından satın aldıkları sağlık hizmeti giderlerinin ödenmesi suretiyle sağlanır. Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversiteleri dahil sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularınca, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden sağlık hizmeti sunucularının giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak bu bedellerin iki katına kadar alınabilecek ilave ücretin tavanını belirlemeye Cumhurbaşkanını yetkilidir. Bu tavan dahilinde alınabilecek ilave ücret oranları Kurumca belirlenir. Ancak ...60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (4), (6) ve (8) numaralı alt bentleri kapsamında sayılanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişiler ile aynı maddenin onikinci, onüçüncü ve ondördüncü fıkraları kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılan kişilerden ilave ücret alınmaz. Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen eşdeğer ilaçların, azami fiyatı ile kişinin talep ettiği eşdeğer ilacın fiyatı arasında oluşacak fark ve optik için tavan uygulanmaz ve bu fıkra kapsamında değerlendirilmez. ...Ancak yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri için Kurumca belirlenmiş sağlık hizmetleri bedelinin, poliklinik muayenelerinde bir katını, diğer hizmetlerde yüzde ellisini geçmemek üzere, üniversite yönetim kurulu kararıyla öğretim üyelerinin unvanları itibarıyla belirlenen miktarda ilave ücret alınabilir. Ancak alınacak ilave ücret bir defada asgari ücretin iki katını geçemez. Bu oranları bir katına kadar artırmaya Cumhurbaşkanını yetkilidir. Kurum bu fıkra kapsamında ilave ücret alınmayacak sağlık hizmetlerini belirlemeye yetkilidir. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları, Kurumca belirlenmiş standartların üstündeki talepleri karşılayan otelcilik hizmetleri ile hayatı öneme sahip olmama ve alternatif tedavilerin

İşte işbirliği kapsamında yürütülen faaliyetin esas gelirini de sağlık hizmet sunumu karşılığında elde edilen bedeller oluşturmaktadır. Usul ve Esaslar'ın 11. maddesi uyarınca öğretim üyelerinin sağlık hizmet sunumu karşılığında alacakları ücret ise üniversite ve hastane tarafından belirlenmekte, sonrasında da hastane tarafından öğretim üyelerine ödenmek üzere üniversiteye aktarılmaktadır. Buna karşılık hem ilgili Kanunda hem de Usul ve Esaslar'da öğretim üyelerinin ücretleri dışında, üniversite ile hastane arasındaki mali hükümlerin düzenlenişine ilişkin herhangi bir kural/şart öngörülmemiştir. Bu halde üniversite ile hastane işbirliği yapılmasına ilişkin karşılıklı mali hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi konusunda, kendi mevzuatındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, serbest bulunmaktadır.

4. İşbirliği Yapılamayan Durumlar

Vakıf üniversitesi sağlık uygulama ve araştırma merkezi/hastanesinin yeterli kapasite ve eğitim altyapısına sahip olması halinde vakıf üniversitesi ile özel hastanenin işbirliği yapması mümkün bulunmamaktadır⁴⁵. Buna göre vakıf üniversite hastanesinin yeterli kapasite ve eğitim altyapısına ulaşması halinde işbirliği protokolü Sağlık Bakanlığınca iptal edilmelidir. Bu iptalin vakıf üniversitesi sağlık uygulama ve araştırma merkezinin yeterli kapasiteye göre faaliyete geçtiğinin tespit edildiği tarihten itibaren bir ay içinde yapılması gerekmektedir⁴⁶.

B. İşbirliğinin Konusu

Tıp ve/veya diş hekimliği bulunan vakıf üniversiteleri, tıp ve diş hekimliğinde lisans eğitimi, tıp, diş hekimliği ve eczacılıkta uzmanlık eğitimi ile araştırma faaliyetlerini yürütmektedir. Ancak bu faaliyetler hem niteliği hem de mevzuat gereği sağlık hizmet sunumu ve sağlık tesisine ihtiyaç duymaktadır. İşte işbirliğinin konusunu vakıf üniversitesinin hastane ihtiyacının, özel hastane ile karşılanması oluşturmaktadır. Diğer yandan, özel hastane de sağlık eğitim ve öğretimine katkı sağlamak ve daha nitelikli sağlık hizmet sunumu gerçekleştirebilmektedir.

bulunması gibi hususlar göz önüne alınarak Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden belirlenen hizmet fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilâve ücret alabilir. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları, Kurumca ödenecek sağlık hizmeti bedellerinin yayımlanmasını takiben otuz gün içinde ilâve ücret ödemeleri için belirlenen tavanlar dahilinde belirledikleri sağlık hizmeti fiyatlarını kurumca bildirmek zorundadır. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları fiyat değişikliklerini 5 iş günü içinde Kuruma bildirirler. Tavanlar dahilinde de olsa Kurumca belirlenen süreden önce bu fiyatlarını artıramazlar.” .

45 Usul ve Esaslar m. 6/1.

46 Usul ve Esaslar m. 6/2.

Dolayısıyla vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliğinin konusunu, vakıf üniversitesinde tıp ve/veya dış hekimliği lisans eğitimi ile tıp, dış hekimliği ve eczacılıkta uzmanlık eğitimi alan öğrencilerle, üniversite tarafından görevlendirilen öğretim üyeleri tarafından sunulan eğitim ve sağlık hizmetleri oluşturmaktadır. Bu çerçevede işbirliğinin hukuki sonuçları eğitim ve sağlık hizmetleri bakımından ileride ayrı ayrı incelenecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliği yaptığında, özel hastanenin tüm birimlerinin işbirliğine dahil olmasının zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, Usul ve Esasların kapsam başlıklı 2. maddesinde *“(bu) Usul ve Esaslar, özel hastaneler ile vakıf üniversitelerinin işbirliği yapılan birimleri ve bu birimlerde görev yapan personeli kapsar”* hükmü yer almaktadır. Nitekim anılan Usul ve Esasların 8/1-c maddesinde de işbirliği kapsamına dış hekimliğinin dahil olup olmamasına göre farklı şartlar öngörülmektedir. Bu çerçevede vakıf üniversitesi bünyesindeki tıp fakültesi, dış hekimliği fakültesi veya sağlık uygulama ve araştırma merkezinin işbirliği kapsamına dahil olabileceği anlaşılmaktadır. Özel hastaneler bakımından ise özel hastanenin kabul ve tedavi edeceği uzmanlık dallarına göre bunların tamamı veya bir kısmının işbirliği kapsamına dahil olması söz konusu olabilecektir. Bunun neticesi olarak da işbirliğine dahil birimlerde görev yapan personelin işbirliği hükümleri kapsamında yer alması mümkün olacaktır.

Ancak bu durum çeşitli sorunlara yol açabilir. Buna göre daha sonra açıklanacağı gibi bir özel hastane işbirliği yapması halinde, sağlık hizmet sunumu bakımından diğer özel hastanelere göre farklı bir statü kazanmaktadır. Bu statü ise vatandaşların sağlık hizmeti için başvurularında bir tercih sebebi olmaktadır. Bu durumda bir özel hastanenin vakıf üniversitesiyle işbirliği yapması halinde, hangi birimlerinin işbirliğine dahil olduğunun belirlenmesi çeşitli karışıklıklara yol açabilecektir. Bu sebeple özel hastanenin sağlık hizmeti sunan tüm birimlerinin işbirliği kapsamında yer almasının sağlanması daha doğru olacaktır.

C. İşbirliğinin Yapılış Usulü

Vakıf üniversitesi ile özel hastane arasında işbirliği, bu iki kurum arasında protokol yapılması ve bu protokolün Sağlık Bakanlığı ve YÖK tarafından onaylanması yoluyla yapılmaktadır. Bu çerçevede öncelikle işbirliği protokolü yapılmasına ilişkin süreç, ardından da işbirliği protokolünün hukuki niteliği incelenecektir.

1. İşbirliği Protokolünün Yapılması

3359 sayılı Kanunun Ek 15. maddesine göre vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliği, vakıf üniversitesi ve özel hastanenin yetkili makamları arasında işbirliği protokolü imzalanarak yapılmaktadır⁴⁷. Ancak bu protokolün uygulanabilmesi için Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunca onaylanması gerekmektedir. Protokolde değişiklik yapılması ve yeni hüküm ilavesi de aynı usule tabi bulunmaktadır⁴⁸. Bunun yanında işbirliği protokolünün onaylanmasından itibaren en geç altı ay içerisinde fiilen işbirliğine başlanmalıdır. Bu süre içerisinde fiilen işbirliğine başlanmaması halinde protokol feshedilmiş sayılmaktadır. Ayrıca işbirliğinin fiilen başlama tarihinin bir tutanak ile tespit edilerek Bakanlığa ve YÖK'e bildirilmesi gerekmektedir⁴⁹.

Bunun yanında söz konusu düzenlemelerde vakıf üniversitesinin hangi özel hastane ile işbirliği yapacağını belirlemesine yönelik olarak herhangi bir idari usul kuralı bulunmamaktadır. Bu sebeple mevzuatta yer alan şartları sağlayan vakıf üniversitesi ile özel hastanelerin, karşılıklı iradelerin uyuşması neticesinde birbiriyle işbirliği yapması hukuken mümkündür.

2. İşbirliği Protokolünün Hukuki Niteliği

Vakıf üniversitesi ile özel hastane arasında imzalanan anlaşma her ne kadar "protokol" olarak adlandırılrsa da söz konusu protokolün sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁵⁰. Bu halde bu protokolün idari sözleş-

47 2547 sayılı yükseköğretim Kanununun Ek 5. maddesinde "Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunur. ... Mütevelli heyet vakıf yükseköğretim kurumunun tüzelkişiliğini temsil eder. Vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticileri Yükseköğretim Kurulunun olumlu görüşü alınarak mütevelli heyet tarafından atanır. Mütevelli heyet; vakıf yüksek öğretim kurumu yöneticilerine uygun gördüğü ölçüde yetkilerini devredebilir. Yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylar, yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylar ve uygulamaları izler, ayrıca vakıfca hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürütür." hükmü yer almakta, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 22. maddesinde de "Vakıf yükseköğretim kurumlarının rektörleri 2547 sayılı Kanunun vakıf yükseköğretim kurumları ile ilgili ek maddeleri ile mütevelli heyet tarafından verilen ve Devlet üniversitesi rektörlerinin 2547 sayılı Kanunun vakıf yükseköğretim kurumları ile ilgili ek maddelerine aykırı olmayan görev ve yetkileri kullanırlar. Rektörler ve bağımsız vakıf meslek yükseköğretim müdürleri Mütevelli Heyetin kabul ettiği bütçe sınırları içinde vakıf yükseköğretim kurumunun harcama yetkilisidir (ita amiri)." düzenlemesi bulunmaktadır. Bu halde vakıf üniversitesi adına işbirliği yapma yetkisinin mütevelli heyete veya onun yetkilendirmesi halinde rektöre ait olduğu anlaşılmaktadır. Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 17. maddesinde ise mesul müdürün görev ve yetkileri belirlenmiştir. Buna göre özel hastanenin tıbbi, idari ve teknik hizmetlerinin yürütülmesi mesul müdürün görev ve yetkisindedir. Bu kapsamda işbirliği protokolünün özel hastane adına yapmaya yetkili makam, özel hastane mesul müdürüdür.

48 3359 sayılı Kanun Ek m. 15/1; Usul ve Esaslar m. 7/1.

49 Usul ve Esaslar m. 7/2.

50 Nitekim uygulamada bazı işlemlerin isimlerinin, işlemlerin hukuki niteliğini yansıtmadığı da belirtilmektedir. Bkz. Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 299.

me niteliği taşıyıp taşımadığı da belirlenmelidir. Buna göre kanunda açık bir nitelendirme olmadığı hallerde doktrin ve yargı içtihatlarında belirlenmiş olan ölçütlere göre bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı tespit edilmektedir. Bu bağlamda sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, sözleşmede bir tarafın kamu hizmeti yürütmesinin veya böyle bir hizmetin yürütülmesine katılmasının öngörülmesi ve idareye özel hukuk sözleşmelerinin aşan üstün hak ve ayrıcalıklar tanınmış olması bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinin belirlenmesinde kullanılan ölçütleri oluşturmaktadır⁵¹.

Bu çerçevede vakıf üniversitesi ile özel hastane arasında yapılan işbirliği protokolünün ilk şartı gerçekleştirdiği görülmektedir. Buna göre işbirliği protokolünün bir tarafını kamu tüzel kişiliğini haiz vakıf üniversitesi oluşturmaktadır.

Söz konusu işbirliği protokolünün ikinci şartı da gerçekleştirdiği söylenebilir. Bu bağlamda protokolün konusu, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkindir. Bu noktada hatırlatmak gerekir ki, temel olarak vakıf üniversitesinde yükseköğretim, özel hastanede ise sağlık hizmeti yürütülmektedir. İşbirliği protokolüyle ise sağlık eğitimi ve sağlık hizmet sunumu bakımından her iki kuruluşun ortak hareket etmesi söz konusudur. Dolayısıyla işbirliği protokolü ile kamu hizmetinin yürütülmesi konusunda farklı bir yöntem ortaya çıkmaktadır.

İşbirliği protokolünün, “idareye özel hukuk sözleşmelerini aşan üstün hak ve ayrıcalıklar tanınmış olması” şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin de üzerinde durulması gerekmektedir. Buna göre sözleşmenin bir yanını oluşturan idarenin, karşı taraf hakkında kamu gücüne dayanan tek yanlı işlemler yapabilmesi; idarenin yapılan işi, verilen hizmeti devamlı denetlemesi; sözleşme süresi sona ermeden hizmetin idareye satın alınması; sözleşmede öngörülmüş olsa bile karşı taraf hakkında zorlayıcı tedbirler uygulayabilmesi; sözleşmeyi tek taraflı irade beyanı ile feshedebilmesi idareye tanınan üstün hak ve ayrıcalıklara örnek olarak sayılmaktadır⁵².

İşbirliği protokolünün hukuki esaslarını belirleyen 3359 sayılı Kanun ve Usul ve Esaslar’da ise genel olarak vakıf üniversitesi ile özel hastanenin eşit kabul edildiği görülmektedir. Örneğin, Usul ve Esasların 7/3. maddesinde “(t) araflar sürenin bitiminden en az bir yıl önce protokolün sona ereceğini karşı tarafa yazılı olarak bildirmedeği takdirde protokol aynı süreyle kendiliğinden uzamış sayılır” hükmü; 7/4 maddesinde ise tarafların iki yıl önceden bil-

51 Metin Günay, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, 184-186; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 2, 2. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s. 39-46.

52 Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1998, s. 12; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 167.

dirme kaydıyla herhangi bir sebep göstermeksizin süresinden önce protokolü sona erdirebilmesi düzenlenmektedir. Bununla birlikte anılan protokolün hüküm ve sonuçlarını doğurması, protokolde değişiklik yapılması da Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu'nun onayına bağlı bulunmaktadır.

Buna göre vakıf üniversitesi ile özel hastane arasında imzalanan protokolü, ilk bakışta tipik bir idari sözleşme olarak nitelenebilir. Dolayısıyla "idareye özel hukuk sözleşmelerin aşan üstün hak ve ayrıcalıklar tanınmış olması" şartını da idari sözleşmelere ilişkin olarak sayılan klasik yetkilerden farklı değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda ilk olarak işbirliği protokolü, her ne kadar vakıf üniversitesi ile özel hastane arasında yapılsa da bu protokolün uygulanabilmesi için Sağlık Bakanlığı ve YÖK'ün onayı şarttır. Yine protokolde değişiklik yapılması da aynı usule tabidir. Bu halde Sağlık Bakanlığı veya YÖK, protokol hükümleri üzerinde doğrudan söz sahibidir. Ayrıca Usul ve Esaslar'da protokolün her iki tarafına da kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan birçok yükümlülük düzenlenmiştir. Bu sebeple işbirliği protokolünün kamu hukuku yönünün ağır bastığı rahatlıkla söylenebilir. Dolayısıyla da bu protokolün bir idari sözleşme olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından bir vakıf üniversitesi ile işbirliği protokolü yapan özel hastanenin, Sosyal Güvenlik Kurumu ile imzaladığı "Sosyal Güvenlik Kurumu/Vakıf Üniversitesi ile Afiye Hastane Sağlık Hizmetleri Protokolü" idari sözleşme niteliğinde kabul edilmiştir. Buna göre söz konusu uyuşmazlıkta vakıf üniversitesi ile özel hastane arasında işbirliği protokolü imzalandıktan sonra, bu protokolün dayanağını oluşturan "Usul ve Esaslar" YÖK tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun üzerine Sosyal Güvenlik Kurumu, işbirliği yapılan özel hastane ile arasındaki protokolün sonlandırılmasına ilişkin karar almıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi ise "İdari sözleşme, idarenin kamusal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün, hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir. Bu nitelikte olmayan diğer sözleşmeler ise, genelde özel hukuk alanında, özel hukuk kurallarına göre düzenlenir. Mevcut uyuşmazlıkta, taraflar arasında imzalanan protokolde yer alan şartlara ilişkin bir değişiklik bulunmadığı gibi, şartların değişikliğinden kaynaklanan bir feshin de söz konusu olmadığı görülmektedir. Ayrıca idare sözleşme ile tek taraflı değişiklik yapma hakkını elde etmiştir. Bu durumda protokolün idari sözleşme vasfında olduğu tartışmasızdır. Bu sebeple taraflar arasındaki idari nitelikteki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerekmektedir" şeklindeki gerekçeyle, anılan protokolün idari sözleş-

me niteliğinde olduğu ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kararına ilişkin uyuşmazlığın idari yargıda çözümlenmesi gerektiği şeklinde hüküm kurmuştur⁵³.

Sonuç olarak üniversite ile hastane arasında imzalanan sözleşme idari bir sözleşmedir ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargı mercileri önünde çözümlenecektir.

D. İşbirliğinin Süresi

1. Genel Olarak

Vakıf üniversitesi ile özel hastane arasında yapılan işbirliği protokolünün süresi Usul ve Esaslar ile beş yıl olarak belirlenmiştir⁵⁴. Bunun yanında vakıf üniversitesi veya özel hastane, sürenin bitiminden en az bir yıl önce protokolün sona ereceğini karşı tarafa yazılı bildirmedeği takdirde, protokol aynı süreyle kendiliğinden uzamış sayılmaktadır⁵⁵. Bunun için de öngörülmuş bir nihai sınır bulunmamaktadır.

2. 3359 Sayılı Kanun'un Geçici 10. Maddesi ile Düzenlenen Hukuki Duruma Göre İşbirliğinin Süresi

Vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliğine ilişkin ilk düzenlemenin 2011 yılında ÖHY'de yapıldığı ancak bu düzenlemenin kanuni dayanağı olmadığı gerekçesiyle Danıştay tarafından iptal edildiğine yukarıda değinilmişti. Danıştay'ın söz konusu kararı üzerine kanun koyucu harekete geçmiş ve 3359 sayılı Kanunun EK 15. maddesiyle vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliği yasal dayanağa kavuşmuştur. Bununla birlikte anılan düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce yapılan işbirliği protokollerine ilişkin olarak da özel bir düzenleme yapılmıştır.

Buna göre 3359 sayılı Kanunun Geçici 10. maddesinde "(b)u maddenin yürürlüğe girmesinden önce vakıf yükseköğretim kurumlarıyla özel hastaneler arasında yapılmış olup uygulanmakta olan protokoller, protokollerde belirlenen sürelerin sonuna kadar mevcut hak ve yükümlülükleri ile geçerlidir." hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla 3359 sayılı Kanunun Ek 15. maddesinin yürürlüğe girişi tarihi olan 07.09.2016 tarihinden önce vakıf üniversiteleri ile özel hastane arasında yapılmış işbirliği protokolleri, mevcut protokolde belirlenen sürenin sonuna kadar geçerliliklerini korumaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de anılan hükmün iptali istemiyle açılan davada "...vakıf üniversiteleri ile özel hastaneler arasında işbirliğine yönelik bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce yapılmış mevcut protokollerin geçerliliklerini devam ettirecek-

53 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, T.29.01.2018, E.2017/798, K.2018/29 <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> (2.03.2019).

54 Usul ve Esaslar m. 7/3.

55 Usul ve Esaslar m. 7/3.

lerinin belirtilmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında” olduğunu açık şekilde ifade etmiştir⁵⁶.

Bu noktada kazanılmış haklar ile geçici madde düzenlemeleri arasında da yakın bir bağ olduğunu belirtmek gerekir⁵⁷. Buna göre Anayasa Mahkemesi kazanılmış hakkı, “özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır” şeklinde tanımlamaktadır⁵⁸. Geçici madde düzenlemelerinin temel amaçlarından birini de daha önceki düzenlemelerden doğan hakların korunmasının sağlanması oluşturmaktadır⁵⁹. Bu bağlamda 3359 sayılı Kanunun geçici 10. maddesiyle de 07.09.2016 tarihinden önce vakıf üniversitesi ile özel hastaneler arasında yapılan protokoller ile oluşan kazanılmış hakların korunması sağlanmaktadır. Dolayısıyla anılan tarihten önce yapılan işbirliği protokolleri, yapıldıkları andaki mevzuat hükümlerine tabi bulunmaktadır. Bu statü, kanun koyucu tarafından da korunduğundan, idare tarafından söz konusu statüyü değiştirecek veya ortadan kaldıracak şekilde düzenleme yapılması da mümkün değildir.

Örneğin, Sağlık Uygulama Tebliği'nde (SUT) yer alan düzenleme uyarınca, SGK tarafından dış tedavilerine ilişkin hizmetlere ilave ücret ödenmesinde, vakıf üniversitesi sağlık uygulama ve araştırma merkezi ile vakıf üniversitesi ile işbirliği yapan özel hastane bakımından ayırım yapılması hukuka aykırı bulunmuştur⁶⁰. Buna göre İdare Mahkemesi, vakıf üniversitesi sağlık uygulama ve araştırma merkezi ile vakıf üniversitesiyle işbirliği yapan özel hastane arasında sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca ayırım yapılmasını 3359 sayılı Kanunun Ek

56 Anayasa Mahkemesi E.2016/181, K.2018/111 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (10.04.2020)

57 Derya Karakoç, “2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Yargı Kararlarına Yansıyan Geçici Maddelerinin Kazanılmış Hak Açısından İncelenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 1004.

58 Anayasa Mahkemesi E.2012/65, K.2012/128 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (10.04.2020) Kazanılmış hak kavramına ilişkin benzer diğer tanımlar için bkz. Muhammed Göçgün, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 275-278.

59 Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 16/4: “Yeni mevzuat metni ile getirilen düzenleme uygulanmaya başlayıncaya veya yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde yapılacak işlem ve düzenlemeler ya da uyulacak ilke ve kurallar ile daha önceki düzenlemelerden doğan hakların korunmasına ilişkin hususlar ve benzeri geçiş hükümleri geçici maddelerle düzenlenir.”.

60 SUT m. 2.4.1-A maddesinde şu hüküm yer almaktadır; “Bu listede yer alan “401.051, 401.060, 401.070, 401.080, 401.090, 401.100, 401.110, 401.120, 401.130, 401.135, 401.150 işlem kodları hariç olmak üzere üniversitelerin dış hekimliği fakülteleri tarafından SUT eki EK-2/Ç Listesindeki puanlara “%50” oranında ilave edilerek faturalandırılır.”.

madde 15 ve geçici 10. maddelerine aykırı olacağı tespitiyle yürütmenin durdurulması kararı vermiştir⁶¹. Bunun yanında aşağıda işbirliği yapan özel hastanenin üniversite hastanesi niteliğine ilişkin açıklamalar sırasında yer verilen mahkeme kararlarında da işbirliği yapan hastanenin üniversite hastanelerinden farklı bir düzenlemeye tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olacağı vurgulanmaktadır. Dolayısıyla 3359 sayılı Kanunun geçici 10. maddesi uyarınca mevcut hak ve yükümlülükleri korunan işbirliği protokolü yapan hastanelerin, her ne suretle olursa olsun protokolün yapıldığı andaki hukuki kazanımlarının değiştirilmesi mümkün olmadığı gibi sosyal güvenlik mevzuatı bakımından da buna aykırı düzenlemeler yapılamaz.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, işbirliği protokolünün süresinin tarafların iradesiyle uzamasına ilişkin hükümler, işbirliğine ilişkin düzenlenen usul ve esaslarda birbirine paralellik arz etmektedir⁶². Dolayısıyla bu protokollerin taraflarından herhangi birinin, protokol süresinin bitiminden en az bir yıl önce protokolün sona ereceğini bildirmemiş olması halinde protokolün beş yıl süreyle aynı şartlarla kendiliğinden uzaması söz konusu olur.

E. İşbirliğinin Sona Ermesi

Yukarıda vakıf üniversitesi ile özel hastane arasında yapılan işbirliği protokolünün bir idari sözleşme olduğunu belirtmiştik.

Genel anlamda idari sözleşmeler, yapılacak işin bitmesi, sözleşme süresinin sona ermesi, tarafların anlaşması, taraflardan birinin gerçek kişi olması halinde hizmeti yapamayacak duruma düşmesi veya ölümü, imtiyazın idarece satın alınması, mahkeme kararı ve tek taraflı irade ile sona erebilir⁶³.

İşbirliği protokolünün sona erme hallerini ise işbirliğinin iptalini gerektiren durumlar, işbirliğinin fiilen başlamaması ve tarafların iradesiyle sona erme şeklinde üç başlık altında incelemek mümkündür.

1. İşbirliğinin İptalini Gerektiren Durumlar

Vakıf üniversitesi ile özel hastanenin işbirliği yapabilmesi için gerekli olan şartları, vakıf üniversiteleri ve özel hastaneler bakımından ayrı ayrı yukarıda incelemiştik. Bu çerçevede bu şartların kaybedilmesi halinde söz konusu işbirliğinin de sona ermesi gerekmektedir.

Bu kapsamda vakıf üniversitesi bünyesindeki tıp ve/veya diş hekimliği fa-

61 İstanbul 7. İdare Mahkemesi E.2019/493 Yürütmenin Durdurulması Kararı (yayımlanmamıştır).

62 Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 19.04.2012 tarih ve 2012.8.481 sayılı kararıyla kabul edilen Vakıf Yükseköğretim Kurumları ile Özel Hastanelerin İşbirliğine İlişkin Usul ve Esaslar m. 2/4; Yükseköğretim Genel Kurulu'nun 28.05.2015 tarih ve 2015.9.305 sayılı kararıyla kabul edilen Vakıf Yükseköğretim Kurumları ile Özel Hastanelerin İşbirliğine İlişkin Usul ve Esaslar m. 2/3.

63 Yayla, s. 176.

kültelerinin kapanması halinde işbirliğinin de sona ermesi söz konusu olur.

Bunun yanında vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliğinin yapılabilmesi için gerekli olan şartlardan biri vakıf üniversitesinin tıp ve/veya diş hekimliği fakültesine sahip olması ancak sağlık uygulama ve araştırma merkezinin bulunmaması veya sağlık uygulama ve araştırma merkezinde yeterli kapasite ve eğitim altyapısının bulunmamasıdır. Dolayısıyla işbirliği devam ederken, vakıf üniversitesi tarafından yeterli kapasite ve eğitim altyapısını sağlayan bir sağlık uygulama ve araştırma merkezi açılması ve faaliyete geçmesi veya vakıf üniversitesi bünyesindeki mevcut sağlık uygulama ve araştırma merkezinin kapasitesinin yeterli hale getirilmesi halinde işbirliği protokolünün, Sağlık Bakanlığı tarafından bir ay içerisinde iptal edilmesi gerekmektedir⁶⁴. Burada bir aylık sürenin hesaplanmasında yeni kurulan sağlık uygulama ve araştırma merkezinin faaliyete geçtiği veya yeterli kapasiteye göre faaliyete geçtiği tarih esas alınmaktadır.

Bunun yanında özel hastanenin işbirliği yapabilmesi için tıp ve diş hekimliğinde lisans eğitimi, tıp, diş hekimliği ve eczacılıkta uzmanlık eğitimi ile araştırma faaliyetleri için yeterli kapasite ve eğitim altyapısına sahip olması gerekmektedir. Bu kapsamda işbirliği yapan özel hastane, YÖK ve TUK/EUK tarafından işbirliği için gerekli olan yeterli kapasite ve eğitim altyapısına sahip olup olmadığı yönünden denetlenmektedir. Bu denetimler neticesinde, kapasite ve eğitim alt yapı yeterliliğini kaybettiği tespit edilirse de işbirliğinin sona ermesi söz konusu olmaktadır. Ancak bu halde özel hastanenin mezuniyet öncesi ve sonrası eğitim ve öğretimin gereklerini ve yükümlülüklerini yerine getirebildiği anlaşılırsa, mevcut öğrencilerin eğitim süreleri tamamlanuncaya kadar işbirliğinin devam etmesine izin verilebilir⁶⁵.

Son olarak ise özel hastanenin faaliyetinin kendi mevzuatından kaynaklanan sebeplerle sona ermesi veya özel hastanenin bir başka İl'e taşınması halinde de işbirliğinin sona ermesi söz konusu olur.

2. İşbirliğine Fiilen Başlanmaması

Daha önce de belirtildiği gibi işbirliği protokolünün Sağlık Bakanlığı ve YÖK tarafından onaylanması gerekmektedir. Bu onay tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde fiilen işbirliğine başlanmalıdır. Bu süre içerisinde fiilen işbirliğine başlanmaması halinde protokol feshedilmiş sayılmaktadır⁶⁶.

Burada protokolün iki ayrı idare tarafından onaylanması öngörüldüğünden, altı aylık sürenin hesaplanmasında hangi idare tarafından daha sonra onay ve-

64 Usul ve Esaslar m. 6/2.

65 Usul ve Esaslar m. 8/2.

66 Usul ve Esaslar m. 7/2.

rildiye o tarihin esas alınması gerekir. Ayrıca vakıf üniversitesi ile özel hastanenin de son onay tarihinden itibaren işbirliğinin fiilen başladığına dair bir tutanak düzenleyerek Sağlık Bakanlığı ve YÖK'e bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır.

3. İşbirliğinin Tarafların İradesiyle Sona Erdirilmesi

İşbirliğinin tarafları, iki yıl önceden bildirimde bulunmak ve devam eden eğitimlerle ilgili gerekli önlemleri almak kaydıyla, protokolde belirtilen sürelerin bitimini beklemeksizin ve herhangi bir sebep göstermeksizin protokolü süresinden önce sona erdirmeye hakkına da sahip bulunmaktadır⁶⁷. Dolayısıyla Usul ve Esaslar uyarınca protokolün her iki tarafına da eşit şekilde işbirliğini sona erdirmeye imkânı tanınmıştır.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, yürütülen kamu hizmeti uyarınca sözleşmeye tek taraflı iradeyle son vermeye haklı kılan sebepler olması veya diğer tarafın kusurlu olduğu hallerde de idari sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilebileceği kabul edilmektedir⁶⁸. Dolayısıyla özel hastanenin kusuru bulunması halinde, vakıf üniversitesi yukarıda belirtilen süreleri uymaksızın da işbirliği protokolünü sona erdirebilir.

III. Vakıf Üniversitesi ile Özel Hastane İşbirliğinin Sonuçları

Kamu hizmeti, bir idare tarafından yürütülebileceği gibi hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olan idarenin denetim ve gözetiminde özel hukuk kişileri tarafından da yürütülebilir. Ancak kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından yürütülebilmesi idare tarafından yetkilendirilmelerine bağlı bulunmaktadır⁶⁹. Bu yetkilendirme ise idari sözleşme, tek taraflı idari işlem veya özel hukuk sözleşmesi yoluyla yapılabilir. Bu kapsamda müşterek emanet, iltizam, ruhsat ve imtiyaz kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından klasik görülüş usulleri olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte bir kamu hizmetinin hangi usulle yürütüleceğini belirleme yetkisi, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla yasama organına ve kanunlara aykırı olmamak üzere idari makamlara ait bulunmaktadır⁷⁰. Kuşkusuz yasama organı, klasik usuller dışında yeni görülüş usulleri oluşturmak yetkisini de haizdir. Bu kapsamda özel hastaneler ile vakıf üniversitesi işbirliğinin kamu hizmetinin klasik görülüş usulleri dışında, kamu hizmetinin kendine özgü yeni bir görülüş usulü olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

67 Usul ve Esaslar m. 7/4.

68 Yayla, s. 176.

69 Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, Ankara, 2004, s. 33.

70 Gözler, s. 382.

Buna göre vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliğinde, işbirliğinin her iki tarafını da hali hazırda kamu hizmeti yürütme yetkisini haiz kişiler oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle burada hizmetin sahibi idarenin, bir özel hukuk kişisine kamu hizmeti yürütmesi için yaptığı bir yetkilendirme bulunmamaktadır. Dolayısıyla buradaki işbirliği, zaten yürütülmekte olan kamu hizmeti içerisinde gerçekleşmektedir. İkinci olarak, işbirliği kapsamında yeni bir altyapı kurulmasına yönelik yapım veya yenileme işi de söz konusu değildir. Vakıf üniversitesi ihtiyaç duyduğu altyapı tesislerini, mevcut ruhsatlı bir özel hastaneden karşılamaktadır. Dolayısıyla vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliği, altyapı ihtiyacının karşılanmasına yönelik olduğundan geniş anlamda kamu özel işbirliği modeli olarak değerlendirilebilir⁷¹ de, esas olarak bu işbirliği modelinin kendine özgü bir yöntem olarak nitelendirilmesi daha doğru olacaktır.

Bu bağlamda vakıf üniversitesi ile özel hastane arasındaki işbirliği, sağlık hizmetleri ile eğitim hizmetlerine ilişkin olarak, vakıf üniversitesi, özel hastane, öğretim elemanları ile sağlık alanında lisans ve uzmanlık eğitimi alan öğrenciler bakımından çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. Bu çerçevede işbirliğinin eğitim hizmetleri ve sağlık hizmetleri yönünden doğurduğu hukuki sonuçlar ayrı ayrı incelenecektir.

71 Bu noktada belirtmek gerekir ki, kamu özel işbirliğinin tek ve belirli bir modeli de bulunmamaktadır. Buna göre KÖİ modeli, “*kamu altyapı hizmetleri kapsamında projelerin gerçekleştirilmesi için geliştirilen, devlet ile özel sektör arasında uzun vadeli esnek bir sözleşme temeline dayanan ve kamu hizmetlerinin görülmesine ve/veya finansmanına devlet ile özel sektörün bir arada katılmasını öngören, finansman, altyapı ve hizmet sağlama*” için kullanılan bir kavram olarak nitelenmektedir. Bkz. Ertuğrul Acartürk, Sabiha Keskin, “Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 3, 2012, s. 28. Nitekim KÖİ modellerinin yeni bir uygulama olmadığı, sadece yeni bir üst kavram geliştirildiği de ileri sürülmektedir. Buna göre KÖİ’nin temel amacı kamu altyapı yatırım ve hizmetlerinin yine kamunun denetim ve gözetimi altında belli bir ölçüde özel sektöre gördürülmesidir. Abdullah Uz, “Kamu- Özel Ortaklığı / Public Private Partnership (PPP) Kavramsal ve Hukuksal Çerçeve”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, s. 1170. Bu kapsamda ülkemizde mevcut yap-işlet-devret, yap-işlet gibi kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi usulleri arasında kabul edilen usullerin de KÖİ modelleri arasında yer aldığı ifade edilmektedir. Bkz. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Halit Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 529. Bunun yanında KÖİ modelleri, bir hizmetin gerçekleşmesi amacıyla gerekli altyapı ve tesisin tasarımı, finansmanı, inşası ve işletilmesi ya da mevcut bir kamu yatırımının yenilenmesi, kiralanması, bakım ve onarımının yapılması ve işletilmesinde özel sektör katılımının sağlandığı yöntemlerin bir veya bir kaçının bir arada bulunduğu bütünleşmiş ve kapsamı genişletilmiş bir usul olarak da tanımlanmaktadır. Selime Güzelsarı, “Sağlık Sisteminde Yeniden Yapılanma ve Kamu Özel Ortaklıkları”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 45, Sayı 3, 2012, s. 30. Anayasa Mahkemesi de 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda değişiklik yapan 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, KÖİ’nin özel bir finansman modeli olduğunu vurguladıktan sonra, KÖİ’yi geleneksel kamu hizmeti görülüş usullerine alternatif olarak nitelendirmiştir Bkz. Anayasa Mahkemesi E.2014/92, K.2016/6 www.anayasa.gov.tr (31 Mart 2019).

A. Eğitim Hizmetleri Bakımından Sonuçları

Usul ve Esaslar'ın 9. maddesine göre işbirliği kapsamındaki hastanelerde lisans ve uzmanlık eğitimleri, fakülte dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütülür. Kuşkusuz özel hastanenin de bu eğitimlerin yürütülmesi için gerekli altyapıyı sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda hastane mesul müdürünün de eğitim hizmetlerinin aksamaması için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.

Bunun yanında Usul ve Esaslar kapsamında hastanede verilen uzmanlık eğitiminin takibi ve değerlendirilmesi, Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği ve Eczacılıkta Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğine göre yapılır⁷². Ayrıca hastanede bir uzmanlık eğitim programında eğitim verilebilmesi için üniversite tarafından bir eğitim sorumlusu da görevlendirilmiş olmalıdır⁷³. Bu kapsamda özel hastane, YÖK ve Tıpta Uzmanlık Kurulu/ Eczacılıkta Uzmanlık Kurulu denetimlerine de tabi tutulmaktadır. Buna göre, işbirliği yapan özel hastane, YÖK'ün oluşturduğu denetim komisyonu tarafından, her eğitim ve öğretim yılı içinde en az bir kez bu Usul ve Esaslar'da belirtilen şartlar açısından denetlenir. YÖK tarafından, vakıf üniversitesinin bir sonraki yıla ilişkin öğrenci kontenjanları belirlenirken bu rapor esas alınır⁷⁴. Ayrıca bu denetimlerde, Usul ve Esaslar'da belirlenen kapasite ve eğitim altyapısı yeterliliğini kaybettiği ve fakat mezuniyet öncesi ve sonrası eğitim ve öğretimin gereklerini ve yükümlülüklerini yerine getirebildiği anlaşılan özel hastanenin, mevcut öğrencilerinin eğitim süreleri tamamlanıncaya kadar işbirliğini devam ettirilebilmesine imkân tanınabilir. Bu durumda YÖK'ün yeni kontenjan vermeme ve mevcut uzmanlık öğrencilerini başka üniversitelerde görevlendirme hakkı saklı bulunmaktadır⁷⁵.

Dolayısıyla işbirliği neticesinde özel hastane tarafından, lisans ve uzmanlık eğitimleri yönünden gerekli altyapıyı sağlama, lisans ve uzmanlık öğrencilerine öğrencilik faaliyetlerinin yürütülebilmesi için gerekli ders araç gereçleri, staj uygulama ve imkânları ile diğer eğitsel ve sosyal gereksinimlerin karşılanması gerekmektedir.

1. Öğretim Elemanları Bakımından Doğan Hukuki Sonuçlar

Vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliği neticesinde, üniversite öğretim elemanlarının özel hastanede faaliyet göstermesi mümkün olmaktadır. Buna göre özel hastanede fiilen görev alan üniversite öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, ilgili dekan ve hastane mesul müdürünün talebi üzerine rektör

72 Usul ve Esaslar m. 9/3.

73 Usul ve Esaslar m. 9/4.

74 Usul ve Esaslar m. 8/5.

75 Usul ve Esaslar m. 8/2.

tarafından yapılır⁷⁶. Bununla birlikte Usul ve Esaslar'da bu görevlendirmenin sınırı da çizilmiştir. Buna göre hastanede çekirdek müfredatın ve uzmanlık eğitiminin gereklerini yerine getirmek üzere, her uzmanlık eğitimi programı için gerekli olan asgari sayıda öğretim üyesinin görevlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Ayrıca bu görevlendirmenin YÖK'ün uygun görüşü ve Sağlık Bakanlığı'nın onayı ile yapılması mümkündür⁷⁷. Bu çerçevede görevlendirilen öğretim elemanları, uzmanlık dallarının gerektirdiği sağlık hizmeti sunumu yaparlar. Ayrıca bilimsel görüş, proje, araştırma ve benzeri hizmetler ile mezuniyet öncesi ve sonrası eğitim öğretim hizmetlerini de yerine getirirler⁷⁸.

Söz konusu personelin disiplin ve özlük işlemlerinin de üniversitenin ilgili mevzuatına göre yürütülmesi gerekmektedir⁷⁹. Buna göre öğretim elemanlarının disiplin işlemleri 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa göre yürütülmeye devam eder.

Diğer yandan, işbirliği yapılan hastanede sağlık hizmeti sunan üniversite öğretim üyelerinin üniversite ödenekleri dahil, kadrosuna bağlı ödemeleri üniversite tarafından ödenir⁸⁰. Öğretim üyeleri ile özel hastane arasında bu işbirliği kapsamında hizmet akdine dayanan parasal ilişki kurulması da yasaklanmış bulunmaktadır⁸¹.

Bununla birlikte, öğretim üyeleri tarafından yürütülen sağlık hizmetlerinin karşılığı olan ücretler vakıf üniversite ile özel hastane arasında kararlaştırılır. Bu ücretler hastane tarafından üniversiteye aktarılır. Bunu takiben de üniversitenin öğretim üyelerine ücretlerini ödemesi söz konusu olur⁸².

2. Öğrenciler Bakımından Doğan Hukuki Sonuçlar

Vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliği, bu işbirliği kapsamında özel hastanede lisans ve uzmanlık eğitimi alan öğrenciler bakımından da önem teşkil etmektedir. Buna göre öğrenciler, eğitim ve öğretime yönelik mevzuat hükümleri ile birlikte hastanenin tabi olduğu mevzuat hükümlerine de uymak zorundadır⁸³.

Diğer yandan, tıp ve/veya diş hekimliği fakültelerinin lisans öğrencileri ile uzmanlık öğrencileri, eğitimlerinin gereği sayılan her türlü uygulamayı protokol yapılan hastanede yapma hakkına sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla özel

76 3359 sayılı Kanun Ek m. 15/2; Usul ve Esaslar m. 10/1.

77 Usul ve Esaslar m. 8/1-d.

78 Usul ve Esaslar m. 10/2.

79 Usul ve Esaslar m. 11/1.

80 Usul ve Esaslar m. 11/3.

81 Usul ve Esaslar m. 11/4.

82 Usul ve Esaslar m. 11/4.

83 Usul ve Esaslar m. 11/2.

hastanenin bu amaçla eğitim ve öğrencilik faaliyetlerinin yürütülebilmesi için gerekli olan ders araç ve gereçlerini temin etmesi ve öğrencilere staj ve uygulama imkânları ile diğer eğitim şartlarını sağlaması gerekmektedir⁸⁴.

Bununla birlikte uzmanlık öğrencilerinin uzmanlık eğitimi uygulaması sayılmayan işlerde görevlendirilmesi de mümkün değildir⁸⁵. Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinde uzmanlık öğrencisi, “*kurumlarındaki kadro unvanı ne olursa olsun, bu Yönetmelik ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde programlarda uzmanlık eğitimi gören, araştırma ve uygulama yapan kişiler*” olarak tanımlanmaktadır. Bu halde uzmanlık öğrencileri, uzmanlık eğitimi kapsamında araştırma ve eğitim çalışmalarında yer alabileceği gibi, eğitimcilerin gözetim ve denetiminde sağlık hizmeti sunumuna da katılabilir.

B. Sağlık Hizmetleri Bakımından Sonuçları

Tıpta ve diş hekimliğinde lisans ve uzmanlık eğitimi veren vakıf üniversiteleri, bu eğitimin bir parçası olarak sağlık hizmeti sunumuna da katılmaktadırlar. Vakıf üniversitesinin özel hastane ile işbirliği yapması ise sağlık hizmet sunumu bakımından da çeşitli sonuçlar doğurmaktadır.

1. Vakıf Üniversitesi Bakımından Doğan Hukuki Sonuçlar

Vakıf üniversiteleri tarafından tıpta ve diş hekimliğinde lisans ve uzmanlık eğitimi verebilmesi için sağlık eğitiminin bir parçasını oluşturan sağlık hizmet sunulmasına da ihtiyaç bulunmaktadır. Bu kapsamda vakıf üniversiteleri tarafından uygulama ve araştırma merkezi bünyesinde doğrudan hastane kurulabilir. Ancak vakıf üniversitesinin uygulama ve araştırma merkezi bulunmaması veya uygulama ve araştırma merkezinin kapasitesinin yeterli olmaması halinde özel hastane ile işbirliğine gitmesi mümkündür. İşte bu halde işbirliği yapılan özel hastane, üniversite için sağlık uygulama ve araştırma merkezi, yani üniversite hastanesi olarak kabul edilmektedir⁸⁶. Dolayısıyla işbirliği neticesinde, vakıf üniversitesi sağlık eğitiminin bir parçası olan sağlık hizmetleri sunumunu gerçekleştirmek için gerekli hastaneye kavuşmuş olmaktadır.

2. Özel Hastane Bakımından Doğan Hukuki Sonuçlar

İşbirliği yapılan özel hastane, üniversite için sağlık uygulama ve araştırma merkezi kabul edilmektedir. Dolayısıyla vakıf üniversitesi, işbirliği neticesin-

84 Usul ve Esaslar m. 8/4.

85 Usul ve Esaslar m. 9/7. Bununla birlikte Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinin 11/4 hükmüne göre uzmanlık öğrencileri, “...deprem, sel baskını, salgın hastalık gibi olağandışı ve hizmetin normal olarak sürdürülemediği hallerde uzmanlık öğrencileri, hekimlik görevlerini yürütmek üzere eğitim gördüğü kurumun dışındaki aynı il sağlık tesislerine 3 ayı geçmemek üzere görevlendirilebilir”.

86 3359 sayılı Kanun Ek m. 15/2.

de, sağlık alanında lisans ve uzmanlık eğitimi için gerekli olan sağlık tesisi ihtiyacı karşılanmış olmaktadır. Bununla birlikte işbirliği yapılan özel hastane, öğretim üyelerinin faaliyetleri ve üniversitenin eğitim ve araştırma işlevleri dışında kendi mevzuatına tabi olmaya devam etmektedir⁸⁷. Usul Esaslar'ın 5. maddesinde kendi mevzuatı ile kastedilenin Özel Hastaneler Yönetmeliği olduğu açıkça zikredilmiştir. Buna göre işbirliği yapan özel hastanelere, tesis, hizmet ve personel standartları ile açılmaları ve kapanmalarına ilişkin ÖHY hükümleri uygulanmaya devam etmektedir.

a. Üniversite Hastanesi Niteliği

Vakıf üniversitesi ile işbirliği yapan özel hastanenin, anılan hususlar dışında sağlık ve uygulama araştırma merkezi yani üniversite hastanesi niteliğini taşıdığını kabul etmek gerekmektedir⁸⁸. Buna göre 5510 sayılı Kanunun uygulanması bakımından sağlık hizmet sunucuları Sağlık Bakanlığı tarafından birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak basamaklandırılmaktadır⁸⁹. Sağlık kuruluşlarının, başta sevk zinciri içerisindeki yeri olmak üzere, sunulan sağlık hizmeti kapsam ve niteliği gibi hususlarda sağlık hizmet sunumundaki fonksiyonu, bu basamaklandırmaya göre farklılık arz etmektedir. SUT'da yer alan bu basamaklandırmaya göre; sağlık hizmet sunucuları resmi, özel ve basamaklandırılmayanlar şeklinde de ayrıma tabi tutulmuştur⁹⁰. Bu ayırım uyarınca da özel hastaneler, ikinci basamak özel sağlık kurumları arasında yer alırken; üniversite hastaneleri ile bu hastanelere bağlı sağlık uygulama ve araştırma merkezleri üçüncü basamak resmi sağlık kurumları arasında yer almaktadır. Bu durumda işbirliği yapan özel hastane, vakıf üniversitesi için uygulama ve

87 3359 sayılı Kanun Ek m. 15/2.

88 Ayrıca ifade etmek gerekir ki, 31.05.2019 tarih ve 30790 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle vakıf üniversiteleri tarafından kurulan hastanelerin, vakıf üniversitelerine ait hastanelerin ilgili mevzuattan kaynaklanan muafiyetleri saklı kalmak kaydıyla özel hastanelere ilişkin öngörülen planlama, ön izin ve ruhsatlandırma şartları ile sağlık insan gücü kriterlerine, bina, fizik yapı, tesis, tıbbi donanım ve hizmet standartlarına tabi olduğu kurala bağlanarak, vakıf üniversite hastaneleri ile özel hastanelerin aynı asgari standartlara tabi olduğu düzenlenmiştir.

89 5510 sayılı Kanunun m. 70: "Bu Kanunun uygulanması bakımından sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılır. Bu basamaklar ve sağlık hizmet sunucuları arasında sevk zinciri; tanı, ön tanı, hekimlerin ve dış hekimlerinin uzmanlıkları dikkate alınmak suretiyle tüm yurttan veya il ya da ilçe bazında Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenir. Aile hekimleri birinci basamak hizmet sunucuları içinde yer alır. Kurumca sağlık hizmetlerinin sağlanabilmesi için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler sevk zinciri kurallarına uygun hareket etmek zorundadır. 60 ncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) ve (3) numaralı alt bentlerinde sayılanlar ile aynı maddenin onikinci, onüçüncü ve ondördüncü fıkraları kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanların, Kurumla sözleşmeli üniversite ve istisnai hallerde özel sağlık hizmeti sunucularına müracaat edebilme koşulları ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir."

90 SUT madde 1.4.1.

araştırma merkezi olarak kabul edildiğinden, söz konusu özel hastanenin SUT kapsamında üçüncü basamak resmi sağlık kurumu, yani üniversite hastanesi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim 3359 sayılı Kanunun Ek 15. maddesi yürürlüğe girmeden önce ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta; Yükseköğretim Kurulunca belirlenen 2012 tarihli Vakıf Yükseköğretim Kurumları ile Özel Hastanelerin İşbirliğine İlişkin Usul ve Esasların, 2015 yılında değiştirilmesi üzerine Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bu değişiklik gerekçe gösterilerek “SGK ile hastane arasındaki protokolün feshedildiği, bu sebeple ... A.Ş.’nin özel hastane statüsünde yeniden protokol imzalamaya davet edilmesi” şeklinde tesis edilen kararın iptali istemiyle açılan davada İdare Mahkemesi, “...üniversite ile işbirliği yapan (afiliye) özel hastanelerin SGK ile hizmet çeşitliliğinde kısıtlamaya gitmeksizin, 5510 sayılı Kanunun 73. maddesinde Vakıf Üniversiteleri ile ilgili belirlenen istisna dışında SGK’nun Sağlık Uygulama Tebliği ile belirlediği ve aynı fonksiyonu ifa eden devlet üniversite hastaneleri ile yaptığı anlaşmaya aynı içerikte anlaşma yapmasının tıp lisans ve tıpta uzmanlık eğitiminin sağlanması ve üstün kamu yararı açısından gerekli olması, ayrıca hukuka ve idareye güven ile kazanılmış hak ilkeleri ve dolayısıyla Anayasa’da düzenlenen hukuk devleti ilkesi gereğince, Üniversite ile Özel Hastane arasında imzalanan ve YÖK tarafından onaylanan, buna dayalı olarak eğitim öğretim faaliyetinin başladığı ve bunu sağlamaya dönük tüm altyapı ve teknik yatırımların gerçekleştirilmesine dayanak teşkil eden YÖK’ün 2012 ve daha sonra 2015 yılında çıkardığı usul ve esaslara dayalı olarak ... Üniversitesi ile davacının ortağı olduğu şirket arasında imzalanan ve YÖK tarafından uygun bulunan 2015 tarihli protokolün 5 yıllık süresince (devamı halinde protokol süresince) Sosyal Güvenlik Kurumu Vakıf Üniversiteleri ile Afiliye Hastane Sağlık Hizmetleri Protokolünün devamı gerektiğinden yeni usul ve esaslar belirlendiği gerekçesiyle tesis edilen ve aynı zamanda hastanenin niteliğini değiştiren dava konusu işlemde mevzuat hükümlerine ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır” şeklindeki gerekçeyle, işbirliği yapan özel hastanenin üniversite hastanesi niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır⁹¹.

91 İstanbul 7. İdare Mahkemesi T.25.12.2015, E.2015/1117, K.2015/2464 (Anılan karar Danıştay 15. Dairesi’nin E.2016/4434, K.2016/6088K. sayılı kararıyla onanmıştır.) (yayımlanmamıştır) Aynı yönde bkz. İstanbul 6. İdare Mahkemesi E.2015/1931, K.2016/1139 (yayımlanmamıştır). Nitekim aynı şekilde 2012 tarihli Usul ve Esaslar’da işbirliği yapılan özel hastanenin üniversite hastanesi niteliği şu şekilde düzenlenmiş bulunmaktaydı; “Hastanede üniversite tarafından görevlendirilmiş olan tıp fakültesi öğretim üyesi sayısının hastane tabip kadrosunun %50’sinden fazlasını teşkil etmesi durumunda bu hastane Sosyal Güvenlik Kurumu ve diğer kamu kurumları nezdinde 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 3 üncü maddesinde tanımlanan Uygulama ve Araştırma Merkezi (Üniversite Hastanesi) niteliğinde kabul edilir. Bu nitelikteki bir hastanede, öğretim üyelerinin %25’i birinci yıl sonunda, %50 veya daha fazlası ise ikinci yıl sonunda tamamlanmış olmalıdır. Yükseköğretim Kurulu tarafından yapılan

Gerçekten de Usul ve Esaslar'ın 8/1-ç maddesinde "(h)astanede uzmanlık eğitimi verilebilmesi için, uzmanlık eğitimi çekirdek müfredatlarının ve bu müfredatlara göre uzmanlık eğitimlerinin gereklerini yerine getirecek sayı ve çeşitlilikte hasta kabul edebilecek yapılanma tamamlanmış olmalıdır" hükmü yer almaktadır. Uzmanlık eğitiminin gerektirdiği sayı ve çeşitlilikte hasta kabulü yapılanması ise sağlık kuruluşları basamaklandırmasına uygun şekilde hastanenin üçüncü basamakta yer almasıyla mümkün olmaktadır. Dolayısıyla da hastanenin üniversite hastanesi olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim 3359 sayılı Kanun uyarınca da hastanenin, vakıf üniversitesi için uygulama ve araştırma merkezi yani üniversite hastanesi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Bunun yanında 3359 sayılı Kanun'da işbirliği yapılan özel hastanenin, öğretim üyelerinin faaliyetleri ve üniversitenin eğitim ve araştırma işlevi dışında ÖHY'ye tabi olmaya devam edeceği de ifade edilmektedir⁹². Yukarıda da açıklandığı üzere öğretim üyeleri tarafından işbirliği yapılan özel hastanede uzmanlık dallarının gerektirdiği sağlık hizmetlerinin sunumu, bilimsel görüş, proje, araştırma ve benzeri hizmetler ile mezuniyet öncesi ve sonrası eğitim ve öğretim faaliyetleri yürütülebilir. Dolayısıyla sağlık hizmet sunumu yönünden, işbirliği yapılan hastanenin üniversite hastanesi statüsünde bulunduğu açıktır. Bu çerçevede SGK ile işbirliği yapan özel hastane arasındaki hukuki ilişkinin, sosyal güvenlik mevzuatında üniversite hastanelerine dair hükümleri çerçevesinde yürütülmesi gerekir. Nitekim devlet üniversiteleri ile Sağlık Bakanlığına ait sağlık tesislerinin birlikte kullanımı halinde birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinin, sundukları sağlık hizmetleri bakımından 5510 sayılı Kanunun 72. maddesinin uygulanmasında, üniversite hastanesi statüsünde kabul edileceği açıkça düzenlenmiştir⁹³. Örneğin, 5510 sayılı Kanunun 73. maddesine göre "sağlık hizmetleri, Kurum ile yurt içindeki veya yurt dışındaki sağlık hizmeti sunucuları arasında yapılan sözleşmeler yoluyla ve/veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından satın aldıkları sağlık hizmeti giderlerinin ödenmesi suretiyle sağlanır." Anılan Kanunun 72. maddesine göre ise SGK tarafından sağlık hizmet sunucusuna ödenecek bedel belirlenirken hizmet basamağı da dikkate alınır. Bu halde işbirliği yapan özel hastane ile SGK'nın sözleşme yapması halinde, bu sözleşmenin üniversite hastanesi ile yaptığı sözleşmelerle aynı içerik ve kapsamda olması ve SGK tarafından ödenecek hizmet bedelinin de buna göre belirlenmesi gerekmektedir.

denetimlerde bu şartları kaybettiği anlaşılan hastanenin üniversite hastanesi niteliği iptal edilerek Sosyal Güvenlik Kurumu ve Sağlık Bakanlığı'na bilgi verilir."

92 3359 sayılı Kanun Ek m. 15/2.

93 Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 11/1.

Nitekim Danıştay'ın vakıf üniversite hastaneleri ile devlet üniversite hastaneleri arasında ayırım yapılmasını hukuka aykırı bulan kararları mevcuttur. Buna göre Sağlık Uygulama Tebliği'nde yapılan değişiklikle devlet üniversitelerinde öğretim üyeleri tarafından mesai saati dışında sunulan sağlık hizmetlerinden, sunulan hizmet karşılığı ilave ücret alınabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak anılan düzenlemede vakıf üniversiteleri, bu düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmıştır⁹⁴. Danıştay 15. Dairesi ise vakıf üniversitesi hastaneleri ile devlet üniversitesi hastaneleri arasında öğretim üyelerinin statüsü ve sunulan sağlık hizmeti bakımından bir farklılık bulunmadığı gerekçesiyle bu üniversite hastanelerinin farklı kurallara tabi kılınmasına yönelik düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bularak iptaline karar vermiştir⁹⁵. Danıştay 15. Dairesi bir başka

94 Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m. 2: "Aynı Tebliğin 1.9.3 numaralı maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

"Aşağıda belirtilen sağlık hizmetleri için (Yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında (vakıf üniversiteleri hariç) öğretim üyesi tarafından SUT'un 2.1.1 numaralı maddesi kapsamında verilen sağlık hizmetleri hariç) hiçbir ilave ücret alınmaz." (01.08.2013 tarih ve 28725 sayılı Resmi Gazete)

95 "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 73. maddesinde kamu kurumlarınınca yürütülen sağlık hizmetlerinde ilave ücret alınmaması genel kural olarak belirlenmiş iken daha sonra yapılan değişikliklerle bu genel kural genişletilerek, yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri için ilave ücret alınabilmesi yoluna gidilmiştir. Maddenin son cümlesinde ise, Kurumun bu fıkra kapsamında ilave ücret alınmayacak sağlık hizmetlerini belirlemeye yetkili olduğu belirtilmiştir. 5510 Sayılı Kanununun yukarıda belirtilen hükmü davaya konu değişiklikle Tebliğinin 1.9.3. maddesine eklenmiştir. Ancak bu ekleme yapılırken, yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri için ilave ücret alınabileceği yönündeki kural daraltılarak vakıf üniversiteleri hariç tutulmuştur.

Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin 1.9.3. maddesinde sayılan ilave ücret alınmayacak sağlık hizmetleri incelendiğinde bunların, acil servislerde verilen ve SUT eki EK-2/B Listesinde yer alan 520.021 kod numaralı "Yeşil alan muayenesi" adı altında Kuruma fatura edilebilen sağlık hizmetleri hariç olmak üzere, acil haller sebebiyle sunulan sağlık hizmetleri, yoğun bakım hizmetleri, yanık tedavisi hizmetleri, kanser tedavisi (radyoterapi, kemoterapi, radyo izotop tedavileri), yeni doğana verilen sağlık hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakillerine dair sağlık hizmetleri gibi niteliği itibarıyla ilave ücret alınmaması gereken hizmetler olduğu görülmektedir. Buna rağmen, Kurum tarafından yapılan düzenleme ile ilave ücret alınmaması gereken sağlık hizmetlerine istisna getirilmiştir. Bu istisnanın 5510 Sayılı Kanun'un 73. maddesiyle düzenlenen yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri için tanınan istisna kapsamında olduğu düşünülse bile, söz konusu Kanun maddesinde, bu sağlık hizmetleri için ilave ücret alınabileceği yönündeki kuralda vakıf üniversitelerinin hariç tutulduğuna dair bir ifade yer almaması sebebiyle Sağlık Uygulama Tebliğiyle böyle bir sınırlamaya gidilmesinde hukuken olanak bulunmamaktadır.

Ayrıca, Kurumca verilen savunmalarda, iptali istenilen bu düzenlemede vakıf üniversitelerinin sayılmamasının nedeni olarak bu üniversitelerin zaten ilave ücret aldığı için maddede ayrıca zikredilmesi halinde hastaların mağdur olacağı ifade edilmiş ise de Tebliğinin 1.9.3. maddesinde sayılan sağlık hizmetlerinden hiçbir şekilde ilave ücret alınmaması bütün sağlık hizmet sunucuları için genel kural olduğundan, vakıf üniversitelerinin de bu hizmetler sebebiyle hastalardan ilave ücret almasının mümkün olmadığı açıktır.

kararında da yükseköğretim kurumlarında sunulan sağlık hizmetlerinden ilave ücret alınabilmesine ilişkin düzenlemede⁹⁶, yine vakıf üniversitesinin kapsam dışında bırakılmasını aynı gerekçelerle hukuka aykırı bulmuştur⁹⁷. Daha sonra Sağlık Uygulama Tebliğinde yapılan değişiklikle üniversite hastaneleri dört farklı gruba ayrılmıştır⁹⁸. Bu ayrıma göre de SUT kapsamında yapılan uygulamalar, belirlenen statülere göre farklılaştırılmıştır. Bu bağlamda anılan düzenlemenin vakıf üniversitesi ile işbirliği yapan hastane bakımından uygulanmaması için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada ise İdare Mahkemesi, Danıştay 15. Dairesi'nin yukarıda anılan kararlarına atıf yaparak, üniversite hastaneleri arasında farklı bir statü oluşturmanın ve vakıf üniversite hastanelerini devlet üniversite hastanelerinden farklı bir uygulamaya tabi tutmanın anayasal bakımdan da mümkün olmadığına karar vermiştir⁹⁹.

Diğer taraftan, vakıf üniversiteleri ile diğer üniversite hastanelerinde görevli öğretim üyelerinin statüleri ve verdikleri sağlık hizmetlerinde farklılık olmamasına karşın idari ve mali özerklikleri dikkate alınarak Sağlık Uygulama Tebliğinin davaya konu maddesiyle, vakıf üniversitesinin kapsam dışında bırakılmasının eşitlik ilkesini zedeleyeceğinden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Bkz. Danıştay 15. Dairesi E.2013/12083, K.2016/390 www.lexpera.com.tr (12 Mart 2019).

96 Söz konusu düzenleme şu şekildedir; Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m. 1: “24/3/2013 tarihli ve 28597 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin 1.9.3 numaralı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Ancak; Yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında (vakıf üniversiteleri hariç) öğretim üyesi tarafından verilen 18 yaşını doldurmamış çocuklar hariç olmak üzere; SUT eki EK-2/B ve EK-2/C Listesindeki 618200-P618200 kodlu “Koklear implant yerleştirilmesi” işlemi için ilave ücret alınabilir. Ayrıca Yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında (vakıf üniversiteleri hariç) öğretim üyesi tarafından verilen SUT’un 2.1.1 numaralı maddesi kapsamındaki sağlık hizmetleri ve kardiyovasküler cerrahi branşında yapılan cerrahi işlemler için de ilave ücret alınabilir.” Bkz. 30.08.2014 tarih ve 29104 sayılı Resmî Gazete.

97 Danıştay 15. Dairesi E.2014/8481, K.2016/608 www.lexpera.com.tr (12 Mart 2019).

98 Söz konusu gruplandırma şu şekildedir; “U1 - Tıp Fakülteleri Bulunan Devlet Üniversiteleri Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezleri (Devlet Üniversitesi Hastaneleri).

U2 - Tıp Fakülteleri Bulunan Vakıf Üniversiteleri Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezleri (Vakıf Üniversitesi Hastaneleri).

U3 - Tıp Fakülteleri Bulunan Devlet Üniversiteleri ile ortak kullanım protokolü imzalayan Sağlık Bakanlığı Hastaneleri.

U4 - Tıp Fakülteleri Bulunan Vakıf Üniversiteleri ile eğitim ve uygulama amaçlı protokol imzalayan özel sağlık hizmet sunucuları” (18.06.2016 tarih ve 29746 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ).

99 İstanbul 9. İdare Mahkemesi E.2017/22, K.2017/2475 (yayımlanmamıştır). Anılan karara ilişkin yapılan istinaf incelemesi neticesinde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Yedinci İdare Dava Dairesi E.2018/496, K.2018/1098 sayılı kararıyla Sağlık Uygulama Tebliğinin ülke çapında uygulanan genel düzenleyici işlem olması nedeniyle davanın ilk derece yargı yeri olarak Danıştay’ın görev alanına girdiğine karar vermiştir (yayımlanmamıştır). Söz konusu dava Danıştay 15. Dairesi’nin 2018/3358E. sayılı dosyasına kayıtlı olarak sürmektedir. Bu davada Danıştay, Sağlık Uygulama Tebliğinde dava konusu edilen talebe ilişkin değişikliklerin ya-

Sonuç olarak, hem SGK mevzuatı bakımından hem de gerçekleştirilecek tıbbi uygulamalar bakımından, bu hastaneleri diğer üniversite hastanelerinden farklı bir statüye tabi kılmak hukuken mümkün değildir. Aksi halde hem hizmetin gereğine hem de eşitlik ilkesine aykırı bir durum doğacaktır. Özellikle üniversite hastanelerinde, üniversite hastanesi niteliğine sahip oldukları için yapılabilen her türlü tıbbi uygulamayı, üniversite hastanesi niteliği taşıyan vakıf üniversitesi ile işbirliği halindeki hastane de şüphesiz yapabilecektir. Aksi halde bu hastanenin üniversite hastanesi vasfı kazanmasının maddi ve hukuki sonucu ortadan kalkar. Bu da hem 3359 sayılı Kanun'un Ek 15. maddesine hem de işin mahiyetine aykırı olacaktır.

b. Sağlık Planlaması

Özel hastanenin işbirliği yapması, sağlık planlaması bakımından da çeşitli sonuçlar doğurmaktaydı. Buna göre sağlık planlaması, faaliyetine ihtiyaç duyulan sağlık kurum ve kuruluşları ile bunlara ait sağlık insan gücü, tıbbi hizmet birimleri ve nitelikleri ile teknoloji yoğunluklu tıbbi cihaz dağılımı alanlarında kamu ve özel sektörü kapsayacak şekilde belirlenmesini ifade etmektedir¹⁰⁰. Bu kapsamda özel hastaneler de planlama hükümlerine göre açılmakta ve açılışında mevcut olan uzmanlık dalı ve kadrosuna göre sağlık hizmeti sunmaktadır. Bunun yanında Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan uzman hekim planlamasına göre özel hastaneye ek kadro verilebilmesi veya diğer özel hastanelerle ve tıp merkezleriyle kadro devir ve değişikliği yapılması mümkündür¹⁰¹. Bu bağlamda vakıf üniversiteleri ile işbirliği yapan özel hastanelere sağlık planlamasından istisna olarak, sadece üniversiteden görevlendirilmiş doçent ve profesör unvanlı öğretim üyelerine mahsus olmak ve sadece işbirliği yapılan hastanede çalışmak üzere asgari öğretim üyesi standartları açısından Yükseköğretim Kurulunun görüşü ve Bakanlık kadro planlamaları dikkate alınarak Bakanlıkça uzmanlık dalı ilavesi ve ek kadro tahsisi yapılması da mümkün bulunmaktaydı. Bu istisnanın tanınabilmesi için hastane kadrosunun asgari eğitim standardı bakımından yetersiz olması gerekmektedir¹⁰². Ancak 31.05.2019 tarih ve 30790 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle yapılan değişiklikle işbirliği yapan özel hastaneye, sağlık planlamasından istisna olarak uzman hekim kad-

pıldığı, dava konusu edilen düzenlemelerin yürürlükte bulunmadığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulması talebinin incelenmeksizin reddine karar vermiştir.

100 ÖHY Ek m. 4. Sağlık planlaması hakkında bkz. Sinan Seçkin, *Özel Hastanelerin Ruhsatlandırılması ve Denetlenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019, s. 72-93.

101 ÖHY m. 7.

102 Usul ve Esaslar m. 8/1-e.

rosu, tıbbi hizmet birimi ile teknoloji yoğunluklu tıbbi cihaz verilmesi usulüne son verilmiştir¹⁰³. Buna göre işbirliği yapan özel hastanelere üniversiteden görevlendirilecek doçent ve profesör unvanlı öğretim üyeleri için hastanenin ruhsatında kayıtlı mevcut uzman hekim kadrolarının kullanılması gerekmektedir. Hastane uzman hekim kadrosunun YÖK tarafından belirlenen asgari eğitim standardı için yetersiz olması halinde ise hastane, kendi kadrosunda bulunan başka bir uzmanlık dalı kadrosunu Bakanlık ile becaşış yoluyla değiştirerek asgari eğitim standardını sağlama imkânına sahip bulunmaktadır¹⁰⁴.

Özel hastanelerin işbirliği yapması halinde, hastanelere sağlık planlamasından istisna olarak uzmanlık dalı ilavesi ve ek kadro tahsisi yapılması, özel hastaneler bakımından bir avantaj gibi görülebilir. Ancak bu husus yukarıda da değinildiği gibi asgari eğitim standartlarının gerektirdiği sayı ve çeşitlilikte hasta kabulü ve uygulamalar için bir zorunluluk teşkil etmektedir. Diğer yandan 3359 sayılı Kanun'un Geçiçi 10. maddesi kapsamında güvence altına alınan Protokollerin sahip olduğu kazanılmış haklar istisnadır.

3. Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Doğan Sorumluluk Bakımından Hukuki Sonuçlar

İşbirliği yapan özel hastanede tıpta ve diş hekimliğinde lisans ve uzmanlık eğitimi yanında, sağlık hizmeti sunumu da yapılmaktadır. Bu noktada sunulan sağlık hizmeti dolayısıyla sağlık hizmetlerinden yararlanan kişilerin zarar görmesi halinde, bu zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıkların hangi hukuki esaslara göre çözümleneceğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre özel hastanenin sağlık hizmeti sunduğu kişiler ile özel hastane arasında özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla özel hastanenin sorumluluğunun temelini de bu sözleşme ilişkisi oluşturduğundan, özel hastanelerin sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında görevli yargı düzeni adli yargı olmaktadır. Bununla birlikte sağlık hizmetinin kamuya ait hastanelerde sunulması halinde, sorumluluğun kaynağını idarenin eylem ve işlemleri oluşturmaktadır. Bu halde de idarenin sorumluluğu hizmet kusuru esas alınarak belirlenmektedir. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda görevli yargı düzeni idari yargı olmaktadır. Bu durumda işbirliği yapan

103 ÖHY Ek m. 8/4. Bununla birlikte anılan hükümde mevcut işbirliği yapan hastaneler bakımından geçiş hükmü de öngörölmüştür. Buna göre; "Bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten önce vakıf üniversitesi ile işbirliği protokolü bulunan hastanelere Bakanlıkça planlamadan istisna olarak verilmiş bulunan uzman hekim kadroları ve uzmanlık dallarının gerektirdiği tıbbi hizmet birimleri ile teknoloji yoğunluklu tıbbi cihazlar protokol süresinin bitiş tarihinde herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Ancak, protokolün bitmesine iki yıldan az süre kalmış hastanelerin iptal işlemleri bu Yönetmeliğin yayımlandığı tarihten itibaren ikinci yılın sonunda uygulanır".

104 ÖHY Ek m. 8/4.

özel hastanede sağlık hizmeti alan ve bu hizmetin sunumundan kaynaklanan bir zarara uğrayan kişinin zararına ilişkin uyuşmazlık hangi hukuki esaslara göre, hangi yargı düzeninde çözülmelidir?

Hemen belirtmek gerekir ki, yargı organları, vakıf üniversitesi hastanelerinde sunulan sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılan davalarda idari yargının görevli olduğuna kanaat getirmektedir. Buna göre Uyuşmazlık Mahkemesi, vakıf üniversitesinin kamu tüzel kişiliği haiz olduğunu vurgulamakta, vakıf üniversitesi hastanesinde yürütülen sağlık hizmeti sırasında kişinin uğradığını iddia ettiği zararın tazmini istemiyle idari yargıda dava açılması gerektiğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkemenin gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir¹⁰⁵; “İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye’nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konulan ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de kamu hukukuna tabidirler. ...Bu duruma göre, Vakıf Üniversitesi Hastanesinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa’nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğini haiz olduğunu belirledikten sonra, vakıf üniversitesi hastanesinde sunulan sağlık hizmeti dolayısıyla uğranıldığı iddia edilen zararın tazminine ilişkin uyuşmazlığın hizmet kusuru ilkesine göre çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir¹⁰⁶. Yargıtay

105 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü T. 5.11.2012, E. 2012/57, K. 2012/213 (kararlar bilgi bankası) www.uysuzmazlik.gov.tr (12 Mart 2019) Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü T. 2.7.2012, E. 2012/68, K. 2012/145 (kararlar bilgi bankası) www.uysuzmazlik.gov.tr (12 Mart 2019).

106 “...vakıf üniversiteleri, kazanç amacı olmamak şartı ile mali ve idari konular dışında akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabi olarak Yükseköğretim Kurulunun görüş ve önerisi üzerine kanunla, tüzel kişiliği haiz olmak üzere kurulmakta olup; bu tüzel kişiliğin de, gerek 2809 sayılı Kanun hükümleri ve gerekse Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca kamu tüzel kişiliği niteliğinde olduğu tartışmasızdır.

İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye’nin yönetim yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden bir tanesidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı; faaliyet konuları ise, kamu hizmetidir.

Hukuk Genel Kurulu'nun bir başka kararında ise Anayasanın kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “(m) emurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir” hükmüne dayanılarak, vakıf üniversitesi hastanesinde çalışan doktor hakkında hatalı tedavi nedeniyle açılan davanın, idari yargıda ve vakıf üniversitesi hasım gösterilerek açılması gerektiği sonucuna varılmıştır¹⁰⁷. Bu durumda kamu tüzel kişiliğini haiz vakıf üniversitesine ait hastanede yürütülen kamu hizmetinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlığın, idarenin sorumluluğuna ilişkin ilkeler çerçevesinde idari yargıda çözümlenmesi gerekmektedir.

3359 sayılı Kanunun Ek 15. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde “(i)şbirliği yapılan özel hastane, öğretim üyelerinin faaliyetleri ve üniversitenin eğitim ve araştırma işlevleri dışında kendi mevzuatına tabi olmaya devam eder” hükmü yer almaktadır. İşbirliği çerçevesinde görevlendirilmiş öğretim üyelerinin faaliyetleri ise uzmanlık dallarının gerektirdiği sağlık hizmetlerini sunmak; bilimsel görüş, proje, araştırma, ve benzeri hizmetler ile mezuniyet öncesi ve sonrası eğitim ve öğretim yapmak olarak belirlenmiştir¹⁰⁸. Dolayısıyla işbirliği yapan özel hastanede öğretim üyeleri tarafından sunulan sağlık hizmetlerinin, özel hukuk hükümlerine değil, kamu hukuku kurallarına tabi olduğu Kanunla da düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu itibarla üniversite hastanesi niteliği kazanan özel hastanede sunulan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından idari yargının görevli olduğunu söylemek mümkündür.

Bu haliyle kamu tüzel kişisi olarak kanunla kuruldukları ve kamu hizmeti sundukları tartışmasız olan vakıf üniversitelerinin hastanelerinin, Devlet üniversiteleri hastanelerinden farklı tutulması hukuken olanaksızdır. Bu bağlamda, sağlık hizmetinin sunulmasından kaynaklanan zararların da tazmin sorumluluğunun doğup doğmadığının, idari yargı yerince hizmet kusuru ilkesi kapsamında incelenerek karar verilmesi gerekir.

Bu durumda, Yeditepe Üniversitesi Hastanesinde tedavi gören davacının yanlış tedavi sonucu zarar gördüğünden bahisle uğranılan zarar karşılığı maddi ve manevi tazminatın ödenmesi istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün idari yargının görevinde bulunması nedeniyle, adli yargının görevine girmediği gerekçesiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddi yolunda verilen temyize konu mahkeme kararı isabetlidir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, aynı gerekçelerle Özel Daire bozma kararına karşı, önceki kararda direnilmiş olması usul ve yasaya uygundur.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 13.5.2015, E. 2014/566, K. 2015/1339 www.lexpera.com.tr (12 Mart 2019). Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 1.11.2016, E. 2016/10129, K. 2016/19728 ; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T.28.9.2016, E. 2015/24443 K. 2016/17383; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T. 14.09.2015, E. 2014/33156, K. 2015/26881; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T.29.2.2016, E. 2016/989, K. 2016/2572; www.lexpera.com.tr (12 Mart 2019).

107 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 30.1.2013, E. 2012/4-729, K. 2013/163 www.lexpera.com.tr (12 Mart 2019).

108 Usul ve Esaslar m. 10/2.

Ancak bu halde, özel hastanenin kadrosunda bulunan hekimler tarafından sunulan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar bakımından ise özel hukuk kurallarının uygulanacağını ve adli yargının görevli olacağı ileri sürülebilir. Bu durum ise aynı çatı altında sunulan sağlık hizmetlerinden kaynaklanan uyumsuzlukların farklı hukuk kurallarına göre farklı yargı düzeninde çözümlenmesi sonucunu doğurur. Nitekim Usul ve Esaslar'ın 2. maddesinde de özel hastanelerin işbirliği yapılan birimlerinin bu düzenlemeye dahil olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte söz konusu düzenlemelerin bu şekilde yorumlanması ve uygulanmasının kabulü mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesiyle idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine veya kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazmine ilişkin davalarda adli yargının görevli kılınmasını anayasaya aykırı bulmuştur. Buna göre Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi şu şekildedir; *“Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez.”*

Vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliğinde de işbirliği yapan hastane artık vakıf üniversitesi tarafından kullanılmaktadır. Lisans ve uzmanlık eğitimi ve bunun parçası olan sağlık hizmet sunumunda ilgili dekanın yetki ve sorumluluğu bulunmaktadır. Yine sosyal güvenlik mevzuatı açısından da işbirliği yapan hastane, vakıf üniversitesi hastanesi niteliğini taşımaktadır. Dolayısıyla aynı çatı altında sağlık hizmetinden yararlananların, farklı hukuki esaslara göre farklı yargı düzenlerinde hak araması, sorumluluğun kapsamı ve tazmin yükümlülüğü bakımından da farklılık oluşturacaktır. Bu husus ise yargılamanın bütünlüğünü bozacak nitelik taşımaktadır.

Bu durumda üniversite hastanesi niteliğine sahip işbirliği yapan özel hastanede sunulan sağlık hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların da idari yargıda çözümlenmesinin gerektiğini kabul etmek gerekir. Nitekim İdare Mahkemeleri de vakıf üniversitesi ile işbirliği yapmış olan bir hastanede yapılan tıbbi müdahalenin hatalı olduğundan bahisle vakıf üniversitesi aleyhine açılan tam yargı davasında kendisini görevli saymış ve uyuşmazlığın esası hakkında karar vermiştir¹⁰⁹. Adli yargıda ise hem ilk derece mahkemeleri hem de istinaf mahkemeleri söz konusu uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olduğuna karar vermişlerdir¹¹⁰.

Buna karşılık bir başka uyuşmazlıkta, vakıf üniversitesi ile işbirliği yapan hastanede yapılan ameliyatlardan neticesinde ortaya çıkan maddi ve manevi zararının tazmini istemiyle adli yargıda dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi, özel hastanenin ÖHY'nin Ek. 8. maddesi ve YÖK'ün 2012 tarihli Usul ve Esasları uyarınca işbirliği yaptığı ve üniversite hastanesi statüsünü haiz olduğu gerekçesiyle davayı görev yönünden reddetmiştir. Söz konusu karara ilişkin yapılan temyiz başvurusu neticesinde ise Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, işbirliğine ilişkin yapılan protokolün 2015 yılında feshedildiği, ameliyat tarihi itibarıyla ameliyatı gerçekleştirenlerin üniversitede öğretim üyesi olarak çalışmadıkları gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir¹¹¹.

109 İstanbul 6. İdare Mahkemesi E.2018/244, K.2019/2457; İstanbul 7. İdare Mahkemesi E.2015/1008, K.2018/34 (yayımlanmamıştır).

110 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesi Başkanlığı E.2019/3200, K.2020/78; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesi Başkanlığı E.2019/1114 K.2019/1028; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi Başkanlığı E.2018/2798, K.2018/1839; Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi E.2019/995, K.2019/1558 (kararlar yayımlanmamıştır).

111 “..Oysa; gerekçede yer verilen 07/04/2011 tarih 27898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Özel Hastaneler Yönetmeliğinde değişiklik yapılmasına dair Yönetmeliğin “Vakıf Üniversiteleri ile Özel Hastane İşbirliği” başlıklı ek.8 maddesi ve Yüksek Öğretim Kurumu Başkanlığının 19/04/2012 tarih 2012.8.481 sayılı Genel Kurul Kararında ilan edilen “Vakıf Yüksek Öğretim Kurumları ile Özel Hastanelerin İşbirliğine İlişkin Usul ve Esaslar” çerçevesinde ... Üniversitesi ile 17/10/2011 tarihinde imza edilen protokol, YÖK tarafından 25.09.2014 tarihinde uygun

Ancak Yargıtay'ın söz konusu kararının isabetli olmadığını söylemek gerekmektedir. Buna göre her ne kadar YÖK tarafından 2012 tarihli Usul ve Esaslar yürürlükten kaldırılmış olsa da vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliğini düzenleyen mevzuat yakından incelendiğinde, işbirliği yapan hastanenin üniversite hastanesi niteliğinin korunduğunu kabul etmek gerekmektedir. İkinci tartışmalı husus ise sağlık hizmeti sunan kişilerin istihdam ilişkisi bağlamında ortaya çıkmaktadır. Buna göre Yargıtay, ameliyatı gerçekleştiren kişilerin özel hastane sahibi şirket adına çalıştıklarından bahisle adli yargının görevli olduğunu ifade etmektedir. Ancak burada şu hususu vurgulamak gerekir ki, sağlık hizmeti vakıf üniversitesi tarafından da sunulsa, özel hastane tarafından da sunulsa sunulan hizmetin kamu hizmeti niteliği değişmemektedir. Bu bağlamda işbirliği şeklinde yeni bir yöntemin öngörülmüş olması karşısında, özel hastanenin üniversite hastanesine dönüşmesiyle birlikte, işbirliği yapan hastanede, hastane sahibi şirket tarafından istihdam edilen personel tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların da idari yargıda çözümlenmesi yukarıda ifade edilen yargılama bütünlüğünün sağlanması bakımından zorunluluk taşımaktadır.

Sonuç

Genel olarak üniversite ile hastane işbirliği, iki ayrı alanda kamu hizmeti sunan kurumları bir araya getiren yeni bir yöntem olması yönüyle dikkati çekmektedir. Ayrıca işbirliği yönteminin, işbirliğini gerektiren hizmetin niteliğine göre farklı şekillerde düzenlenmesi, bu yöntemi aynı zamanda dinamik ve değişime açık kılmaktadır. Bunun yanında on yıllık süreçte yaşanan birçok

bulunmuş ise de bu kararın YÖK Genel Kurulu tarafından 28.05.2015 tarihinde iptal edilmiş olduğu ve söz konusu protokolün IX. numaralı yürürlük maddesi gereğince protokolün ancak Yükseköğretim Kurulu tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe gireceğinin düzenlendiği, o halde, söz konusu protokolün YÖK tarafından onaylanmadığından yürürlüğe de girmediği anlaşılmıştır.

Bunun yanında; Diğer davalı doktorlar ... ve ...'un; SGK kayıtlarına göre ameliyat tarihi itibarıyla Özel ... Park ... hastanesi çalışmaları oldukları, davalı Dr. ...'ün ise ameliyat tarihi itibarıyla SGK kayıtlarına göre çalışmıyor olması bilgisi karşısında; bu davaların hakkında gerekçede gösterildiği üzere davacı ...'in tedavisi sırasında ... Üniversitesi Tıp Fakültesinde öğretim üyesi olarak görev yaptığı ve kamu görevlisi sıfatını taşıdıkları da doğru değildir.

Bu bilgiler doğrultusunda gerek YÖK ve gerekse SGK kayıtlarını da nazara almak suretiyle davanın esasına girilerek dosya kapsamında ileri sürülen deliller ışığında davacının iddialarının doğruluğunu, gerekirse, bu konuda rapor düzenlemeye ehil ve donanımlı eğitimcilerin bulunduğu bir üniversiteden temin edilecek, konularında uzmanların bulunduğu, akademik kariyere sahip 3 kişilik yeni bilirkişi kurulundan, tüm dosya kapsamı değerlendirilmek suretiyle, taraf, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli nitelikte rapor alınarak sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken, bu yön göz ardı edilerek, yanlışlıklar değerlendirme ve eksik inceleme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2019/3633E., 2019/8383K. www.lexpera.com.tr (18 Nisan 2020).

mevzuat değişikliği de işbirliğine ilişkin hukuki esasların tam olarak yerleşmediğini de göstermektedir.

Bu itibarla vakıf üniversitesi ile özel hastane işbirliğine ilişkin düzenlemelerin de kendi içinde bazı hukuki boşluklar bıraktığı açıktır. Bu bağlamda işbirliği halinde, üniversite ve özel hastane yetkili makamlarının görev, yetki ve sorumlulukları açık değildir. Özellikle işbirliği yapan özel hastanenin üniversite hastanesi niteliği ile bu niteliği kazanmasından kaynaklı sosyal güvenlik mevzuatının uygulanmasında ve sorumluluk alanında birçok hukuki sorun ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla söz konusu hukuki sorunların çözümü için, işbirliği yapan özel hastanenin üniversite hastanesi niteliği ile bu niteliğinden kaynaklı uygulamalara ilişkin olarak mevzuatta gerekli düzenlemelerin daha açık şekilde yapılması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Acartürk, Ertuğrul; Keskin, Sabiha, “Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 3, 2012, s. 25-51.
- Aydın, Sabahattin, “Afiliasyon (İşbirliği) Konusunda Düşünceler: Bir Model Denemesi”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Sayı 18, 2011, s. 52-53.
- Bayra, A. Ersin, *Güvenlik Devleti*, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Çakır, Hüseyin Melih, *Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi*, On İki Levha Yayınları, 2016.
- Göçgün, Muhammed, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt 2, 2. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2009.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- Güzelsarı, Selime, “Sağlık Sisteminde Yeniden Yapılanma ve Kamu Özel Ortaklıkları”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 45, Sayı 3, 2012, s. 29-57.
- Karakoç, Derya, “2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Yargı Kararlarına Yansıyan Geçici Maddelerinin Kazanılmış Hak Açısından İncelenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 1003-1018.
- Odyakmaz, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1998.
- Seçkin, Sinan, *Özel Hastanelerin Ruhsatlandırılması ve Denetlenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Songur, Cuma; Babacan, Ahmet, “Sağlık Hizmetlerinde Afiliasyon ve Mali Yönetim Üzerine Etkisi”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, 2016, s. 89-111.
- Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Türk Tabipleri Birliği Uzmanlık Dernekleri Eşgüdüm Kurulu XII. Tıpta Uzmanlık Eğitimi Kurultayı, *Türk Tabipleri Birliği Yayınları*, Ankara, 2006, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/xii_tuek.pdf (28 Şubat 2018)
- Ulusoy, Ali, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, Ankara, 2004.
- Uz, Abdullah, “Kamu – Özel Ortaklığı / Public Private Partnership (PPP) Kavramsal ve Hukuksal Çerçeve”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, 2007, s. 1165-1182.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2009
- Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, Halit Eyüp; Üstün, Gül; Tekinsoy, Özge Okay, *İdare Hukuku*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Yürümez, Yusuf; Yücel, Murat; Ercan, Bilge, “Türkiye’deki Afiliasyon Modelleri”, *Journal of Human Rhythm*, Cilt 4, Sayı 1, 2018, s. 37-43.

Türk Yerel Yönetimlerinin Uluslararası İşbirlikleri*

International Cooperation of Turkish Local Administrations

Rukiye Mehtap ÖZLÜ**

Öz

Türkiye gibi üniter devletlerde; uluslararası ilişkiler, geleneksel olarak yerel yönetimlerin ilgi alanlarına girmemektedir. Nitekim uluslararası ilişkiler alanında temel aktörler, uluslararası örgütler ve devletlerdir. Bununla birlikte uluslararası alanda yaşanan gelişmeler ve Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik perspektifi, yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetlere ilgisini arttırmaktadır. Bu kapsamda, yerel yönetimler, ulusal dış politikaya aykırı olmamak şartıyla görev alanlarıyla ilgili konularda yabancı devlet yerel yönetimleriyle uluslararası işbirliği gerçekleştirirler. Gerçekleştirilen uluslararası işbirlikleri, yerel yönetimlerin özel bir yetkisi değildir ve fakat ulusal mevzuatla kendilerine verilen yerel yetkilerini kullanabilecekleri özel bir yöntemdir. Bu çalışma, Türk yerel yönetimlerinin uluslararası işbirliklerinin hukuki kaynaklarını, özelliklerini ve bu çerçevede kullandığı ve kullanabileceği hukuksal araçları izah etmeye çalışmaktadır. Çalışmanın amacı, üniter devlet yapısının yerel yönetimlerin uluslararası işbirliğini geliştirmesine engel olmadığını ortaya koyarak Avrupa Hukuku kaynaklı kısmen yeni iki kurumsal uluslararası işbirliği aracının Türk yerel yönetimlerince kullanılabilirliğini değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: Yerel yönetimler, uluslararası işbirliği, üniter devlet, Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu, Avrupa bölgeleri işbirliği grupları.

ABSTRACT

In unitary states like Turkey, international relations traditionally are not within the interests of local governments. As a matter of fact, international organizations and states are the main actors in this field. However, developments in the international field and Turkey's European Union membership perspective has enabled local governments to engage in international activities. Within this context, local administrations can develop international cooperation with foreign state's local and regional administrations in their fields of competence, providing that it is not

* Makale gönderim tarihi: 14.05.2020. Makale kabul tarihi: 11.06.2020. Rukiye Mehtap Özlü, "Türk Yerel Yönetimlerinin Uluslararası İşbirlikleri", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 159-189; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.01.11>.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı. İletişim: mehtap.dolek@gop.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7505-4586>.

contrary to national foreign policy. This international cooperation is not a special competence of local administrations, but it is a special method that local administrations can execute their local competence given by national legislation. This study tries to explain the legal sources, features and the legal tools that Turkish local administrations use and can use in international cooperation within this framework. The aim of the study is to evaluate the usability of two partially new institutional cooperation tools based on European Law by Turkish local governments, by giving point to that the unitary state structure does not prevent local administrations from developing international cooperation.

Keywords: Local administrations, international cooperation, unitary state, European grouping of territorial cooperation, Euroregional co-operation groupings.

Giriş

Üniter bir devlet olan Türkiye’de, yerel yönetimlerin uluslararası ilişkileri üzerine yapılan bir çalışma, ilk başta gereksiz gelebilir. Nitekim devletin bölünmez bütünlüğü ve ulusal kamu yararı adına, geleneksel olarak sadece devlet, uluslararası alanda tüm yetkiye sahiptir¹. Üniter devletlerde, uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk alanları, yerel yönetimlerin ilgi ve yetki alanlarına girmemektedir.

Bununla birlikte üniter bir devlet olan Türkiye’de, yerel yönetimlerin uluslararası ilişki geliştirmesine engel anayasal bir düzenleme yoktur. 1982 Anayasası’nın 3. maddesinde “*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür*”, denilmek suretiyle devletin birliği ve bölünmezliği ilkesi benimsenmektedir. Ayrıca üniter devletlerde, tek ve bölünmez bir egemenlik, yönetim anlayışının temeline yerleştirilmektedir. Anayasamızın 6. maddesinde egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu belirtilerek “*Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*”, ifadesi yer almaktadır. Anayasamıza göre egemenlik, tektir ve bir bütün olarak millete aittir. Bu sebeple Anayasamızda yasa, yürütme ve yargı işlevlerinin farklı organlar tarafından yerine getirilmesi egemen iktidar olarak devlet iktidarının bölündüğü anlamına gelmemektedir². Sadece yetki paylaşımı yapıldığı anlamına gelmektedir. Nasıl ki iç egemenliğe dayalı yetki paylaşılmaktadır, dış egemenlik açısından da durum farklı

1 Fransız Anayasa Konseyi’nin 1983 yılında verdiği bir kararda, üniter devlet düzenine sahip olan Fransa’da da Nouvelle-Calédonie’nin bir uluslararası hukuk öznesi olmadığına altı çizilerle uluslararası antlaşma imzalama konusunda yetkisiz olduğuna karar verilmiştir. Anayasa Konseyi, 19.07.1983, no: 83-160, *Loi portant approbation d’une convention fiscale avec le territoire d’outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, JORF, 21.07.1983.

2 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, s. 164.

değildir. Yerel yönetimler, uluslararası faaliyetlerinde kendilerine verilen yetkileri kullanmaktadırlar³. Bir başka deyişle üniter bir devlette de devlet, yerel yönetimlerine uluslararası alanda faaliyet göstermesi için yetki verebilir, buna engel hukuksal bir durum bulunmamaktadır⁴. Yerel yönetimlerin uluslararası alandaki her faaliyetinden sadece devlet, sorumludur⁵. Bu durum, devletin tüm idari teşkilatıyla birlikte bölünmez bir bütün⁶ olması yanında uluslararası alanda tekel yetkisine sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Ulusal dış politikaya aykırı olmamak şartıyla, hukuken belirlenen sınırlar çerçevesinde yerel yönetimlerin uluslararası alanda gerçekleştirdiği her türlü faaliyet, bu yönetsel birimlerin uluslararası faaliyetleri olarak tanımlanabilir. Yerel yönetimlerin bu faaliyetlerinin temel amacı, kamu yararının sağlanmasıdır. Ayrıca yerel yönetimler, merkezi yönetimlerin ulusal dış politikalarını destekleyici faaliyetlerde bulunarak ulusal çıkarlarını belirli platformlarda savunma amacıyla da uluslararası ilişki geliştirirler⁷. Bu amaçları gerçekleştirmek için yerel yönetimler, ekonomik ve finansal ortaklıklar; kültürel, eğitsel, teknolojik vb. alanlardaki işbirlikleri ile diplomatik ilişkiler olmak üzere üç kademede faaliyette bulunur⁸. Yaylı ve Gönültaş'a göre üniter yapıdaki bir devlette yerel yönetimlerin uluslararası dış politikaya müdahalesi kabul edilebilir nitelikli bir faaliyet olmadığından bu yönetsel birimler, ilk iki kademede ilişki geliştirmeli, diplomatik alanda ilişki geliştirmemelidir⁹. Ayrıca yerel yönetimlerin uluslararası arenada geliştirdiği faaliyetlere, lobi faaliyetleri de eklenmelidir. Özellikle Avrupa Birliği (AB) bünyesinde karar mekanizmalarını etkilemek amacıyla bölgesel ve yerel yönetimler tarafından geliştirilen lobi çalışmaları, çok gelişmiştir¹⁰.

-
- 3 Raymond Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, CNRS, 1985, s. 59.
 - 4 Romaric Gueguen, *L'action internationale des collectivités territoriales françaises dans le cadre de l'état unitaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, s. 30.
 - 5 Bazı yazarlar tarafından yerel yönetimlerin uluslararası alanda sahip olduğu yetkinin dış ege-menliğin paylaşımı şeklinde olduğu ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Jeanne Page, *Du partage des compétences au partage de la souveraineté: des territoriales d'outre-mer aux "pays d'outre-mer"*, PUAM, 2001, s. 259.
 - 6 1982 Anayasası, 123. maddesinde "idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır." ifadesi yer almaktadır.
 - 7 Cemal Baş, "Yerel Diplomasi", *Türkiye Belediyeler Birliği Dergisi*, Sayı 827-828, Mart-Nisan 2017, s. 32.
 - 8 Hasan Yaylı, Yasin Can Gönültaş, "Uluslararasılaşan Yerel Yönetimler: Yerel Dış Politika (Paradiplomasi) Kavramına Teorik Bir Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 2018, s. 280-282.
 - 9 Yaylı, Gönültaş, s. 282
 - 10 Detaylı bilgi için bkz. Rukiye Mehtap Özlü, "Bölgesel ve Yerel Yönetimlerin Avrupa Birliği Karar Mekanizmasına Gayri Resmi Yollardan Katılımı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, https://sbfdergi.ankara.edu.tr/dergi/erken_gorunum/1400---Rukiye-Mehtap-Ozlu.pdf, 2020.

Yerel yönetimlerin yetki alanı içinde olması şartıyla ister ekonomik ya da kültürel ister eğitsel ya da teknik alanlarda olsun, yerel yönetimler arasında imzalanan her türlü protokol, yerel işbirliği olarak nitelendirilebilir. Belirtilen alanlarda yabancı devletlerin yerel yönetimleriyle protokol¹¹ imzalanıyorsa bu işbirlikleri, yerel yönetimlerin uluslararası işbirlikleri olarak tanımlanabilir.

Yerel yönetimlerin uluslararası işbirliklerini ifade etmek için Avrupa Hukuku'nda, (Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin hukuki düzenlemeleri) çok fazla kavram kullanılmaktadır: *Coopération transfrontaliere*, yani sınır-ötesi işbirliği¹², *coopération interterritoriale*, yani ülkeler arası işbirliği¹³, *coopération interrégionale* yani bölgelerarası işbirliği¹⁴, *coopération transnationale* yani ulus-ötesi işbirliği¹⁵, *coopération territoriale européenne* yani Avrupa bölgesel işbirliği¹⁶, *coopération transfrontière* yani sınır-ötesi işbirliği¹⁷. Bu kadar farklı kavramın kullanılmasında, aktörlerin (AB ve Avrupa Konseyi) ve amaçlarının farklı olması yanında esasen işbirliğinin gerçekleştiği coğrafik alanın nitelikleri önem arz etmektedir. Çalışmada; nötr bir kavram olarak değerlendirildiğinden yerel yönetimlerin uluslararası işbirlikleri kavramı, sınırdaş olunsun olunmasın Türk yerel yönetimlerinin yabancı devlet yerel yönetimleriyle geliştirdiği işbirliğini ifade etmek için kullanılmaktadır. Ayrıca çalışmada yerel yönetimler kavramı, yerel ve bölgesel görevleri yerine getiren ve her bir devletin iç hukukunda anayasal düzen tarafından tanımlanan topluluklar, yönetimler veya organlar anlamında kullanılmaktadır.

11 Esasen Türkiye'de devlet adına yabancı devletlerle uluslararası anlaşma imzalama yetkisi, yürütme organına aittir, yerel yönetimlerin böyle bir yetkisi yoktur. Bu sebeple, yerel yönetimlerin yabancı yetkililerle geliştirdikleri ilişkilerin resmiyete döküldüğü belge, "imzalanan bir anlaşmadan sonra bazı konulara açıklık getirmek üzere kaleme alınan ve genellikle de uygulamaya ilişkin konuların ele alındığı metinler" olarak tanımlanan protokol adıyla isimlendirilmektedir. Ayrıca yerel yönetimlerin yabancı devlet yerel yönetimleriyle imzaladıkları protokoller için, Anayasamızın 90. maddesinde izah edildiği gibi onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanun çıkarılmasına gerek yoktur. Nitekim Anayasamızın 90/3. maddesinde Milletlerarası bir anlaşmaya dayanan uygulama anlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari anlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunmasının zorunluğu olmadığı, düzenlenmektedir.

12 Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında Sınır-Ötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi; Avrupa Birliği, INTERREG-A Programı.

13 Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasındaki Sınır-ötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi'nin Bölgearası İşbirliğine dair Ek Protokol-2, 1998, ETS 169.

14 INTERREG-C Programı; Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Komitesi (Conseil des Communes et Régions d'Europe) Bölgesel Dayanışma Üzerine 226 (1991) sayılı Tavsiye Kararı; Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Komitesi, Yerel Yönetimlerin Dış İlişkileri Üzerine 227 (1991) sayılı Tavsiye Kararı.

15 INTERREG-B Programı.

16 1083/2006 sayılı ve 11.07.2006 tarihli AB Tüzüğü, JOUE no: L.210 ve 31.07.2006.

17 Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşması 307. madde.

Bu makale çalışması, Türk yerel yönetimlerin uluslararası işbirliklerinin hukuki kaynaklarını, bu yönetsel birimlerin bu alanda kullandığı ve kullanabileceği araçları ve yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetlerinin özelliklerini izah etmeye çalışmaktadır.

I. Yerel Yönetimlerin Uluslararası İşbirliklerinin Hukuki Kaynakları

Yerel yönetimler, kaynağını hukuktan almayan hiçbir yetkiyi kullanamaz. Bu sebeple uluslararası işbirliklerinin düzenlenmesinde bir yandan ulusal diğer yandan uluslararası hukuk kurallarının incelenmesi gerekmektedir. Uluslararası hukuk alanında özellikle Avrupa Hukuku değerlendirilecektir. Nitekim Türkiye'nin coğrafi durumundan ve dış politik hedeflerinden ötürü, yerel yönetimlerin geliştirdiği işbirliklerinin çoğu¹⁸, AB ve Avrupa Konseyi üye devlet yerel yönetimleriyle olmaktadır. Bu sebeple öncelikle yerel yönetimlerin geliştirdikleri uluslararası işbirlikleri alanında Avrupa Hukuku incelenmekte ve ardından bu hukukun sürekli atfı yaptığı, ulusal mevzuat değerlendirilmektedir.

A. Avrupa Konseyi'nin Rolü: Madrid Çerçeve Sözleşmesi ve Ek Protokoller

Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi, sınır-ötesi işbirliklerini geliştirmek ve güçlendirmek amacıyla 1960'ların ortasından itibaren çeşitli girişimlerde bulunmuştur¹⁹. Bu çalışmaların sonunda, 21 Mayıs 1980'de imzaya açılan Madrid Çerçeve Sözleşmesi olarak bilinen Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında Sınır-ötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi, düzenlenmiştir. Sözleşme, yerel yönetimlerin sınır-ötesi işbirlikleri konusunda çok önemli hukuksal bir gelişme olarak değerlendirilmektedir. Sözleşmede sınır-ötesi işbirliği, *“iki veya daha fazla akit tarafın yetki alanı içindeki yerel topluluk veya yönetimler arasındaki komşuluk ilişkilerini güçlendirmeye ve teşviğe yönelik her türlü uyumlu eylem ve bu amaç için gerekli her türlü anlaşma veya düzenlemenin akdedilmesi”* olarak tanımlanmaktadır. Bir başka ifadeyle sınır-ötesi işbirliği, sadece sınırdış devletlerdeki yerel yönetimlerin işbirliğini ifade etmektedir. Avrupa Konseyi, bu Sözleşme ile üyeleri arasında daha sıkı bir birlik sağlayarak komşu olan yerel yönetimler arasında; bölgesel, kentsel ve kırsal kalkınma, çevrenin korunması hizmetlerinin geliştirilmesini amaçla-

18 Örneğin, Belediyelerimizin kardeş şehirlerinin %57'si Avrupalı devlet şehirleriyle yapılmaktadır. Bkz. <http://www.yereldiplomasi.gov.tr/kardes-sehirler-istatistiki-veriler>, (15.04.2020).

19 Avrupa Konseyi, ilk olarak no. 470 (1966) sayılı Yerel Avrupa Topluluklar İşbirliği Üzerine Tavsiye Kararının ardından geliştirdiği çalışmalar sonunda sınır ötesi işbirliği için ilk temeli temsil eden Avrupa sınır ötesi işbirliği konusunda 27 Şubat 1974 tarihli (74)8 sayılı karara varmıştır.

maktadır. Sözleşmeye taraf devletlerden de belirlenen ortak ilkeler temelinde yerel yönetimlerin sınır-ötesi işbirliklerini teşvik etmeleri beklenmektedir²⁰.

Sözleşmenin iki bölümü vardır. İlk kısım, sözleşmenin yasal olarak bağlayıcı düzenlemelerini içerirken, ikinci kısım, olası sınır-ötesi işbirlikleri için hem eyaletler hem de yerel düzeyler arası bir dizi model anlaşma listelemektedir.

Madrid Çerçeve Sözleşmesi; taraf olan devletlerin uluslararası alanda sahip oldukları tekel yetkisine zarar vermeyecek şekilde düzenlenmiş bir çerçeve oluşturmaktadır²¹. Bu sebeple Sözleşme, çok sık ulusal mevzuatlara atıf yapmaktadır. Sözleşme'nin 1. maddesi “*akit taraflar, kendi yetki alanları içindeki yerel topluluk veya yönetimler ile diğer akit tarafların yetki alanı içindeki yerel topluluk veya yönetimler arasındaki işbirliğini kolaylaştırmayı ve teşvik etmeyi taahhüt ederler. Taraflar, bu amaç için gerek duyulabilecek anlaşmalar ve düzenlemelerin, tarafların her birinin farklı anayasal hükümleri de göz önünde tutularak, akdedilmesinin teşvikine çaba göstereceklerdir.*” şeklinde düzenlenmektedir. Bu maddeyle, sınır-ötesi işbirliklerinin ancak ulusal mevzuatın çizdiği sınırlar çerçevesinde gerçekleşebileceği ifade edilmektedir. Bu durum pratikte; uluslararası yerel işbirliğine taraf devletlerde, her bir işbirliğinin kendine özgü hukuksal-kurumsal yapısı olması sonucunu doğurmaktadır. Bir diğer ifadeyle yerel yönetimler; uluslararası işbirliklerini, dernek, yerel yönetim birliği, kamu yararı grubu, yerel karma iktisadi şirket ve benzeri kurumsal yapılar²² bünyesinde gerçekleştirirler.

Sınır-ötesi işbirliğini geliştirmek ve güçlendirmek için Madrid Çerçeve Sözleşmesi, üç ek protokolle²³ tamamlanmaya çalışılmıştır. 09.11.1995 tarihinde

20 Christian Autexier, “L'action extérieure des collectivités locales françaises dans le cadre européen”, Ed. Francis-Paul Benoît, *Collectivités locales (Encyclopédie Dalloz)*, fasc. 4408-18, Paris, 1996, s. 50.

21 Emmanuel Decaux, “La convention cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales”, *RGDIP*, 1984, s. 583.

22 Örneğin Madrid Çerçeve Sözleşmesi bünyesinde yerel yönetimlerce geliştirilen sınır-ötesi işbirliklerinden Fransa ve İtalya arasındaki 1993 anlaşması, iki ülke yerel yönetimlerinin aynı idari yapıda yer almasına izin vermemiştir. Ayrıca Fransız ve İspanyol yerel yönetimlerinin sınır-ötesi işbirliğini düzenleyen Bayonne Antlaşması ile yerel yönetimler için Fransa'da ortak çıkar grupları, İspanya'da *consorsio* yani kamu hukukuna göre örgütlenen belediye birlikleri oluşturulmuş ve böylece farklı idari yapılarda uluslararası işbirliği gerçekleştirilmiştir. Aurélie Noureau, *L'Union européenne et les collectivités locales*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Université de La Rochelle, 2011, s. 328. Detaylı bilgi için bkz: Olivia Tambou, “Le traité de Bayonne: un succès relatif pour le développement de la coopération transfrontalière à l'échelle de la frontière franco-espagnole”, *Revue belge de droit international*, Cilt 98, Sayı 2, s. 538-598.

23 Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasındaki Sınırötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi'ne Ek Protokol-1 (devletler ve yerel yönetimler arası anlaşma, mukavele ve statülere ilişkin), 1995, ETS 159; Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasındaki Sınırötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi'nin Bölgearası İşbirliğine dair Ek Protokol-2, 1998, ETS 169; Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında Sınır Ötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi'ne Ek Avrupa Böl-

imzalanan ve 01.12.1998 tarihinde yürürlüğe giren Ek Protokol-1, Sözleşmenin eksikliklerini gidermeye yönelik olarak devletler ve yerel yönetimler arası anlaşma, mukavele ve statülere ilişkin düzenlemeler içermektedir.

05.05.1998 tarihinde imzalanan ve 01.02.2001 tarihinde yürürlüğe giren Ek Protokol-2, yerel yönetimler arasındaki işbirliğini geliştirmek amacıyla ortak sınırı olmayan yerel yönetimlere yönelik olarak “coopération interterritoriale” yani ülkeler arası işbirliğini düzenlemektedir. Ülkeler arası işbirliği, Sözleşmeye taraf komşu ülke yerel yönetimlerinin geliştirdiği sınır-ötesi işbirliği haricindeki iki veya daha fazla akit tarafın yerel yönetimleri arasındaki ilişkiyi kurmak için tasarlanmış olan planlı hareket anlamında kullanılmaktadır. Böylece aynı sınırı paylaşmayan yerel yönetimler arasında işbirliklerinin, özellikle kardeş şehir uygulamalarının, geliştirilmesi amaçlanmıştır.

16.11.2009 tarihinde imzalanan ve 01.03.2013 tarihinde yürürlüğe giren Ek Protokol-3, “groupements eurorégionaux de coopération” yani Avrupa bölgeler işbirliği gruplarını düzenlemektedir. Avrupa bölgeler işbirliği grupları, üyeleri arasında imzalanan bir sözleşmeyle kurulan uluslararası bir kişiliktir. Protokolün öngördüğü koşullar altında yerel yönetimler, amaçladıkları uluslararası işbirliklerini gerçekleştirmek için bu grubu kurabilir ya da kurulan gruplara üye olabilirler.

B. Avrupa Birliği'nin Rolü: Bölgeler Politikası

AB, Bölgeler Politikası vasıtasıyla yerel yönetimlerin uluslararası işbirliklerini teşvik ve finanse etmektedir. Avrupa Bölgesel Kalkınma Fonu'nun 1975'te doğması ve akabinde geliştirilmesi, Avrupa bünyesinde sınır-ötesi işbirliğini kolaylaştırma ve teşvik etme amacı taşımaktadır²⁴. 1990 yılında Topluluk tarafından INTERREG Programının oluşturulmasıyla, bu alandaki gelişmeler pekiştirilmiş ve uluslararası işbirlikleri finanse edilmiştir. INTERREG Programı 2006'ya kadar devam etmiştir: INTERREG (1991-1993), sadece deniz ya da kara sınır bölgelerinde gerçekleşen işbirliği anlamındaki sınır-ötesi işbirliğini ifade etmiştir. INTERREG II (1994-1999) ile işbirliğinin alanı çok uluslu bir boyut kazanarak bölgesel ulus-ötesi işbirlikleri planlanmış ve finanse edilmiştir. INTERREG III (2000-2006) Programı sayesinde AB üye devletlerinin ortak sınır bölgelerinde, AB üyesi devletlerle sınırları bulunan üçüncü ülkelerin sınır bölgeleri arasında sınır ötesi, uluslararası ve bölgelerarası işbirliğini teşvik etmiştir. Böylece komşu sınır-ötesi bölgelerin uyumlu ve dengeli ekonomik ve sosyal kalkınmayı sağlamaları amaçlanmıştır.

geleri İşbirliği Gruplarına (ECG'ler) İlişkin Ek Protokol-3, 2009, ETS-206.

24 724/75 sayılı ve 18.03.1975 tarihli AB Tüzüğü, JOCE n°: L 73/2-21.03.1975, 5. Madde.

AB Konsey Tüzüğü ile 2006 yılında INTERREG Programı, Avrupa bölgesel işbirliğine dönüştürülmüştür²⁵. Avrupa bölgesel işbirliği; 2007-2013 Programında 3. amaç, 2014-2020 Programında 2. amaç olarak düzenlenerek üç düzeyde (sınır-ötesi işbirliği, uluslar ötesi işbirliği, bölgelerarası işbirliği) gerçekleştirilmektedir.

Avrupa bölgesel işbirliği, AB üye devletlerinde yerel yönetimler arasında dengeli kalkınmayı teşvik ederek bölgesel uyum politikasının gerçekleşmesi için katkıda bulunmaktadır²⁶. Avrupa bölgesel işbirliğinin hedefi, yerel yönetimler arasında kentsel, kırsal ve kıyı gelişimi ile ekonomik ilişkilerin geliştirilmesidir. Ayrıca Avrupa bölgesel işbirliği, küçük ve orta ölçekli işletme ağları açısından iyi uygulama örneklerinin paylaşılmasına yönelik olarak işbirliği yapmaya teşvik etmeyi amaçlamaktadır.

Avrupa bölgesel işbirliğini teşvik etmek ve işbirliği düzenlemelerinin yetersizliğini telafi etmek için *groupement européen de coopération territoriale* yani Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu²⁷, 2006 yılında 1083/2006 sayılı Yönetmelikle oluşturulmuştur²⁸. Bu araç konusundaki düzenleme, 2013 yılında revize edilerek Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubunun kullanımı basitleştirilmiştir²⁹.

C. Ulusal Hukuk Kaynakları

Türkiye, Madrid Çerçeve Sözleşmesi'ni hiçbir çekince koymadan³⁰ 4 Şubat 1998 tarihinde imzalamıştır, Ek Protokollere ise taraf olmamıştır. Sözleşme,

25 1083/2006 sayılı ve 11.07.2006 tarihli AB Tüzüğü, JOUE n°: L.210-31.07.2006.

26 Bölgesel Politika için ayrılan bütçenin %2,5'i, Avrupa bölgesel işbirliğine ayrılmakta olduğundan 2007-2013 döneminde 7,8 milyar avro, 2014-2020 için 8,9 milyar avro tahsis edilmektedir. Bkz. <https://www.vie-publique.fr/fiches/20390-les-formes-de-cooperation-territoriale-europeenne-interreg>, (15.04.2020).

27 Türkçeye çevirisi Avrupa Konseyi'nin düzenlediği *Avrupa Bölgeleri İşbirliği Grupları* ile birbirine çok benzediğinden farklılığı ortaya koymak adına Avrupa Birliği hukukundan kaynaklanan araca, orijinal dil çevirisinden farklı olarak çalışmada, Avrupa Birliği Bölgesel İşbirliği Grubu denilmektedir.

28 1083/2006 sayılı ve 11.07.2006 tarihli AB Tüzüğü, JOUE no: L.210-31.07.2006.

29 1302/2013 sayılı ve 17.12.2013 tarihli AB Tüzüğü, JOUE no: L 347/303-20.12.2013.

30 Madrid Çerçeve Sözleşmesi'ne taraf devletlerden bazıları, Sözleşme'nin 3. maddesine çekince koymuştur. Maddede yerel yönetimlerin sınır-ötesi ilişki geliştirmek için ulusal hükümetler, yerel topluluk veya yönetimlerin, Avrupa Konseyi çerçevesinde yerel topluluk veya yönetimler arasında yapılmış çerçeve anlaşmalardan esinlenen her türlü girişimini destekleyeceği düzenlenmektedir. Nitekim sınır-ötesi işbirliği temelinde devletler-hükümetler arası ve yerel yönetimler arası imzalanacak sözleşme, anlaşma, statü ve mukaveleler ile gerçekleştirilmektedir. Cem Afşin Akbay, *Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında Sınırötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, 2010, s. 77. Taraf devletlerce bu maddeye konulan çekince yüzünden Madrid Çerçeve Sözleşmesi'nden elde edilmek istenilen faydanın elde edilemediği vurgulanmaktadır. Gueguen, s. 47.

4517 sayılı Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında Sınır-ötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylanarak Resmi Gazetede yayımlanmasının ardından yürürlüğe girmiştir³¹. Bununla birlikte Türkiye, Avrupa Birliği'ne üye olmasa da aday ülke olarak katılım müzakereleri çerçevesinde AB Bölgeler Politikası ve hukukundan etkilenmektedir. Avrupa Hukuku'nda bahsi geçen düzenlemeler, yerel yönetimlerin uluslararası işbirlikleri alanında ulusal hukuka atf yapmaktadır.

Türkiye'de bu kapsamda belirtilmesi gereken en temel kanun, 26.3.1987 tarih ve 3335 sayılı Uluslararası Nitelikteki Teşekküllerin Kurulması Hakkında Kanun³²'dir. Uluslararası alanda yaşanan gelişmeler ve Türkiye'nin AB üyelik perspektifi, yerel yönetimlerin uluslararası teşekküllere üye olması ve yabancı devlet yerel yönetimleriyle, ortak proje gerçekleştirebilmeleri için yeni açılımlarda bulunmayı gerekli kıldığından 5393 sayılı Belediye Kanunu³³, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu³⁴ (ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu³⁵) ile bu yönetsel birimlerin yurt dışı ilişkileri, 2005 yılında yeniden düzenlenmiştir. Böylece bu yönetsel birimlerin ülke sınırları dışına taşan bazı çevresel, ekonomik, finansal, sosyal-kültürel, idari sorunlarının çözümüne ilişkin uluslararası işbirliği geliştirmelerine yönelik düzenlemelerin yasal dayanakları atılmıştır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 74. maddesinde “*Belediye, belediye meclisinin kararına bağlı olarak görev alanıyla ilgili konularda faaliyet gösteren uluslararası teşekkül ve organizasyonlara, kurucu üye veya üye olabilir. Belediye bu teşekkül, organizasyon ve yabancı mahallî idarelerle ortak faaliyet ve hizmet projeleri gerçekleştirebilir veya kardeş kent ilişkisi kurabilir. Birinci ve ikinci fıkra gereğince yapılacak faaliyetlerin, dış politikaya ve uluslararası anlaşmalara uygun olarak yürütülmesi ve önceden Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın izninin alınması zorunludur.*”, hükmü yer almaktadır. Bu maddeyle uyumlu olarak ilgili Kanun'un 18/p maddesinde, kardeş kent ilişkileri kurulmasına; ekonomik ve sosyal ilişkileri geliştirmek amacıyla kültür, sanat ve spor gibi alanlarda faaliyet ve projeler gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi, belediye meclisine verilmektedir. Ayrıca Belediye Kanunu'nun 60/m maddesinde belediye giderleri arasına belediyelerin yurt dışı faaliyetlerini ger-

31 4517 sayılı Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında Sınır-ötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, (RG. 06.02.2000/23956).

32 RG. 7.4.1987/19424.

33 RG. 13.7.2005/25874.

34 RG. 4.3.2005/25745.

35 26.5.2005 tarih ve 5355 sayılı Kanun'un (RG. 11.6.2005/25842) 22. maddesinde... “yurt dışı ilişkileri..., bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda birlik tüzüğü ile birliğe devredilen hizmetlerle sınırlı olmak üzere Belediye Kanunu hükümleri uygulanır.” denilerek yerel yönetim birliklerinin yurt dışı ilişkileri alanında Belediye Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

çekleştirmek için yaptığı harcamalar eklenmiştir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'yla³⁶ benzer düzenlemeler³⁷ yürürlüğe girmiştir.

Ayrıca İçişleri Bakanlığı'nın 07.04.2005 tarih ve 2005/36 sayılı Genelgesi ile 20.06.2005 tarih ve 2005/62 sayılı Genelgesi, kardeş şehir kurulmasıyla ilgili düzenlemeler içermektedir. Ancak 2017 Anayasa değişikliklerinin ardından Cumhurbaşkanlığı Hükümet sistemi bünyesinde bakanlıkların görev ve yetki alanları güncellenmiş ve kardeş şehir uygulamalarına izin verilme görev ve yetkisi, İçişleri Bakanlığı'ndan alınarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na devredilmiştir. Buna bağlı olarak ikincil mevzuatta gerekli değişiklikler yapılmamıştır. Bu eksikliklerin giderilmesi için başta Çevre ve Şehircilik Bakanlığı olmak üzere, ilgili kuruluşların ortak bir çalışma yaparak, şehir eşleştirme konulu Genelgeleri yenilemeleri gerekmektedir. Şehir Eşleştirme Konulu Tematik Çalıştaylar Sonuç Raporunda şehir eşleştirmeleri konusunda yapılması gereken ikincil mevzuatın daha kapsamlı ve daha güçlü bir yasal dayanak sağlaması için "Yönetmelik" olarak yapılması tavsiye edilmektedir³⁸.

II. Yerel Yönetimlerin Uluslararası İşbirliklerinin Nitelikleri

Türk yerel yönetimlerinin uluslararası işbirlikleri, yerel yönetimlerin yetki alanına giren konularda, kamu yararı amacını gerçekleştirmek için devletin denetim ve gözetiminde gerçekleşmektedir.

A. Yerel Yönetimlerin Yetki Alanlarında Faaliyet Göstermesi

Madrid Çerçeve Sözleşmesi'nin 2.1. maddesinde "*sınır-ötesi işbirliği, yerel topluluk veya yönetimlerin iç hukuk tarafından tanımlanan yetkileri çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Bu tür yetkilerin kapsamı ve özellikleri bu*

36 Kanun'un 62. Maddesine göre: "Yurt dışı ilişkileri yan başlığı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "İl özel idaresi, il genel meclisinin kararına bağlı olarak görev alanıyla ilgili konularda faaliyet gösteren uluslararası teşekkül ve organizasyonlara, kurucu üye veya üye olabilir. İl özel idaresi, bu teşekkül ve organizasyonlarla ortak faaliyet ve hizmet projeleri gerçekleştirebilir. Birinci ve ikinci fıkra gereğince yapılacak faaliyetlerin, dış politikaya ve uluslararası anlaşmalara uygun olarak yürütülmesi ve önceden İçişleri Bakanlığının izninin alınması zorunludur.". Bu düzenleme uygun olarak 10/m maddesinde il genel meclisinin görevleri arasında yurt dışındaki mahalli idareler ve mahalli idare birlikleriyle karşılıklı işbirliği yapılmasına karar vermesi düzenlenmiştir. Ayrıca 43/1 maddesinde il özel idaresi giderleri arasına yurt dışı faaliyetlerini gerçekleştirmek için yaptığı harcamalar düzenlenmiştir.

37 Belirtilen düzenlemelerde iki temel farklılık bulunmaktadır. İlk olarak ön-izin alınan Bakanlık, belediye ve il özel idareleri için farklıdır: 5393 sayılı Belediye Kanunu'na göre belediyeler, uluslararası faaliyette bulunmak için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'ndan ön-izin almaktayken 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'na göre il özel idareleri, uluslararası faaliyette bulunmak için İçişleri Bakanlığı'ndan ön-izin almaktadırlar. İkinci olarak, sadece belediyeler, yabancı belediyelerle kardeş şehir ilişkisi kurabilmektedir ne il özel idareleri ne de köyler yabancı devlet yerel yönetimleriyle kardeş şehir ilişkisi geliştirmektedirler.

38 Çalıştay Raporu, *Türkiye ve AB Arasında Şehir Eşleştirme Projesi, Şehir Eşleştirme Konulu Tematik Çalıştaylar*, 27-28 Ağustos 2019 – Ankara ve 18-19 Eylül 2019 – Çanakkale, 2019.

Sözleşme tarafından değiştirilemez.”, hükmü düzenlenmektedir. Ayrıca Ek Protokol-1’in 1. maddesinde, Çerçeve Sözleşme’nin her bir tarafının, yerel yönetimlerin milli mevzuatla öngörülen yetki alanlarını tanıyıp saygı duyacağını taahhüt ederek ulusal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan ortak yetki alanlarında bu yönetsel birimlerin sınır-ötesi işbirliği geliştirecekleri, ifade edilmektedir. İlgili düzenlemelerde iki önemli nokta söz konusudur. İlk olarak, Madrid Çerçeve Sözleşmesi’ne imza atan bütün devletler, ulusal hukuk düzenlerince yerel yönetimlere tanınan yetki alanlarına saygı duyacaklarını taahhüt etmektedirler. İkinci önemli nokta; yerel yönetimlerin uluslararası işbirliğini, bu yönetsel birimlerin ortak yetki alanlarında gerçekleştirmesidir.

Farklı devlet şekillerine (üniter, federal, bölgesel) sahip ve farklı hukuksal düzenleri olan devlet yerel yönetimlerinin gerçekleştireceği işbirliğinde, ortak yetki alanlarının belirlenmesi, hiç kolay değildir. Nitekim ulusal düzeyde dahi, yerel yönetimlere (büyükşehir, il, ilçe belediyesi -il özel idaresi) tanınan yetki alanları çok net olmayabilmektedir. Ortak yetki alanı belirlenirken; yerel yönetimler işbirliğin yapılacağı alanda hem kendi yetki alanını hem de ortaklarının ulusal mevzuatlarının tanıdığı yetki alanlarını dikkatli şekilde incelemelidir.

Uluslararası hukukta, ortak yetki alanları belirlenirken *plus petit dénominateur commun* yani *en düşük ortak payda yöntemi* kullanılmaktadır. En düşük ortak payda yönteminde, öncelikle işbirliği yapacak yerel yönetimlerin gerçekleşecek uluslararası işbirliği alanına uygun olarak ulusal düzeyde sahip oldukları yetkiler belirlenmektedir. Ardından, işbirliğine katılan bütün paydaşların yetki alanlarının en düşük paydada birleştiği düzey tespit edilmektedir. Böylece yerel yönetimler; uluslararası faaliyetlerini, işbirliğine konu olan alanda, paydaşlara ulusal mevzuatla tanınan yetki alanlarının *en düşük ortak paydada* buluştukları seviyede gerçekleştirmektedirler³⁹. Bu yüzden yerel-uluslararası işbirliği, ulusal mevzuatla tahsis edilen en düşük yetki alanına sahip paydaş olan yerel yönetimin yetkileri baz alınarak gerçekleşmektedir.

Türk yerel yönetimler hukukunda, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 62. maddesinde il özel idarelerinin, il genel meclislerinin kararına bağlı olarak görev alanıyla ilgili konularda; 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 74. maddesinde belediyelerin, belediye meclislerinin kararına bağlı olarak görev alanıyla ilgili konularda uluslararası ilişkiler geliştirebileceği düzenlenmektedir. Bir diğer ifadeyle yerel yönetimler ve birlikleri, sadece ulusal hukukun kendilerini yetkilendirdiği

39 Pierre D’argent, “La nature juridique des partenaires à la coopération transfrontalière”, Ed. Yves Lejeune, *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d’Etats distincts. Les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Bruylant, Bruxelles 2005, s. 77-94.

alanlarda, sahip oldukları yetkiler çerçevesinde, uluslararası faaliyet geliştirmektedirler. Bu yönüyle yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetleri, bu yönetsel birimlerin özel bir yetkisi değil, ancak ulusal mevzuatla kendilerine verilen yerel yetkilerini kullanabilecekleri özel bir yöntemdir⁴⁰. Bu bakımdan yerel yönetimlerin herhangi bir uluslararası faaliyete katılıp bu faaliyetin parçası olması, bu yönetsel birimlere ekstra yetkiler ya da yeni görev alanları tanımamaktadır. Bu durum idare hukukuna hakim olan kanuni idare ilkesinin en temel sonucudur.

B. Yerel Yönetimlerin Uluslararası İşbirliklerinde Kamu Yararının Gözetilmesi

Yerel yönetimlerin her türlü faaliyetinin amacı olan kamu yararı kavramı, mahalli müşterek ihtiyaç kavramıyla birlikte değerlendirilmelidir. Zira 1982 Anayasası'nın 127. maddesinde mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen kamu tüzel kişileri olarak tanımlanmaktadır⁴¹. Anayasa Mahkemesi, yerel yönetimlerin görev alanını tayin eden mahalli müşterek ihtiyaç kavramını, 26.06.2002 tarih ve E.2001/377, K.2002/59 sayılı kararıyla tanımlayarak muhafaza etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre mahalli müşterek ihtiyaç, "*herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri*", ifade etmektedir⁴².

Devletin temel yapısının belirlendiği Anayasa'da doğal olarak "*il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş olup bunun saptanması kanuna bırakılmıştır. Bu durumda kanun, kamu yararını gözeterek, Anayasa sınırları içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirlemektedir*"⁴³.

40 Bernard Dolez, "Le régime juridique de la coopération décentralisée après l'adoption de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire", *RFDA*, 1995, s. 938.

41 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 3. maddesi belediye idaresini, belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3. maddesi il özel idaresini, il halkının mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan mali ve idari özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak tanımlamaktadır.

42 Anayasa Mahkemesi, 13.5.2015, E. 2015/34, K. 2015/48, RG. 23.5.2015/29364; Anayasa Mahkemesi, 11.9.2014, E. 2014/72, K. 2014/141, RG. 10.1.2015/29232; Anayasa Mahkemesi, 18.7.2012, E. 2011/126, K. 2012/110, RG. 25.05.2013/28657.

43 Anayasa Mahkemesi, 13.5.2015, E. 2015/34, K. 2015/48, RG. 23.5.2015/29364; Anayasa Mahkemesi, 11.9.2014, E. 2014/72, K. 2014/141, RG. 10.1.2015/29232; Anayasa Mahkemesi, 18.7.2012, E. 2011/126, K. 2012/110, RG. 25.05.2013/28657.

Kamu yararı kavramıyla birlikte değerlendirilmesi gereken mahalli müşterek ihtiyaç kavramı Anayasa Mahkemesi'ne göre temelde siyasi nitelikli olmasına rağmen hukuken tanımlanan ve düzenlenen hukuksal bir kavramdır⁴⁴. Kanunlarla düzenlenen ve yaşamsal anlam kazanan kamu yararı, bir anlamda siyasal tercihlerin hukuk alanına girmesi ve hukuksal şekil alması olarak tanımlanmaktadır⁴⁵.

Toplum yararının, kişilerin veya dar grupların yararlarına tercih edilmesi veya yasalarda ve yönetimde önde tutulması olarak tanımlanan kamu yararı kavramı, hukukun temel ilkelerine göre bütün devlet teşkilat yapısının, yerel yönetimler ve birlikleri dahil, gerçekleştirdikleri her türlü faaliyetin amacı olmalıdır. Bu sebeple ulusal mevzuatla yerel yönetimlere verilen yetkilerini kullanabilecekleri bir yöntem olarak nitelendirilen yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetlerinde temel amaç, kamu yararını gerçekleştirmek olmalıdır. Bir diğer ifadeyle uluslararası faaliyete katılan yerel birim, kendi coğrafi sınırlarını aşarak faaliyet geliştirecek olsa da kamu yararı amacını gözetmek zorundadır. Fransız Danıştay'ının belirttiği gibi yerel yönetimlerin coğrafi sınırları, yerel yönetim faaliyetlerinin kamu yararı amacının (yerel yararın) sınırlandırılması olarak değerlendirilmemelidir⁴⁶. Bu ifade, üniter bir devlette tam da yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetlerinin temelini oluşturmaktadır. Hem coğrafi hem de yasal açıdan yerel yönetimlerin faaliyetlerini sınırlayan kamu yararı⁴⁷, uluslararası alanda *ülke-dışı kamu yararına* dönüşmektedir⁴⁸. Uluslararası işbirliği sayesinde yerel yönetimlerin faaliyet alanı, ülke dışına genişlese de coğrafi yetki alanlarında mahalli müşterek bir ihtiyaca cevap vermesi beklenmektedir. Bu sebeple yerel yönetimler, uluslararası alanda devletin denetiminde faaliyet göstermektedirler.

C. Yerel Yönetimlerin Uluslararası İşbirliklerinde Devletin Rolü

Yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetlerinin temel niteliklerinden biri, bu alanda devletin üstlendiği roldür. Devlet, bir yandan hukuki-politik denetim yaparken diğer yandan yerel yönetimleri uluslararası alanda koruyup-gözetmektedir.

Yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetleri birinci bölümde de belirtildiği

44 Anayasa Mahkemesi, 07.07.1994, E. 1994/49, K. 1994/45-2, RG. 10.09.1994/22047.

45 Anayasa Mahkemesi, 07.07.1994, E. 1994/49, K. 1994/45-2, RG. 10.09.1994/22047.

46 Fransız Danıştay Raporu, "Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales?", *Documentation Française*, Haziran 2006, s. 15.

47 Arnaud Cabanes, Alexia Robbes, "La coopération décentralisée : comment s'extraire des contingences de l'intérêt public local ?", *Actualité juridique droit administratif*, 2005, s. 593-602.

48 Laurent Malo, *Autonomie locale et Union européenne*, Bruylant, Bruxelles 2010, s. 319.

gibi hem uluslararası hem de ulusal hukuk tarafından düzenlenmekte ve devletin rolü ön planda tutulmaktadır. Madrid Çerçeve Sözleşmesi'ne göre yerel yönetimlerin sınır-ötesi işbirlikleri, tamamen taraf devletin dilediği temelde oluşmakta ve yerel yönetimlere sınır-ötesi işbirliği sözleşmesi imzalamak konusunda sınırsız yetki verilmemektedir⁴⁹. Bu sebeple yerel yönetimler, uluslararası işbirliği geliştirmek için ulusal mevzuata uygun olarak gerekli izin ve onayları almak zorundadırlar.

Yerel yönetimler, yerel meclislerinin (belediye meclisi-il genel meclisi) kararına bağlı olarak uluslararası faaliyette bulunmaktadır. İlgili mevzuata göre yerel yönetimlerin uluslararası faaliyete yönelik taleplerine uygun olarak hazırladıkları dokümanlar, Başkanlık Makamına hitaben yerel meclise sunulmak üzere bir üst yazıyla kayda alınarak Yazı İşleri Kararlar Dairesi Başkanlığı'na gönderilmektedir. İlgili yerel yönetimin karar organı, söz konusu talebi kabul ya da reddeder. Reddetmesi halinde dosya arşive kaldırılmaktadır. Kabul etmesi durumunda merkezi idarenin denetim görevi başlamaktadır. Zira Anayasamızın 127/4. maddesine⁵⁰ uygun olarak merkezi idare, yerel yönetimlerinin uluslararası ilişkileri üzerinde vesayet denetimi uygulamaktadır. Meclisin almış olduğu karar neticesinde; karar ve bununla ilgili her türlü belge, Valilik makamına, gönderilmektedir. Valilik makamının görevi, idari vesayet denetimini yerine getirmenin yanında resmi yazışmaları yapmaktır.

İçişleri Bakanlığı'nın 07.04.2005 tarih ve 2005/36 sayılı Genelgesi ile 20.06.2005 tarih ve 2005/62 sayılı Genelgesiyle uluslararası işbirliğine olur verilmesi için hazırlanması gereken belge ve bilgiler düzenlenmektedir. Genelgelerin hükümlerine göre:

- Yurt dışındaki bir belediye ile kardeş kent ilişkisi kurulmasında ilgili belediye meclisinin kararı, kardeş kent ilişkisi kurulacak olan kent hakkında bilgi ve kardeş kent ilişkisinden beklenen faydaların neler olduğu, kardeş kent ilişkisi kurulurken kardeş kent protokolleri imzalanacaksa ilgili protokollerin metni,
- Uluslararası kuruluşlara üye olunacaksa, ilgili belediyenin meclis kararı, üye olunacak uluslararası kuruluşun ana statüsünün tam metni ile tasdikli Türkçe çevirisi, üyelikten beklenen faydalar, üyelikte bir katılım payı ve aidat ödenecek ise miktarı ile belediyenin en son kesin hesap özeti,

49 Rinaldo Locatelli, "La décentralisation de la coopération transfrontalière en Europe", *Pouvoirs*, n°19, 1981, s. 63; Gueguen, s. 49.

50 Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.

- Uluslararası kuruluşlarla birlikte eğitim ve kültür faaliyetleri yürütülmesi ve festivaller düzenlenmesi halinde, uluslararası kuruluş hakkında bilgi ve ilgili belediyenin meclis kararı,

Vali tarafından Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü'ne izin için resmi yazı ile gönderilmektedir. Bu aşamada Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı'nın konuyla ilgili görüşüne başvurmaktadır. Dışişleri Bakanlığı, yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetlerinin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin uluslararası faaliyetlerine uygunluğunu denetlenmektedir. Nitekim yerel yönetimlerin uluslararası ilişkileri, Devletin uluslararası politikalarına uygun olmak zorundadır. Dışişleri Bakanlığı, yerel yönetimin söz konusu uluslararası faaliyetinde herhangi bir sakınca tespit ederse ilgililere durumu bildirir. Böylelikle yerel yönetimin uluslararası faaliyeti, başlamadan sonlandırılır. Yerel işbirliği başlasa dahi devletlerin dış politikalarında yaşanan değişiklikler, yerel-uluslararası işbirliğini etkilemektedir. Örneğin Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde geliştirilen Yunanistan-Türkiye ve Bulgaristan-Türkiye Sınır-ötesi İşbirliklerinin devletlerin uluslararası politikalarından etkilendiği, bu sebeple zaman zaman kesintiye uğrayarak durma noktasına geldiği söylenebilir⁵¹.

Dışişleri Bakanlığı olumlu görüşünün alınması halinde, Belediye Kanunu'na göre Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın, İl Özel İdaresi Kanunu'na göre İçişleri Bakanlığı'nın izninin alınması gerekmektedir. Her türlü işbirliği protokolleri, Bakanlığın "olur yazısından" sonra imzalanmaktadır.

Yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetleri üzerinde Türkiye Devleti'nin üstlendiği denetim görevi, aynı zamanda bir gözetim görevi içermektedir. Devletin gözetim görevinin amacı, temel olarak yerel yönetimlerin bu alandaki faaliyetlerini güvence altına alarak açıklığa kavuşturmadır⁵². Böylece politik ve ekonomik açıdan daha güçlü paydaşlarla ilişkiler geliştirilirken yerel yönetimler yalnız kalmamaktadır. Bir diğer ifadeyle devletin üstlendiği rol sayesinde yerel yönetimlerin çıkarları, işbirliğinde olunan paydaşlara karşı korunabilmektedir⁵³. Nitekim, uluslararası ilişki alanında çok farklı hukuki düzenlemeler söz konusu olabilmekte ve bu durum, yerel yönetimler için sorun teşkil edebilmektedir. Örneğin INTERREG III kapsamında düzenlenen Türkiye-Bulgaristan arasındaki işbirliği

51 François Bafuil, Burcu Gorak-Giquel, "Les coopérations transfrontalières à l'épreuve de l'Union européenne. Une comparaison Europe central-Turquie", *Les études du CERI*, Sayı 156, 2009, s. 25.

52 Nicoles Levrat, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontalière entre collectivités publiques infra étatiques*, PUF, Paris, 1994, s. 166.

53 Olivia Tambou, "Les contrôles des acteurs locaux de la coopération transfrontalière", Ed. Henri Comte, Nicolas Levrat, *Aux coutures de l'Europe*, L'Harmattan, 2006, s. 322.

alanında çevre hukukundan kaynaklanan konularda Türkiye'nin AB'ye üye olmamasından dolayı sorunlar yaşanmış ve ortaya çıkan sorunlar, ancak devletin girişimleri sayesinde aşılabilmektedir⁵⁴. Bu yüzden yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetleri üzerinde uygulanan hukuki ve politik denetim ve gözetim önemlidir hatta gereklidir. Zira devletin denetimi, her ne kadar yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetlerini dilediği gibi gerçekleştirmesine engel olarak yapılan faaliyetleri azaltsa da devletin gözetimi, uluslararası faaliyetlerin niteliğini arttırmaktadır⁵⁵. Bu sebeple Türkiye gibi sınırlarında çeşitli politik sorunlar yaşayan bir devlette, yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetleri üzerinde uygulanan denetim, bir seçenek değil zorunluluktur⁵⁶.

III. Yerel Yönetimlerin Uluslararası İşbirliği Çerçevesinde Kullandığı Araçlar

Ulusal mevzuatımız incelendiğinde yerel yönetimlerin uluslararası işbirliği çerçevesinde kullandığı araçlar, kurumsallaşmış bir yapı içerisinde geliştirilen işbirlikleri ve kurumsallaşmamış uluslararası işbirliği araçları olarak temelde ikiye ayrılmaktadır.

A. Kurumsallaşmış Bir Yapı İçerisinde Gerçekleştirilen İşbirlikleri

26/3/1987 tarih ve 3335 sayılı Uluslararası Nitelikteki Teşekküllerin Kurulması Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre yerel yönetimler, kazanç paylaşma amacı dışında ve kanunlarla yasaklanmamış olmak kaydıyla ekonomik ve teknik alanlarda işbirliğini geliştirmek, bu konularda bilgi, görgü ve karşılıklı teknolojilerinden yararlanmak amacıyla, uluslararası nitelikte birlik, federasyon veya benzeri teşekküller kurabilir veya kurulmuş bu gibi teşekküllerin şubelerini açabilir, yurt içinde ya da dışında dernek kurabilir, kurulan derneklere üye olabilirler.

Avrupa kıtasında yerel yönetimler, çok sık bir dernek bünyesinde örgütlen-

54 *Bulgaristan-Türkiye SÖİ Programı kapsamında, çevre alanındaki ortak projelerde, iki tarafın AB çevre mevzuatının uyumlaştırılması ve uygulanması konusunda farklı pozisyonlarda olmasından kaynaklanan sorunlar kısa süreli olarak yaşanmıştır. İki ülke arasındaki bu pozisyon farklılığı, özellikle sınır aşan sularda yürütülecek ortak çalışmalarda temel alınacak mevzuat noktasında sıkıntılara neden olmuştur. Bulgaristan tarafı bu alanda ortak proje faaliyetlerinin 2000/60/EC sayılı AB Su Çerçeve Direktifine göre uygulanmasını istemiştir. Türkiye tarafı ise, AB su yönetimi başlığı altında yer alan bu direktife karşılık gelen Türk mevzuatının bulunmaması ve uyumlaştırma sürecinin devam etmekte olması sebebiyle, böyle bir uygulamaya taraf olmak istememiştir. Söz konusu uyumsuzluk, taraflar arasında yapılan görüşmeler neticesinde Bulgaristan tarafının Türkiye'nin pozisyonunu kabul etmesi ile çözüme kavuşmuştur. Erol Ohtamış, Avrupa Birliği Sınır Ötesi İşbirliği Programları Yönetim Yapıları ve Türkiye Uygulamaları, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, 2008, s. 151-152*

55 Malo, s. 322 vd.

56 Rukiye Mehtap Dölek, *L'Union européenne et les collectivités locales turques*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Université Aix-Marseille, 2016, s. 351.

rek belirlenen amaç doğrultusunda birlikte hareket etmektedirler. Türk yerel yönetimleri de Avrupa-Asya kıtasında yer almasından ötürü Avrupa merkezli kurulan ve genel amaçlı faaliyet gösteren derneklerde yer almakta, uluslararası işbirlikleri geliştirmektedir. Bu alanda kurulan iki genel amaçlı dernek, Türk yerel yönetimleri açısından oldukça önemlidir. Bunlar, Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Komitesi ile Avrupa Bölgeler Meclisi'dir.

1951 yılında kurulan “Conseil des Communes et Régions d’Europe” yani Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Komitesi, Avrupa’da yerel otoriteler tarafından kurulan en büyük ve en eski dernektir. 42 Avrupa devletinden 130.000 yerel yönetim ve 60 yerel yönetim birliği üyesi vardır⁵⁷. Dernek, 1951’de kurulmasından bu yana, yerel özerkliğe dayalı birleşik, barışçıl ve demokratik bir Avrupa’nın inşasını desteklemektedir. Bu derneğin amacı, kardeş şehir uygulamasını Avrupa bünyesinde yerel yönetimler arasında kurup yaygınlaştırarak Avrupa halkları arasında sıkı bir işbirliği geliştirmektir⁵⁸. Türkiye Belediyeler Birliği (TBB), Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Konseyi’ne üyedir. TBB’nin Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Konseyi meclisinde 18 temsilci koltuğu bulunmaktadır.

1985 yılında kurulan Avrupa Bölgeler Meclisi (Assembly of European Regions), Avrupa merkezli kurulan ve genel amaçlı faaliyet gösteren bir diğer dernektir⁵⁹. Bu derneğin en temel amacı, üyeleri arasında işbirliğini geliştirmektedir. Türkiye’den bazı büyükşehirler ve valilikler bu derneğin üyesidir: Adana Büyükşehir Belediyesi, Antalya Büyükşehir Belediyesi, Denizli Büyükşehir Belediyesi, Edirne Valiliği, Erzurum Büyükşehir Belediyesi, Gaziantep Valiliği, İzmir Büyükşehir Belediyesi, Kayseri Büyükşehir Belediyesi, Kırşehir Valiliği, Muş Valiliği, Sakarya Büyükşehir Belediyesi.

Genel amaçlı faaliyet gösteren bu iki dernekte; üye yerel yönetimler, dünya barışının sağlanması ekseninde birlikte hareket etme kültürünü geliştirmeye yönelik faaliyet göstererek yerel yönetimlerin çıkarları ve özerkliklerini korumak, kollamak amacıyla Avrupa karar mekanizmalarını etkileme amacıyla çalışmaktadırlar.

Bu iki dernek haricinde, Avrupa’da, ekonomik ya da coğrafi sektörel amaçlarla kurulmuş sayısız dernek vardır. Türk yerel yönetimlerinin, bu tarz sektörel derneklere, üye olduğu bilgisine ulaşamamıştır.

57 Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Komitesi, https://www.ccre.org/fr/article/a_propos_du_ccre, (15.04.2020).

58 Özlü, https://sbfdergi.ankara.edu.tr/dergi/erken_gorunum/1400---Rukiye-Mehtap-Ozlu.pdf.

59 Bkz. Avrupa Bölgeler Meclisi, <https://aer.eu/>, (15.04.2020).

B. Kurumsallaşmamış Uluslararası İşbirliği Araçları

Türk yerel yönetimler hukuku, uluslararası ortaklık kurmak için iki araç öngörmektedir. Belediyelere, kardeş şehir ile ortak faaliyet ve hizmet projeleri; il özel idarelerine, sadece ortak faaliyet ve hizmet projeleri yapma yetki ve imkânı verilmektedir.

Kardeş şehir, “iki belediyenin sorunlarını beraberce çözümlemek ve zaman içinde daha yakın ve dostane ilişkiler geliştirmek için ortaklaşa hareket etmek üzere bir araya gelerek kurulan bir ilişki” olarak tanımlanmaktadır⁶⁰. Başka bir tanıma göre kardeş şehir, “yerel yönetimlerin uluslararası ortaklığı, seçtikleri alanlarda uzunca bir süre için birlikte çalışma kararı alan farklı ülkelerden iki veya daha fazla yerel yönetim arasında imzalanarak geçerlik kazanan resmi protokol”⁶¹, olarak ifade edilmektedir. Türkiye’de kardeş şehir sayıları günbegün artmaktadır. 2009 yılında 791 kardeş şehir⁶², 2012 yılında 1103 kardeş şehir⁶³, 2016 yılında 1533 kardeş şehir⁶⁴, ve son olarak 1730 kardeş şehir⁶⁵ kaydedilmiştir.

Kardeş şehir ortaklıkları, uzun süreli iken ortak hizmet ve faaliyet projeleri, belirli bir süreli işbirliğini içermekte olup bu uygulama, kardeş şehirlerin kurulmasında olduğu gibi protokole dayanmaktadır.

Ortak hizmet ve faaliyet projeleri genelde AB katılım öncesi fonlardan faydalanmak amacıyla kullanılmaktadır. Türkiye, ilk defa 2004-2006 döneminde, Bulgaristan ve Yunanistan ile ikili sınır-ötesi işbirliği programlarına katılmıştır. Yunanistan’la olan sınır-ötesi işbirliği gelişmemiştir ancak Bulgaristan’la olan işbirlikleri, 2007-2013⁶⁶ ve 2014-2020⁶⁷ dönemlerine devam etmiştir.

Sınır-ötesi ikili işbirliğinin yanında Türkiye, AB’nin Komşuluk Politikası

60 Türkiye Belediyeler Birliği, *Uluslararası Belediye İşbirlikleri ve Belediyemizin Rolü*, 2012, s. 7.

61 Sinan Özden, *Belediyeler İçin Uluslararası İşbirlikler ve Kardeş Şehir Rehberi*, Türkiye Belediyeler Birliği Yayınları, 2017.

62 Yerel diplomasi, <http://www.yereldiplomasi.gov.tr/kardes-sehirler-istatistiki-veriler/>, (07.04.2020).

63 Türkiye Belediyeler Birliği, 2012, s. 7.

64 Yerel diplomasi, <http://www.yereldiplomasi.gov.tr/kardes-sehirler-istatistiki-veriler/>, (07.04.2020).

65 Yerelde AB, *Kardeş Şehir İstatistiklerimiz (info-grafik)*, <https://www.yerdeab.org.tr/sehi-reslestirme/Yay%C4%B1nlar.aspx> (07.04.2020).

66 2007-2013 döneminde, Bulgaristan-Türkiye IPA Sınır Ötesi İşbirliği Program alanını Türkiye’de Edirne ve Kırklareli illeri, Bulgaristan’da ise Yambol, Burgaz, Hasköy idari bölgeleri oluşturmaktadır. Programın toplam bütçesi yaklaşık 32 milyon avro olup, bu tutarın 27 milyon avrosu AB katkısından, 4,8 milyon avrosu ise iki ülkenin ulusal katkısından oluşmaktadır. Bulgaristan – Türkiye Sınır Ötesi İşbirliği Programı kapsamında 26 milyon avro tutarlı 138 adet proje, 31.12.2016 tarihi itibarıyla tamamlanmıştır. <https://cbc.ab.gov.tr/sinir-otesi> (14.04.2020).

67 Detaylı bilgi için bkz. <https://cbc.ab.gov.tr/sinir-otesi> (14.04.2020).

çerçevesinde çok taraflı bir işbirliği programı olan Karadeniz Havzasında Sınır Ötesi İşbirliği Programı'na, 2007-2013 ile 2014-2020 dönemlerinde katılmıştır. Program ile Türkiye⁶⁸, Bulgaristan, Ermenistan, Gürcistan, Moldova, Romanya, Ukrayna ve Yunanistan arasında çeşitli işbirlikleri hayat bulmaktadır.

Bununla birlikte Türkiye, AB uluslararası ve bölgelerarası işbirliği programlarına resmi katılım sağlamamıştır, Türkiye'den kurum/kuruluşlar kendi mali olanakları ölçüsünde proje düzeyinde katılım sağlamışlardır⁶⁹. Geliştirilen işbirliklerinden birkaçı şöyle sıralanabilir⁷⁰:

- Hollanda Belediyeler Birliği Uluslararası İşbirliği Ajansı ile Türkiye Belediyeler Birliği'nin Haziran 2006-Kasım 2007 dönemini kapsayan programı, 8 Hollanda belediyesi ve 9 Türk belediyesi arasında oluşturulan kardeş şehir ilişkileri yoluyla 11 proje kapsamında gerçekleşmiştir. Aynı programın devamı olarak Haziran 2008-Kasım 2009 dönemini kapsayan dönemde Türk ve Hollanda belediyeleri arasında 10 proje yürütülmüştür.
- İsveç-Türk yerel yönetimleri arasında 4 yıl süreyle uygulanan program, 2006 yılında onaylanmıştır. AB sistemi ve ortak değerleri ile daha yakın ilişkiler kurmayı teşvik eden Türk-İsveç Yerel Yönetimler Ortaklığı'nın amacı, Türk yerel yönetim reformunun (2004-2005) desteklenmesi ve Türkiye Belediyeler Birliği'nin kapasitesinin geliştirilmesidir. İsveç ve Türkiye arasında bölgelerarası işbirliği çerçevesinde çeşitli ortaklıklar geliştirilmiştir⁷¹.

68 Programın alanına ülkemizden İstanbul, Tekirdağ, Edirne, Kırklareli, Kocaeli, Sakarya, Düzce, Bolu, Yalova, Zonguldak, Karabük, Bartın, Kastamonu, Çankırı, Sinop, Samsun, Tokat, Çorum, Amasya, Trabzon, Ordu, Giresun, Rize, Artvin, Gümüşhane illeri dahildir.

69 Ohtamış, s. 206.

70 Türkiye Belediyeler Birliği, *Program Teklifi Türk-İsveç Yerel Yönetimler Ortaklığı Tuselog 2011-2015*, 2011, s. 7.

71 Türkiye Belediyeler Birliği, 2011.

1. Stockholm – İstanbul, Büyükçekmece, Zeytinburnu (Marmara bölgesi): Bu çalışmaya katılan diğer belediyeler, Stockholm sınırlarındaki Nacka Belediyesi ve İstanbul Büyükşehir sınırlarındaki Adalar Belediyesi (bu iki belediye arasında kardeş şehir ilişkisi de vardır) Çevre koruma, teknik altyapı, kanalizasyon, atık ve geri dönüşüm yönetimi alanında çalışmalar yapılmıştır.

2. Umeå – Altındağ, Tepebaşı, Yıldırım, Nilüfer, Osmangazi (Merkez) Vergiler, ücretler, bütçeleme, mali takip ve gözetim, ayrıca beceri ve liderlik geliştirme

3. Kalmar – Karşıyaka, Bornova ve Manisa (Ege bölgesi) Yükseköğretim, iş sektörü ve kamu sektörü arasında işbirliği (üçlü sarmal): Sürdürülebilir turizm

4. Malmö – Antalya, Muğla ve Tarsus (Akdeniz bölgesi) Sürdürülebilir sosyal, ekonomik ve çevresel kalkınma

5. Karlstad – Gaziantep, Osmaniye, Midyat ve Şırnak (Güneydoğu Bölgesi) Kentsel planlama, arazi kullanımı ve risk yönetimi

6. Kalmar – Samsun, Amasya, Giresun ve Ordu (Karadeniz Bölgesi) Yerel ekonomik kalkınma ve büyüme, küçük ve orta ölçekli işletmelerin desteklemesi, istihdam ve turizm

7. SALAR – TBB Kurumsal gelişim.

Ayrıca kardeş şehirlerin geliştirilmesine yönelik, AB Projesi söz konusudur. Türkiye ve AB Arasında Şehir Eşleştirme Projesi (TWIN) adıyla yürütülen proje, 6 Nisan 2018 tarihinde başlamıştır. Projeyi, Türkiye Belediyeler Birliği, Vilayetler Birliği ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü koordine etmektedir⁷².

İster ortak hizmet ve faaliyet projesi ister kardeş şehir uygulaması olsun uluslararası işbirliğinin organize edilmesi için izlenmesi gereken temel adımlar vardır. İlk olarak, gerçekleştirilecek işbirliğinin amacı belirlenmelidir. Akabinde işbirliği yapılacak ortak bulunmalıdır. Ortağın belirlenen amacı gerçekleştirmede gerekli ve yeterli özellikleri taşıdığından emin olunmalıdır. Sonrasında resmi süreç başlatılmalı ve protokol imzalanarak işbirliği resmîyet kazandırılmalıdır.

Uluslararası işbirliği çerçevesinde imzalanan protokoller, uygulamaya ilişkin konuların ele alındığı metinler olarak bağlayıcıdır. Ancak kurumsal yapıdan yoksun olunması, uluslararası işbirliğinin uygulanması noktasında güçlükler yaratmaktadır. Bu zorlukların giderilmesine yönelik olarak Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından tüzel kişiliği olan kısmen yeni iki araç geliştirilmiştir.

IV. Türk Yerel Yönetimlerin Uluslararası İşbirlikleri Çerçevesinde Kullanabilecekleri Kurumsal Araçlar

Genel olarak uluslararası işbirliği projeleri sonucu oluşturulan teorik çalışmalar, uygulamaya konulurken çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır⁷³. Bu durumun ortaya çıkmasının en temel sebebi, uluslararası yerel işbirliği alanında uygulanan ulusal hukukların çeşitliliğinden kaynaklanan engelleyici bir durumun söz konusu olmasıdır.

AB üye devletleri arasında olduğu gibi AB üye ve komşu devletleri arasında gerçekleştirilen uluslararası işbirliği programlarında, ilgili ülkelerin farklı uygulama sistemlerine tabi olmaları nedeniyle çeşitli sorunlar yaşanmıştır⁷⁴. AB bünyesinde geliştirilen sınır-ötesi işbirliklerinde Türk yerel yönetimleri çok önemli sorunlarla karşılaşmaktadır. Zira Türkiye, halen aday ülke statüsünde olduğundan ilişki geliştirdiği devletten farklı mali yardım araçlarına sahip olmaktadır. Bu durum, devletlere tahsis edilen bütçelerde ciddi dengesizliklere neden olmaktadır. Ayrıca işbirliğini gerçekleştirecek tüzel kişiliğe sahip ku-

72 Türkiye ve AB üyesi ülkelerdeki yerel yönetimleri arasında kardeş şehir ilişkilerini güçlendirmeyi ve yerel yönetimlerin AB bütünleşme sürecindeki rollerini artırmayı amaçlayan 23 projeye 60.000 ile 130.000 avro arasında hibe desteği sağlanmıştır. Projenin 2020 yılında sona ermesi planlanmaktadır. https://www.ab.gov.tr/ab-bakanligi-projeleri_46008.html (14.04.2020).

73 Ohtamış, s. 27.

74 Ohtamış, s. 62.

rumsal bir yapının olmaması, işbirliği boyunca koordinasyon eksikliğine sebep olmaktadır. Örneğin Türkiye-Yunanistan sınır-ötesi işbirliği çerçevesinde ortaya çıktığı gibi çok farklı yönetim yapıları oluşturulması planlanmış ancak koordinasyon eksikliği yaşandığından ortak teknik sekreteryaya kurulamamıştır⁷⁵.

Bu eksikliklerin giderilmesi ve ortak bir yönetim anlayışının oluşması için tüzel kişiliği olan yapılar geliştirilmesi zorunluluğu doğmuştur. Böylece Avrupa Konseyi tarafından Avrupa bölgeler işbirliği grupları (Groupements Eurorégionaux de Coopération); Avrupa Birliği tarafından Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu (Groupement Européen de Coopération Territoriale) oluşturulmuştur. Bu gruplar, tüzel kişiliğe haiz olmasından ötürü, uluslararası işbirliğinin geliştirilmesine yönelik yaşanan idari sorunların giderilmesinde önemli avantajlar sağlamaktadır. Bu sebeple çalışmanın bu kısmında hem Avrupa bölgeler işbirliği grubu hem Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu genel özellikleriyle izah edilip Türk yerel yönetimlerinin bu gruplara üye olabilmeleri durumu hukuki-idari açıdan değerlendirilmektedir.

A. Türk Yerel Yönetimleri ve Avrupa Birliği Bölgesel İşbirliği Grubu

1. Avrupa Birliği Bölgesel İşbirliği Grubu

Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu, 1083/2006 sayılı Yönetmelikle ortaya çıkmıştır. AB bölgesel işbirliğinin yönetimini sağlayan Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubunun, bölgesel entegrasyon stratejisi belirleyerek projeleri uygulayıp finanse etmek için kullanılan en başarılı işbirliği aracı olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Ortaya çıkan ilk Avrupa bölgesel işbirliği grubu, Ocak 2008'de Lille-Kortrijk-Tournai Eurometropolis⁷⁷ adıyla kurulmuş olup şu anda 68 tane Avrupa bölgesel işbirliği grubu bulunmaktadır⁷⁸.

Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu, Avrupa Bölgesel Kalkınma Fonu, Avrupa Sosyal Fonu ve/veya Uyum Fonu kapsamında AB ile ortaklaşa finanse edilen programların veya her türlü Avrupa bölgesel işbirliği projelerinin uygulanmasından sorumlu olabilmektedir. Bu tür faaliyet ve projelere; ulaştırma altyapısı, sınır-ötesi hastanelerin yönetimi, sınır-ötesi kalkınma projelerinin uygulanması ve iyi uygulama örneklerinin paylaşılması örnek olarak verilebilir.

Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubunun üye yapısı ve oluşumu, yerel yö-

75 Ohtamış, s. 120-125.

76 Claude Marcori, Muriel Thoin, *La coopération transfrontalière*, La Documentation française, Paris 2011.

77 Avrupa bölgesel işbirliğinin desteklemek için birlikte çalışmaya karar veren Fransız, Valon ve Flaman belediyeler bir araya gelerek, 3,533 km² alanda faaliyet göstermek üzere kurulmuştur. Bkz. <http://fr.eurometropolis.eu> (14.04.2020).

78 Europa, <https://portal.cor.europa.eu/egtc/CoRAactivities/Pages/egtc-list.aspx> (14.04.2020).

netimlerin uluslararası işbirlikleri açısından çok önemli değişiklikler barındırmaktadır. Zira bu düzenlemeyle AB'ye üye en az bir devlette kurulmak şartıyla Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubuna, birçok düzeyde yönetsel birimin katılımına imkân verilmektedir. 1082/2006 sayılı Yönetmeliğin 3. maddesine göre bu gruba, üye devletler veya ulusal düzeydeki otoriteler, yerel yönetimler, kamu hukukuna tabi kamu kurum veya kuruluşları, genel ekonomik çıkarları işleten hizmetlerden sorumlu şirketler ayrıca üye olmayan devletler, yerel ve bölgesel yönetimler veya belirli koşulları taşıyan şirketler yanında bu kategorilerden birine veya daha fazlasına ait kuruluşlardan oluşan dernekler katılabilir. Bir diğer deyişle bu düzenleme sayesinde devlet, merkezi idarenin taşra teşkilatları, yerel ve bölgesel yönetimler, sivil toplum kuruluşları hatta şirketler, bu grup bünyesinde birleşerek uluslararası işbirliği gerçekleştirebilmektedir. Bu yönüyle bu grup, AB'nin yönetim modeli olarak inşa edip geliştirmeye çalıştığı *gouvernance multi-niveaux* yani *çok düzeyli yönetim* uygulamasının hayat bulmasını sağlamaktadır. Bunun yanında Avrupa Komisyonu, Nisan 2018 Raporunda, bu aracın katma değerini doğrulamıştır⁷⁹. Raporu göre Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu sayesinde karar verme süreci kolaylaşmakta ve paydaşların ulusal sınırlarının ötesinde ortaya koydukları hedef ve stratejileri birlikte tamamlamaları mümkün olmaktadır⁸⁰.

Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu, Avrupa Birliği tüzel kişiliğine sahip⁸¹ olup üyeleri tarafından oybirliğiyle kabul edilen bir *yönetmelikle* yönetilmektedir. Her Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubunun, üyelerinin temsilcilerinden oluşan bir meclis ve Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubunu temsil eden ve onun adına hareket eden bir müdür olmak üzere en az iki organı vardır. Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubunun yetkileri, üyelerinin yetkileri ile sınırlıdır. Ancak politika oluşturma ve düzenleme yetkisi gibi kamu gücü ayrıcalıkları, bu gruba devredilemez.

2. Türk Yerel Yönetimlerinin Avrupa Birliği Bölgesel İşbirliği Grubuna Üye Olabilmeleri Durumu

Uluslararası işbirliğinin gelişimi için çok avantajlı bir yapı sunan Avrupa bölgesel işbirliği grubuna Türk yerel yönetimlerinin üye olabilmesi durumu, bir yandan AB hukuku diğer yandan iç hukuk bağlamında irdelenmelidir.

Türkiye; AB'ye üye olmamasına rağmen 1082/2006 sayılı Yönetmelik, Türk yerel yönetimlerinin Avrupa bölgesel işbirliği grubuna katılımına izin vermek-

79 Avrupa Birliği Komisyon Raporu, COM (2018) 597 final, 17.8.2018.

80 Avrupa Birliği Komisyon Raporu, COM (2018) 597 final, 17.8.2018.

81 Nicolas Levrat, *Le Groupement européen de coopération européenne*, CDR117-2007, ETU, 2007, s. 92.

tedir. Şöyle ki 1082/2006 sayılı Yönetmeliğin 3. maddesine göre bu gruba, yerel yönetimler yanında devletler, her türlü kamu kuruluşu, şirketler ve dernekler üye olabilmektedir. AB'ye üye olmayan devletlerin bu gruba nasıl katılıp üye olacağı 1082/2006 sayılı Yönetmelikle yeterince düzenlenmemiştir. Bu eksiklik, 17/12/2013 tarih ve 1302/2013 sayılı Yönetmelikle giderilmeye çalışılmıştır. Yapılan değişikliklere göre AB'ye üye olmayan devletin ulusal mevzuatı, Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubuna katılmaya izin verirse Avrupa Komşuluk Aracı ve Katılım Öncesi Yardım Aracı ile aynı zamanda Avrupa Kalkınma Fonunun tamamlayıcı finansman olarak kullanıldığı uluslararası işbirliği alanlarında en az iki üye devletin mensubu olduğu bir Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubuna, AB'ye üye olmayan devlet ve yönetimleri, üye devletle sınırdış olması durumunda katılabilmektedir⁸². Bu düzenlemeye göre belirtilen mali ve coğrafik şartların sağlanması halinde ulusal mevzuat izin verirse Türk yerel yönetimleri, Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubuna katılabilmektedirler.

Ulusal mevzuatımız ise yerel yönetimlere, Avrupa bölgesel işbirliği grubuna üye olma yetkisi vermemektedir. Şöyle ki esasen, 3335 sayılı Uluslararası Nitelikteki Teşekküllerin Kurulması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, gerçek ya da tüzel kişilerin Türkiye'de veya yurt dışında, uluslararası nitelikte birlik, federasyon veya benzeri teşekküller kurmaları veya kurulmuş bu gibi teşekküllerin şubelerini açmaları, uluslararası faaliyette bulunmaları ya da mevcut kuruluş ve benzeri derneklere katılmaları veya bunlarla işbirliğinde bulunmalarına izin verilmektedir. Yerel yönetimler de birer kamu tüzel kişisi olduğuna göre bu yönetsel birimler de yasanın zikrettiği uluslararası örgüt, kuruluş, federasyon ya da derneğe katılabilmektedirler. Ancak 4517 sayılı Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında Sınır-ötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun ile Sözleşme'nin onaylanması uygun bulunurken özellikle söz konusu düzenlemenin sadece Türkiye'nin diplomatik ilişkisi olan devletlerin *yerel yönetimleri* ile kurulacak işbirliği bakımından geçerli olduğu belirtilmiştir. Sözü edilen hukuki düzenlemelere göre Avrupa bölgesel işbirliği grubu, sadece yerel yönetimlerden oluşan bir uluslararası örgüt olsaydı bu durumda, bu uluslararası örgüte, Türk yerel yönetimlerinin üye olmasında herhangi bir engel olmayacaktı. Fakat Avrupa bölgesel işbirliği grubunda AB üyesi devletler, her türlü kamu kurum kuruluşu sivil toplum kuruluşları hatta şirketler üye olabileceğinden mevzuat; yerel yönetimlere bu örgütleri kurma yada kurulmuşsa üye olma yetkisi ve imkânı vermemektedir. Zira yerel yönetimler sadece yabancı devlet yerel yönetimleriyle protokol imzalayabilir. Her ne kadar yerel-uluslararası işbirliğini de kapsasa

82 1302/2013 sayı ve 17.12.2013 tarihli AB Tüzüğü, JOUE no: L 347/303-20.12.2013.

Türk yerel yönetimleri, şuan ki hukuki düzenlemelere göre, Devletlerle asla protokol imzalamaz.

Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubuna Türk yerel yönetimlerin üye olabilmesi için yasal değişiklik yapılmalıdır. Bu konuda Türk idari yapısına çok benzeyen yapısıyla Fransa'daki düzenlemeler dikkate alınabilir. Nitekim üniter bir devlet olan Fransa'da durum, Türkiye'deki uygulamaya çok benzemekten Fransız Parlamentosu, 16.04.2008 tarihinde Yerel Yönetimler Genel Kanunu'nda değişiklik yaparak yerel yönetimlerinin Avrupa bölgesel işbirliği grubunda katılımının önünü açmıştır⁸³. Yerel Yönetimler Genel Kanunu L. 1115-5 maddesi şöyle ifade edilmektedir:

“Yerel yönetimler ve belediye birlikleri ile yabancı bir devlet arasında Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu kurulmasına izin verilmesi haricinde herhangi bir konvansiyon imzalanamaz. Bu kapsamda düzenlenen konvansiyonun imzalanmasından önce Bölge Valisinden ön-izin alınması gerekmektedir”. Böylece Fransız yerel yönetimleri, paydaş olarak devletlerden de oluşan uluslararası bir örgüt kurup üye olarak yasada belirlenen şart ve şekillerde onlarla konvansiyon imzalama yetkisine sahip olmuşlardır. Fakat bu düzenlemeye göre Fransız yerel yönetimlerinin Avrupa bölgeleri işbirliği gruplarına ya da herhangi başka bir isim altında kurulan uluslararası işbirliği grubuna katılma yetkisi bulunmamaktadır. Bu konudaki eksikliği gidermek için ilgili madde 2014 yılında yeniden güncellenmiştir⁸⁴. Ardından daha açıklayıcı olması amacıyla ilgili madde, 2016 yılında yeniden düzenlenmiştir⁸⁵. Maddeye göre: *“Yerel yönetimler ve birlikleri, yasayla öngörülen durumlar dahilinde Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubu, Avrupa bölgeleri işbirliği grupları ya da sınır-ötesi yerel işbirliği grubu oluşturulmasına izin vermeyi amaçlayan bir konvansiyon haricinde, yabancı bir devletle uluslararası konvansiyon imzalamaz. Bu durumda, konvansiyonun imzalanmasından önce Bölge Valisinden ön-izin alınması gerekmektedir.*

Birinci paragrafta belirtilen yasak, aşağıda belirtilen alanlarda protokollerin imzalanmasında uygulanmamaktadır:

1. Devlet tarafından onaylanmış bir uluslararası anlaşmayı, uygulamaya yönelik bir konvansiyon;

83 2008-352 sayı ve 16.04.2008 tarihli Kanun (visant à renforcer la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale par la mise en conformité du code général des collectivités territoriales avec le règlement communautaire relatif à un groupement européen de coopération territoriale).

84 2014-58 sayı ve 27.01. 2014 tarihli Kanun'un 9. maddesi.

85 2016-1657 sayı ve 05.12.2016 tarihli Kanun.

2. Fransa'nın üyesi olduğu uluslararası bir örgütün himayesinde kurulan ve bölgesel bir işbirliği programının yürütülmesi amacıyla yapılan konvansiyon;

3. Birinci paragrafta belirtilenler dışında (yerel yönetimler ve belediye birlikleri), adı ne olursa olsun sınır-ötesi, bölgesel veya ülkeler arası işbirliği grubu oluşturmaya yönelik konvansiyon oluşturabilirler. Bu gruplara üyelik için Validen ön-izin alınması gerekmektedir.”

Bu düzenleme, Türk yerel yönetimlerinin Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubuna katılmasının önünün açılması için örnek teşkil etmekte olup daha kapsamlı incelenmesi gerektiği düşünülmektedir.

B. Türk Yerel Yönetimleri ve Avrupa Bölgeleri İşbirliği Grupları

Avrupa Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasında Sınır Ötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi ile 9 Kasım 1995 (ETS No. 159) ve 5 Mayıs 1998 (ETS No. 169) tarihli protokollerin sağlamış olduğu hukuki çerçeveyi güçlendirmek amacıyla Avrupa bölgeleri işbirliği gruplarını düzenleyen Ek Protokol-3, 16.11.2009 tarihinde Utrecht'te kabul edilmiştir. Avrupa bölgesel işbirliği grubu, pratikte yaşanan tecrübelerden elde edilen çıkarım sonucu, sınır-ötesi işbirliklerinin daha kolay işleyebilmesi için öngörülmüştür. Avrupa bölgeler işbirliği grubunun amacı, halkların menfaati için, üyeleri arasında ortak yetki alanlarında ve üyelerinin ulusal hukukunda tesis edilen yetkilerle uyumlu şekilde, sınır-ötesi ve bölgelerarası işbirliğini teşvik etmek, desteklemek ve geliştirmektir⁸⁶.

Ek Protokol-3'e göre Avrupa bölgeleri işbirliği grupları, genel merkezinin bulunduğu, Avrupa Konseyi'ne üye devlet olan akit tarafın hukukuna tabi bir tüzel kişilik olarak o devletin ulusal hukukuna uygun şekilde tüzel kişilere verilen en kapsamlı hukuki ehliyete sahiptir. Bu grup, yazılı bir antlaşmayla kurulmakta ve üyeleri tarafından hazırlanan bir yönetmelikle yönetilmektedir. Bu grup, üyelerinin kendisine verdiği görevleri yerine getirmektedir. Bu görevler, üyelerin her birine kendi ulusal hukuklarınca tanınan yetkiler ile uyumlu olmalıdır.

Avrupa bölgeleri işbirliği grupları, Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grupları kadar rağbet görmemektedir. Zira AB bölgesel işbirliği gruplarının yapısı, AB mali desteklerinden faydalanmaya imkân vermekte ve AB Yönetmeliği tarafından düzenlendiğinden üye devletlerde uygulama teklifi oluşturmaktadır.

Yerel yönetimlerin uluslararası işbirliklerini kurumsal bir yapı içerisinde gerçekleştirmeye imkân verdiği için Türk yerel yönetimlerinin Avrupa bölgeleri işbirliği gruplarına üye olabilmeleri durumu incelenmelidir. Türkiye, sa-

86 Ek Protokol-3, madde 1-2.

dece Madrid Çerçeve Sözleşmesi'ni imzalamış, ek Protokolleri imzalamamış olmasına rağmen Ek Protokol-3, Türk yerel yönetimlerine Avrupa bölgeleri işbirliği gruplarına üye olma imkânı vermektedir. Ek Protokol-3'ün 3.1. maddesine göre Avrupa bölgeleri işbirliği gruplarının üyeleri, bir akit tarafın yerel yönetimleridir ve ayrıca bu gruplara, Avrupa Konseyi üye devletleri de üye olabilmektedir. Bununla birlikte kamu yararını karşılamak amacıyla kurulan, sınai veya ticari nitelikte olmayan tüm tüzel kişiler üye olabilirler ancak gerçek kişiler asla üye olamazlar. Ek Protokol-3'ün 3.2. maddesinde “Avrupa bölgeleri işbirliği gruplarının genel merkezinin yer aldığı veya alacağı devlet olan akit taraf ile sınırdaş olan, bu Protokole taraf olmayan bir devletin yönetimleri, eğer, bu Protokol hükümlerine hâle getirmeksizin bu iki devlet arasındaki bir anlaşma izin veriyorsa, Avrupa bölgeleri işbirliği gruplarının kurulmasında yer alabilir veya kurulmuş ise katılabilir”, ifadesine yer verilmektedir. Bu düzenlemeye göre Türkiye bu Protokole taraf olmasa da Protokolü imzalayıp onaylayan ve Avrupa bölgeleri işbirliği grubunun kurulduğu ya da kurulacağı komşu devletle sınırdaş olması halinde Türk yerel yönetimleri, kurulan ya da kurulacak bu örgüte üye olabilmektedir. Çalışmanın kaleme alındığı anda Protokol, Türkiye'nin deniz sınır komşusu olan Ukrayna ve Rusya tarafından imzalanıp onaylandığından⁸⁷ ancak bu devletlerin yerel yönetimleriyle Avrupa bölgeleri işbirliği grupları kurulmasında ya da kurulmuşsa üye olunmasında Protokol hükümleri açısından sakınca yoktur.

“Türk Yerel Yönetimlerinin Avrupa Birliği Bölgesel İşbirliği Grubuna Üye Olabilmeleri Durumu” başlığında ifade edildiği üzere ulusal mevzuatımız; yerel yönetimlerin sadece yabancı devlet yerel yönetimleriyle ortaklık kurmalarına yetki ve izin vermektedir, Türk yerel yönetimleri, yabancı devletlerle protokol imzalayamaz ve işbirlikleri geliştiremezler⁸⁸. Avrupa bölgeleri işbirliği gruplarına yerel yönetimlerin üye olabilmesi için yasal değişikliğin yapılması gerekmektedir. Bu konuda Türk idari yapısına çok benzeyen yapısı sebebiyle Fransa'daki düzenlemelerin dikkate alınabileceği düşünülmektedir⁸⁹.

Sonuç

Uluslararası alanda yaşanan gelişmeler ve Türkiye'nin AB'ye üyelik perspektifi, yerel yönetimlerin uluslararası faaliyetlere ilgisini arttırmaktadır. Yerel yönetimler, ulusal dış politikaya aykırı olmamak şartıyla görev alanlarıyla ilgili

87 Avrupa Konseyi, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/> /conventions/treaty/206/signatures?p_auth=jftSuoUn (14.04.2020).

88 Bknz başlık: Türk Yerel Yönetimlerinin Avrupa Birliği Bölgesel İşbirliği Grubuna Üye Olabilmeleri Durumu.

89 Bknz başlık: Türk Yerel Yönetimlerinin Avrupa Birliği Bölgesel İşbirliği Grubuna Üye Olabilmeleri Durumu.

konularda uluslararası işbirliği geliştirmektedir. Bu yönüyle yerel yönetimlerin uluslararası işbirlikleri, bu yönetsel birimlerin özel bir yetkisi değildir ve fakat ulusal mevzuatla kendilerine verilen yerel yetkilerini kullanabilecekleri özel bir yöntemdir. Uluslararası yerel-ortaklıklar, yerel yönetimlerin coğrafik kısıtlılıklardan kurtulmalarını sağlamaktadır, yetki alanını genişletmemektedir. Bu kapsamda bir yandan ulusal mevzuatla kendilerine verilen yetkiler diğer yandan kamu yararı amacı, bu yönetsel birimlere faaliyetlerinde hem yol gösterici hem de kısıtlayıcı olmaktadır.

Bununla birlikte yerel yönetimlerin uluslararası işbirliklerinde devletin üstendiği merkezi rol önemlidir. Devlet, yerel yönetimlerin uluslararası işbirliklerinin çerçevesini çizmekte ve yerel yönetimler üzerinde hukuki-politik denetim yapmaktadır. Devletin üstlendiği denetim görevi aynı zamanda gözetim görevini kapsamaktadır.

Yerel yönetim hukukuna göre görev alanıyla ilgili konularda gerçekleşmesi gereken uluslararası işbirlikleri, ya uluslararası bir örgüte kurucu üye olmak veya üye olarak katılmak suretiyle ya da ortak faaliyet ve hizmet projesi ile kardeş şehir ilişkileri geliştirerek kurulmaktadır. Bu alanda yapılan her türlü işbirliği, yabancı devlet yerel yönetimleriyle imzalanan bir protokole dayanmaktadır.

AB üye devletleriyle yaşanan tecrübeler, uluslararası işbirliğinin başlangıcında tesis edildiği belirtilen ortaklık anlayışının zaman zaman uygulamaya yansıtılmadığını göstermektedir. Bu durumun birçok sebebi vardır. Bunlar temelde, programın iki ülke için farklı dönemleri kapsamaması, iki ülkeye tahsis edilen bütçelerde ciddi dengesizlik olması, her iki ülkenin farklı mali yardım araçlarına tabi olması olarak sıralanmaktadır. Ayrıca uluslararası ortaklıklarda yönetimler arasında, kurumsal yapılanmada yaşanan sorunlar sebebiyle koordinasyon eksikliği olmaktadır. Belirtilen eksiklik ve olumsuzluklar AB karar mekanizması tarafından fark edilip çözüm formülü olarak Avrupa Birliği bölgesel işbirliği grubunu düzenleyen 1082/2006 sayılı Yönetmelik 2006 yılında yürürlüğe girmiştir. Böylece uluslararası işbirliğini gerçekleştirmek için ilgili AB Yönetmeliğiyle yönetilen bir tüzel kişilik oluşturulmuş, yaşanan kurumsal-mali sorunlar çözülmek istenmiştir. Aynı gerekçe ve amaçla Avrupa Konseyi, tüzel kişiliği olan Avrupa bölgeleri işbirliği gruplarını düzenlediği Ek Protokol-3'ü, hazırlamıştır.

Türkiye hem Avrupa Birliği'ne üye değildir hem de Avrupa Konseyi'nin hazırladığı Ek Protokole- 3'e taraf değildir. Buna rağmen bu iki aracı düzenleyen hukuki metinler, belirli şartlar altında Türk yerel yönetimlerinin bu araçlara, katılmalarına ve üye olmalarına imkân vermektedir. Ancak bu iki işbirliği

aracına, yerel yönetim ve birlikleri haricinde devletler, her çeşit kamu kurumu, sivil toplum kuruluşları da üye olabildiğinden Türk yerel yönetimlerince kullanımı şu anki hukuki düzenlemelere göre mümkün değildir. İlgili hukuki düzenlemelerde değişiklik yapılması gerekmektedir. Bu konuda Türkiye gibi üniter yapıya sahip olan Fransa'daki hukuki düzenlemeler, değerlendirilmeye alınabilir. Yerel yönetim hukukunda reform olarak nitelendirilebilecek bir değişikliğe gidilerek yerel yönetimlerin bu araçlara erişimini sağlamak, uluslararası işbirliğinin gelişmesinde kuşkusuz bir potansiyel yaratacaktır ancak gerçek etkisini tahmin etmek, şimdilik neredeyse imkânsızdır.

KAYNAKLAR

- Akbay, Cem Afşin, *Avrupa Yerel Topuluklar veya Yönetimler Arasında Sınırötesi İşbirliği Çerçeve Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, 2010.
- Anayasa Mahkemesi, 13.5.2015, E. 2015/34, K. 2015/48, RG.23.5.2015/29364.
- Anayasa Mahkemesi, 11.9.2014, E. 2014/72, K. 2014/141, RG.10.1.2015/29232.
- Anayasa Mahkemesi, 18.7.2012, E. 2011/126, K. 2012/110, RG.25.05.2013/28657.
- Anayasa Mahkemesi, 07.07.1994, E. 1994/49, K. 1994/45-2, RG.10.09.1994/22047.
- Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Komitesi, https://www.ccre.org/fr/article/a_propos_du_ccre, (15.04.2020).
- Avrupa Birliği Komisyon Raporu, COM (2018)597 final, 17.8.2018.
- Avrupa Bölgeler Meclisi; <https://aer.eu/>, (15.04.2020).
- Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Komitesi, Bölgesel Dayanışma Üzerine 226 (1991) sayılı Tavsiye Kararı.
- Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Komitesi, Yerel Yönetimlerin Dış İlişkileri Üzerine 227 (1991) sayılı Tavsiye Kararı.
- Autexier, Christian, “L’action extérieure des collectivités locales françaises dans le cadre européen”, Ed. Benoît, François-Paul, *Collectivités locales (Encyclopédie Dalloz)*, fasc. 4408-18, Paris, 1996, s. 6-50.
- Bafail, François; Gorak-Giquel, Burcu, “Les coopérations transfrontalières à l’épreuve de l’Union européenne. Une comparaison Europe central-Turquie”, *Les études du CERI*, Sayı 156, 2009.
- Baş, Cemal, “Yerel Diplomasi”, *Türkiye Belediyeler Birliği Dergisi*, Sayı 827-828, Mart-Nisan 2017, s. 32-33.
- Cabanes, Arnaud; Robbes, Alexia, “La coopération décentralisée: comment s’extraire des contingences de l’intérêt public local?”, *Actualité juridique droit administratif*, 2005, s. 593-602.
- Çalıştay Raporu, *Türkiye ve AB Arasında Şehir Eşleştirme Projesi, Şehir Eşleştirme Konulu Tematik Çalıştaylar*, 27-28 Ağustos 2019 – Ankara ve 18-19 Eylül 2019 – Çanakkale, 2019.
- Carré De Malberg, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l’Etat*, CNRS, 1985.
- D’argent, Pierre, “La nature juridique des partenaires à la coopération transfrontalière”, Ed. Yves Lejeune, *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d’Etats distincts. Les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Bruylant, Bruxelles, 2005, s. 77-94.
- Decaux, Emmanuel, “La convention cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales”, *RGDIP*, 1984, s. 557-620.

- Dolez, Bernard, “Le régime juridique de la coopération décentralisée après l’adoption de la loi d’orientation pour l’aménagement et le développement du territoire”, *RFDA*, 1995, s. 936-945.
- Dölek, Rukiye Mehtap, *L’Union européenne et les collectivités locales turques*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Université Aix-Marseille, 2016.
- Europa, <https://portal.cor.europa.eu/egtc/CoRAactivities/Pages/egtc-list.aspx>, (14.04.2020).
- Fransız Anayasa Konseyi, 19.07.1983, no. 83-160, *Loi portant approbation d’une convention fiscale avec le territoire d’outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *JORF*, 21.07.1983.
- Fransız Danıştay Raporu, “Le cadre juridique de l’action extérieure des collectivités locales?”, *Documentation Française*, Haziran 2006.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011.
- Gueguen, Romaric, *L’action internationale des collectivités territoriales français dans le cadre de l’état unitaire*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2015.
- Levrat, Nicolas, *Le Groupement européen de coopération européen*, CDR117-2007, ETU, 2007.
- Levrat, Nicoles, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontalière entre collectivités publiques infra étatiques*, PUF, Paris, 1994.
- Locatelli, Rinaldo, “La décentralisation de la coopération transfrontalière en Europe”, *Pouvoirs*, no.19, 1981, s. 59-66.
- Madrid Çerçeve Sözleşmesi, Yerel Topluluklar veya Yönetimler Arasındaki Sınırötesi İşbirliği.
- Madrid Sözleşmesi Ek Protokol-1, ETS 159, 1995.
- Madrid Sözleşmesi Ek Protokol-2, ETS 169,1998.
- Madrid Sözleşmesi Ek Protokol-3, ETS-206, 2009.
- Malo, Laurent, *Autonomie locale et Union européenne*, Bruylant, Bruxelles 2010.
- Marcori, Claude ; Thoin, Muriel, *La coopération transfrontalière*, La Documentation française, Paris, 2011.
- Noureau, Aurélie, *L’Union européenne et les collectivités locales*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Université de La Rochelle, 2011.
- Erol Ohtamış, *Avrupa Birliği Sınır Ötesi İşbirliği Programları Yönetim Yapıları ve Türkiye Uygulamaları*, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, 2008.
- Özden, Sinan, *Belediyeler İçin Uluslararası İşbirlikler ve Kardeş Şehir Rehberi*, Türkiye Belediyeler Birliği Yayınları, 2017.
- Özlü, Rukiye Mehtap, “Bölgesel ve Yerel Yönetimlerin Avrupa Birliği Karar Mekanizmasına Gayri Resmi Yollardan Katılımı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, https://sbfdergi.ankara.edu.tr/dergi/erken_gorunum/1400---Rukiye-Mehtap-Ozlu.pdf, 2020.

- Page, Jeanne, *Du partage des compétences au partage de la souveraineté: des territoriales d'outre-mer aux "pays d'outre-mer"*, PUAM, 2001.
- Yaylı, Hasan; Gönültaş, Yasin Can, "Uluslararasılaşan Yerel Yönetimler: Yerel Dış Politika (Paradiplomasi) Kavramına Teorik Bir Bakış", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 2018, s. 271-288.
- Yerel Diplomasi, <http://www.yereldiplomasi.gov.tr/kardes-sehirler-istatistiki-veriler/>, (07.04.2020).
- Yerelde AB, *Kardeş Şehir İstatistiklerimiz (info-grafik)* <https://www.yereldeab.org.tr/sehireslestirme/Yay%C4%B1nlar.aspx>, (07.04.2020).
- Tambou, Olivia, "Les contrôles des acteurs locaux de la coopération transfrontalière", Ed. Comte, Henri; Levrat, Nicolas, *Aux coutures de l'Europe*, L'Harmattan, 2006, s. 315-334.
- Tambou, Olivia, "Le traité de Bayonne: un succès relatif pour le développement de la coopération transfrontalière à l'échelle de la frontière franco-espagnole", *Revue belge de droit international*, Cilt 98, Sayı 2, s. 538-598.
- Türkiye Belediyeler Birliği, *Program Teklifi Türk-İsveç Yerel Yönetimler Ortaklığı Tuselog 2011-2015*, 2011.
- Türkiye Belediyeler Birliği, *Uluslararası Belediye İşbirlikleri ve Belediyemizin Rolü*, 2012.
- 724/75 sayılı ve 18.03.1975 tarihli AB Tüzüğü, JOCE no: L 73/2-21.03.1975.
- 1083/2006 sayılı ve 11.07.2006 tarihli AB Tüzüğü, JOUE no: L.210-31.07.2006.
- 1302/2013 sayı ve 17.12.2013 tarihli AB Tüzüğü, JOUE no: L 347/303-20.12.2013.

Sosyal Medya Adları ve Türk Medeni Kanunu m. 26 Kapsamında Sosyal Medya Adlarının Korunması*

Social Media Names and Protection of Social Media Names under Turkish Civil Code Art. 26

Buğra Kaan ÇAKIROĞLU**

ÖZ

Sosyal medya mecralarında kullanılan tüm adları, sosyal medya adları olarak ifade etmek gerekir. Bu adların içerisine, “web 2.0” teknolojisi içinde yer alan ve kişileri tanımlayan tüm işaretler girer. Bu kapsamda domain adları, internet alan adları veya herhangi bir sosyal medya uygulamasındaki kullanıcı adı örnek olarak gösterilebilir. Kişiler tarafından sosyal medyada kullanılan adlar, bireyin sahip olduğu ad gibi, onu diğer sosyal medya kullanıcılarından ayırabilir, diğer kullanıcılarla etkileşime geçmesini sağlayabilir. Bu özelliği ile sosyal medya adlarının da Türk Medeni Kanunu (TMK) madde (m.) 26 kapsamındaki korumadan yararlanabilmesi gerekir. Fakat sosyal medya adları her zaman, kişiyi bireyselleştirme ve tanıtma fonksiyonunu ihtiva etmez. Bu farklılığa sebep olan durum, sosyal medya uygulamalarındaki farklılıktan veya kişinin adını belirlemesindeki farklılıktan meydana gelebilir. Sonuçta sosyal medya adlarının bireyi tanıtma ve diğer bireylerden ayırma işlevi sağlanmadıkça TMK m. 26 ve kişiliği koruyan diğer hükümlerden yararlanmak mümkün olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ad, adın korunması, sosyal medya, sosyal medya adları, kullanıcı adları, takma adlar, sosyal medya adlarının korunması.

ABSTRACT

All names used in social media applications should be expressed as social media names. All signs in “web 2.0” technology and identifying people are included in these names. In this context, domain names, internet domain names, or user name in

* Makale gönderim tarihi: 08.05.2020. Makale kabul tarihi: 13.05.2020. Buğra Kaan Çakiroğlu, “Sosyal Medya Adları ve Türk Medeni Kanunu m. 26 Kapsamında Sosyal Medya Adlarının Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 191-214; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.01.01>.

** Ar. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dah. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, bkcakiroglu@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-3323-3233>.

any social media application can be shown as examples. The names used by people on social media, like the name that the individual has, can separate it from other social media users and enable it to interact with other users. With this feature, social media names can also be able to benefit from the protection within the scope of Article (Art.) 26 of the Turkish Civil Code (TCC). But social media names do not always include individualization and identification of the person. The situation that causes this difference may be due to the difference in social media applications or the difference in determining the person's name. As a result, unless the function of identifying the individual and distinguishing other individuals, TCC Art. 26 and other provisions protecting the personality will not apply for social media names.

Keywords: Name, protection of name, social media, social media names, username, nicknames, protection of social media names.

Giriş

Bilindiği üzere ad, bireyin toplumda tanınmasını sağlayan, onu diğer bireylerden ayırmayı sağlayan bir araçtır. Kişilik haklarının korunmasını düzenleyen 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), adın korunmasına ayrı bir önem atfetmiş ve madde (m.) 26 hükmünde adın korunmasını ayrıca düzenlemiştir.

Buna karşın sosyal medyada kullanılan isimler bakımından mevzuatımızda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kişiler tarafından sosyal medyada kullanılan kullanıcı adları, bireyin sahip olduğu ad gibi, onu diğer sosyal medya kullanıcılarından ayırabilir, diğer kullanıcılarla etkileşime geçmesini sağlayabilir ve onun tanınmasını sağlayan bir araç olarak kullanılabilir. Zira teknolojinin hızla gelişmesi dolayısıyla sosyal medyanın artık evimizdeki televizyondan elimizdeki cep telefonlarına kadar girmesi, sosyal medya kullanıcı adlarının önemi artırmış ve bunların korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu doğrultuda, çalışmamızda bu ihtiyacın TMK m. 26 hükmünde yer alan adın korunması hükümleri ile karşılanıp karşılanamayacağı tartışılacaktır. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve bütünlüğün sağlanabilmesi açısından ilk olarak TMK kapsamında ad kavramı ve adın korunması hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

I. Ad Kavramı

En önemli kişilik haklarından¹ olan ad², bireylerin topluma içinde tanınmasını³ sağlayan, onu diğer kişilerden ayırma işlevine sahiptir⁴. Bu doğrultuda belirtilmesi gereken en önemli husus ise TMK'nın kişiyi ayırt etmeye yarayan tüm işaretleri koruduğudur⁵. Kişilik hakkı niteliği itibarıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan⁶ miras yoluyla geçmez, temlik edilemez ve bu hakkın

- 1 Ad üzerindeki hakkın hukuki niteliği doktrinde çokça tartışılmış ve bugün hakim olan görüşe göre kişinin adı üzerindeki hakkı bir kişilik hakkıdır. Nitelik ad üzerindeki hak, hukuken korunan kişisel değerlerdendir. Bu durumda TMK m. 26 hükmünde düzenlenmiş olmasaydı dahi ad, TMK m. 24 hükmüne korunabilirdi. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, Cilt 2, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 165.
- 2 Adın bir kişilik hakkı olduğuna ilişkin olarak bkz. Doruk Gönen, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 61; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, s. 42, 74, (Koruyucu Davalar); Beyza Aka, "Sosyal Medyada Kişilik Hakkı İhlalleri ve Hukuki Korunma Yolları", *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı: 2, 2017, s. 244; Mine Kaya, "Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 68, Sayı: 4, 2010, s. 279, 282, (Kişilik Haklarının Korunması); Aytekin Ataay, *Şahıslar Hukuku: Giriş, Hakiki Şahıslar*, Cilt 1, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 166; Hayrunnisa Özdemir, "Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 563; Mustafa Dural, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 164; Başlarda Fransız hukukunda adın mülkiyet hakkı olduğunun kabul edilmesine karşın, sonraları bu görüş terk edilerek adın bir kişilik hakkı olduğu düşünülmeye başlanmıştır. bkz. Özdemir, s. 583; Eda Sarp, "İsim Hakkı ve İsmi Korunması", *Bursa Barosu Dergisi*, Sayı: 93, 2013, s. 65 vd.; Sinan Sami Akkurt, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 47. Adın insanlar tarafından kişiye verilmiş bir çağırma ifadesi olduğuna ilişkin olarak bkz. Sarp, s. 59; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 114; Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, 8. Bası, Seçkin, Ankara, 2016, s. 141; Dural, Ögüz, s. 165.
- 3 Adın kişiyi tanıtmaya ve belirtmeye işlevine sahip olmasına ilişkin olarak ve adın diğer görevlerine ilişkin olarak bkz. Dural, s. 166.
- 4 Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 135, (Gerçek Kişiler); Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Cilt 1, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 418; Özdemir, s. 563; Dural, s. 164, 166; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 114; Sarp, s. 59; Dural, Ögüz, s. 165.
- 5 Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 135.
- 6 Yargıtay (Yarg.) Hukuk Genel Kurulu (HGK.), 2010/18-135 Esas (E.), 2010/136 Karar (K.), 10.03.2010 Tarih (T.), (28.11.2019), www.kazanci.com: "Özel hukuk açısından ad, kişiyi tanıtan ve onu diğer bireylerden ayırmaya yarayan bir kavramdır. Kendine özgü kişiliği ve özvarlığı olan her birey, başkalarından adıyla ayırt edilir, toplum ve ailesi içinde bununla yer alır. Onun içindir ki her kişinin bir adının olması ve adının nüfus siciline yazılması yasayla zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluk aynı zamanda kişinin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir öğesini oluşturan adını özgürce seçmesi ve onunla tanınması için kendisine tanınmış bir temel kişilik hakkıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış olan adın, kişilik hakları içerisinde taşıdığı önemi göz önünde bulunduran 4721 sayılı Türk Medeni Yasasında kişiliği korumaya ilişkin hükümlerle yetinilmeyip (m. 23-25), onu ayrıca düzenlemek yoluna gidilmiştir (m. 26-27). Buna göre anılan yasanın 27. maddesi hükmü uyarınca adın değiştirilmesi, ancak haklı nedenlere dayanılarak hakimden istenebilir ise de kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ad üzerindeki bu hakkı, kişinin kendisinden başkası kullanamaz."; Yarg. 18. Hukuk Dairesi (HD.), 2006/8146 E., 2006/7672 K., 12.10.2006 T., (28.11.2019), www.kazanci.com: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altı-

uzun süre kullanılmaması, adın kaybına yol açmaz⁷.

TMK'da terim olarak, 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nden (eMK) farklı bir şekilde "isim" kavramı yerine "ad" kavramını kullanmıştır. Nitekim "ad" kavramı daha önce 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nda (SK) da kullanılmaktaydı.

Gerçek ve tüzel kişilerin⁸ toplumda diğer bireylerden kendilerini ayırmak, kendilerini tanıtmak için onları bireyselleştirmeye yarayan araçlara ihtiyacı vardır⁹. Gerçek kişiler bu ihtiyacı adları ve soyadları ile karşılamaktadır¹⁰. İfade etmek gerekir ki gerçek kişilerin, toplumun en temel yapı taşı olan aile içerisinde tanınmasını sağlama fonksiyonu genellikle ad sayesinde olmaktadır. Zira aynı soyadını taşıyan kişiler arasında bireysellik fonksiyonunu ihtiva edecek unsur yine ad olacaktır¹¹. Fakat soyadının da bireylerin ayırt edilmesine ve onun tanıtılmasına yarayan bir kelime olduğunu açıkça ifade etmek gerekir. Ancak tüzel kişiler bakımından düşünüldüğünde soyadının bu ihtiyacın karşılanmasında fayda sağlayamayacağını ifade etmek gerekir.

II. Ad Türleri

Doktrinde adın türlerine ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Buna göre, kullanımı zorunlu veya zorunlu olmayan adlar¹², dar ve geniş anlamda ad¹³ ve benzerleri (vb.) gibi ayrımlar mevcuttur. Biz de adın türleri bakımından dar ve geniş anlamda ad şeklinde bir ayrımı tercih edip; çalışmamızda bu ayrımı esas alarak açıklamalarda bulunacağız.

na alınmış olan adın, kişilik hakları içerisinde taşıdığı önemi gözönünde bulunduran 4721 Sayılı Türk Medeni Yasasında kişiliği korumaya ilişkin hükümlerle yetinilmeyip (m. 23-25) , onu ayrıca düzenlemek yoluna gidilmiştir (m. 26-27) . Buna göre anılan Yasanın 27. maddesi hükmü uyarınca adın değiştirilmesi, ancak haklı nedenlere dayanılarak hakimden istenebilir ise de kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ad üzerindeki bu hakkı, kişinin kendisinden başkası kullanamaz. O halde somut olayda, yaşamı süresince nüfus kütüğünde yazılı (Öncüöncün) soyadını taşıyıp bu soyadla öldüğü anlaşılan kişinin murisin soyadının değiştirilmesi istemiyle davacılar (mirasçılar ana ve oğulları) tarafından açılan davanın aktif husumet ehliyeti yokluğundan reddi gerekirken, mahkemece işin esasına girilerek istem gibi hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı görülmüştür."

- 7 Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 36. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 295; Akkurt, s. 47; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 114.
- 8 Ad üzerindeki hakkın gerçek kişiler kadar tüzel kişilere de tanındığına ilişkin olarak bkz. Helvacı, *Gerçek Kişiler*, s. 136; Sarp, 59; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 115; Ayan, Ayan, s. 141.
- 9 Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 418; Akkurt, s. 47.
- 10 Akkurt, s. 47; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 418.
- 11 Soyadının, aynı aile bireylerini, diğer aile bireylerden ayırmaya yarayan bir ad olduğu yönündeki tanım için bkz. Dural, Ögüz, s. 166
- 12 Dural, s. 164 vd; Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 59; Dural, Ögüz, s. 165.
- 13 Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 419 vd.

A. Dar Anlamda Ad

Dar anlamda ad olarak tanımlanan ad, hukuk düzenince tanınan kişilerin sahip olduğu gerçek addir¹⁴. Bu tanımlama kapsamında adın iki unsurdan oluştuğunu belirtmek gerekir. Bunlar kişinin sahip olduğu öz ad¹⁵ ve soyadıdır. Kişinin sahip olduğu öz ad ve soyadı ise hem kanunda gerçek kişiler için esas alınan, hem de alınması zorunlu olan adlardır. Gerçekten de SK m. 1 ve 2 hükümlerinde de dar anlamda adı oluşturan öz ad ve soyadının kullanılmasını zorunlu kılmıştır.

Soyadı, bir kişinin baba tarafından bağlı olduğu ailenin¹⁶ nesilden nesile geçen adıdır¹⁷. Bu tanım kapsamında değerlendirildiğinde, bir ailenin fertlerini birbirine bağlayan¹⁸, onun soybağının nereden geldiğini tanımlayan bir kelimedir¹⁹.

Kişinin dar anlamda adı, kişiyi toplum içerisinde bireyselleştirir. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere soyadı bu fonksiyonu tek başına ihtiva edemeyecektir²⁰. Çünkü soyadı yalnızca kişiyi, aynı ailelerden olmayanlar için ayırmaya yarayabilecek bir kelimedir. Bu sebeple herkesin SK'ya göre, soyadı yanında ad alması zorunlu tutulmuştur.

B. Geniş Anlamda Ad

Geniş anlamda ad ise, dar anlamda addan farklı olarak kişileri belirtmeye yarayan ve hukuken korunan tanıtım kelimelerinin tümünü ifade eder²¹. Geniş anlamda ad kavramı kişinin toplum ve diğer bireylerden kendini ayırdığı, kendini tanıtmaya yarayan araçlardandır. Dolayısıyla kişinin toplumdan kendisini ayırdığı ve kendisini tanıtmaya yarayan her ad bu kapsam içerisine girebilir²². Bu sebeple geniş anlamda ad kapsamına girebilecek adları sayı ile sınırlamak mümkün değildir. Nitekim kişilik hakları olarak ifade ettiğimiz adı yalnızca dar anlamda ad olarak değerlendirmek mümkün değildir²³.

14 Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 419.

15 Bilimsel eserlerde bu kelime yer yer ön ad şeklinde de kullanılmaktadır. bkz. Akkurt, s. 47.

16 Kadının evlenmesi durumunda soyadının değişmesi hali bu durumun bir istisnasını teşkil etmektedir.

17 Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 419; Öztan, s. 295; Dural, s. 165; Oğuzman, Selici, Oktay-Özdemir, s. 115; Ayan, Ayan, s. 141.

18 Öztan, s. 295.

19 Soyadının özellikle evli kadınlar ve çocuklar bakımından bir statü belirttiğine ilişkin olarak bkz. Özdemir, s. 565.

20 Ad bir kişinin kendisini dış dünyaya tanıtmada kullandığı bir araçtır. Bu niteliği ile ad, bireyin kendi soyadını taşıyan kişilerden ayırt edilmesini sağlayan, manevi bütünlüğe ilişkin bir kişilik değeridir. Bu yöndeki görüşler için bkz. Akkurt, s. 47 vd.

21 Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 420.

22 İnternet alanında kullanılan ve diğer sunuculardan ayrılan adreslerde adın kapsamı dahilindedirler. Bu görüş için bkz. Özdemir, s. 564; Sarp, s. 59.

23 Aka, s. 245.

1. Müstear Ad (Mahlas)

Bir kişinin, gerçek adını kullanmak yerine çeşitli sebeplerle kendisine takmış olduğu addır²⁴. Bu ad kişi tarafından serbestçe seçilebilir²⁵. Nitekim sanatçılar, yazarlar vb. gibi sanat eserleri icra eden kişiler meydana getirdikleri eserlerin altına öz adlarından başka adlarla imza atabilirler²⁶. Bu halde kişiler öz adları yerine müstear adlarını kullanır. Ancak müstear adda, öz ad ve soyadı gibi kişiyi tanımlar, bireyselleştirir ve diğer kişilerden ayırma fonksiyonunu tesis eder²⁷. Belirtmek gerekir ki mahlas, yani müstear ad, TMK'da düzenlenmemiştir²⁸. Buna karşın 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 11, müstear ad bakımından da düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, *“yayımlanmış eser nüshalarında veya bir güzel sanat eserinin ashında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır.”*

Bu tür adları genellikle sanatçılar, yazarlar ve çeşitli sanat faaliyetlerinde gerçek adlarını gizlemek için kullanırlar²⁹. Nitekim bazı kişiler, meslekleri, toplumda buldukları konumları sebebiyle isimlerinin yaptıkları çalışmalarda veya işlerde anılmasından çekince duyabilir. Dolayısıyla bu kişiler kendilerine ait olan ve toplumda tanınmalarını sağlayacak isimlerini değil de kendilerine takmış oldukları mahlas ile sonucunun nereye varacağına dair çekincelerinin ortadan kalkması sayesinde yaptıkları çalışmalarını toplumun önüne serebilirler.

Gerçekten de müstear ad kullanımı çok eski zamanlardan beri yaygın konumdadır. Buna örnek olarak Peyami Safa'nın polisiye romanları için kullandığı Server Bedi mahlası, Kanuni Sultan Süleyman'ın kullandığı Muhibbi mahlası gösterilebilir. Bazen de kişilerin mahlas kullanmalarının sebebi gerçek kişiliklerini tanımlayan adlarını gizlemek değil de kullandıkları mahlas sayesinde toplumun hafızasında kalıcı olabilmektir.

24 Öztan, s. 297; Dural, s. 165; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 420; Akkurt, s. 50; Ayan, Ayan, s. 141.

25 Bazı meslekler bakımından, bu kişilerin meslekleri ile ilgili müstear adın alınmaması gerektiği ve buna ilişkin bir sınırlama getirilmesi gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1979, s. 188. Yine tanınmış bir kişinin isminin müstear ad olarak kullanılmayacağına ilişkin olarak bkz. Sarp, s. 65.

26 Ataay, s. 162; Özdemir, s. 567.

27 Adın ayırma fonksiyonuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Özdemir, s. 564; bkz. s. 2.

28 Müstear adın TMK'da düzenlenmemiş olmasına karşın; kişi genellikle bu ad ile tanınıyorsa TMK m. 26 kapsamında korumadan yararlanabilecektir. bkz. Dural, Ögüz, s. 166

29 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 116; Dural, Ögüz, s. 166; Ataay, s. 162.

2. Lakap

Lakap, bir kişiye başkaları tarafından bir ayırt edici özelliği kullanılarak takılan addır³⁰. Bu ad başkaları tarafından kişinin belirgin özelliklerine göre belirli bir çevrede takılır ve kişi bu lakabı sayesinde anılır, ayırt edilir³¹. Dolayısıyla kişinin toplum içerisinde bireyselleşme fonksiyonu bu ad türünde de sağlanır. Ancak lakap kişi tarafından yalnızca kendisine o ismi takan kişiler çevrelerce kullanılacağından bu fonksiyon bazı çevrelerle sınırlı olarak sağlanır. Bir başka kimseler tarafından kişiye takılan ad yani lakap bu özelliği ile de müstear addan farklıdır.

3. Sosyal Medya Adları (Nicknames)

Gelişen teknoloji ve iletişimin hızlanması sebebiyle günümüz toplumunun sosyalleşme ihtiyacının giderildiği en büyük araç sosyal medya olmuştur. Buna rağmen sosyal medyaya ilişkin net bir tanım yapılamamakta, çeşitli perspektiflerden farklı tanımlarla sosyal medya kavramı açıklanmaya çalışılmaktadır³². *Kaplan/Haenlein* sosyal medyayı web 2.0 teknolojisinin ideolojik ve teknolojik yapıları üzerine inşa edilmiş ve kullanıcı tarafından üretim ve değişimlere izin veren internet tabanlı uygulamalar grubu olarak tanımlamıştır³³. Yine *Boyd/Ellison* sosyal ağ sitelerini, sınırlı bir sistem içerisinde kişilere, herkese açık veya yarı açık profil oluşturma imkânı veren ve sistemdekilerin başkalarıyla bağlantılarını görüntüleyip dolaşma izni veren web tabanlı hizmetler olarak nitelendirmektedir³⁴. Buna ek olarak *Brunty/Helenek*'e göre sosyal medya, ağın bir parçası olan kullanıcıların diğer kullanıcılar veya site oluşturucuları ile iletişimini teşvik eder ve kullanıcıların içerik paylaşması ve/veya benzer ilgi alanlarıyla bağlantı kurması için bir ortam yaratır³⁵. Biz de sosyal medyaya ilişkin hukuk perspektifi ile bir tanım yapacak olursak sosyal medya, kişilerin web 2.0 teknolojisi ile gerek içerik paylaşabildiği gerekse başka vasıtalarla iletişimini sağlayan ve bu iletişim sayesinde kişilerin hukuki işlemlerini de yürütebileceği ve ayrıca hukuka aykırı fiillerinden sorumlu olabileceği bir uygulamadır.

30 Dural, s. 165; Akkurt, s. 51; Öztan, s. 297; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 420; Sarp, s. 65.

31 Dural, Ögüz, s. 167; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 116. Lakabın ayırt etme fonksiyonuna ve kişinin belli bir aileye mensup olduğunu gösterdiğine ilişkin Federal Mahkemesi kararı için bkz. Özdemir, s. 564; Dural, Ögüz, s. 167.

32 Mine Kaya, "Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 119, 2015, s. 278.

33 Andreas M. Kaplan, Michael Haenlein, "Users of The World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media", *Business Horizons*, Sayı: 53, 2010, s. 61.

34 Danah M. Boyd, Nicole B. Ellison, "Social Network Sites: Definition, History and Scholarship", *Journal of Computer-Mediated Communication*, Sayı: 13, 2008, s. 211.

35 Joshua Brunty, Katherine Helenek, *Social Media Investigations for Law Enforcement*, Anderson Publishing, Massachusetts, 2013, s. 2 vd.

Belirtmek gerekir ki sosyal medya mecralarında³⁶ birbirleriyle iletişim kuran kişilerin sayısı günden güne artmakta ve bu iletişimden geri kalmak istemeyen gerçek ve tüzel kişiler Twitter, Instagram, Facebook vb. gibi sosyal mecralarda daha aktif olmaya başlamaktadır³⁷. Nitekim kişilerin sosyal medya mecralarında faaliyet gösterebilmeleri için -anonim olarak kullanabildikleri sosyal medya mecralar hariç olmak üzere- genellikle bu mecralara üye olmaları, dolayısıyla kendilerine bir kullanıcı adı almaları gerekmektedir.

Kişilerin fiziki ortamlarda olduğu gibi, sosyal mecralarda da kendilerini diğer üyelerden veya kullanıcılardan ayırdıkları en önemli bireyselleştirme ve tanıma aracı addır³⁸. Bu doğrultuda sosyal medya kullanıcılarının çeşitli sosyal mecralarda edindiği adların TMK m. 26 kapsamında korunabilmesi açısından kişilerin bu mecralar üzerinde elde ettiği isimlerin sınıflandırılması gerekmektedir. Nitekim bu sınıflandırma sonucunda, hangi sosyal medya isimlerinin TMK kapsamında korunabileceği ortaya çıkacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, internet sunucu adresleri, alan adları³⁹ da kanaatimizce adın korunması kapsamında yer alacaktır⁴⁰. Zira kişileri birbirinden ayırmayı sağlayan her kelime adın korunması kapsamındadır⁴¹. Bu durumda aşağıda açıklanacak koruma hükümleri sunucu adresleri, internet alan adları bakımından da geçerli olacaktır⁴². Ancak konumuz salt sosyal medya adları ile ilişkili olduğundan, açıklamalarımızı da bu çerçeveye ile sınırlı tutuyoruz.

36 Çalışmamızda “sosyal medya mecraları” ifadesi ile, yine çalışmada tanımını yaptığımız “sosyal medya” uygulamalarının tümü kastedilmektedir.

37 Sosyal medyanın farklı kullanımı ve yararının, bu iletişim biçiminin bu kadar popüler olmasının ana nedeni olduğu ve çoğu sosyal medya sitesinin ücretsiz ve katılmak isteyen herkese açık olması sebebi ile sosyal medyanın artık sadece arkadaşlarla iletişimde kalmak için değil; tüketiciler, işletmeler ve kuruluşlar da dahil olmak üzere herkesin aktif olarak faaliyet gösterdiği bir ortam olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Burnty, Helenek, s. 17 vd.

38 Zira Burnty, Helenek sosyal medya kimliğinin, kişinin diğer üyeler tarafından nasıl tanındığını ifade ettiğini ve bu kimliğin içerisinde ad da dahil olmak üzere avatar, profil, fotoğraf vb. unsurların yer aldığından bahsetmiştir. bkz. Burnty, Helenek, s. 9 vd.

39 İnternet alan adının, kişiye ait gerçek ada dayanması durumunda bu korumanın ne olacağına ilişkin RG. 07.11.2010/27752 sayılı İnternet Alan Adları Yönetmeliği ve RG. 21.08.2013/28742 sayılı İnternet Alan Adları Tebliği bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer vermemektedir.

40 Özdemir, s. 564; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 117.

41 Özdemir, s. 569.

42 Alan adlarının, kişiye ait ada dayanması durumunda hangi hükümler kapsamında korunacağını tartışmak gerekir. Bu durumda TMK m. 26 hükmünün öncelikle uygulanacağını ifade etmekle beraber, adı hukuka aykırı şekilde kullanılan taraf TMK m. 25 hükümlerine de başvurabilecektir. Alan adının kişiye ait bir ad olmadığını belirtmekle beraber, bu adın zamanla bilinirlik, ayırt edilme unsurlarını taşıması halinde TMK m. 26 hükümleri çerçevesinde korunacağına yönelik görüşler için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 117.

a. Anonim Kullanıcı Adları

Sosyal medya mecralarından bazıları kişilerin, kendi mecralarında faaliyet gösterebilmesi yani diğer kişiler ile iletişime geçebilmesi, yazılar yazabilmesi, fotoğraf ve video paylaşabilmesi veya oyun oynayabilmesi vb. bakımından, kişilerin kendi sistemlerine kayıt olmasını ve bununla beraber diğer kişiler tarafından tanınmasını ve ayırt edilmesini sağlayan kullanıcı adları almalarını zorunlu tutmaktadır. Hatta alacakları kullanıcı adlarının diğer kullanıcı adlarından farklı olması genellikle her sosyal medya mecrası için zorunlu bir unsurdur. Buna karşın bazı sosyal medya mecraları kişilerin kendi sistemlerinde faaliyette bulunabilmesi için, misafir kullanıcılara izin vermekte veya onların sisteme üye olmasını ve dolayısıyla kullanıcı adı almalarını gerektirmeksizin iş ve işlem yapabilmelerine, diğer üyeler ile iletişime geçebilmelerine vs. izin vermektedir.

Belirtmek gerekir ki anonim olarak sosyal medya mecralarında hareket eden kullanıcıların genellikle o mecralardaki misafir kullanıcı isimleri sisteme her girişlerinde değiştiğinden, bu kişiler bakımından TMK kapsamında gerçek bir ad kullandıklarından bahsedilemeyecektir. Çünkü anonim kişilerin sosyal medya mecralarında kullandıkları adlar, adın bireyselleşme ve diğer kullanıcılardan ayırt edilme fonksiyonunu sağlamamaktadır. Buna karşın sosyal medya mecralarında anonim olarak kullanılmakla beraber, kullanılan sosyal mecraya her girişte kişinin aynı anonim ada ulaşması bireyselleşme ve kendini diğer kullanıcılardan ayırma fonksiyonu taşıyacağından aşağıda bu konu ayrıca incelenecektir.

b. Nüfusa veya Sicile Kayıtlı Olan Adları İçeren Kullanıcı Adları

Kendi sistemlerinde faaliyette bulunabilmeleri için üye olma şartı arayan ve dolayısıyla kişilerin kullanıcı adı almasının zorunlu olduğu sosyal mecralarda, kişiler nüfusa veya sicile kayıtlı isimlerini kullanabilecektir. Bu sayede kişiler, sosyal medya mecralarından edindikleri kullanıcı adlarıyla, bu mecralarda kendilerini bireyselleştirme, tanııtma ve diğer kullanıcılardan ayırt edilebilme imkânını elde etmektedirler. Hatta bazı sosyal medya mecralarında kişisel hesaplarının çeşitli yollarla doğrulanması sağlanarak, kişilere o sosyal medya bakımından gerçek hesap (resmi, orijinal hesap) statüsü sağlanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki sosyal medya mecralarında faaliyet gösteren kişiler yalnızca gerçek kişiler değildir. Gerçekten de özellikle reklam ve tanııtım amacıyla birçok tüzel kişi sosyal medya mecralarında faaliyet göstermektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, gerçek ve tüzel kişilerin adları üzerindeki haklarına saldırılar mevcut olabilir. Sosyal medya isimlerinin korunmasını aşağıda in-

celeyeceğimizden⁴³, bu başlık altında sosyal medya mecralarında nüfusa veya sicile kayıtlı isimlerini kullanan kullanıcıların TMK kapsamındaki haklardan yararlanabileceğini belirtmekle yetiniyoruz.

c. Nüfusa veya Sicile Kayıtlı Olmayan Adları İçeren Kullanıcı Adları

Sosyal medya mecralarında kişilerin genellikle nüfusa kayıtlı resmi isimlerini kullanmaması yaygın bir durumdur. Bu durumun tüzel kişiler bakımından geçerli olduğu söylenemez. Çünkü sosyal medya mecralarında faaliyet gösteren tüzel kişiler genellikle bu vasıtalar ile reklam yapmaya ve dolayısıyla tanınabilirliklerini artırmaya çalışmaktadırlar. Bu halde tüzel kişiler bakımından böyle bir durumun mantık kuralları dahilinde mümkün olmadığını öngörmekteyiz. Dolayısıyla sosyal medya mecralarında kullanılan bu adların incelenmesini, gerçek kişilerle sınırlı olarak yapacağız.

Yukarıda da değinildiği üzere sosyal medya mecralarında nüfusa kayıtlı olmayan adlarını kullanan birçok kullanıcı mevcuttur. Bu adların kişileri bireyselleştirme ve onları tanıtmaya fonksiyonuna sahip olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁴. Hatta son yıllarda sosyal medyanın hızla gelişmesi sebebiyle kişilerin kendilerini tanıtmaya ve onların toplum içerisinde bireyselleştirilmesi fonksiyonunu en çok sağladığı aracın sosyal medya olduğu kabul edilebilir. Örneğin, sosyal medyada tanınmış bir kişinin günlük hayatta da bu isimle anıldığı, haklarında çıkan haberlerde bu isimle anıldıkları herkes tarafından bilinen bir gerçektir.

Son olarak, nüfusa kayıtlı olmayan isimlerin sosyal medya mecralarında kullanılmasının bir diğer hali de anonim adlarda ortaya çıkar. Gerçekten de yukarıda bahsettiğimiz üzere, bazı sosyal medya mecralarında faaliyet gösterebilmek için bu mecralara üye olunması, bir başka ifadeyle kullanıcı adı edinilmesi gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda kişiler sosyal medya mecralarında sürekli olarak aynı anonim ada sahip olurlar. Örneğin bazı sosyal medya mecralarında IP adresi veya farklı bir sistemsel özelliği ile kişilere ayrı anonim isimler verilebilir. Bu durumda, bu sosyal medya mecralarına katılan kullanıcılar hep aynı kullanıcı adını edinebilirler. Böylece kişileri tanıtmaya ve onları diğer üyelere ayırma fonksiyonu bu anonim adlar vasıtasıyla sağlanabilir⁴⁵.

43 bkz. Bölüm 3 vd.

44 Sosyal medya hesaplarında kullanılan nickname, avatar, rumuz vb. gibi ifadelerin müstear ad kapsamında değerlendirileceği ve bu sebeple TMK m. 26 hükümleri kapsamında korunacağına ilişkin olarak bkz. Akkurt, s. 50.

45 Akkurt eserinde sosyal medya adları bakımından bir ayırma gitmemiş, tüm sosyal medya adlarını, sosyal medya müstear adı olarak nitelendirmiştir. Nitekim sosyal medya müstear adlarının ve elektronik posta hitaplarının kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebileceğinden bahsetmiştir. Bu görüşlere katılmakla beraber, sosyal medya müstear adı olarak tanımlayabileceğimiz adlar bu

III. Adın Korunması

A. Korumanın Kapsamı

Ad, kişinin sahip olduğu en önemli kişilik haklarındanır. Nitekim bir kişinin, kendisini tanımlamaya, toplum içinde kendisini ayırt etmeye yarayan en önemli araç addır. Kişilik haklarından olması nedeniyle ad, TMK’da yer alan kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde korunur⁴⁶. Bu kapsamda TMK m. 26, kişilik haklarından “ad”a özel bir önem atfetmiş ve adın korunmasına ilişkin hükümleri, kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümlerden ayırmıştır. Bununla beraber doktrinde TMK m. 26 hükmünün, m. 25 hükmüne ilişkin bir özel düzenleme olduğu ifade edilmektedir⁴⁷.

Adın korunmasına ilişkin TMK m. 26 hükmünün, sosyal medya isimlerini kapsayıp kapsamadığını tespit etmek için bu hükmün kapsamını tespit etmek gerekir. Belirtmek gerekir ki, doktrinde TMK m. 26 hükmünün tüm adlar bakımından, hatta elektronik posta adresleri bakımından da uygulanacağı ifade edilmektedir⁴⁸. Dolayısıyla bu madde kapsamında yalnızca kişinin dar anlamdaki adı olan öz ad ve soyadı değil; geniş anlamda ad kapsamında olan müstear ad⁴⁹, lakabı ve sosyal medya adları da korunur⁵⁰. Ancak yine doktrinde mahlas

çalışmadaki “Nüfusa ve Sicile Kayıtlı Olmayan Sosyal Medya Adları” başlığına karşılık gelmektedir. Zira bu başlığa karşılık gelen sosyal medya müstear isimleri tanımına ilişkin olarak Akkurt’un eserinde, bu adların TMK m. 26 kapsamında koruma altına alınacağı dolaylı olarak ifade edilmiştir. Nüfusa ve sicile kayıtlı olan sosyal medya adlarının korunması bakımından ise bu adlar zaten TMK m. 26 kapsamına girdiğinden ayrıca böyle bir tasnifte bulunulmamıştır. Fakat TMK m. 26 hükmü kapsamının tam olarak saptanabilmesi bakımından anonim adların da bu değerlendirmeye tabi edilmesi gerekir. Bu sebeple biz de çalışmamızda böyle bir tasnifte bulunmayı daha uygun bulduk. Akkurt’un sosyal medya müstear adları ifadesi için bkz. Akkurt, s. 50 vd.

46 Sarp, s. 59 vd.; Korumanın kapsamına yalnızca öz ad ve soyadı değil; müstear ad, kısaltılmış adlar, temsili adlar da girer. bkz. Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 75; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 433; Özdemir, s. 567; Ayrıca TMK m. 26 hükmü olmasaydı dahi, adın TMK m. 24, 25 ve TBK m. 49 kapsamında korunabileceği yönünde bkz. Dural, Ögüz, s. 165, 175.

47 Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 433; Özdemir, s. 583 vd.; TMK m. 26 hükmünün, m. 24 hükmüne ilişkin prensibin ad bakımından uygulanmasına ilişkin olduğu yönündeki görüşler için bkz. Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 137; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 114, 136. Yarg. HGK., 2010/18-135 E., 2010/136 K., 10.03.2010 T., (28.11.2019), www.kazanci.com: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınmış olan adın, kişilik hakları içerisinde taşıdığı önemi göz önünde bulunduran 4721 sayılı Türk Medeni Yasasında kişiliği korumaya ilişkin hükümlerle yetinilmeyip (m. 23-25), onu ayrıca düzenlemek yoluna gidilmiştir.”

48 Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 136; Gönen, s. 64; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 433; Akkurt, s. 50; Aka, s. 245.

49 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 116; Dural, Ögüz, s. 175. Takma adlar kişilerin öz adları gibi adın korunması kapsamına dahildir. Buna ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilmiş bir kararda, “Annie Chancel” adlı ünlü şarkıcının takma adının “Sheila” parfüm markası olarak kullanılmasını mahkeme adın korunması kapsamında değerlendirmiş ve kişinin takma adının marka olarak kullanılmayacağına karar vermiştir. Bu yöndeki görüşler için ve karara ilişkin bilgiler için bkz. Özdemir, s. 582.

50 Akkurt, s. 50 vd.; Özdemir, s. 567; Aataay, s. 162; Sosyal medya adlarının müstear ad gibi koru-

ve lakapların⁵¹ korunabilmesi için kişinin bu adlar ile tanınmış olması ve dolayısıyla kişinin bu hakkının korunmasını sağlayacak menfaatlerinin bulunması gerekir⁵².

Bu açıdan değerlendirildiğinde, sosyal medya adlarının da TMK m. 26 hükmü kapsamında korunacağı söylenebilir⁵³. Ayrıca, TMK m. 26 hükmünün yanında sosyal medya adlarının aynı zamanda kişilik hakkı teşkil etmesi sebebiyle, hukuka aykırılık halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 58 hükmü kapsamında tazminat talebine de konu edilebileceğini ifade etmek gerekir. Bununla beraber bir kişilik hakkı olarak ad, TMK m. 24 kapsamındaki korumadan da faydalanır.

Gerçekten de yukarıda belirtildiği üzere sosyal medya adları da kişiyi tanıma ve onları diğer kullanıcılardan ayırmaya yarayan bir araçtır. Bu haliyle sosyal medya adları da mahlas ve lakapta olduğu gibi kişiye korumaya değer bir menfaat sağladığı hallerde TMK m. 26'da düzenlenen korumadan yararlanabilir. Çünkü sosyal medya isimleri kişinin kanundan kaynaklanan ve edinilmesi zorunlu olan isimlerinden değildir⁵⁴. Bu nedenle lakap ve müstear adda olduğu gibi sosyal medya isimleri bakımından da bu adın ancak kişiyi diğer kişilerden ayırt etme ve tanıma fonksiyonunu sağlaması durumunda korunmasında haklı bir menfaat oluşacak, ancak bu durumda korunacaklardır.

Sosyal medya mecralarında kullanılan isimlerin her biri bakımından bu korumanın gerçekleştiğini söylemek güçtür. Çünkü sosyal medya adlarından bazıları anonim olarak kullanılmakta ve bu anonimlik, adın, bireyi tanıma ve bu adı kullanan kişileri diğer kullanıcılardan ayırma fonksiyonunu ihtiva etmemektedir. Dolayısıyla bu işlevlere sahip olmayan adın korunmaya değer bir menfaati olduğundan bahsedilemeyecektir.

Buna karşın, nüfusa ve sicile kayıtlı olan isimlerini sosyal medya mecralarında kullanan kişilerin, bu adlar bakımından korunmaya değer bir menfa-

nabileceğine ilişkin olarak bkz. Sarp, s. 69; Özdemir, s. 585; Dural, Ögüz, s. 175.

51 Lakapların ad olarak kabul edilmediği hallerde dahi kişilik hakları çerçevesinde korunacağı yönündeki görüşler için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 116; Özsunay, s. 188; Ataay, s. 164. Lakapların TMK m. 26 hükmüne korunabilmesi için hukuka, genel ahlaka ve adaba uygun olması, sahibinin menfaatine aykırı olmaması ve onunla özdeşleşmiş olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Sarp, s. 65; Akkurt, s. 51; Ayan, Ayan, s. 141.

52 Gönen, s. 64; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 433; Aka, s. 245; Bu adların Medeni Kanun kapsamında korunabilmesi için, kişilerin bu adla tanınmış olması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Dural, s. 165; Akkurt, s. 50; Ataay, s. 162; Özdemir, s. 584; Ayan, Ayan, s. 141; Dural, Ögüz, s. 166, 175.

53 Aka, s. 245.

54 Kanunda öz ad ve soyadının edinilmesi zorunlu tutulmuştur. Nitekim 2525 Sayılı SK m. 1 hükmü şu şekildedir: "Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur."

atlerinin olup olmadığının tartışma konusu edilmemesi gerekir. Nitekim bu kişilerin sosyal medya mecralarında kullandığı isimler, halihazırda kişilik haklarının içerisinde yer alır. Zira bu kişiler sosyal medya mecralarında bu adları kullanmasalar dahi bu hakka sahiptirler⁵⁵. Bu takdirde, kişi adını sosyal medyada kullanmasa dahi adı aleyhine gerçekleşecek ihlallere karşı, adın korunması için TMK m. 26 hükmüne başvurulabilir.

Bununla beraber, nüfusa kayıtlı olmayan adlarını sosyal medya mecralarında kullanan kullanıcılar bakımından, bu adların TMK m. 26 kapsamında korunması için kişinin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekir⁵⁶. Gerçekten de nüfusa kayıtlı olmayan isimlerini sosyal medyada kullanan kullanıcıların bu adıyla tanınmış olması, diğer üyelerden bu adla ayrılıyor olması gerekir. Ancak kişilerin sosyal medya adları açısından korunmaya değer menfaatlerinden bahsetmek her zaman mümkün olmayacaktır. Özellikle mahlas ve lakaplar için aranan tanınma şartının sosyal medya adları bakımından da gerçekleşmesi gerekir ki, bu işlevin sağlanmadığı adlar bakımından TMK m. 26 hükmünün uygulama alanı bulacağından bahsetmek doğru olmaz.

Üyelik şartı aramayan ve dolayısıyla kullanıcıların bir kullanıcı adı edinmesini zorunlu tutmayan sosyal medya mecralarında anonim isim edinen kullanıcıların TMK m. 26 hükmü kapsamında kalan korumadan yararlanamayacağını belirtmiştik. Fakat bazı sosyal medya mecralarında kişilerin sürekli olarak aynı anonim adını edinmesi mümkün olabilir. Bu halde ise kişilerin tanınması ve diğer kullanıcılardan ayırt edilebilmesi, kullandığı ad ile mümkün olacaktır. İşte adın bu işlevlerinin sağlandığı hallerde anonim adlar bakımından da adın korunmaya değer bir menfaatinin olduğundan bahsedilecektir.

TMK m. 26 hükmü kapsamındaki korumadan gerçek kişiler yararlanabileceği gibi tüzel kişiler de yararlanabilir⁵⁷. Ancak TTK m. 51 ve m. 52 hükümlerine

55 İnternet ortamında kullanılan gerçek adın, adın korunması kapsamında değerlendirileceğine ilişkin olarak bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 117.

56 İnternet ortamında gerçek adlarını kullanmayan kişilerin, adın korunması hükümlerinden yararlanamayacağı; bu adlar bakımından koruma hükümlerinin yalnızca kişilik hakkı kapsamında olacağına ilişkin görüşler için bkz. Helvacı, Koruyucu Davalar, s. 75; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 117. Belirtmek gerekir ki, sosyal medyada gerçek ad kullanmayan kullanıcıların adın korunması hükümlerinden yararlandığını söylemek kanaatimizce daha doğru olacaktır. Çünkü müstear ad ve lakapların gerçek ad olmamasına rağmen adın korunması hükümlerinden yararlanacağı konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur. Bu halde sosyal medyada kişiyi tanıtıcı ve ayırt edici özellikleri haiz adların, müstear ad ve lakapta olduğu gibi koruma kapsamında yer alması gerekir. Kaldı ki günümüzde sosyal medya da kişiler genellikle nüfusa kayıtlı gerçek adlarını kullanmamaktadır. Bu bakımdan da nüfusa kayıtlı olmayan sosyal medya adlarının koruma kapsamı dışına itilmesi, bu hükmün günümüzde uygulama alanını oldukça daraltacaktır.

57 Kaya, Kişilik Haklarının Korunması, s. 282; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 136; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 433 vd.

rinde ticaret unvanları, markalar, işaretler ve işletme adlarının korunmasına ilişkin olarak özel hükümlerin olduğunu ifade etmek gerekir.

B. Adın Dava Yoluyla Korunması

Adın korunmasına ilişkin olarak TMK m. 26 hükmü hak sahibine çeşitli davaları açabilme hakkı tanımıştır. Buna göre adının kullanılması çekişmeli olan kişi, TMK m. 26/1 gereği bu hakkının tespiti için dava açabilir ve TMK m. 26/2 gereği adı haksız olarak kullanılan kişi bu haksız kullanıma son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir.

Yukarıda ifade edilen davalar, TMK m. 25 hükmünde düzenlenen kişiliği koruyan davalardan pek farklı değildir. Gerçekten de TMK m. 25 hükmüne göre, hak sahibi hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini talep edebilir. Yine hak sahibi düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir ve son olarak hakkı saldırıya uğramış taraf maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunabilir. Görüldüğü üzere TMK m. 25 ve 26 hükümleri birbirine çok yakın koruyucu davaları düzenlemektedir. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere TMK m. 26 hükmü, m. 25 hükmünün ad bakımından düzenlenen özel bir hükmü niteliğindedir.

Belirtmek gerekir ki TMK m. 26 hükmü adın haksız kullanılması veya ada ilişkin bir çekişmenin ortadan kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlıkları ele alırken, ada yönelik saldırılar aynı zamanda başka bir kişilik hakkını ihlal ediyorsa; örneğin adın kişilik haklarından olan şeref ve haysiyete aykırı kullanımı TMK m. 25 hükmü kapsamında korunacaktır⁵⁸.

1. Koruyucu Davalar

TMK m. 26 hükmünde adın korunmasına ilişkin olarak yapılan ilk düzenleme ada karşı yönelmiş, mevcut veya devam eden saldırılara karşı hak sahibine bunların önlenmesi, tespiti ve durdurulmasına ilişkin dava açma hakkı şeklinde birtakım imkânlar tanımıştır. Bu doğrultuda bahsedeceğimiz davaları genel manada koruyucu davalar olarak adlandırmakla beraber bu davalar TMK m. 26 hükmünde yer aldığı üzere, saldırının tespiti davası, saldırıya son verme davası ve son olarak saldırının önlenmesi davası olarak karşımıza çıkar.

58 Akkurt, s. 49.

a. Saldırının Tespiti Davası

Adın kullanılmasının çekişmeye meydan vermesi ve kişinin bir adı taşıyamayacağı yönündeki itirazlar neticesinde kişinin, çekişmeye konu olan adı taşımaya ilişkin hakkı olduğuna dair tespit davası açma hakkı TMK m. 26 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Gerçekten de TMK m. 26/1'e göre adının kullanılması çekişmeli olan kişi, bu hakkının tespiti için dava açabilir. Buna göre, kişinin kullandığı ada ilişkin herhangi bir çekişmenin olduğu durumlarda, kişi ada ilişkin hakkının tespitini mahkemeden talep edebilir. Adın kullanımına ilişkin çekişme, kişinin adını kullanmaya hakkı olmadığı itirazı ile ortaya çıkar⁵⁹. Öyle ki kişinin bu adı kullanamayacağı yönündeki itiraz, adın bir başkasının adıyla karışması sebebiyle o şahsın şahsi menfaatlerinin zarar görmesi ihtimalinin varlığı halinde meydana gelir⁶⁰. Bu durumda kişi saldırının tespiti davasını açarak, bunun devamında adın kullanımının durdurulmasını sağlayabilir.

Adın kullanımının çekişme oluşturması hali, sosyal medya mecralarında da ortaya çıkar. Sosyal medya mecralarında genellikle aynı kullanıcı adlarını edinmek zordur. Hatta sosyal medya ortamlarında, uygun kullanıcı adını, daha doğru bir ifadeyle kullanılmamış bir kullanıcı adını tespit edebilme hizmetini sağlayan web siteleri de mevcuttur⁶¹. Bilindiği üzere birçok sosyal medya mecrasında kullanıcılar aynı adları elde edememekte ve bunun yerine kişiler aynı kullanıcı adlarını, belirgin özellikleri kaybolmayacak şekilde onlara birkaç yazı karakteri veya rakam ekleyerek edinmektedir. Örneğin sosyal medya mecralarında bir futbolcunun, siyasetçinin, sanatçının veya sosyal medya fenomeninin, kullanıcı adlarına veya öz adlarına benzer binlerce kullanıcı adı görmek mümkündür. Bu isimler sosyal medya mecralarında teknik olarak aynen edilemese de bu adların başına, ortasına veya sonuna birkaç rakam ve/veya yazı karakteri eklenerek adın haksız olarak kullanımı ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki haksız şekilde kullanılan bu sosyal medya adlarının TMK m. 26'da düzenlenen korumadan yararlanabilmesi mümkün değildir. Çünkü bu korumadan yararlanabilmek bakımından bu adı kullanan kişinin korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması gerekir. Bu menfaatin bulunduğu bahsedebilmek için ise, saldırının tespitine konu olacak adın kişiyi ayırt edici ve tanımlayıcı özelliğinin var olması gerekir.

Sosyal medya ortamında belirli bir isimde tanınmış bir kullanıcıya karşı,

59 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 136.

60 Özdemir, s. 584.

61 bkz. <https://namechk.com>, <https://www.namecheckr.com>, <https://checkusernames.com>, <https://www.spinxo.com/username-check> vb.

üçüncü kişiler bu adı kullanmakta hakkı olmadığı yönünde itirazlarda bulunulabilir⁶². Bu halde aleyhine adın kullanılmasına karşı itirazda bulunulan taraf, mahkemeye başvurarak hakimden kendisine, o adı kullanmaya hakkı oluğunun tespit edilebilmesini talep edebilecektir. Ancak, adın kullanılmasının çekişme meydana getirebilmesi bakımından, bu kullanımın süreklilik arz etmesi ve yanlışlıkla yapılmamış olması gerekmektedir⁶³. Fakat kanaatimizce tek sefere mahsus adın kullanılması çekişmeye mahal vermese de şartlar oluştuğunda adı haksız kullanan taraftan tazminat talep edilebilecektir.

Bunun yanında, davanın kim tarafından açıldığı davanın müspet veya menfi tespit davası olup olmadığını belirleyecektir. Buna göre çekişmeli adın kendi lehine tespitini talep eden tarafın açtığı dava müspet tespit, üçüncü kişi tarafından açılan dava ise menfi tespit davası olacaktır⁶⁴.

b. Saldırıdan Men Davası (Saldırının Durdurulması)

Bir kimsenin sahip olduğu ada karşı yönelmiş bir saldırı olması, daha doğru bir ifade ile kişinin sahip olduğu adın bir başkası tarafından haksız bir biçimde kullanılması⁶⁵ mümkündür. Örneğin bir kişinin adının bir başkası tarafından kullanılması, adın bir cismi, eşyayı ve/veya hayvanı tanımlamak için kullanılması adın haksız kullanımı teşkil eder⁶⁶. Bu durumu engellemek amacıyla kanun koyucu TMK m. 26/2 hükmünde, ada karşı gerçekleşen saldırının durdurulması, ortadan kaldırılmasına ilişkin ad sahibinin, haksız saldırıda bulunan tarafa karşı saldırıdan men davası açabilmesi imkânını düzenlemiştir. Buna göre adı haksız olarak kullanılan kişi bu haksız kullanıma son verilmesini mahkemeden talep edebilir⁶⁷.

Sosyal medya mecralarında bu davanın konusunu oluşturabilecek meselelerle karşılaşılabilir. Gerçekten de nüfusa veya sicile kayıtlı olup olmamasına bakılmaksızın TMK m. 26 kapsamında korunma kapsamına giren birçok adın sosyal medya mecralarında saldırıya uğraması söz konusu olabilir. Zira sosyal medya mecralarında herhangi bir tanınmış sosyal medya adının yanına herhangi bir harf, rakam veya yazı karakteri eklenerek kullanılması mümkündür. Bu durum, saldırıya uğrayan ad sahipleri bakımından TMK m. 26/2 hükmüne dayanarak saldırıdan men davası açılmasına sebebiyet verebilir. Bu hüküm sayesinde adın

62 TMK m. 26/1 hükmüne dayanarak açılacak davada, davalı tarafın, davacının adına itiraz ederek çekişmeyi meydana getiren kişi olduğuna ilişkin olarak bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 136.

63 Özdemir, s. 584.

64 Öztan, s. 299.

65 Adın haksız kullanılmasından bahsetmek için adın kısmen değil tamamının kullanılması gerekir. bu yöndeki görüşler için bkz. Dural, Ögüz, s. 176

66 Özsunay, s. 204; Özdemir, s. 585; Dural, Ögüz, s. 176.

67 Yarg. 4. HD., 2015/4457 E., 2016/3497 K., 17.03.2016 T., Akkurt, s. 49, dipnot: 114'ten naklen.

sahibi, adını haksız olarak kullanan kişinin bu kullanımına engel olabilir.

Belirtmek gerekir ki TMK m. 26/2 hükmünde, saldırıdan men davasının açılabilmesi için adın haksız kullanımı sonucu bir zararın meydana gelmesi şartı ve bu haksız kullanımda bulunan tarafın kusurlu olup olmaması önem taşımamaktadır. Her ne kadar doktrinde, saldırıdan men davası açılabilmesi bakımından, bu saldırının bir zarar doğurması gerektiğinden bahsedilmiş olsa da⁶⁸, madde gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere saldırıya son vermek isteyen tarafın zarara uğraması veya karşı tarafın kusurunun olup olmaması bu dava bakımından bir şart değildir⁶⁹. Nitekim madde gerekçesi, “*maddenin sadece “adın gasba karşı korunmasını”, yani adın başkaları tarafından haksız olarak kullanılmasını düzenlediği göz önünde tutularak, “buna son verilme davasının” zarar ve kusur koşullarını gerektirmediği...*” şeklindedir.

Belirtmek gerekir ki, ad sahibinin TMK m. 26/2 kapsamında bir saldırıdan men davası açabilmesi için, mevcut saldırının haksız olması gerekir. Nitekim saldırının haksız olmaması, ad sahibinin adının korunmasında korumaya değer bir menfaatinin bulunmadığı manasına gelecektir. Çünkü sosyal medya ortamında birden çok benzer isim kullanılması mümkündür. Bu sebeple öz adı veya soyadı birbirine benzer kişilerin bu adı haksız kullandığından bahisle ada karşı saldırının durdurulması iddiasında bulunulamayacaktır.

c. Saldırının Önlenmesi Davası (Önleme Davası)

TMK m. 26 hükmünde açıkça belirtilmemesine rağmen, ada karşı haksız bir saldırının gerçekleşeceği, daha açıkça belirtmek gerekirse adın haksız olarak kullanılacağı yönünde bazı belirtilerin olması durumunda, adın sahibinin saldırının önlenmesi davası yoluyla adının korunmasını isteme hakkı mevcuttur⁷⁰.

Bu davanın konusunu oluşturacak saldırı tehlikesi sosyal medya ortamında da oluşabilecektir. Bu durumda adının haksız olarak kullanılacağına ilişkin bilgileri edinen kişi adına karşı gerçekleşecek saldırının önlenmesi için dava açabilecektir.

68 Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 435.

69 Yarg. 11. HD., 2018/2197 E., 2019/3702 K., 13.5.2019 T., (28.11.2019), www.kazanci.com: “... orijinal sahne isminin (evlilik öncesi gerçek isim ve soyisminin) ondan izinsiz olarak ayak giysilerinde ticari tanıtım vasıtası olarak kullanıldığının anlaşılması göre, davacının bu uğurda uğradığı bir zararın varlığı şartı aranmaksızın yukarıdaki ilkeler doğrultusunda davadan maddi tazminat talep edebileceğinin kabulü gerekirken, hatalı gerekçelerle, isim hakkının ihlali yönünden maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden Bölge Adliye Mahkemesi kararının bu gerekçeyle da temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmektedir.”

70 Ataay, s. 195; Öztan, s. 299; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 436; Özsunay, s. 207; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 137.

Yine bu dava bakımından gerçekleşmesi muhtemel saldırının haksız olması aranmaktadır. Nitekim saldırı henüz gerçekleşmediğinden saldırıda bulunma ihtimali olan tarafın kusurlu olmasına veya ada karşı yapılacak saldırıya ilişkin bir zarar şartının aranmasına bu dava bakımından da gerek olmadığı kanaatindeyiz.

2. Zararların Giderilmesini Sağlayan Davalar

Ada karşı yönelmiş saldırılar sonucunda, adı haksız olarak kullanılan taraf uğramış olduğu zararları, zarara sebebiyet veren taraftan talep edebilecektir. Nitekim ada yönelmiş haksız saldırılar sonucu açılacak davalar TMK m. 26/2 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre adı haksız olarak kullanan kusurlu ise adın sahibi ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini talep edebilecektir⁷¹.

a. Maddi Tazminat Davası

Bilindiği üzere Türk hukuk sisteminde, maddi tazminatın talep edilebilmesi için aranan ilk şart zararın doğmasıdır. Bu halde ada yönelik gerçekleşen haksız saldırıya karşı maddi tazminat talep edilebilmesi açısından, ada yönelik saldırıları bertaraf eden davalardan farklı olarak zarar şartı aranacaktır. Gerçekten de adın haksız olarak kullanılması adın sahibi bakımından zarar şartı gerçekleştiğinde, bu haksız saldırının doğurduğu zararlar bakımından saldırıda bulunan taraftan maddi tazminat talep edilebilecektir.

Bununla birlikte, adına karşı gerçekleşen saldırılara ilişkin maddi tazminat talep eden taraf, karşı tarafın bu haksız kullanımı gerçekleştirmesinde kusurlu olduğunu ispat etmelidir⁷². Zira TMK m. 26/2 hükmü de adı haksız kullananın kusurlu olmasını maddi zararının talep edilebilmesi için bir şart olarak öngörmüştür. Belirtmek gerekir ki, kusuru olmaksızın zarara sebebiyet veren tarafın tazmin yükümlülüğü olmayacaktır.

b. Manevi Tazminat Davası

Adın haksız olarak kullanılması sonucu zarara uğrayan tarafın maddi tazminat talep edebileceğini yukarıda belirtmiş olmakla beraber, manevi bir zarara uğrayan kişinin de bu zararı sebebiyle adı haksız olarak kullanan tarafa manevi

71 Yarg. 11. HD., 2018/2197 E., 2019/3702 K., 13.5.2019 T., (28.11.2019), www.kazanci.com: “4021 Sayılı TMK’nın 25 vd. maddeleri uyarınca, bir kişinin ismi üzerinde vazgeçilemez ve devredilemez nitelikte temel kişilik hakları ile bu hakka yönelik saldırıları def etme ve isminin haksız olarak kullanılması nedeniyle de uğradığı zararların tazminini talep etme hakları bulunmaktadır.”

72 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 137.

tazminat davası açabilmesi TMK m. 26/2 hükmünde düzenlenmiştir.

Gerçekten de TMK m. 26/2 hükmünde adı haksız kullanılan kişi uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini adı haksız kullanan taraftan isteyebilecektir. Ancak kanunda yer alan “*uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa*” ifadesi bu hükmün TBK m. 58 hükmü ile beraber uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışmalar doğurmuştur⁷³. Bir görüşe göre madde metninde yer alan “*uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini*” ifadesi sebebiyle hakim haksızlığın niteliğini değerlendirerek manevi tazminat yerine TBK m. 58/2 hükmü gereği başka bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu giderim biçimini tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir⁷⁴. Ancak bu hususta kanun gerekçesi açıktır. Buna göre, adın haksız kullanılması sebebiyle manevi zarara uğrayan taraf hakimden yalnızca manevi tazminat talep edebilecektir. Nitekim bu hükmeye ilişkin kanun gerekçesi şu şekildedir: “*Maddenin bu fıkrasında manevî tazminat istemi, İsviçre Medenî Kanununun 29 uncu maddesine uygun olarak sadece bir miktar paranın verilmesine yönelik olmaktadır. Bu niteliği vurgulamak üzere “manevî tazminat ödenmesini” ifadesine yer verilmiştir.*”

Sonuç

Ad, bireylerin toplum içinde tanınmasını sağlayan, onu diğer kişilerden ayırma işlevine sahip, kişilik hakkı niteliğinde olan bir kelimedir. TMK kapsamında ad ile birlikte kişiyi ayırt etmeye yarayan tüm işaretler korunur. Ad, kişilik hakkı teşkil ettiğinden kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup miras yoluyla geçmez, temlik edilemez ve bu hakkın uzun süre kullanılmaması, adın kaybına yol açmaz.

Gerçek ve tüzel kişilerin toplumda diğer bireylerden kendilerini ayırmak, kendilerini tanıtmak için onları bireyselleştirmeye yarayan araçlara ihtiyacı vardır. Bu ihtiyaç tüm kişiler bakımından ad ile karşılanabilecektir. Ancak bunun yanında soyadından da bahsetmek gerekir. Tüzel kişiler bakımından soyadından bahsedilemeyecek olsa da gerçek kişiler açısından bu adın da kişilerin ayırt edilmesinde ve tanınmasında kullanılan bir araç olduğundan bahsedilecektir. Tüzel kişiler bakımından ise ayırt etme ve tanıtmaya fonksiyonu adın yanında ticari unvan, işletme adı gibi araçlar ile de sağlanabilecektir.

Adın türleri bakımından dar ve geniş anlamda ad şeklinde bir ayırım yapmak gerekir. Dar anlamda ad olarak tanımlanan ad, hukuk düzenince tanınan kişi-

73 Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 436.

74 Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 436.

lerin sahip olduğu gerçek addır. Bu tanımlama kapsamında adın iki unsurdan oluştuğunu belirtmek gerekir. Bunlar kişinin sahip olduğu öz ad ve soyadıdır. Bununla birlikte geniş anlamda ad, kişileri tanıtmaya yarayan ve hukuken korunan kelime ve sembollerin tümünü ifade eder. Geniş anlamda ad kavramı, kişinin toplum ve diğer bireylerden kendini ayırdığı, kendini tanıtmaya yarayan araçlardandır. Bu sebeple geniş anlamda ad kavramı kapsamına girebilecek adları sayı ile sınırlamak mümkün değildir.

Geniş anlamda adın kapsamını sayıyla sınırlamak mümkün olmamakla beraber, kişiyi diğer bireylerden ayırt eden ve onu tanıtan bu araçlardan bazılarını ortaya koymak gerekir. Bunlardan ilki, bir kişinin gerçek adını kullanmak yerine çeşitli sebeplerle kendisine takmış olduğu addır. Bu ada müstear ad denir. Gerçekten müstear adda, öz ad ve soyadı gibi kişiyi tanımlar, bireyselleştirir ve diğer kişilerden ayırma fonksiyonunu tesis eder. Bu tür adları genellikle sanatçılar, yazarlar ve çeşitli sanat faaliyetlerinde gerçek adlarını gizlemek için kullanırlar. Bunun yanında geniş ad kapsamına giren bir başka adda lakaptır. Nitekim lakap bir kişiye başkaları tarafından bir ayırt edici özelliği kullanılarak takılan addır. Bu ad başkaları tarafından kişinin belirgin özelliklerine göre belirli bir çevrede takılır ve kişi bu lakabı sayesinde anılır, ayırt edilir. Dolayısıyla kişinin toplum içerisinde bireyselleşme fonksiyonu bu ad türünde de sağlanır. Ancak bu adların TMK m. 26 kapsamında korunup korunamayacağını ele almak gerekir. Nitekim doktrinde mahlas ve lakapların korunabilmesi için kişinin bu adlar ile tanınmış olması ve dolayısıyla kişinin bu hakkının korunmasını sağlayacak menfaatlerinin bulunması gerektiği ifade edilmiştir.

Kişilerin fiziki ortamlarda olduğu gibi, sosyal mecralarda da kendilerini diğer üyelerden veya kullanıcılardan ayırdıkları en önemli bireyselleştirme ve tanıtmaya aracı adlarıdır. Bu doğrultuda sosyal medya kullanıcılarının çeşitli sosyal mecralarda edindiği adların TMK m. 26 kapsamında korunabilmesi açısından kişilerin bu mecralar üzerinde elde ettiği isimlerin sınıflandırılması gerekmektedir. Nitekim bu sınıflandırma sonucunda, hangi sosyal medya isimlerinin TMK kapsamında korunabileceği ortaya çıkacaktır. Biz de eserimizde sosyal medya adları bakımından üçlü bir ayrıma giderek şu şekilde bir tasnifte bulduk: (1) Nüfusa veya sicile kayıtlı sosyal medya adları, (2) nüfusa veya sicile kayıtlı olmayan sosyal medya adları ve (3) anonim sosyal medya adları.

Kendi sistemlerinde faaliyette bulunabilmeleri için üye olma şartı arayan ve dolayısıyla kişilerin kullanıcı adı almasının zorunlu olduğu sosyal mecralarda, kişiler nüfusa veya sicile kayıtlı isimlerini kullanabilecektir. Dolayısıyla bu kişiler, sosyal medya mecralarından edindikleri kullanıcı adlarıyla, bu mecralarda kendilerini bireyselleştirme, tanıtmaya ve diğer kullanıcılardan ayırt

edilebilme fonksiyonunu bu kullanıcı adları ile sağlayabilecektir. Hatta bazı sosyal medya mecralarında kişilerin, hesaplarının çeşitli yollarla doğrulanması sağlanarak, kişilere o sosyal medya bakımından tek yetkili hesap (resmi hesap) statüsü sağlanmaktadır. Bu adların korunabilmesi bakımından, kişilerin ayrıca korunmaya değer bir menfaatinin olup olmadığına bakılmayacaktır. Çünkü bu kişiler korumayı sosyal medya üzerinde olsa da gerçek adları bakımından yapacaktır.

Buna karşın sosyal medya mecralarında nüfusa kayıtlı olmayan adları kullanan birçok kullanıcı mevcuttur. Bu adların kişilere bireyselleştirme ve onları tanıtmaya fonksiyonuna sahip olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Hatta son yıllarda sosyal medyanın hızla gelişmesi sebebiyle kişilerin kendilerini tanıtmaya ve onların toplum içerisinde bireyselleştirilme fonksiyonunu en çok sağladığı aracın sosyal medya olduğu kabul edilebilir. Ancak bu adların, adın korunması kapsamında yer alıp almayacağı tartışma konusudur. Bir görüşe göre bu adlar TMK m. 26 kapsamında yer almayıp, eğer şartları sağlıyorsa kişilik hakkı kapsamında korunacaktır. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, müstear ad ve lakap bakımından aranan, adın korunması için korunmaya değer bir menfaatin bulunması şartı bu adlar bakımından da geçerli olacak ve bu adların bu menfaati onu kullanana sağlaması halinde, bu adda adın korunması hükümlerinden yararlanabilecektir.

Nüfusa kayıtlı olmayan isimlerin sosyal medya mecralarında kullanılmasının bir diğer hali de anonim adlarda ortaya çıkacaktır. Gerçekten de bazı sosyal medya mecralarının kullanımı için kişilerin üyeliği ve dolayısıyla bu mecralarda kullanıcı adının alınması gerekmez. Bununla beraber bazı sosyal medya mecralarında ise kişiler her zaman aynı anonim ada sahip olurlar. Bu durumda kişileri tanıtmaya ve onları diğer üyelerden ayırma fonksiyonunu bu anonim adlar vasıtasıyla sağlayabilmek mümkün olabilecektir. Bu halde aynı menfaat şartının gerçekleştiği durumlarda TMK m. 26 kapsamında bu adlar da korunabilecektir. Fakat anonim olarak sosyal medya mecralarında hareket eden kullanıcıların genellikle, o mecralardaki kullanıcı, misafir isimleri, sisteme her girişlerinde değiştiğinden, bu kişiler bakımından TMK kapsamında gerçek bir ad kullandıklarından bahsedilemeyecektir. Çünkü anonim kişilerin sosyal medya mecralarında kullandıkları adlar, adın bireyselleşme ve diğer kullanıcılardan ayırt edilme fonksiyonunu sağlamamaktadır. Bu halde bu adların TMK m. 26 kapsamında korunmasından bahsedilemeyecektir.

Adın korunmasına ilişkin olarak TMK m. 26 hükmü hak sahibine çeşitli davaları açabilme hakkı tanımıştır. Buna göre adının kullanılması çekişmeli olan kişi, TMK m. 26/1 gereği bu hakkının tespiti için dava açabilir ve TMK m. 26/2 gereği adı haksız olarak kullanılan kişi bu haksız kullanıma son verilmesini;

haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilecektir. Belirtmek gerekir ki TMK m. 26 hükmü adın haksız kullanılması veya ada ilişkin bir çekişmenin ortadan kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlıkları ele alırken, ada yönelik saldırılar aynı zamanda başka bir kişilik hakkını ihlal ediyorsa, koruma TMK ve TBK'nın kişilik hakkı koruması kapsamına giren diğer hükümleri ile de sağlanabilecektir.

KAYNAKLAR

- Aka, Beyza, “Sosyal Medyada Kişilik İhlalleri ve Hukuki Korunma Yolları”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı: 2, Mayıs 2017, s. 231- 287.
- Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükmüleri Kişiler Hukuku*, Cilt 1, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Akkurt, Sinan Sami, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Andreas M. Kaplan; Michael Haenlein, “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, *Business Horizons*, Sayı 53, 2010, s. 59-68,
- Ataay, Aytekin, *Şahıslar Hukuku: Giriş, Hakikî Şahıslar*, Cilt 1, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1969.
- Ayan, Mehmet; Ayan, Nurşen, *Kişiler Hukuku*, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Brunty, Joshua; Helenek, Katherine, *Social Media Investigations for Law Enforcement*, Anderson Publishing, Massachusetts, 2013.
- Boyd, Danah M.; Ellison, Nicole B., “Social Network Sites: Definition, History and Scholarship”, *Journal of Computer-Mediated Communication*, Sayı 13, 2008, s. 210-230.
- Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, Cilt 2, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Eda, Sarp, “İsim Hakkı ve İsmın Korunması”, *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt: 37, Sayı: 93, 2013, s. 59-75.
- Gönen, Doruk, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku*, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Hayrunnisa Özdemir, “Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 561-598.
- Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Helvacı, Serap, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001.
- Kaya, Mine, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 119, 2015, s. 277- 306.
- Kaya, Mine, “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 68, Sayı 4, 2010, s. 279- 339.
- Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

- Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1979.
- Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 36. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- www.checkusernames.com
- www.kazanci.com
- www.namecheckr.com
- www.namechk.com
- www.jurix.com.tr
- www.spinxo.com/username-check

Alacaklıların Korunmasına İlişkin Farklı Yöntemlerin Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi*

Evaluation of Alternative Methods on Creditor Protection within the Context of Capital Protection Principle

Harun ERYİĞİT**

Öz

Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerde anonim şirketler hukukunun önemli bir parçası olarak kabul edilen sermayenin korunması ilkesi ile şirket alacaklılarının muhafazası hedeflenmiştir. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ise bu hedefin aynı ölçüde merkeze alındığını ve şirketler hukukunun önemli bir parçasını teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir. Alacaklıların korunması hedefi, sermayenin korunması ilkesine ilişkin yoğun tartışmaların yaşandığı bir dönemde hazırlık çalışmalarına başlanan 6102 sayılı TTK ile de açıkça zikredilmiştir. Şirketin bağlı malvarlığını şirket alacaklıları lehine muhafaza etmek isteyen kanun koyucu, sermayenin korunması ilkesini açık bir lafız ile ticaret kanunumuzun bir parçası haline getirmiştir. Ancak, şirket alacaklılarının menfaatlerini muhafaza etmeyi hedef tutan yegane yöntem sermayenin korunması ilkesi değildir. Dolayısı ile kanun koyucu tarafından ortaya konulan bu hedefin ilke kapsamında tam anlamı ile sağlanıp sağlanamayacağını tespit adına bu hedefe hizmet eden diğer yöntemlerin sermayenin korunması ilkesi merkezinde mukayeseli olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sermayenin korunması ilkesi, kurumsal yönetim ilkeleri, yöneticilerin sorumluluğu, iflas, tüzel kişilik perdesinin aralanması.

ABSTRACT

In countries where European Civil Law system is adopted, law-makers aim to protect the creditors with the principles of capital protection, which is also accepted as a corner stone of the joint stock company law. However, the creditor protection is

* Makale gönderim tarihi: 10.05.2020. Makale kabul tarihi: 27.05.2020. Harun Eryiğit, "Alacaklıların Korunmasına İlişkin Farklı Yöntemlerin Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 215-237; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.1.05>.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul. heryigit@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6066-1287>.

not equally prominent in Anglo-American legal systems and it does not constitute such a considerable part of corporate law. The purpose of creditor protection was clearly mentioned with TCC numbered 6102, which the preparatory works has begun in a period of intense debate on the principle of capital protection. In order to protect company's subsidiary assets for the benefit of the creditors of the company, the principle of the protection of capital was explicitly accepted as a part of our commercial law. However, capital protection principle is not the only method that aims to protect the interests of company creditors. In order to determine the appropriateness of this principle for the targeted purpose, other methods which will also provide creditor protection should be evaluated in comparison to the principle of capital protection.

Keywords: Capital protection principle, corporate governance rule, liabilities of directors, bankruptcy, piercing the corporate veil.

Giriş

Asıl olarak sermaye şirketlerine yatırım yapan ve yönetimde söz sahibi olmayan bireysel yatırımcıları koruma amacı ile getirilen sınırlı sorumluluk sistemi, süreç içerisinde az sayıda pay sahibinin bulunduğu sermaye şirketlerinin teşekkülünde vazgeçilmez bir cazibe noktasına haline gelmiştir¹. Sınırlı sorumluluk uygulaması şirketin yönetimini elinde tutan pay sahibi yahut pay sahibi gruplarının kendi çıkarları doğrultusunda şirket malvarlığını riske atabilecek işlemlerin gerçekleştirilmesi noktasında daha istekli hale getirmiştir². Bu durum ise ekonomik çıkarları şirketin malvarlığını muhafazasına bağlı olan şirket alacaklılarının menfaatlerini tehlikeye atmıştır³.

Oluşan bu riskleri belirli bir ölçüde sınırlandırmak ve şirket alacaklılarının menfaatlerini gözetmek isteyen kanun koyucular tarafından esas sermaye sistemi benimsenmiş; bu kapsamda şirket esas sözleşmesinde gösterilen rakamın öncelikle şirket alacaklılarının borçlarının ifası ve şirket zararlarının ka-

1 Derek French, Stephen Mayson, Christopher Ryan, *Company Law*, 29. Bası, Oxford, 2012-2013, s. 55.

2 Şirket ortakları oluşabilecek kârı alacaklılar ile bölüşmemek için de riskli bir yöntemi tercih edebilir. (John Armour, Gerard Hertig, Hideki Kanda, "Transactions with Creditors", Ed. Reinier Kraakman, *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*, 3. Bası, Oxford, 2017, s. 111 ve dn.11). Dış kaynaklardan finansman sağlanması noktasında şahsi teminatları aranacak olan pay sahipleri, bu sorumluluktan kaçınmak adına daha riskli finansman kaynaklarına yönelebilir (Stewart C. Myers, "Determinants of Corporate Borrowing", *Journal of Financial Economics*, Cilt 5, Sayı 2, 1977, s. 156).

3 Christopher J. Cowton, "Putting Creditors in Their Rightful Place: Corporate Governance and Business Ethics in the Light of Limited Liability", *Journal of Business Ethics*, Cilt 102, Sayı 1, 2011, s. 29.; Thomas Bachner, *Creditor Protection In Private Companies Anglo-German Perspectives For A European Legal Discourse*, Cambridge, 2009, s. 22).

patılması için kullanılması hedeflenmiştir⁴. Sermayenin korunması ilkesi ise bu hedefin en önemli parçası olarak hukuk düzenleri içerisinde kendisine yer bulmuş, özellikle Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerde şirketler hukukunun temel taşlarından biri olarak zikredilmiştir⁵.

Sermayenin korunması ilkesi pay sahiplerince taahhüt edilen sermaye değerlerinin eksiksiz olarak şirket içerisinde teşkilini ve teşekkül eden sermayenin şirketin bağlı malvarlığı değerleri ile birlikte yalnızca şirket faaliyetlerinde kullanılarak alacaklılar lehine idamesini öngören sistem olarak tanımlanabilir⁶. Bu şekilde tanımlanan sermayenin korunması ilkesinin asli ve tek amacı sınırlı sorumluluk ilkesi kapsamında ekonomik riskleri üstlenmek zorunda bırakılan şirket alacaklılarını koruyarak, şirket pay sahipleri lehine oluşturulan korumanın makul sınırlar içerisinde kalmasını sağlamaktır⁷.

Alacaklıların korunmasına ilişkin benimsenen yegane yöntem sermayenin korunması ilkesi kapsamında alınan tedbirler ile sınırlı değildir. Hatta, öyle ki alternatif yöntemlerin benimsendiği Anglo-Amerikan hukuk sisteminde alacaklıların korunmasında sermayenin korunması dışındaki diğer uygulamaların daha etkili olduğu yoğun bir şekilde savunulmaktadır⁸. Dolayısı ile ülkemiz hukuk sisteminin de uygulanmakta olan ve alacaklıların korunması amacına hizmet eden ilke dışındaki yöntemlerin farklı hukuk sistemleri esas alınarak sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu yöntemlerin ticaret kanunumuzun asli koruma mekanizması olarak tayin edilen ilke ile eş zamanlı olarak tatbik edilip edilemeyeceğini tespit etmek kanun koyucunun koymuş olduğu hedefe ulaşmada önem arz etmektedir. Ayrıca, bu tespitler özellikle sermayenin korunması ilkesi bağlamındaki tartışmalara istinaden hangi alternatif yöntemlere ağırlık verilmesi gerektiği noktasında da bizlere yol gösterici olacaktır.

Bu bağlamda kaleme alınan çalışmamız sermayenin korunması ilkesi ile bağlantılı olan ve alacaklıların korunması hususunda en çok zikredilen dört

4 John Armour, "Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law", *The Modern Law Review*, Cilt 63, Sayı 3, 2000, s. 355.

5 Tilma Bezenberger, *Das Kapital der Aktiengesellschaft: Kapitalerhaltung – Vermögensbindung – Konzernrecht*, Otto Schmidt Verlag, Köln, 2005, s. 72.; Marc Bauen, Robert Bernet, *Swiss Company Limited by Shares*, Schulthess Verlag, Zurich, 2007, s. 116 – p. 340.

6 Harun Eryiğit, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019, s. 129.

7 Eryiğit, s. 52.

8 Luca Enriques, Jonathan, R. Macey, "Creditors Versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules", *Cornell Law Review*, Cilt 86, Sayı 6, 2001, s. 173.; Armour, Hertig, Kanda, s. 125; Bezenberger, s. 31.

yönteme odaklanmıştır. Söz konusu yöntemlerden bir kısmı tıpkı sermayenin korunması ilkesinde olduğu gibi önleyici birtakım tedbirler (önleyici etki) yolu ile alacaklıları korumayı hedeflemektedirken, diğer bir kısmı ise ancak alacaklıların menfaatlerinin şirket tarafından karşılanmadığı hallerde (giderici etki) karşımıza çıkmaktadır⁹. Çalışmamız kapsamında incelenen kurumsal yönetim ilkeleri ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu menfaatlerini muhafaza adına temel olarak önleyici tedbirler arasında incelenmiş, iflas hukukuna özgü yaptırımlar ve tüzel kişilik perdesinin aralanması giderici tedbirler bağlamında değerlendirilmiştir. Son olarak belirtmek gerekir ki konunun sınırlandırılabilmesi adına değerlendirmelerimiz halka açık olmayan anonim ortaklıklar bağlamında ele ortaya konulmuştur.

I. Alacaklıların Korunması Adına Öngörülen Önleyici Tedbirler

A. Kurumsal Yönetim İlkeleri

Kurumsal yönetim kavramı¹⁰, esasında ticaret hayatındaki etik tartışmaların sonucu olarak ortaya çıkmış, kavramın oluşmasında büyük skandallar etkili olmuştur¹¹. İlkeler ilk kez Amerika’da tartışılmış, takip eden süreçte bu tartışmalar başta İngiltere olmak üzere AB üyesi devletlere oradan ise Avustralya, Çin, Japonya, Singapur gibi tüm modern endüstri devletlerine yayılmıştır¹². Bu bağlamda neredeyse tüm dünyadaki uygulamacı ve akademisyenlerin dikkatini çeken kavram üzerine oldukça çok sayıda eser kaleme alınmış, kavram pek çok düzenlemeye konu olmuştur.

Kavramın ortaya çıktığı Anglo-Amerikan hukuk sistemleri incelendiğinde bu sistemlerin genel olarak pay sahipleri refahının artırılmasına odaklandığı görülmektedir¹³. Bu düşünceye paralel olarak gelişen kurumsal yönetim anlayışında da doğal olarak şirket faaliyetleri sonucu elde edilecek olan değer

9 Karen Vanderkerckhove, *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*, Kluwer Law International, 2007, s. 180.

10 Kavram İngilizce “corporate governance” teriminin Türkçe karşılığı olarak kullanılmaktadır. Ancak *Paslı* tarafından dile getirildiği üzere kavramın tam ve gerçek anlamda tercümesi oldukça güçtür. Bu nedenle birçok ülke kavramı tercüme etmeden doğrudan kullanılmaktadır. *Paslı* tarafından gündeme getirilen diğer ihtimaller “ortaksal yönetim”, “tüzel yönetim”, “anonim ortaklık yönetimi”, “işletme yönetimi” ve “şirket yönetimi” terimleridir (Ali, *Paslı, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2004, s. 14). Ancak kavram doktrinde ve uygulamada kurumsal yönetim ilkeleri olarak kabul görmüştür

11 Cowton, s. 22.

12 Klaus J. Hopt, “Comparative Corporate Governance: The State of The Art and International Regulation”, Ed. Andreas M. Fleckner, Klaus J. Hopt, *Comperative Corporate Governance A Functional and International Analysis*, Cambridge, 2013, s. 6.

13 Henry Hansmann, Reinier Kraakman, “The End of History for Corporate Law”, *The Georgetown Law Journal*, Cilt 89, 2001, s. 468.

üzerinde öncelikli hak sahibi olan ortakların menfaatleri öncelikle dikkate alınmıştır¹⁴. Buna göre zaten şirket üzerinde menfaate sahip olan bu kişilerin aynı zamanda anonim ortaklığın yönetimi üzerinde de etkili olacağı ve olması gerektiği ilkeler kapsamında açıkça kabul edilmiştir¹⁵.

Öte yandan yalnızca pay sahiplerinin menfaatlerine odaklanılan klasik anlayıştan farklı olarak şirketin karlılığının yalnızca pay sahipleri menfaatlerinin maksimizasyonuna değil, aynı zamanda şirketin çalışanları, müşterileri, sivil toplum kuruluşları ve bunun ötesinde içerisinde bulunduğu toplum ile olan ilişkilerine bağlı olduğu kabul edilmiştir¹⁶.

Buna uygun olarak kurumsal yönetim ilkeleri ile benimsenen standartların kalitesinin en temelde (i) pay sahiplerinin, (ii) azınlık pay sahiplerinin ve (iii) alacaklıların menfaatlerinin gözetilmesi kapsamında oluşturulacak endeks üzerinden yapılacak ölçümler ile tespit edilebileceği dile getirilmiştir¹⁷. Bu endeksler kapsamında uygulanacak olan doğru ilkeler yalnızca pay sahiplerinin yönetim ve kontrol maliyetlerini azaltmakla kalmamakta aynı zamanda şirketin sermaye yeterliliğinin teminini garanti ederek diğer paydaşların da menfaatlerini muhafaza etmektedir¹⁸.

Şirketin ödeme gücü ile bağlantılı olarak paydaşların ve özellikle alacaklıların muhafazasına ilişkin ortaya konulan bir diğer düşünceye göre ise; kurumsal yönetim ilkeleri ile benimsenen korumanın amacı şirketin ödeme gücüne dayalı olarak içerisinde bulunduğu evrelere göre farklılık göstermektedir. Buna göre şirketin ödeme gücünü koruduğu dönemde kurumsal yönetim ilkelerinin temel odak noktası pay sahiplerinin ve özellikle de belirli bir grup pay sahibinin hakları olmalı iken; şirketin borçlarını ödemede acze düşme riski ile karşı karşıya kaldığı dönemde ilke kapsamında benimsenen temel anlayışın şirket alacaklılarını hedef alması ve bu doğrultuda politikaların benimsenmesi gerek-

14 Cowton, s. 31.

15 Christopher M. Bruner, *Corporate Governance in the Common- Law World The Political Foundations of Shareholder Power*, Cambridge University Press, 2013, s. 54.

16 Paşlı, s. 50.; Roy Girasa, *Corporate Governance and Finance Law*, Palgrave, New York, 2013, s. 108. Ancak Alman Kurumsal Yönetim İlkeleri ile menfaat grupları şirket, pahasahipleri, çalışanlar ve diğerleri olarak gruplandırılmıştır (Markus Roth, "Corporate Boards in Germany", Ed. Paul Davies, Klaus Hopt, Richard Nowak, and Gerard van Solinge, *Corporate Boards in European Law A Comparative Analysis*, Oxford, 2013, s. 339-340). Özellikle sermayenin korunması ilkesi kapsamında zikredilen bu kişilerin iradi yahut zorunlu alacaklı olarak nitelendirilebileceği hususunda bkz. Eryiğit, s. 44 vd.

17 Marina Martynova, Luc Renneboog, "Spillover of Corporate Governance Standards in Cross-Border Mergers and Acquisitions", Ed. Alessio M. Paces, *The Law and Economics of Corporate Governance Changing Perspectives*, Edward Elgar Pub, 2010, s. 139.

18 Martynova, Renneboog, s. 139.

mektedir¹⁹. Bu yönü ile şirkette pay sahibi olmayan alacaklıların korunmasına ilişkin tedbirlerin aslında kurumsal yönetim ilkelerinin önemli bir parçası olduğu görülmektedir. Özellikle ABD uygulamasında alacaklıların korunmasına ilişkin en temel düzenlemeler bu bağlamda karşımıza çıkmaktayken, Avrupa Birliği ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kurumsal yönetim ilkelerinde benimsenenden çok daha katı bir koruma sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile temin edilmeye çalışılmaktadır²⁰.

Aslında bu durum genel olarak alacaklıların korunmasına ilişkin hedefe bakış açısının da bir sonucudur. Nitekim kurumsal yönetim ilkeleri temel olarak büyük halka açık veya borsalarda yahut teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim şirketlerin sorunlarına çözüm sunmak için geliştirilmiş olup, ilkeler kapsamında ortaya konulan düzenlemelerin mezkur anonim ortaklıklar dışında kalan yahut anonim ortaklıklar dışındaki tüzel kişilere ancak uyarlanarak uygulanması mümkündür²¹. Bu bağlamda kapalı tip ortaklıklar bakımından alacaklıların korunmasına dair bir gereksinim duymayan Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde farklı olarak kıta Avrupası Hukuk sistemlerinde ihtiyaç duyulan bu korumanın sermayenin korunması ilkesi kapsamında değerlendirilmesi doğaldır. Bu yönü ile kurumsal yönetim ilkelerinin, sermayenin korunması ilkesinin bir alternatifi olarak ve halka açık anonim ortaklıklara ilişkin menfaat çatışmalarının engellenmesi amacını güttüğünü söylenebilir.

Dolayısıyla, hukuki ilişkilere ve anonim şirketin karar alma süreçlerine doğrudan müdahale eden sermayenin korunması ilkesinin aksine, kurumsal yönetim ilkelerinin halka açık olmayan anonim ortaklıklar uygulamasında alacaklılar lehine gerçek anlamda bir koruma sağladığından söz etmek kanaatimizce mümkün değildir²².

19 Cowton, s. 28.

20 Edward Rock, Paul Davies, Hideki Kanda, Reinier Kraakman, Wolf- George Ringe, "Fundamental Changes", Ed. Reinier Kraakman, *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*, 3. Bası, Oxford, 2017, s. 203.

21 Pash, s. 15.

22 Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile benimsenen bu anlayışın, halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından ne kadar etkili olduğu ise ayrıca sorgulanmaktadır. Kanaatimizce sermayenin korunması ilkesine ilişkin yaklaşımın tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu yönde detaylı açıklama için bkz: Eryiğit, s. 228 vd.

B. Yöneticilerin Sorumluluğu

Alacaklılara ait menfaatlerin muhafazası ve yöneticilerin²³ sorumluluğu, alacaklıların menfaatini korumak için kullanılan araçlardan bir diğeri olarak karşımıza çıkmaktadır. Anonim şirketler hukukuna ilişkin birçok düzenlemede olduğu gibi, yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler de esasında şirket içi ve dışı menfaat grupları arasındaki çıkar çatışmalarını konu almakta, bu ihtilaflar bağlamında korunacak olan taraf ve değerleri tespit etmeyi hedeflemektedir.

Bu çatışmanın taraflarından biri olan ve şirket tüzel kişiliğince girişilecek olan faaliyetleri ana hatları ile tayin edecek olan pay sahiplerinin mümkün olduğunca daha çok kâr getiren yatırımlara yönelmeyi tercih etmesi, diğer taraftan söz konusu işlemler nedeni ile sorumlulukları gündeme gelecek olan yöneticilerin ise pay sahiplerinden farklı olarak mümkün olduğunca risksiz ancak getirisi görece az olan yatırımlara yönelme olasılığının daha yüksek olması bu kapsamda dikkat çeken ilk çatışma olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴. Bir diğer menfaat grubu olan şirket alacaklıları ise pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki bu çatışmadan mümkün olan en yüksek faydayı temin etmeye çalışmakta ve şirket tarafından girişilecek olan yatırımların mümkün olduğunca daha risksiz alanlara yönlendirilmesi yahut alınacak olan risklerin pay sahiplerine ait menfaatlardan karşılanacak şekilde teminat altına alınması yönünde çaba sarf etmektedir²⁵. Bu doğrultuda, şirket alacaklıları ile şirket yöneticilerinin menfaatleri büyük ölçüde uyum içerisinde olmakta, alacaklılar kendi menfaatlerini muhafaza etme imkânına sahip bulunmaktadır²⁶. İşte şirket alacaklıları-

23 Şirket yöneticileri kavramı yönetim kurulu üyelerinden daha geniş bir grubu ifade etmekte olup bu kapsamda özellikle yönetici kavramı tercih edilmiştir. Nitekim gerek ülkemizde gerekse de aşağıda incelenecek olan diğer hukuk sistemlerinde söz konusu sorumluluk hiçbir zaman yönetim kurulu üyeleri ile sınırlı olarak ele alınmamaktadır. Bu gruba *de facto* yahut olgu organ olarak nitelendirilen yöneticiler de dahildir (Armour, Hertig, Kanda, s. 128). Hukukumuz açısından bu kavramın daha detaylı incelenmesi için bkz: Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1995, s. 7 vd.

24 David W. Leebron, "Limited Liability, Tort Victims, and Creditors", *Columbia Law Review*, Cilt 91, Sayı 7, 1991, s. 1590.

25 Frank H. Easterbrook, "Two Agency-Cost Explanations of Dividends", *American Economic Association*, Cilt 74, Sayı 4, 1984, s. 653.; Leebron, s. 1590. Burada zikredilen alacaklıların iradi alacaklılar olduğundan şüphe duymamak gerekmektedir.

26 Özellikle şirket içerisinde önemli ölçüde pay sahibi olmayan yöneticiler yalnızca pay sahiplerinin elde edeceği menfaati artırmak adına risk almak istemeyecek, ortaya çıkması muhtemel bu başarısızlığın kendi itibarlarına zarar vermesinden çekinecek, bu nedenle de paysahiplerinin menfaatine ve alacaklılar aleyhine olacak işlemlerden büyük ölçüde kaçınacaklardır (Armou, Hertig, Kanda, s. 112.). Örneğin, X anonim şirketinin kredi başvurusunda bulunduğu A bankası, vereceği kredi karşılığında X anonim şirketinin önceki dönem kârları ile sermaye artırımına gitmesini ya da riskli gördüğü alanlardaki işletmelerini elden çıkarmasını isteyebilecek, şirketin likidite ihtiyacını karşılamakla yükümlü ve görevli olan yöneticiler ise riskli ve getirisi yüksek olan yatırımlara

nın henüz şirket ifa güçlüğüne düşmeden bu imkâna sahip olmasını sağlayan ve menfaat çatışmalarında avantajlı konuma getiren uygulama, anonim şirketlerde benimsenen yöneticilerin sorumluluğu sistemidir²⁷. Herkes tarafından erişilebilir hale getirilen sınırlı sorumluluk sistemi nedeni ile sorumluluğuna gidilemeyen şirket ortaklarının sorumsuz davranışlarının bu yolla engellenmesi hedeflenmiş²⁸, pay sahiplerinin aksine kanun koyucu tarafından öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeyen yöneticilerin şirketin uğradığı zararlardan şahsen ve doğrudan sorumlu oldukları kabul edilmiştir²⁹.

Ancak yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ile menfaat çatışmalarında alacaklılar lehine sağlanmak istenen avantaj, her zaman önleyici tedbirler kapsamında sağlanamayabilir. Zira, şirket pay sahiplerinin doğrudan yönetimde yer aldığı durumlarda şirketin genel politikalarını belirleme gücüne sahip olan ortakların aynı zamanda bu politikaların uygulanması noktasında yetkili olan yöneticiler olması, pay sahipleri ile yöneticiler arasında oluşan ihtilaflardan alacaklıların fayda sağlamasını engelleyebilir³⁰. Alacaklılar aleyhine oluşan bu riski bertaraf etmek isteyen kanun koyucular neredeyse tüm hukuk düzenlerinde yöneticilerin kasıt yahut ihmali neticesinde ödeme güçlüğü içerisine düşen şirketlerde, alacaklılarının korunması için ayrıca düzenlemeler getirmiş, bu durumda yöneticilerin şirket alacaklılarına karşı bizzat ve doğrudan tüm malvarlıkları ile sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır³¹. Bu yönü ile yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin hem önleyici hem de giderici etkisi olduğu görülmektedir³².

devam etmek yerine, büyük ihtimalle kredi karşılığında bu alandaki yatırımların elden çıkarılmasını kabul edecektir.

27 Özellikle AB kapsamında ele alınan tek kişi ortaklıklarda alacaklıların korunmasına dair düzenlemeler ağırlıklı olarak yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler yolu ile sağlanmaktadır (Klaus Hopt, "Corporate Governance in Europe: A Critical Review of the European Commission's Initiatives on Corporate Law and Corporate Governance", *New York University Journal Of Law & Business*, Cilt 12, Sayı 1, 2015, s. 159).

28 David Milman, *National Corporate Law in a Globalised Market: The UK Experience in Perspective*, Edward Elgar Pub., Cheltenham, 2009, s. 48. Yazar özellikle sermaye şirketlerinde yönetici olmak için aranan ilişkin şartların ağırlaştırılması ve bu şartları taşımayan kişilerin yöneticilikten men edilmesinin sınırlı sorumluluğun kamu ve özellikle alacaklılar açısından doğurduğu riskleri azalttığı dile getirmiştir.

29 French, Mayson, Ryan, s. 56. Bu husus TTK (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu) ile de açıkça düzenlenmiş ve 555. madde ile şirketin uğradığı zararların tazmininin, şirket ve her bir pay sahibi tarafından istenebileceği belirtilmiştir.

30 Benzer şekilde pay sahiplerinin doğrudan yönetime katılmadığı ancak yöneticiler üzerinde yoğun bir kontrole sahip olduğu durumlarda da aynı sorun gündeme gelmektedir.

31 Armour, Hertig, Kanda, s. 128. TTK m. 553 düzenlemesi ile yöneticilerin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır.

32 Fakat giderici etkinin gündeme geldiği hallerde çoğu zaman alacaklıların tamamının zararlar-

Yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin sermayenin korunması ilkesi ile de yakından ilgisi vardır. Nitekim sermayenin korunması ilkesi kapsamında hedeflenen korumanın sağlanabilmesi ilk olarak yöneticilerin kanunlar ile öngörülen düzenlemelere riayet etmesi ile mümkün olmaktadır. Sermayenin korunması ilkesinin şirketler hukukunun bir parçası olarak kabul edildiği hukuk sistemlerinde ilke kapsamında öngörülen tedbirler emredici olarak kabul edilmekte, yöneticiler tarafından gerçekleştirilecek olan işlemlerin tamamında ilkenin sınırlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir³³. Yöneticilerin üstüne düşen yükümlülüğü ifa etmemesi nedeni ile sermayenin korunması bağlamında getirilen düzenlemelerin alacaklıları korumada yetersiz kaldığı hallerde ise yöneticilerin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu yönü ile yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler ile sermayenin korunması ilkesi de koruma altına alınmaktadır. Diğer taraftan, sermayenin korunmasına ilişkin önlemlerin gerçek anlamda sağlanabilmesinin öncelikli olarak şirket muhasebe kayıtlarının ve bilançolarının muhtevası ile bağlantılı bulunduğu göz önüne alındığında bu ilişki daha kolay bir şekilde tespit edilebilmektedir. Dolayısıyla, yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin alacaklılar lehine önleyici etkisini gösterdiği bir diğer alan sermayenin korunması ilkesi ile ortaya çıkmaktadır.

Sermayenin korunması ilkesi ile yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler arasındaki bir diğer bağlantı ise kendisini ilkenin terk edildiği hukuk sistemlerinde göstermektedir. Bu sistemlerde sermayenin korunmasına ilişkin karmaşık düzenlemeler yerine, yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler vasıtası ile ticarete girişlerin teşviki ve alacaklıların korunması arasında daha doğru bir denge sağlanılabacağına inanılmakta³⁴ bu doğrultuda sermayenin korunması ilkesinin terk edilmesi ile oluşan boşluk bu sorumluluk hükümleri ile kapatılmaktadır³⁵. Bu durum özellikle ABD ve İngiltere uygulamasında kendisini göstermektedir³⁶.

rının tazmini mümkün olmadığından, alacaklılar lehine koruma sağlayan asıl etkinin önleyici etki olduğunu kabul etmek kanaatimizce daha doğrudur.

- 33 Yönetim kurulu tarafından alınan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararların batıl olduğu, TTK m. 391 hükmü ile düzenlenmiştir.
- 34 Jennifer James, *Q&A Series Company Law*, 4. Bası, Routledge-Cavendish, London, 2003, s. 182.
- 35 Tim Drygala, "Directors Liability in the Member States of the European Union", *Legal Capital in Europe, European Company and Financial Law Review*, Özel Sayı 1, Berlin, 2006, s. 235.
- 36 Örneğin temel olarak sermayenin korunması kapsamında ele alınan nakit dışı sermayenin değerlendirilmesi mevzuunda ilkenin gereği olan bağımsız kişilerce değer biçilmesi hususu terk edilmekte, bunun yerine değer biçmek ile yükümlü olan yöneticilerin bu konuda sorumlu tutulması kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz: Eryiğit, s. 93 vd.

Öyleyse, gerek ilkenin uygulandığı gerekse de ilkenin terk edildiği hukuk sistemlerinde ilke ile yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler arasında önemli bir ilişki söz konusu olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, sermayenin korunması ilkesi benimsensin yahut benimsenmesin alacaklıların korunması hedefine ulaşmak isteyen kanun koyucuların yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlere önem vermesi, yapılan işlemlerin geçerliliğine odaklanmak yerine sorumluluk hükümlerini öncelemeleri gerekmektedir.

II. Menfaatleri Şirket Tarafından Temin Edilemeyen Alacaklıların Korunması Adına Benimsenen Yöntemler

A. İflas Uygulaması

Bir kişinin alacaklıları aleyhine giriştiği hukuki işlemlerin hukuk düzeni tarafından sorgulanması aslında yeni bir yaklaşım değildir. Özellikle alacaklıları aldatmaya dönük hukuk ilişkilerin geçersizlik yaptırımına tabi tutulduğu rejim, Roma Hukuku'na kadar uzanmakta, bu tarz işlemler “*actio Pauliana*” olarak isimlendirilerek geçersiz kabul edilmektedir³⁷.

Sorumluluğun sınırlandırıldığı sermaye şirketleri ile yapılan işlemlerde alacaklıların gerçek anlamda korunabilmesi için şirketler hukuku ile iflas hukukunun uyumlu düzenlemeler içermesi büyük önem arz etmekteyse de bu iki hukuk dalı arasındaki ilişki her hukuk sisteminde farklılık göstermektedir. Alman hukukunun etkisi altında gelişen Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde konu aynı bağlamda ele alınmamaktadır. Alacaklıların korunmasına ilişkin yaklaşımın yoğun olarak vurgulandığı Kıta Avrupası sistemi konuyu ağırlıklı olarak şirketler hukukuna ilişkin düzenlendiği tedbirler kapsamında ele alırken, iflas hukukunda aynı vurguya bu sıklıkta rastlanmamaktadır³⁸. Ülkemizin de parçası olduğu bu sistemde iflas

37 Irit Mevorach, “Transaction Avoidance in Bankruptcy of Corporate Groups”, *European Company and Financial Law Review*, Cilt 8, Sayı 2, 2011, 215-258. Institutes of Justinian, 4, 6, 6 ile açıkça kabul edilen bu düzenleme uyarınca, herhangi birinin mülkiyetinde olan malvarlığı değerlerini alacaklıların aleyhine olacak şekilde ve hileli olarak üçüncü bir kişiye devretmişse alacaklılar söz konusu mallara el konulmasını ve yapılan işlemlerin geçersiz olduğunu ileri sürebilecektir. Yine Paulus tarafından kaleme alınan (Dig. 22, 1, 38, 4, from Paul’s commentary on Plautius, B 6) ile bu tarz eylemler nedeni ile yalnızca söz konusu değerlerin iadesi değil aynı zamanda mahrum kalınan karnın da iadesi öngörülmüştür (Max Radin, “Fraudulent Conveyances at Roman Law”, *Virginia Law Review*, Cilt 18, Sayı 2, 1931, s. 109-110). *Actio Pauliana*’ya ilişkin düzenlemeler yaklaşık bin yıl boyunca hiç değişmeden uygulanmış ve bugün için bile uygulamanın en temel davalarından birini oluşturmaktadır (Jozsef Benke, “The Remembrance of Praetor Paulus in Mid-Tudor England”, *Journal on European History of Law*, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 80). *Actio Pauliana* kavramının Türkçe karşılığı olarak “tasarrufun iptali” terimi tercih edilmektedir. Kavramın bu yönde kullanımını için bkz. M. Kamil Yıldırım, “Tasarrufun İptali Ticari İşletme Devri Karinesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 471-482.

38 Bachner, s. 9.

kurumu daha çok usul hukukunun bir bölümü olarak görülmekte, konu ticaret hukukçularından çok usul hukukçuları tarafından değerlendirilmektedir³⁹. İngiltere ve Amerika uygulaması için ise aynı şeyi söylemek mümkün değildir. İngiltere’de şirketler hukuku ile iflas hukuku arasındaki ilişki çok daha bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Nitekim, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde klasik olarak şirketler hukukunun bir kısmını oluşturan “tasfiye” işlemleri, İngiltere’de 1986 ve 2000 tarihli iflas kanunları ile düzenlenmiştir. Bunun öncesinde ise iflasa ilişkin hükümler şirketler kanununun bir parçası olarak kabul edilmiştir⁴⁰. Ancak, hangi bağlamda ele alındığına bakılmaksızın iflas hukuku alacaklıların korunmasını öngören sistemin ayrılmaz bir parçasıdır. Nitekim genel olarak “tahsilat hukuku” olarak adlandırılabilir olan bu hukuk dalı, gerek eski dönem gerekse modern dönemlerde borcun ifa edilmemesi nedeni ile zarara uğramış olan alacaklının, borçlunun edimi gönüllü olarak ifa etmiş olsaydı bulunacağı durumda olmasını sağlama amacına odaklanmaktadır⁴¹.

39 İflas hukuku Alman İmparatorluğu’nda hukuk mahkemeleri ve yargılama usulünü düzenleyen düzenlemelerin bir parçasını oluşturmaktadır (Bachner, s. 11.).

40 Bachner, s. 10.; Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law- Perspectives and Principles*, 2. Bası, Cambridge University Press, 2009, s. 12-13. Özellikle 2000’li yıllar sonrasında bilhassa İngiltere’de menfaatleri teminat altına alınmamış ya da alınmamış alacaklıların korunması hedefi iflas hukuku bağlamında daha ön plana çıkmıştır. Bu kapsamda 2002 yılında yürürlüğe giren “Enterprise Act” ile “Kraliyet”in olası tasfiye ve iflas süreçlerinde imtiyazlı alacaklı olarak değerlendirilmeyeceği açıkça düzenlenmiştir (Finch, s. 3.).

41 Robin R. Korobkin, “Bankruptcy Law, Ritual, and Performance”, *Columbia Law Review*, Cilt 103, Sayı 8, 2003, s. 2133. Bu amaçla ortaya konulan ve genel olarak tahsilat hukuku olarak isimlendirilen uygulama kapsamında alacaklıların ilk başta borçlunun malvarlığını yani sıra vücut bütünlüğü üzerinde de tasarruf etmesine imkân tanınmış, ancak zaman içerisinde bu anlayış değişmiştir (Finch, s. 10.; Korobkin, s. 2134 vd.). Değişen bu anlayış ve borcunu ödemeyen borçlunun şahsı üzerinde uygulanan yaptırımların gerekli faydayı sağlamadığının görülmesi ile birlikte bu ekonomik faydanın temini amacı ile yeni bir hukuk dalı ortaya çıkmış ve bireysel iflas terimi hukuk düzenlerinde kendisine yer bulan bir kavram olmuştur (Korobkin, s. 2138.). Ashında temel olarak ortaçağın başından itibaren gündeme gelen bireysel iflas kavramı, ilk olarak 1542 yılında İngiltere’de çıkartılan “Bireysel İflas Hukuku Kanunu- (Bankruptcy Act)” kurumsal bir yapıya kavuşmuştur (Finch, s. 10). 1570 yılında Kraliçe 1. Elizabeth tarafından yayınlanan bir ferman ise uygulanacak olan bireysel iflas kuralları açısından bir ayrıma gitmiş, tacirler ve diğerleri arasında bir ayırım yaparak yalnızca tacirlerin ve satıcıların iflasa tabi olacağını ilan etmiştir (Finch, s. 10). Siyasi birliğin oldukça geç sağlandığı Almanya’da ise ilk iflas kanunu 1877 tarihlidir (Bachner, s. 11). Batı dünyasında iflas kanunu en son çıkaran ülkelerden biri ise ABD’dir, ilk kanun 1898 yılında yürürlüğe girmiştir (David Graeber, (Terc. Muammer Pehlivan), “*Borç İlk 5000 Yıl*, Everest Yayınları, İstanbul, 2015, s. 23.).

İlk olarak İngiltere’de gündeme gelen ve tacir olanlar ile olmayanlar arasında yapılan ayırım, tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerinin ticaret hayatına girmesi ile farklı bir boyut kazanmış, 1844 tarihli Anonim Şirketler Kanunu’nun kabulünden itibaren şirketlere ilişkin düzenlemelerin bir kısmı sürekli şirketlerin iflası hakkında hükümler ihtiva etmiştir. Bu nedenle şirketlerin iflasına ilişkin düzenlemeler, bireylerin iflasına ilişkin düzenlemelerden ayrı bir hukuk dalı olarak gelişmiştir (Finch, s. 13). Bu bağlamda insolvency kavramı genel olarak şirketlerin iflasını ifade etmek için kullanılırken, bankruptcy kavramı yalnızca bireylerin iflas haline karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır (Bachner, s. 10.).

Alacaklıların korunması kapsamındaki önemi göz önüne alındığında kurum sermayenin korunması ilkesinden bağımsız olarak değerlendirilmesi ise mümkün gözükmemektedir. Bu husus Avrupa Adalet Divanı tarafından verilen “Centros” kararı ile de açıkça kabul edilmiş, sermayenin korunması kapsamında koruma altına alınan değerlerin temelde şirketin iflası ile doğrudan alakalı olduğu, alacaklıların bu bağlamda da koruma altına alındığı dile getirilmiştir⁴². Benzer şekilde sermayenin korunması ilkesine dair tartışmaların önemli noktalarından birini yine iflas hukuku oluşturmaktadır. Nitekim günümüz doktrininde Anglo-Amerikan hukuk sistemi bağlamında ele aldıkları eserlerinde konuya yer veren bir çok yazar, alacaklıları koruyan hükümlerin şirketler hukukunun değil, iflas hukukunun konusunu oluşturması gerektiğini ya da en azından iflas hukukunun bu korumaya dair bütünüün ayrılmaz bir parçası olduğunu dile getirmekte ve ilkenin terk edildiği sistemlerde alacaklılara dönük korumanın iflas hukuku kuralları ile sağlanmaya çalışıldığını belirtmektedir⁴³.

Ülkemiz hukukunda da bu bağlantının varlığı önem arz etmektedir. Her ne kadar, Kıta Avrupası uygulamasına benzer olarak iflas hukuku usul hukukunun bir parçası olarak ele alınmaktaysa da sermayenin korunması ilkesi ile hedeflenen önleyici tedbirlerin etkili olmaması durumunda alacaklılar aleyhine oluşacak risklerin iflas hukukuna dahil tedbirler kapsamında azaltılması söz konusudur. Nitekim TTK ile birlikte kanun koyucu sermayenin korunması ilkesine aykırı genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunu düzenlemiş ancak buna rağmen üçüncü kişiler yapılacak olan hukuki işlemlerin akıbetine ilişkin ayrıca bir izahatta bulunmamıştır. Anonim şirketlerin temsiline ilişkin temel düzenlemeler dikkate alındığında ise ilkeye aykırılığa rağmen işlemin tarafı haline gelmiş olan üçüncü kişilerin ve bu cihette işlemin

42 Divan tarafından verilen 9 Mart 1999 tarihli ve “Centros v Erhvervs-Og Selskabsstyrelsen” başlıklı kararın 32. paragrafı.

43 Ellis Ferran, Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford University Press, 2014, s. 181; Cowton, s. 26-27.; Milman, s. 49-50.; Arthur R. Pinto, “Protection of Close Corporation Minority Shareholders in the United States”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 62, 2014, s. 363. Konu bu yönü ile ele alındığında sermayenin korunması ilkesi kapsamında yapılan tartışmaların iflas hukukundan bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. 2000’li yılların ardından özellikle İngiltere iflas hukukunda yaşanan bakış açısı farklılığını sermayenin korunmasına ilişkin tartışmalarda ayrı olarak değerlendirmek mümkün değildir. Nitekim aynı dönemde şirketler hukukunda yaşanan önemli değişiklikler ve bu değişiklikler üzerine yapılan tartışmalar bilhassa sermayenin korunması ilkesinin verimliliğine odaklanmış, ilkenin hedeflediği korunmanın alacaklıların kendi menfaatlerini muhafaza etmek adına gerekli adımların atılması ile daha verimli bir şekilde sağlanacağı yönünde görüş oluşmuştur. Bu görüş hükümet raporlarına da yansımıştır. Fakat zorunlu alacaklıların varlığı, ilkede kapsamlı bir değişikliği öngören taraflarca da tereddütlere neden olmuştur. İşte tam da bu dönemde iflas hukukunun temel odağının menfaatleri teminat altına alınmamış olan alacaklılara yönelmiş olması kanaatimizce tesadüf değildir (Detaylı bilgi için bkz: Eryiğit, s. 93 ve 225 vd.).

sıhhati muhafaza edilmiştir⁴⁴. Dolayısıyla işlemin şirketin bağlı malvarlığı değerlerine müdahale etmesi ihtimalinde dahi, yapılan işlemin şirketler hukuku bağlamında geçerli kabul edilmesi asıldır. Bu durumun şirket alacaklıları için yarattığı risklerin azaltılması ise şirketin iflası durumunda tasarrufun iptali yolu ile sağlanabilmektedir. Öte yandan, tasarrufun iptali davalarında şirketin bağlı malvarlığına müdahale zorunluluğu öngörülmediğinden, düzenlemelerin sermayenin korunması ilkesine nazaran çok daha geniş bir kapsamda alacaklılar lehine koruma sağladığı açıktır⁴⁵. Alacaklılar lehine getirilen korumanın şirketler hukukuna ilişkin hükümlerden daha kapsamlı bir şekilde iflas hukuku ile düzenlendiği sistemlerin Anglo-Amerikan sistemine bu yönü ile yakınlığı söylenebilir⁴⁶.

B. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması

Kabul edildiği gündün beri şirketler hukuku bağlamında önemli etkileri olan ve şirket ortakları üzerinde baskı oluşturan tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi, tıpkı sermayenin korunması ilkesinde olduğu gibi sınırlı sorumluluk kavramının bir sonucu olarak hukuk sistemlerinde kendisine yer bulmuştur⁴⁷. Uygulama ile sınırlı sorumluluk ilkesi uyarınca şirket alacaklılarına karşı mesuliyetleri sınırlanan pay sahiplerinin, belirli şartlar altında şirket tüzel kişiliğine ait borçlardan sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸. Şirketler hukukunda ortaya çıkan belirli sorunların hallini ve sınırlı sorumluluğun or-

44 Detaylı tartışma için bkz: Eryiğit, s. 116 vd.

45 Nitekim iflas durumu yalnızca sermayenin kaybı nedeni ile borca batık hale gelme ihtimalinde söz konusu olmamakta, malvarlığının nakde çevrilememesi sebebiyle nakit akışında yaşanan sorunlar da şirketin borçlarını ödemede aczine ve şirketin iflasına neden olmaktadır.

46 Kıta Avrupası sisteminden farklı olarak, İngiltere’de söz konusu işlemlerin tasarrufu için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamakta, işlemin en başından itibaren kendiliğinden geçersiz olduğu kabul edilmektedir (Bachner, s. 42). Bu yönü ile tasarrufun iptalini inşai dava olarak öngören hukuk sistemimizden ayrılmaktadır.

47 Peter B. Oh, “Veil-Piercing,” *Texas Law Review*, Cilt 89, Sayı 1, 2010, s. 81.; John H. Matheson, “Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil,” *Berkeley Business Law Journal*, Cilt 7, Sayı 1, 2010, s. 4. Sermayenin korunması ilkesi ve sınırlı sorumluluk sistemi arasındaki ilişki için bkz: Eryiğit, s. 30 vd.

48 Tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının aslında tam olarak ne zaman ve nerede ortaya çıktığına dair net bir tespit yoktur (Vanderkerckhove, s. 23.; Oh, s. 83.) Ancak öğretilerde teorinin esas olarak bir *common law* doktrini olduğu hususu çoğunlukla kabul edilmekte (Matheson, s. 4.; Vanderkerckhove, s. 23.), doktrinin en yoğun ve yaygın şekilde uygulandığı sistem ise ABD sistemi olduğu dile getirilmektedir. ABD hukuk sisteminin temel yapısı ve düşünce tarzı dikkate alındığında ilke için gerekli zeminin burada fazlası ile mevcut olduğu, bu bağlamda konuyla alakalı çok fazla araştırmannın ve yargı kararının bulunduğu öğretilerde dikkat çekilmiş, tüm bu hususlar dikkate alındığında teorinin ortaya çıktığı hukuk sistemi olarak ABD’nin zikredilmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir (Vanderkerckhove, s. 23-24). Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin gerçekten burada ortaya çıktığını ve geliştiğini gösteren bir çalışma ise Oh tarafından kaleme alınan makaledir. Nitekim makalede 1658 yılından 2006 yılına uzanan 2,908 adet karar incelenmiş, doktrinin uzun bir süreden beri uygulandığı belirtilmiştir (Oh, s. 81).

taklar açısından yarattığı faydaların dengeli bir şekilde kullanımı amaçlayan tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi, özellikle teorinin ortaya çıktığı *common law* uygulamasında şirketin finansal durumu hakkında hileli beyanlarda bulunarak üçüncü kişilerin menfaatlerini risk altına sokan ortakların sınırlı sorumluluğunu kaldırmak için kullanılmaktadır⁴⁹. Genel kabule göre teori esas olarak şirkete getirilen malvarlığı değerlerinin şirket dışına çıkartıldığı ve sermayenin korunması ilkesinin alacaklıları korumaya yeterli olmadığı durumları konu edinmektedir⁵⁰.

Bu yönü ile Anglo-Amerikan merkezli doktrinin Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde benimsenen sermayenin korunması ilkesinin bir alternatifini oluşturduğu söylenebilir. Nitekim, Anglo-Amerikan merkezli hukuk sistemlerinde sermayenin korunması ilkesi ve bu ilkenin bir parçası olduğu esas sermaye uygulaması halka açık olmayan anonim ortaklıklar bağlamında çok büyük oranda terk edilmiş, ilke kapsamında yer alan pek çok düzenlemeden vazgeçilmiştir⁵¹. Esas sermaye sistemi ve sermayenin korunması ilkesinin terk edilmesindeki en önemli neden bu sistemlerin alacaklıların korunması yönünden makul bir koruma sağlamaması ve özellikle iradi alacaklıların zaten kendilerini koruyacak önlemleri alması gerektiği düşüncesidir⁵². Fakat bu noktada zorunlu alacaklıların varlığı sistemin terkinin savunan yazarların birçoğunda soru işareti yaratmıştır⁵³. İşte bu soru işaretlerinin ve tartışmaların sistemin terk edilmesi ile birlikte çok büyük oranda tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine yönelindiği görülmektedir⁵⁴.

49 Vanderkerckhove, s. 8. Teorinin yoğun olarak uygulama alanı bulduğu ABD doktrininde, tüzel kişilik perdesinin aralanması hususunda kullanılacak olan kriterlere dair pek çok farklı yaklaşım benimsenmiştir. Bunlar; vekalet, alter ego, risk varsayımı, fon hortumlama, malvarlığı değerlerinin karışması, kontrol veya hakimiyet, hile veya gerçeğe aykırı görünüm, kayıtdışılık, adaletsizlik veya haksızlık, araçsallaştırma, emredici düzenlemelere aykırılık, sermaye yetersizliği, “*sham or shell*” vd. olmak üzere toplam 15 kategori kullanılmaktadır (Oh, s. 103). Ülkemizde ise Almanya uygulamasına paralel olarak konu genellikle “malvarlığı değerlerinin yahut ortaklık alanlarının karışması, hakimiyet ve sermaye yetersizliği” kapsamında değerlendirilmektedir (Dilek Cengiz, “Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2017, s. 382 vd.).

50 Vanderkerckhove, s. 155.

51 Eryiğit, s. 93 vd.

52 Eryiğit, s. 225 vd.

53 Zorunlu alacaklılar olarak nitelendirilen bu ikinci grup, şirket ile kendi iradeleri sonucunda yahut irade dışı girdikleri hukuki ilişkilerde şirkete karşı kendisini koruma imkânı bulunmayan ve herhangi bir şekilde şirket ile müzakere şansı olmayan kişilerden oluşmaktadır (John Armour, “Legal Capital: An Outdated Concept”, *European Business Organization Law Review*, Cilt 7, 2006, s. 11).

54 Mahkemeler birçok durumda zorunlu alacaklıların korunması yönünde daha sık karar vermiş,

Öte yandan Anglo-Amerikan hukuk düzenlerinde karşılaşılan ve tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi ile sermayenin korunması ilkesi arasındaki ayrımı ortaya koyan bir diğer husus perdenin ters yönden aralanmasıdır⁵⁵. Tüzel kişilik perdesinin ters yönden aralandığı durumlarda pay sahibinin şahsi alacaklısı kendi alacağını tatmin amacı ile şirket malvarlığına başvurmuştur⁵⁶. Bu yöntemin benimsenmesi ile asli amacı şirket alacaklılarını korumak olan sermayenin korunması ilkesinin temel kabulünün aksine şirket ile hiçbir doğrudan ilişkisi bulunmayan üçüncü kişilerin şirket malvarlığını azaltarak şirket alacaklılarını bu ölçüde korumadan yoksun kılması gündeme gelmektedir.

Esas sermaye sisteminin ve buna bağlı olarak sermayenin korunması ilkesinin uygulandığı sistemlerde perdenin aralanması teorisine ilişkin başka sorunlar da baş göstermektedir. Kural olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması ancak alacaklıların menfaatlerini şirket malvarlığından elde edemeyecekleri durumlarda söz konusu olmaktadır. Fakat şirket bağlı malvarlığının, sermayenin korunması ilkesi bağlamında korunduğu sistemlerde borçları karşılamaya yetmeyen malvarlığının nasıl azaldığını ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim bu malvarlığının ilkeye uygun olarak şirketin hakimiyeti dışına çıkarıldığı kabul edilirse bu durumda zaten tüzel kişilik perdesinin aralanması yoluna gidilememesi gerekmektedir. Diğer taraftan ilkeye aykırı aktarımlarda ise söz konusu miktarın zaten şirkete iadesi gerekmektedir ki, bu durumda ilke kapsamında iade edilen değerlerin alacaklıların menfaatlerini karşılamaması şirketler hukuku bağlamında bir sorun teşkil etmemelidir⁵⁷.

bu uyumsuzluklarda ispat açısından pek çok kolaylık sağlanmıştır (Oh, s. 87 ve 126 ve 145). Bu konuda daha önce *Thompson* yapılan çalışmada (Robert B. Thompson, "The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities", *Wake Forest Law Review*, Cilt 32, Sayı 1, 1997) aksi yönde sonuçlara ulaşılmışsa da özellikle sonraki dönemi takip eden uyumsuzluk ve öğreti görüşlerinde bu husus sıkça vurgulanmış, *Thompson* tarafından ileri sürülen görüşün doğru olmadığı iddia edilmiştir (Oh, s. 87).

55 Kavramın İngilizce karşılığı "*reverse piercing*" dir. *Cengiz* eserinde kavramı "perdenin ters yönden aralanması" şeklinde adlandırırken (Cengiz, s. 386), *Günay* ise "tüzel kişilik perdesinin ters aralanması" şeklinde isimlendirmektedir (Sena Nur Günay, "Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2016, s. 182).

56 Vanderkerckhove, s. 15.

57 Örneğin, şirketin serbestçe dağıtılabılır malvarlığından yapılan dağıtımına bağlı olarak şirketin edimlerini ifa edemez duruma gelmiş olması ihtimalinde, bu dağıtım işlemine dayanılarak tüzel kişilik perdesinin aralanmasına karar verilemez. Diğer taraftan, şirketin bağlı malvarlığı değerlerinin ortaklara kâr payı olarak aktarılması durumunda ise haksız yere ve kötüniyetle kâr payı alan pay sahibinin bu değeri iade etmesi gerekir ki bu düzenleme sermayenin korunmasına ilişkin önlemlerden biri olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla ilke kapsamında iadesi sağlanan bedele dayanılarak perdenin aralanması yoluna başvurulması düşünülemez. İlgili bedelin pay sahibinden tahsil edilememesi ihtimalinde ise zaten perdenin aralanması da bir anlam ifade etmez.

Sermayenin korunması ilkesi kapsamında değerlendirilmesi önem arz edecek bir diğer husus da “sermaye yetersizliği” ve tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin uygulanması hususudur. Özellikle ABD uygulamasında sıklıkla gündeme gelen ve tüzel kişilik perdesinin aralanmasında önemli araçlardan biri olarak kabul edilen sermaye yetersizliği (*undercapitalization*) kriteri⁵⁸, işletmenin faaliyetleri için yeterli sermayeyi temin etmeyen ortakların yahut grup şirket üyelerinin sorumluluğunun gündeme geldiği durumlarda kullanılmaktadır⁵⁹. Ancak, esas sermaye sisteminin ve buna bağlı asgari sermaye uygulamasının benimsendiği bir hukuk düzeninde sermaye yetersizliği nedeni ile tüzel kişilik perdesinin aralanmasının gerçekten mümkün olup olmadığı tartışmalıdır⁶⁰. Nitekim bu sistemlerde kanun koyucu şirketin kurulabilmesi ve faaliyetlerine devam edebilmesi için doğrudan kanun ile bir rakam belirlemiş ve rakamın temininin şirketin faaliyette bulunabilmesi için yeterli olduğunu kabul etmiş, bu rakamın ötesindeki malvarlığının kaybına ilişkin herhangi bir önleme yer vermemiştir⁶¹. Unutulmalıdır ki, kavramın bir kriter olarak kabul edildiği ABD uygulamasında her iki

58 Bu unsurun varlığının kabul edildiği davaların %73’ünde mahkemeler tüzel kişilik perdesinin aralanmasına hükmetmiştir (David Millon, “The Still-Evasive Quest to Make Sense of Veil-Piercing”. *Texas Law Review*, Cilt 89, Sayı 1, 2009, s. 18.).

59 Millon, s. 21.; Matheson, s. 12 vd.; Vanderkerckhove, s. 95 vd. Bu duruma gösterilen örnek “Walkovsky v Carlton” başlığını taşıyan uyuşmazlıktır. Bu uyuşmazlıkta sahip olduğu sermaye ile 10 ayrı şirket kuran ve her birinde ayrı ayrı taksi işletmeciliği yapan Carlton, her bir şirket ile iki taksi işletmektedir. Carlton bu taksiler için kanunun aradığı asgari rakam olan 10.000\$’lık sorumluluk sigortasını yaptırmış, bunun dışında bir malvarlığını şirket içerisinde tutmamıştır. Carlton’ın tek pay sahibi olduğu Seon firması adına kayıtlı bir taksi Walkovsky’nin yaralanmasına sebep olmuş, bu nedenle uğranılan zararları tazmin edilmeyen davacı bu zararların Carlton tarafından karşılanmasını istemiştir. New York Eyalet Mahkemesince 29.11.1996 tarihli kararda şirketlerin her birinin zarardan sorumlu olduğunu ancak Carlton’ın sorumlu tutulamayacağını dile getirmiştir. Karara muhalefet şerhi koyan “Keating, J.” ise bu şirketlerin bilerek ve sorumluluktan kaçınmak adına sermaye yetersizliği ile karşı karşıya bırakıldığını bu nedenle Carlton’ının da sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmüştür. (<https://www.nycourts.gov>) (son erişim tarihi: 05.05.2020).

60 Konuya değinen Millon dolaylı bir kriterle dayanarak tüzel kişilik perdesinin aralanmasının mümkün olmadığını dile getirmektedir: “*Tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin kararlarda mahkemelerce sıklıkla atf yapılan ve teorisinin uygulanmasında makul bir kriter olarak değerlendirilecek bir diğer husus sermaye yetersizliği faktörüdür. Buradaki problem şudur; şirketler hukuku ne şirketin kuruluş aşamasında ne faaliyet sürecinde ne de tasfiye halinde muayyen bir asgari sermaye talep etmemektedir. Sermayenin alacaklıların menfaatleri gözetilmeksizin dışarı aktarılması başka bir problemdir, ama bu problem tüzel kişilik perdesinin aralanmasına gerek olmaksızın muvazaalı tasarruflara ilişkin hükümler kapsamında halledilebilir ve tüzel kişilik perdesinin aralanmasına gerek kalmaz*” (Millon, Veil-Piercing, s. 21). TTK bağlamında konuya ilişkin en önemli düzenleme 376. maddedir. İlgili düzenleme ile şirketin sermayesini kaybı halinde uygulanacak belirli tedbirlere yer verilmiş ve bu tedbirler ile yetinilmiştir.

61 TTK m. 376 ile yer verilen önlemler şirketin “sermayesini” konu almaktadır. Bu değer şirket faaliyetlerinin devamı için yeterli olup olmadığı ilgili tedbirlerin uygulanması hususunda hiçbir önem arz etmez. Bu durum kanun koyucunun sermaye yeterliliği noktasında bir inceleme ihtiyacı duymadığını açıkça ortaya koymaktadır.

durum içinde herhangi bir sermaye zorunluluğu öngörülmemiş, mahkemelerce bu kriterler ayrıca ve olay bazlı olarak değerlendirilmiştir⁶². Bu nedenle sermayenin teşkili ve muhafazası kavramları ile doğrudan bağlantılı olan bu rakamın temini sağlandıktan sonra, sermaye yetersizliğinin ileri sürülerek pay sahiplerinin doğrudan sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmamalıdır⁶³. Nitekim daha en başında sermaye yeterliliği kavramının nasıl tespit edileceği ve hangi kriterlerin esas alınacağı sorunu bir tarafa, böylesi bir anlayışın benimsenmesi şirketlerin çoğunluğunun kanunda öngörülen asgari sermaye ile ticaret hayatına devam ettiği ülkemiz gibi hukuk sistemlerinde neredeyse tüm şirketlerin pay sahiplerinin bu risk ile karşı karşıya kalması anlamına gelmektedir⁶⁴. Öte yandan kanun koyucu tarafından pay sahiplerine böylesi bir öngörü yükümlülüğü getiren hiçbir düzenleme de mevcut değildir.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, sermayenin korunması ilkesinin uygulandığı sistemlerde bir pay sahibinin şirketin hakimiyetini elinde tutması ve buradan menfaat elde etmesi hatta kendi menfaatleri doğrultusunda kullanması pay sahibinin sorumluluğunu doğurmamalıdır⁶⁵. Kaldı ki, anonim şirket

62 Matheson, s. 12.; Pinto, s. 363-dpnt 7.

63 Özellikle düşük esas sermayenin varlığı karşısında “tüzel kişilik perdesinin aralanmasını” kolaylaştıracak bir yaklaşım, asgari sermaye nedeni ile ortaya çıkan idari ve yargısal maliyetleri azaltarak, zorunlu alacaklıların korunmasını sağlayacak bir yöntem olarak zikredilmiş, her iki uygulamanın birbirinin alternatif olduğu belirtilmiştir (Henry Hansmann, Reinier Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, *The Yale Law Journal*, Cilt 100, Sayı 7, 1991, s. 1931-1932.; Armour, Share Capital, s. 372.).

64 TOOB verilerine göre ülkemizde 2018 ocak-aralık ayları arasında kurulan anonim şirketlerin 67,96’si 50.000 TL ile 100.000 TL arasında bir kuruluş sermayesi ile faaliyet hayatına başlarken, bu rakam 2017 yılında 67,07; 2016 yılında 69,61; 2015 yılında 71,02; 2014 yılında ise 69,74 olarak tespit edilmiştir. <https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php>.

65 Pay sahipleri doğal olarak şirketin kendi menfaatleri doğrultusunda faaliyet göstermesi için çalışmakta, tüzel kişinin politikalarını yönde şekillendirmektedir. Bu durum kötü bir şey olmadığı gibi, şirket tüzel kişiliğinin varlığını sağlayan temel güdü de bu menfaati temin etme isteğidir. Aşlında bu husus İngiltere’de henüz 1897 yılında verilen bir karar ile açık bir şekilde dile getirilmiştir. “*Salomon v Salomon & Co*” olarak anılan ve şirketler hukuku bağlamında önemli bir dönüm noktası olarak kabul edilen davada, uzun yıllar boyu şahsına ait işletmeler ile ticaret ile uğraşan Salomon, 1892 yılında “*Salomon and company Ltd*” adı altında bir şirket kurmuştur. Bu şirkete ait payların 20,001 adedi kendisine 6 adedi ise eşi ve beş çocuğuna aittir. Piyasa koşullarının kötüye gitmesi sonucu Salomon Ltd ödeme gücünü içerisine girmiş, alacaklarını elde edemeyen üçüncü kişiler şirketin yanı sıra Salomon’u da doğrudan takip etmiştir. Konuyu değerlendiren temyiz mahkemesi Salomon tarafından yapılan işlemin Companies Act’e aykırı olduğunu, şirketin burada yalnızca bir kılıf olduğunu dile getirmiştir. Ancak, Lordlar Kamarası, verilen bu kararı bozmuş ve şirket ile ortakların ayrı kişiler olduğunu, şirketin tek ortağının, yöneticisinin ve kâr paylarını elinde tutan kişinin aynı olmasının bu sonucu değiştirmeyeceğini, böylesi bir durumun tek başına şirketin bir kılıf yahut aracı olarak kullanıldığını gösteren bir ibare olmayacağını, bu sonuca ulaşılması ve ortakların sorumlu tutulması için kanunun açık düzenlemelerine aykırı eylemlerde bulunması gerektiğini dile getirmiştir (Len Sealy, Sarah Worthington, *Sealy & Worthington’s Cases and Materials in Company Law*, 10. Bası, Oxford, 2013, s. 34).

yöneticilerinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde şirkete ve alacaklılara karşı sorumlu olduğunu öngören düzenlemeler karşısında şirkette yönetici sıfatını sahip pay sahiplerinin sorumluluğuna perdenin aralanmasına gerek olmaksızın gidilebilmektedir. Öyleyse teorinin uygulanma alanı yönetici sıfatına sahip olmayan pay sahibinin şirketin aleyhine ve kendi lehine olacak kanuna aykırı eylemlerde bulunması ve bu yolla alacaklıları zarara uğratma hali ile sınırlı olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat bu durumda dahi, perdenin şüphe duyulmadan aralanabileceğini söylemek mümkün değildir. Öyle ki, bu eylemin aynı zamanda pay sahibi açısından bir haksız fiil teşkil ettiği durumlarda tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine gitmeden bu hükümler yolu ile zararların tazminine çalışılması gerekmektedir⁶⁶. Bu husus Almanya Yüksek Mahkemesi'nce verilen 25.06.2002 tarihli bir kararda açıkça dile getirilmiş ve şirket alacaklısının hak kazandığı menfaatine kavuşamaması durumunda şirketin pay sahibinin haksız fiil hükümlerince şirket alacaklılarına karşı sorumlu tutulabileceği dile getirilmiştir⁶⁷.

Aslında benzer bir durum şirketler topluluğu bağlamında da karşımıza çıkmaktadır⁶⁸. Şirketler topluluğuna ilişkin tartışmalar, Anglo-Amerikan hukuk düzenlerinde tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin değerlendirmelerin önemli ve geniş bir boyutunu teşkil etmekteyken, bu hukuki ilişki türünün Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde zaten özel hükümler ile koruma altına alınmış olması, hâkim şirketlerin tüzel kişilik perdesinin aralanmasına gerek olmaksızın alacaklılara karşı sorumlu tutulmasına ve yavru şirket alacaklılarının korunmasına imkân sağlamaktadır⁶⁹.

Yukarıda izah olunan tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, sermaye şirketlerinde tüzel kişilik perdesinin aralanması halinin ülkemizin bir parçası olduğu hukuk sistemi açısından uygulanmasının oldukça sınırlı durumlarda gündeme gelebileceği; sermayenin korunması ilkesinin, şirketler topluluğuna ilişkin özel hükümlerin, haksız fiilleri düzenleyen maddelerin ve yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin bu kapsamı fazlası ile daralttığı görülmektedir⁷⁰. Esasında bu yaklaşım, tüzel kişilik perdesinin

66 Vanderkerckhove, s. 12, 62. Yazar, Anglo-Amerikan hukukunda ve bilhassa ABD'de tüzel kişilik perdesinin aralanması yolu ile çözülen sorunların diğer hukuk sistemlerinde haksız fiile ilişkin hükümlere yapılan atıflar ile büyük oranda hallinin mümkün olduğunu dile getirmiştir (Vanderkerckhove, s. 12).

67 Vanderkerckhove, s. 62 ve dpnt. 164.

68 Oh, s. 111.

69 Vanderkerckhove, s. 12. Şirketler topluluğu kavramının ABD'de ticaret hayatına genel olarak girdiği 1889 yılından itibaren önemli tartışmalar olmuş, şirketler hukukuna bakış açısı da bu doğrultuda değişmiştir Vanderkerckhove, s. 5.

70 Petri Mantysaari, *Organising the Firm Theories of Commercial Law, Corporate Governance*

aralanması halini bir zorunluluk olarak görmeyen ve sistemin münhasıran hâlihazırdaki sorumluluk sistemi içinde çözüm bulunamayan somut olay adaletsizliğinin hakkaniyet içinde çözülmesi için bir araç olarak kullanılması gerektiğini savunan genel anlayışa da uygundur⁷¹.

Sonuç

Sermayenin korunması ilkesi ile getirilen tedbirler, anonim şirket alacaklılarının korunması amacını güden yegâne yöntem değildir. Parçası olduğumuz Kıta Avrupası uygulamasında bu amaca ulaşmak için özellikle ilkeye ağırlık verilmişse de farklı yöntemler ile de alacaklıların muhafazasını temin etmek mümkündür. Bu yöntemlerden bir kısmı sermayenin korunması ilkesi ile birlikte ve hatta ilkenin tamamlayıcısı olarak karşımıza çıkmaktaysa da diğer bir kısmının ilke ile birlikte uygulanması güç gözükmektedir.

Çalışmamız kapsamında incelenen kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında konu değerlendirildiğinde, kurumsal yönetim anlayışının sermayenin korunması ilkesinin bir alternatifi olarak ve halka açık anonim ortaklıklara ilişkin menfaat çatışmalarının engellenmesi adına benimsendiği görülmüştür. Dolayısıyla, hukuki ilişkilere ve anonim şirketin karar alma süreçlerine doğrudan müdahale eden sermayenin korunması ilkesinin aksine, kurumsal yönetim ilkelerinin halka açık olmayan anonim ortaklıklar uygulamasında alacaklılar lehine gerçek anlamda bir koruma sağlayamayacağı kanaatine ulaşılmıştır.

Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi bakımından da benzer bir sonuca ulaşılmış, sermaye şirketlerinde tüzel kişilik perdesinin aralanması halinin ülkemizin bir parçası olduğu hukuk sistemi açısından uygulanmasının oldukça sınırlı durumlarda gündeme gelebileceği; sermayenin korunması ilkesinin, şirketler topluluğuna ilişkin özel hükümlerin, haksız fiilleri düzenleyen maddelerin ve yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin bu kapsamı fazlası ile daralttığı tespit edilmiştir.

Sermayenin korunması ilkesi ile hedeflenen önleyici tedbirlerin etkili olmaması durumunda alacaklılar aleyhine oluşacak risklerin iflas hukukuna dahil tedbirler kapsamında azaltılabileceği; iflas durumunda gündeme gelen ve şirketin bağlı malvarlığına müdahale zorunluluğu öngörülme-yen tasarrufun iptali davalarının sermayenin korunması ilkesine nazaran çok daha geniş bir kapsamda alacaklılar lehine koruma sağladığı çalışmamız kapsamında ulaşılan bir diğer sonuç olmuştur.

and Corporate Law, Springer, Heidelberg, 2012, s. 425.

⁷¹ Oh, s. 144.; Günay, s. 189.

Sermayenin korunması ilkesi kapsamında değerlendirilen bir diğer yöntem ise yöneticilerin sorumluluğudur. Yapılan incelemeler neticesinde gerek ilkenin uygulandığı gerekse de ilkenin terk edildiği hukuk sistemlerinde ilke ile yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler arasında önemli bir ilişkinin söz konusu olduğu görülmüş ve yine sermayenin korunması ilkesi benimsensin yahut benimsenmesin alacaklıların korunması hedefine ulaşmak isteyen kanun koyucuların yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlere önem vermesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ulaşılan sonuçlar sermayenin korunması ilkesinin öncelikli olarak uygulandığı sistemlere ilişkindir. İlkenin terk edildiği yahut büyük oranda esnetildiği uygulamalarda yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin yanı sıra, tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin doktrine oldukça yoğun şekilde başvurulduğu; halka açık anonim ortaklıklar bağlamında ise kurumsal yönetim ilkelerinin bu amaca ulaşmada önemli araçlardan biri olarak görüldüğü ve yine ilkenin terk edildiği sistemlerin iflas hukukunu usul hukukundan daha çok şirketler hukukunun bir uzantısı olarak gördüğü saptanmıştır.

KAYNAKLAR

- Armour, John, “Legal Capital: An Outdated Concept”, *European Business Organization Law Review*, Cilt 7, 2006, s. 5-27.
- Armour, John, “Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law”, *The Modern Law Review*, Cilt 63, Sayı 3, 2000, s. 355-378.
- Armour, John; Hertig, Gerard; Kanda, Hideki, “Transactions with Creditors”, Ed. Reinier Kraakman, *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*, 3. Bası, Oxford, 2017.
- Bachner, Thomas, *Creditor Protection In Private Companies Anglo-German Perspectives For A European Legal Discourse*, Cambridge, 2009.
- Bauen, Marc; Bernet, Robert, *Swiss Company Limited by Shares*, Schulthess Verlag, Zurich, 2007.
- Benke, Jozsef, “The Remembrance of Praetor Paulus in Mid-Tudor England”, *Journal on European History of Law*, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 79-84.
- Bezzenberger, Tilma, *Das Kapital der Aktiengesellschaft: Kapitalerhaltung – Vermögensbindung – Konzernrecht*, Otto Schmidt Verlag, Köln, 2005.
- Bruner, Christopher M., *Corporate Governance in the Common-Law World The Political Foundations of Shareholder Power*, Cambridge University Press, 2013.
- Cengiz, Dilek, “Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2017, s. 371-440 vd.
- Cowton, Christopher J., “Putting Creditors in Their Rightful Place: Corporate Governance and Business Ethics in the Light of Limited Liability”, *Journal of Business Ethics*, Cilt 102, Sayı 1, 2011, s. 21-32.
- Drygala Tim, “Directors Liability in the Member States of the European Union”, *Legal Capital in Europe, European Company and Financial Law Review*, Özel Sayı 1, Berlin, 2006, s. 233-253.
- Enriques, Luca; Macey, Jonathan, R., “Creditors Versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules”, *Cornell Law Review*, Cilt 86, Sayı 6, 2001, s. 1165-1204.
- Eryiğit, Harun, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019.
- Ferran, Ellis; Ho, Look Chan, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford University Press, 2014.
- Finch, Vanessa, *Corporate Insolvency Law- Perspectives and Principles*, 2. Bası, Cambridge University Press, 2009.
- French, Derek; Mayson, Stephen; Ryan, Christopher, *Company Law*, 29. Bası, Oxford, 2012-2013.

- Girasa, Roy, *Corporate Governance and Finance Law*, Palgrave, New York, 2013.
- Graeber, David (Terc. Muammer Pehlivan), “*Borç*” *İlk 5000 Yıl*, Everest Yayınları, İstanbul, 2015.
- Günay, Sena Nur, *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2016.
- Hansmann, Henry; Kraakman, Reinier, “The End of History for Corporate Law”, *The Georgetown Law Journal*, Cilt 89, 2001, s. 439-468.
- Hansmann, Henry; Kraakman, Reinier, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, *The Yale Law Journal*, Cilt 100, Sayı 7, 1991, s. 1879-1934.
- Helvacı, Mehmet, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1995.
- Hopt, Klaus J., “Comparative Corporate Governance: The State of The Art and International Regulation”, Ed. Andreas M. Fleckner, Klaus J. Hopt, *Comperative Corporate Governance A Functional and International Analysis*, Cambridge, 2013.
- Hopt, Klaus J., “Corporate Governance in Europe: A Critical Review of the European Commission’s Initiatives on Corporate Law and Corporate Governance”, *New York University Journal Of Law & Business*, Cilt 12, Sayı 1, 2015, s. 139-213.
- James, Jennifer, *Q&A Series Company Law*, 4. Bası, Routledge-Cavendish, London, 2003.
- Korobkin, Robin R., “Bankruptcy Law, Ritual, and Performance”, *Columbia Law Review*, Cilt 103, Sayı 8, 2003, s. 2124-2159.
- Leebron, David W., “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”, *Columbia Law Review*, Cilt 91, Sayı 7, 1991, s. 1565-1650.
- Mantysaari, Petri, *Organising the Firm Theories of Commercial Law, Corporate Governance and Corporate Law*, Springer, Heidelberg, 2012.
- Martynova, Marina; Renneboog, Luc, “Spillover of Corporate Governance Standards in Cross- Border Mergers and Acquisitions”, Ed. Alessio M. Paccès, *The Law and Economics of Corporate Governance Changing Perspectives*, Edward Elgar, 2010.
- Matheson, John H., “Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil”, *Berkeley Business Law Journal*, Cilt 7, Sayı 1, 2010, s. 1-71.
- Mevorach, Irit, “Transaction Avoidance in Bankruptcy of Corporate Groups”, *European Company and Financial Law Review*, Cilt 8, Sayı 2, 2011, s. 215-258.
- Millon, David, “The Still-Elusive Quest to Make Sense of Veil-Piercing”. *Texas Law Review*, Cilt 89, 2009, s. 15-29.
- Milman, David, *National Corporate Law in a Globalised Market: The UK Experience in Perspective*, Edward Elgar Pub., Cheltenham, 2009.
- Myers, Stewart C., “Determinants of Corporate Borrowing”, *Journal of Financial Economics*, Cilt 5, Sayı 2, 1977, s. 147-175.
- Oh, Peter B., “Veil-Piercing,” *Texas Law Review*, Cilt 89, Sayı 1, 2010, s. 81-145.

- Paslı, Ali, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2004.
- Pinto, Arthur R., “Protection of Close Corporation Minority Shareholders in the United States”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 62, 2014, s. 361-385.
- Radin, Max, “Fraudulent Conveyances at Roman Law”, *Virginia Law Review*, Cilt 18, Sayı 2, 1931, s. 109-130.
- Rock, Edward; Davies, Paul; Kanda, Hideki; Kraakman, Reinier; Ringe, Wolf-Georg, “Fundamental Changes”, Ed. Reinier Kraakman, *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*, 3. Bası, Oxford, 2017.
- Roth, Markus, “Corporate Boards in Germany”, Ed. Paul Davies, Klaus Hopt, Richard Nowak, and Gerard van Solinge, *Corporate Boards in European Law A Comparative Analysis*, Oxford, 2013, s. 253-365.
- Sealy, Len; Worthington, Sarah, *Sealy & Worthington’s Cases and Materials in Company Law*, 10. Bası, Oxford, 2013.
- Thompson, Robert B., “The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities”, *Wake Forest Law Review*, Cilt 32, Sayı 1, 1997, s. 1-30.
- Vanderkerckhove, Karen, *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*, Kluwer Law International, 2007.
- Yıldırım, M. Kamil, “Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 471-482.

İcra ve İflas Hukukunda Sirküler*

Circular in Enforcement and Bankruptcy Law

Serdar KALE**

ÖZ

Sirküler yoluyla ilgililerin görüşlerinin alınması icra ve iflas hukukumuzda sık rastlanılan bir yöntem değildir. Oysa sirküler yoluyla ilgililerin görüşlerinin alınması oldukça pratik ve az maliyetli bir yoldur. Özellikle alacaklı sayısının çok fazla olduğu iflas tasfiyelerinde alacaklılar toplantısının fiziki olarak gerçekleştirilecek olması önemli sorunları beraberinde getirebilir. İflas idaresinin veya dairesinin hızlı bir şekilde alacaklıların görüşüne ihtiyaç duyduğu durumlarda alacaklılar toplantısının hemen gerçekleştirilmeyecek olması tasfiye sürecinin akamete uğramasına sebebiyet verebilir. Yine kitlelerin bir araya gelmesinin toplum sağlığı açısından zararlı olacağı hallerde sirküler yoluyla kararların alınması mümkün olabilecektir. Çalışmada, İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde sirküler yoluna başvurma koşulları, sirküler yoluyla alınabilecek kararlar ve bu kararların kanun yolu incelemesi hususları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İcra ve iflas, sirküler, alacaklılar toplantısı, konkordato, şikayet.

ABSTRACT

It is not a common method in our enforcement and bankruptcy law to get the opinions of the concerned parties through circulars. However, it is a very practical and cost-effective way to get the opinions of the interested parties through circulars. Especially in bankruptcy liquidation where the number of creditors is too high, the physical meeting of creditors may bring significant problems. In cases where the bankruptcy administration or its office needs the opinion of the creditors quickly, the fact that the creditors' meeting will not be held immediately may result in the liquidation process being disrupted. Again, in cases where the gathering of the masses will be harmful for public health, it will be possible to make decisions through circular. In this study, the conditions for the application of circular path, decisions

* Makale gönderim tarihi: 11.05.2020. Makale kabul tarihi: 19.05.2020. Serdar Kale, "İcra ve İflas Hukukunda Sirküler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 239-250; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.1.03>.

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul. skale@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-4179-8146>.

that can be taken through circular path and the legal way review of these decisions are discussed within the framework of the Enforcement and Bankruptcy Law.

Keywords: Enforcement and bankruptcy, circular, meeting of creditors, concordatum, complaint.

I. Genel Olarak

Sirküler yoluyla ilgililerin görüşlerinin alınması icra ve iflas hukukumuzda sık rastlanılan bir yöntem değildir. Oysa sirküler yoluyla ilgililerin görüşlerinin alınması oldukça pratik ve az maliyetli bir yoldur. Özellikle alacaklı sayısının çok fazla olduğu iflas tasfiyelerinde alacaklılar toplantısının fiziki olarak gerçekleştirilecek olması önemli sorunları beraberinde getirebilir. İflas idaresinin veya dairesinin hızlı bir şekilde alacaklıların görüşüne ihtiyaç duyduğu durumlarda alacaklılar toplantısının hemen gerçekleştirilmeyecek olması tasfiye sürecinin akamete uğramasına sebebiyet verebilir. Yine kitlelerin bir araya gelmesinin toplum sağlığı açısından zararlı olacağı hallerde sirküler yoluyla kararların alınması mümkün olabilecektir.

İcra ve İflas Kanununda sirküler yoluna ne zaman ve hangi koşullarda başvurulacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır¹. Yalnızca 240. maddede, ikinci alacaklılar toplanması dışında yeniden bir alacaklılar toplanmasının yapılacağı hallerde iflas idaresinin alacaklıların görüşlerini, imzalarının noterce tasdikli cevap yazısı ile elde edebileceği belirtilmektedir. Bu madde dışında sirküler yoluna başvurmayı öngören bir hüküm Kanunda bulunmamaktadır. Oysa yalnızca iflas hukukunda değil, cüzi icrada da sirküler yoluyla alacaklıların görüşlerinin alınabileceği durumlar söz konusu olabilir.

Sirküler yoluna başvuru mehz Kanunda hukukumuzdan daha kapsamlı bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. İsviçre İcra İflas Kanununda 1994 yılında yapılan değişiklikle, sirküler yoluna başvurunun kapsamı, çerçevesi ve uygulama koşulları İsviçre İcra İflas Kanununun 255a maddesinde kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu değişiklikle birlikte İsviçre hukukunda 1994 değişikliği öncesi uygulamada sıklıkla kullanılan sirküler yolu yasal bir zemine kavuşmuştur. Değişiklikten sonra dikkati çeken bir diğer husus ise, sadece ikinci ve devamı alacaklılar toplantısında değil, birinci alacaklılar toplantısından önce

1 Aslında İcra ve İflas Kanununda sirküler kelimesi de hiçbir maddede kullanılmamıştır. İlgililerin özellikle de alacaklıların tasfiye sürecinde görüşlerinin alınması için başvuru olan bir yöntem olarak kabul edilen sirküler yolunun alacaklıların toplantı yapılmaksızın tasfiyeyle ilgili kararları almalarına imkân tanıyan özel bir karar alma biçimi olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Güray Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 215, dp. 437.

de iflas dairesinin alacaklıların görüşlerini sirküler yoluyla alabilecek olmasına vurgu yapılmasıdır. Fakat bu hukuk sisteminde birinci alacaklılar toplantısının sirküler yoluyla yapılmasının mümkün olmadığı, birinci alacaklılar toplantısının gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu hususuna da dikkat çekilmektedir².

Gerek alacaklılar toplantısının gerçekleştirilmesinde gerekse de kısmen alacaklılar toplantısının ikamesi olarak kabul edilebilecek sirküler yoluna başvuruda önemli olan husus alacaklıların gerçek iradelerinin ortaya çıkmasıdır. Şayet alacaklıların gerçek iradelerinin ortaya çıkması toplantı sayesinde gerçekleşecekse bu durumda sirküler yoluna başvurulamayacaktır. Aksine bir davranış yani gerekmediği halde sirküler yoluna başvurmak alacaklıların menfaatlerine zarar verebilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında hangi yolun (alacaklılar toplantısı veya sirküler) alacaklıların menfaatine olacağı konusunda takdir yetkisinin iflas idaresinde bulunduğuna hükmetmiştir³.

Bu çalışmada, sirküler yoluna başvurunun koşulları, bu kararın hangi organ tarafından alınabileceği, sirküler yoluna başvurma ve sirküler yoluyla alınan kararlara karşı itiraz imkânının bulunup bulunmadığı hususları ele alınacaktır.

II. Cüzi İcrada Sirküler Yoluna Başvuru

Cüzi icrada bazı durumlarda alacaklıların ekseriyetinin olumlu görüşünün alınması gerekebilir. Yine cüzi icrada alacaklıların bazı hallerde görüşlerine ihtiyaç duyulabilir. Örneğin İİK m. 119, f.1, bent (1) gereğince, bütün ilgililerin istemesi durumunda mahcuz menkulün pazarlıkla satışı mümkün olabilir. Yine İİK m. 120, f.1 gereğince hacze iştirak eden bütün alacaklıların muvafakat etmesi halinde borçlunun borsada ve piyasada fiyatı bulunmayan alacakları, ödeme yerine geçmek üzere itibari kıymetleriyle kendilerine veya hesaplarına olarak alacaklılardan birine devredilebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da aynı suretle hacze iştirak eden alacaklıların hepsinin veya birisinin borçlunun üçüncü kişilerdeki çekişmeli alacağının tahsili için borçluya ait olan dava veya takip hakkını üzerine alabilir.

İşte bu gibi durumlarda icra dairesi tarafından sirküler yoluna başvurulması mümkün olabilir. Her ne kadar hukukumuzda bu yola çık sık başvurulmasa da kanaatimce cüzi icrada sirküler yoluna başvurulmasında bir engel bulunmamaktadır. Alacaklıların görüşlerinin hızlıca alınmasından elde edilecek fayda bu kanaati desteklemektedir.

2 BaslerKomm, Urs Bürgi, Art. 255a, Rdn. 3.

3 BGE 103 III 82.

III. İflas Hukukunda Sirküler

A. Genel Olarak

İflas hukukunda sirküler, alacaklılar toplantısının yapılması gereken hallerde uygulama alanı bulur. Bu itibarla alacaklılar toplantısının yapılmadığı basit tasfiyede sirküler yoluna kural olarak başvurulmaz. Her ne kadar basit tasfiyede kural olarak alacaklılar toplantısı yapılamayacak olsa da iflas dairesi bazı hallerde bu tasfiye yolunda da alacaklıların görüşlerine ihtiyaç duyabilir. Örneğin, İİK m. 245 gereğince çekişmeli hakkın devrini isteyen bir alacaklının bulunması halinde veya masaya ait bir malvarlığı hakkında iptal davası açma hakkının söz konusu olduğu hallerde yahut müflisin taraf olduğu bir davaya devam edilip edilmemesi hakkında karar verebilmek için iflas dairesi, alacaklıları toplantıya çağırmalıdır⁴. Benzer şekilde, müflisin basit tasfiyede konkordato talep etmesi halinde de alacaklıların görüşüne başvurulması gerekir. İşte bu gibi durumda alacaklılar toplantısı yapılabileceği gibi sirküler yoluyla alacaklıların görüşlerine başvurulabilir. İsviçre İcra İflas Kanununda bu durum açık bir kanun hükmüne konu olmuştur⁵. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG hükmünde, basit tasfiyede alacaklılar toplantısına kural olarak başvurulamayacağı, ancak özel bazı durumlarda alacaklıların görüşlerinin dikkate değer olduğu (wünschenswert)/önem arz ettiği hallerde iflas dairesinin alacaklılar toplantısını davet edeceği veya alacaklıların görüşünün sirküler yoluyla toplanacağı hükme bağlanmıştır. Basit tasfiyede alacaklılar toplantısı yapılmasının veya sirküler yoluna başvurmanın düzenlendiği 231. madde hükmünün dar yorumlanması gerektiği yine bu İsviçre hukukunda belirtilmektedir⁶. Aslında basit tasfiyenin amacı, kolay, hızlı, elverdiğince şekli kurallara tabi olmayan ve az masrafla süreci tamamlamaktır. İşte bu sebeple alacaklılar toplantısının basit tasfiyede yapılması istisnadır.

İflas hukukunda sirküler, adi tasfiyede daha sık başvuru alan bir yöntemdir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, her ne kadar basit tasfiyenin istisna adi tasfiyenin kural olduğu belirtilmişse de ülkemizde olduğu gibi İsviçre’de de uygulama Kanununun tam aksi istikametinde cereyan etmektedir⁷. İsviçre’de 2015 ve 2017 yılları arasında yapılan istatistiklerde iflas tasfiyelerinin %58’inin masa malvarlığının yetersizliği sebebiyle durduğu verilere yansımıştır⁸. Yine bu yıl-

4 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 1387.

5 Oysa Erdönmez hatalı bir şekilde, mehz Kanunda basit tasfiye usulüne ilişkin hükümler arasında sirküler yoluna başvurulabilmesi konusunda açık bir düzenleme bulunmadığını belirtmektedir. Erdönmez, s. 218.

6 BGE 118 III 57 E. 2. Franco Lorandi, “Zirkularbeschlüsse im SchKG”, *ZZZ*, Cilt 45, 2019, s. 32.

7 Lorandi, s. 33.

8 <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.html>.

lar arasında İsviçre’de adi tasfiye şeklinde devam eden iflas süreçlerinin ise %1’in altında olduğu belirtilmektedir.

B. Sirküler Yoluna Başvurunun Koşulları

Hukukumuzda, sirküler yoluna başvurunun koşulları açık bir kanun maddesi ile belirtilmemişse de İsviçre İİK m. 255a’da iflasta sirküler yoluna başvuru koşulları açıkça hükme bağlanmıştır. İlgili hüküm gereğince, acele hallerde veya alacaklılar toplantısının karar alamayacağı durumlarda iflas idaresinin alacaklıların görüşünün alınması amacıyla kendilerine sirküler gönderebileceği belirtilmiştir. Kanaatimce, sirküler yoluna başvuru konusunda benzer gerekçelerin hukukumuzda da kabul görmesi mümkündür. Hemen belirtmek gerekir ki, İİK m. 240’da sirküler yoluna başvuru her ne kadar ikinci alacaklılar toplantısından sonra yapılacak diğer alacaklılar toplantıları için başvurulacak bir yol olarak düzenlenmişse de kanaatimce ikinci alacaklılar toplantısının ve hatta ilk alacaklılar toplantısının da sirküler yoluyla gerçekleştirilebilmesi mümkündür⁹.

1. Alacaklılar Toplantısının Karar Alamayacak Durumda Olması

Mehaz Kanun gereğince sirküler yoluna başvurunun önemli sebeplerinden birisi, alacaklılar toplantısında karar alınamayacak olmasıdır. Bilindiği üzere, gerek birinci gerekse de ikinci alacaklılar toplantısında toplantı ve karar nisabının oluşması zorunludur. İİK m. 221,f.2 uyarınca, *kendileri ve mümessilleri bulunan alacaklılar, malum alacaklar tutarının en az dörtte birini temsil etmesi halinde toplantı nisabı hasıl olur. Toplantıda bulunanlar beş kişiden az ise bunların, alacak tutarının yarısına sahip olması şarttır.* Maddenin üçüncü fıkrası gereğince *kararlar, alacak tutarı ekseriyeti ile alınır.* İİK m. 237, f.4 gereğince ikinci alacaklılar toplantısında da bu nisaplar dikkate alınmak zorundadır. Alacaklılar toplantısında bu ekseriyetlerin sağlanması kimi zaman mümkün olmayabilir. Özellikle, sıranın sonundaki imtiyazsız alacaklıların iflas tasfiyesinden umutlarını kestikleri ve masada da yeterli malvarlığının bulunmadığı hallerde alacaklıların sürece katılımları neredeyse yok denecek kadar az olmaktadır.

Toplantı ve karar yeter sayısının oluşamayacağının öngörüldüğü hallerde

9 İsviçre hukukunda da birinci alacaklılar toplantısının sirküler yoluyla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tartışmalı bir konudur. Birinci alacaklılar toplantısının sirküler yoluyla yapılamayacağını savunan görüşün temel gerekçesi henüz bu aşamada alacaklıların kimler olduğunun açık bir şekilde bilinmiyor olmasıdır. BaslerKomm, Bürgi, Art. 255a, Rdn.3. Federal Mahkemenin bazı kararlarında birinci alacaklılar toplantısının sirküler yoluyla yapılabileceği hükme bağlandığı (BGE 103 III 21(26.E.4)) gibi, bu konuda olumlu görüş bildiren yazarlar da bulunmaktadır, Kurt Amonn, Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2013, § 45, Rdn. 5.

sirküler yoluna başvurmak İsviçre hukukunda yasa koyucunun öngördüğü bir çözümdür. Aşlında alacaklılar toplantısında karar alınamayacağıının ilk belirtisi önceki alacaklılar toplantısı veya toplantılarıdır. Şayet bu toplantılarda karar alınamamışsa veya toplantı nisabı oluşmamışsa bu durumda sonraki toplantıyı yapmak yerine sirküler yoluna başvurmak mantıklı bir çözümdür. Fakat belirtmek gerekir ki, önceki alacaklılar toplantısının yapılmadığı her durumda sirküler yoluna başvurmak da doğru olmayacaktır. İflas idaresi önceki alacaklılar toplantısı yapılmamasına rağmen sonradan değişen koşullara göre alacaklılar toplantısının yapılabileceğine kanaat getirirse bu durumda sirküler göndermek yerine alacaklılar toplantısını yapmalıdır. Özellikle borçlunun konkordato teklifinin görüşülmesi gibi alacaklılar toplantısında önemli bir gündem bulunuyorsa bu durumda alacaklılar toplantısının yapılması zaruret arz eder. Başka bir ifadeyle, alacaklıların müzakeresi neticesinde tasfiyenin selameti açısından daha doğru bir karar ortaya çıkacaksa bu durumda sirküler yoluna başvurmadan alacaklılar toplantısının yapılması gereklidir¹⁰. Fakat toplantının gündemi masadaki bazı malların pazarlıkla satışından ibaret ise bu halde alacaklılar toplantısı yapılmasına gerek duyulmayacak, sirküler yoluyla alacaklıların görüşleri rahatlıkla toplanabilecektir. Sadece pazarlıkla satış konusunda değil, örneğin arabuluculuk veya sulh yoluyla uyuşmazlığın çözümü masanın menfaatini gerektirdiği hallerde, iflas idaresi veya dairesi alacaklıların bu konudaki görüşlerini sirküler yoluyla alabilecektir.

Sirküler yoluna başvuru konusunda takdir yetkisi iflas idaresi veya dairesindedir. İflas idaresinin veya dairesinin bu kararını yerinde bulmayan ilgililerin şikayet yoluyla meseleyi icra mahkemesine taşıyabilmesi mümkündür. Şikayet yoluna başvuran ilgili, sirküler yoluyla alacaklıların görüşünün alınmasının mümkün olamayacağını, söz konusu kararın alacaklılar toplantısının yapılmasıyla alınabileceğini belirterek icra mahkemesinden, iflas idaresinin veya dairesinin sirküler yoluna başvurulmasına ilişkin kararının iptal edilmesini talep edebilir. Bu halde bir hakkın yerine getirilmemesinden kaynaklanan şikayet sebebi mevcut olduğundan şikayet süreye tabi değildir¹¹.

10 KUKO SchKG, Ariane Amacker, Christoph Küng, Art 255a, Rdn. 6. Doktrinde, alacaklılar toplantısının yapılması halinde farklı şekilde karar verilebileceği tahmin ediliyorsa sirküler yoluna başvurulması gerektiği belirtilmektedir. Görüşlerine sirküler yoluyla başvuru maselenin hukuki ve teknik sorunlar barındırması sebebiyle alacaklıların, toplantı yapılması halinde daha açık fikir sahibi olabileceği ve bu sebeple sirküler yolundan farklı bir kararın alacaklılar toplantısı neticesinde çıkabileceği ileri sürülebilecektir. Erdönmez, s. 222.

11 Erdönmez, s. 224.

2. Acele Hallerde

Yalnızca alacaklılar toplantısında karar alınmayacak durumlarda değil, acele hallerde de sirküler yoluyla alacaklıların görüşleri alınabilir. İflas idaresi, alınması gereken bir kararın gecikmesi sebebiyle masanın zararının artacağı veya geç kalınmasının bir avantajın kaçırılmasına sebebiyet vereceği hallerde sirküler yoluna başvurabilir ki bu hallerde acele bir halin varlığı kabul edilir¹². Örneğin, mutad yapılacak birinci veya ikinci alacaklılar toplantısının beklenmesi masanın zararına bir sonuç ortaya çıkaracak ve acil karar alınması masanın lehine olursa bu durumda alacaklılar toplantısını beklemeden sirküler yoluyla alacaklıların görüşlerinin alınması mümkün olacaktır. Bu kapsamda pazarlıkla satışın mümkün olup olmayacağı, müflisin ticari faaliyetlerine devam edip etmeyeceği, iflas idaresi memurlarından birisinin istifası sonrası ortaya çıkan durumun giderilmesi gibi konularda alacaklıların görüşleri sirküler yoluyla alınabilir. Benzer şekilde ikinci alacaklılar toplantısından önce uzlaşma imkânının bulunduğu hallerde, sirküler yoluyla alacaklıların görüşünün alınabilmesi mümkündür. Aslında somut olayın özellikleri hangi acele haller sebebiyle sirküler yoluna başvurulabileceği konusunda belirleyici olacaktır.

C. Sirkülerin Kapsamı ve Konusu

Alacaklılara gönderilecek olan sirkülerin açık ve yanlış anlaşılmalara mahal vermeyecek bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Sirkülerde kararın oluşumunda etkili olabilecek önemli hususlara yer verilmelidir. Sirkülerin kapsamını somut olayın özellikleri ve alınacak kararın niteliği belirleyecektir. Sirkülerde yeterli bilgilerin bulunması durumunda alacaklılar sağlıklı bir karar verebileceklerdir.

Sirkülerin kendilerine ulaşmasından sonra alacaklıların hangi süre içinde cevap vermeleri gerektiğini iflas idaresi belirleyecektir. İflas idaresi bu süreyi tayin ederken somut olayın özelliklerini dikkate almalıdır. İsviçre hukukunda çoğu durumda on günlük sürenin yeterli olacağı belirtilmektedir¹³. Sirkülerde belirlenen cevap süresi, düzenleyici bir süre değil, hak düşürücü süre niteliğindedir¹⁴. Bu noktada dikkate edilmesi gereken husus, sürenin her alacaklı bakımından kendisinin tebellüğ anıyla başlayacağı ve iflas idaresi tarafından verilen süre içinde cevabın iflas idaresine ulaşmasının zorunlu olduğudur. Bu sebeple, alacaklının postada geçecek zamanı göz önünde bulundurarak hareket etmesi gerekmektedir.

12 BaslerKomm, Bürgi, Art. 255a, Rdn. 5. Sadece masraflardan tasarruf etmek amacıyla sirküler yoluna başvurulmasının kabul görmeyeceği konusunda ise bkz. Lorandi, s. 35.

13 BaslerKomm, Bürgi, Art. 255a, Rdn. 10.; SK SchKG, Roger Schober, Art. 255a, Rdn. 4.

14 Lorandi, s. 35.

İflas idaresi adresi bilinen alacaklılara sirküleri tebliğ edecektir. İİK m. 240, f.1 gereğince, iflas idaresi alacaklıların bilinen adreslerine taahhütlü bir mektup gönderecektir. İflas idaresinin Tebligat Kanunu çerçevesinde tebliğ çıkarma yetkisi konusunda İİK m. 227’de açık bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçekten de ilgili maddede İİK m. 21’e bir atıf yapılmamıştır. Uygulamada iflas idaresinin tebligatları icra daireleri marifetiyle Tebligat Kanunu hükümlerine göre yaptırıldıkları görülmektedir. Yapılacak bir kanun değişikliği ile iflas idarelerine Tebligat Kanununa göre tebliğ çıkarma yetkisinin verilmesi yerinde olacaktır. Bu değişiklik yapıncaya kadar sirkülerlerin icra daireleri eliyle de yapılabilmesi mümkündür. Usulüne uygun tebligat yapılması sirküler yoluyla karar almada önemli bir yer tutmaktadır. Zira kendisine usulüne uygun tebligat gönderilen kişinin karar alma nisabında dikkate alınıp bir de süresi içinde cevap vermesine kabul oyu kullanmış gibi sonuç bağlanacağı düşünüldüğünde, tebligatın usulüne uygun yapılmasının önemi daha net bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Görüşüne başvuru olan olayda alacaklılar, süresi içinde olumlu cevap vermek suretiyle sirküleri kabul edebilirler. Süresi içinde sirkülere cevap vermemenin olumlu cevap vermek anlamına geleceği İsviçre İcra İflas Kanununda açıkça hükme bağlanmıştır (Art. 255a, Abs.1). Başka bir ifade ile İsviçre hukukunda sessiz kalmaya bu anlamda olumlu bir sonuç bağlanmıştır. Görüşüne başvuru olan alacaklıların olumsuz cevap vermek istemeleri durumunda bu hususu açıkça süresi içinde iflas idaresine bildirmeleri gerekmektedir¹⁵. Tekrar etmek gerekir ki, süresi içinde cevap verilmemesi, olumlu oy kullanıldığı sonucunu doğuracaktır, fakat bu sonucun doğabilmesi için sirkülerin açık bir şekilde bu hususu içermesi gerekmektedir¹⁶. Şüphe halinde alacaklının olumlu oy kullandığını kabul etmek gerekmektedir. Kanaatimce, mehz İsviçre hukukundaki bu sonuçlar hukukumuz bakımında da geçerli olabilecektir.

Görüşüne başvuru olan alacaklılar, imzası noterlikçe onaylı cevaplarını iflas idaresine bildirebilecekleri gibi cevaplarını sözlü olarak da iflas idaresine bildirebilirler¹⁷. İflas idaresinin sözlü beyanları tutanağa geçirmesi ve bu tutanağın alacaklı ve iflas idare memuru veya memurları tarafından imzalanması gerekmektedir. Telefon, faks ve e- mail yoluyla bildirilen cevapların kabul edilmemesi gerekir, zira bu yollarla verilen cevaplarda alacaklının kimliği tam olarak belirlenemeyeceği gibi faks, e-mail çıktısı gibi dokümanların orijinalliğinin tespit edilebilmesi de mümkün olmayacaktır¹⁸. Bu noktada son olarak

15 Carl Jaeger, Hans Ulrich Walder, Thomas M. Kull, Martin Kottmann, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, B. 2, 4. Aufl., Zürich, 1997/99, Art. 255a, Rdn 2.

16 BaslerKomm, Bürgi, Art. 255a, Rdn. 9.

17 Benzer görüş için bkz. Erdönmez, s. 229.

18 Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, Art. 255a, Rdn 2.

hatırlatalım ki, verilen cevabın açık ve tartışmaya mahal vermeyecek netlikte olması gerekmektedir.

Alacaklılar toplantılarında alınabilecek hemen hemen tüm kararların sirküler yoluyla alınabilmesi mümkündür. Bu bağlamda özellikle iflas idaresi adaylarının da sirküler yoluyla belirlenebilmesi söz konusu olabilecektir. Aslında alacaklılar toplantısında alınan kararlar ile sirküler yoluyla alınan kararlar arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki durumda da aynı irade açıklamasına bağlanan sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

D. Sirküler Yoluyla Alınan Kararlara Karşı Şikayet

Alacaklılar toplantısı kararlarına karşı şikayet yoluna başvurmak mümkün olduğu gibi benzer şekilde alacaklılar toplantısı kararlarıyla aynı sonucu doğuran sirküler yoluyla alınan kararlara karşı da şikayet yoluna başvurulabilir. Fakat dikkat edilmelidir ki, alacaklılar toplantısının her türlü kararına karşı şikayet yoluna başvurabilmek mümkün değildir. Alacaklılar toplantısı kararı, yalnızca *açık kanun hükmüne aykırılık teşkil ediyorsa* bu kararlara karşı şikayet yoluna başvurulabilir¹⁹. Bu bağlamda işlemin hadiseye uygun olmaması (unangemessenheit) bir şikayet sebebi değildir. Fakat bu tespitler yalnızca ikinci alacaklılar toplantısında alınan veya ikinci alacaklılar toplantısı yerine sirküler yoluyla alınan kararlar için geçerlidir. İkinci alacaklılar toplantısı veya onun yerine sirküler yoluyla alınan kararlarının yalnızca kanuna aykırılık sebebiyle şikayete konu olup diğer şikayet sebeplerinin bu durumda gündeme gelmemesinin sebebi ikinci alacaklılar toplantısının tasfiyenin mukadderatına etki etme gücüdür. İkinci alacaklılar toplantısı tasfiyeye yön veren ana organdır, bu bağlamda ikinci alacaklılar toplantısı geniş yetkilere sahiptir. İcra mahkemesinin şikayet yoluyla önüne gelen olayda alacaklılar toplantısının bu geniş yetkilerine, özellikle de alacaklılar toplantısının takdir yetkisine müdahale etmesi istenmemektedir²⁰.

İcra mahkemesinin her ne kadar ikinci alacaklılar toplantısının yetkilerine müdahalesi sınırlı olsa da birinci alacaklılar toplantısı kararlarının *“işlemin hadiseye uygun olmaması”* sebebiyle şikayete konu olabileceği İsviçre doktrininde kabul edilmektedir²¹. Örneğin, birinci alacaklılar toplantısında iflas idaresinin seçimine yönelik alınan kararlar veya sirküler yoluyla bu yönde ortaya çıkan kararlar şikayete konu olabilecektir.

19 BGE 109 III 88, BGE 101 III 54.

20 BGE 87 III 111 E. 3; BGE 86 III 102, 103 f. Türk hukukunda bu yönde cereyan eden tartışmalar için bkz. Erdönmez, s. 181-187.

21 Jaeger, Walder, Kull, Kottmann, Art. 239, Rdn. 2.; BaslerKomm, Bürgi, Basler Kommentar, Art. 253, Rdn. 7.; KUKO SchKG, Bürgi, Art. 239, Rdn. 11.

Sirküler yoluyla alınan kararlara karşı şikayet yolu açıksa da bu noktada önemli sorun şikayet süresinin hangi andan itibaren başlayacağıdır²². Kanaatimce, sirküler yoluyla alınan kararlara karşı şikayet süresi en erken iflas idaresince verilen süresinin dolması ve iflas idaresinin alınan kararı tutanakla tespit etmesinden sonra başlayacaktır. Sirküler yoluyla alınan kararın ayrıca alacaklılara bildirileceğine ilişkin bir düzenleme Kanunda bulunmadığı için tebligat masrafını ödeyen alacaklıya kararın tebliğ edilmesi düşünülebilir (İİK m.223, f.3). Bu durumda şikayet süresinin tebliğ ile başlayacağı açıktır. Sirküler yoluyla alınan kararlara karşı kural olarak öneriyi kabul etmeyen alacaklılar ve müflis şikayet yoluna başvurabilecektir²³.

IV. Konkordato Hukukunda Sirküler

Alacaklıların kararları konkordato hukukunda önemli etkilere sahiptir. Aslında konkordato sürecine yön veren şey alacaklıların bu süreçte aldığı kararlardır. Konkordato sürecinde alacaklıların bir araya gelip belirli hususlarda iradelerini ortaya koymaları iki şekilde gerçekleşir. Bunlardan ilki alacaklılar kurulu diğeri ise alacaklılar toplantısıdır. Hukukumuzda alacaklılar kurulu her konkordato sürecinde teşekkül etmez, Yönetmelikte öngörüldüğü üzere yalnızca alacaklı sayısının ikiyüz elliye veya alacak miktarının yüzyirmi beş milyonu geçtiği konkordatolarda alacaklılar kurulunun oluşumu zorunludur. Bunun dışındaki konkordato süreçlerinde alacaklılar kurulunun oluşumu ihtiyaridir. İşte alacaklılar kurulunun teşekkül ettiği süreçlerde komiser, alacaklılar kurulunun görüşünü sirküler yoluyla alabilir.

Konkordato hukukunda alacaklılar toplantısının karar alma yetkisi bulunmamaktadır. Alacaklılar toplantısında oylama yapılmadığı için toplantı ve karar yeter sayısının varlığı da aranmayacaktır. Alacaklılar toplantısının fiziki olarak yapılması yani toplantı yer ve saatinin belirlenerek alacaklılara bildirilmesi kanunen bir zorunluluktur. Alacaklılar toplantısının fiziki olarak gerçekleştirilmeksizin yalnızca sirküler yoluyla cereyan edebilmesi mümkün değildir. Fakat bireysel olarak alacaklıların kabul veya ret oylarını yazılı olarak süresi içinde komiserine bildirmelerinde bir engel bulunmamaktadır. Bu bildirimden noterden imza onaylı bir belgeyle yapılması faydalı olacaktır (İİK m. 240 hükmü kıyasen). Alacaklıların bu yolu kullanarak görüşlerini bildirmeleri, sirküler yoluyla alacaklılar toplantısının yapıldığı anlamına gelmeyecektir.

22 Üstündağ da bu soruna dikkat çekmekle yetinmiş ve fakat soruna bir çözüm önerisi getirmemiştir. Saim Üstündağ, *İflas Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2009, s. 185.

23 Erdönmez, s. 231.

Sonuç

Sirküler yoluyla alacaklıların görüşünün alınması özellikle külli tasfiyede sıklıkla kullanılabilir bir icra iflas hukuku enstrümanıdır. Bu yola başvuru, hem zamandan hem de masraftan tasarruf sağlayacaktır. Özellikle tasfiyenin bir an önce tamamlanması, hızlı hareket edilmesi ve masa açısından kaçırılacak bir fırsata mani olmak amacıyla iflas idaresi sirküler yoluyla alacaklıların görüşlerini masrafsız bir şekilde, hızlıca alabilecektir. Fakat bu noktada unutulmamalıdır ki, tasfiye sürecine önemli etki edecek, alacaklıların müzakereleri ile daha doğru sonuca varılacağı düşünülen önemli kararların alacaklılar toplantısında alınması daha uygun olacaktır. Bu bağlamda, düşük montanlı tartışmaların yaşanacağı karar alma süreçlerinde sirküler yoluna başvurmak faydalı olabilecektir. Sirküler yoluna başvuru, adi tasfiyede iflas idaresinin, basit tasfiyede iflas dairesinin ve sınırlı hallerde başvuru alan cüzi icrada ise icra dairesinin takdirindedir. İflas idaresinin, iflas dairesinin veya icra dairesinin bu konudaki takdir yetkisi şikayet yoluna tabi olabilecektir. Sirküler yoluyla alınan kararların da şikayet yoluyla icra mahkemesinin önüne taşınabilmesi mümkündür. İkinci ve devamı alacaklılar toplantısının sirküler yoluyla yapılması durumunda alınan kararın sadece kanuna aykırılık sebebiyle şikayete konu olabilmesi imkân dahilindedir. Özellikle işlemin hadiseye uygun olmaması sebebiyle alacaklıların kararlarının şikayete konusu olabilmesi söz konusu değildir. Zira tasfiyeye yön veren alacaklılardır ve onların kararlarının icra mahkemesince denetlenmesi ancak sınırlı hallerde mümkün olmalıdır. Konkordato sürecinde de sirküler yoluna başvurmak, kurumun gerektirdiği hızlılık bakımından faydalı sonuçlar verecektir. Türk hukukunda sık uygulaması bulunmayan sirküler yoluyla alacaklıların görüşlerinin alınması yöntemi, yapılacak bir kanun değişikliği ile hukukumuzda da- ki bu kanun değişikliğinde mehz Kanununun 255a maddesi örnek alınabilir- daha işlevsel bir hale gelebilecektir.

KAYNAKLAR

- Amonn, Kurt; Walther, Fridolin, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2013.
- Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel, 2010 (BaslerKomm – Bölüm Yazarı).
- Erdönmez, Güray, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Jaeger, Carl; Walder, Hans Ulrich; Kull, Thomas M.; Kottmann, Martin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, B. 2, 4. Aufl., Zürich, 1997/99.
- Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, Basel, Genf, 2017. (SK SchKG- Bölüm yazarı).
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Kurzkomentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (KUKO SchKG – Bölüm yazarı).
- Lorandi, Franco, “Zirkularbeschlüsse im SchKG”, *ZZZ*, Cilt 45, 2019.
- Üstündağ, Saim, *İflas Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, 2009.

COVID-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi*

Evaluation of the Labor Law Related Provisions of the Code Regarding to Reduce the Economic and Social Impacts of the COVID 19 Epidemic

Seçkin NAZLI**

ÖZ

Dünya çapında küresel salgın hastalık kabul edilen COVID 19 salgını ülkemizde de toplum sağlığı ve ekonomi üzerinde olumsuz etkiler yaratmıştır. Salgının olumsuz etkileri ile mücadele kapsamında 7244 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Çalışmamızda 7244 sayılı Kanunun iş hukukuna ilişkin hükümleri ele alınmıştır. Özellikle işverenin fesih hakkının sınırlandırılması, ücretsiz izin ve nakdi ücret desteğine yönelik yasa hükümleri değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İş hukuku, fesih hakkının sınırlandırılması, ücretsiz izin, nakdi ücret desteği, kısa çalışma ödeneği.

ABSTRACT

COVID 19 epidemic, which is accepted as a global epidemic, has had negative effects on public health and economy also in our country. Law No. 7244 was adopted within the scope of combating the negative effects of the epidemic. In our study, the effects of the provisions of Law No. 7244 regarding labor law were discussed. In particular, the provisions of the law regarding the limitation of the right of termination of the employer, unpaid leaves and the support of cash wage payments were evaluated.

Keywords: Labor law, limitation of the right of termination, unpaid leaves, support of cash wage payments, short-time working allowance.

* Makale gönderim tarihi: 11.05.2020. Makale kabul tarihi: 20.05.2020. Seçkin Nazlı, "COVID-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 251-271; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.01.04>.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul. snazli@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5427-3053>.

Giriş

İnsanoğlu bugünlerde insanlık tarihi boyunca ender rastlanılan türden bir salgın hastalıkla baş etmek durumunda kalmıştır. Dünya çapında salgın yaratan yeni tip koronavirüs (COVID-19) hayatın pek çok alanını ilgilendirir biçimde etkilerini göstermiş ve herkesi alışkanlıklarının değişmesine neden olacak biçimde farklı davranışlar geliştirmeye zorunlu kılmıştır. Değişen koşullar doğal olarak hemen herkes gibi toplumsal hayata yön veren siyasi otoriteyi geçici bir süreliğine de olsa olağan rejim döneminde rastlamadığımız nitelikte yeni kararlar almaya zorlamıştır. Belirttiğimiz türden kararlara örnek olarak 4857 ve 4447 sayılı yasalarda 7244 sayılı Kanunla¹ yapılan değişikliklere yönelik yasal düzenlemeler sayılabilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde işverenlerin taraf oldukları iş sözleşmelerini fesih hakkını geçici bir süreliğine sınırlandırıcı anlam ve niteliğe sahiptir. Aynı düzenleme ücretsiz izinle ilgili olarak, işverenlere; işçisini tek taraflı olarak alacakları kararla ücretsiz izne çıkartma imkânı tanıyarak olağan dönemde içtihatlarla kısıtlanan bir durumu yasal temele sahip biçimde uygulama imkânı yaratmıştır. İş Kanunu'nda yapılan değişikliklerle bağlantılı olarak 4447 sayılı yasaya eklenen geçici 24 ve 25. maddeler ile kanunkoyucu özellikle işverene tanıdığı tek taraflı olarak işçisinin onayını almaksızın ücretsiz izne çıkartmaya yönelik işlemlerin olası olumsuz sonuçlarını önlemek adına bazı düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. Bu kapsamda ücretsiz izne çıkartılan işçiye bu dönemde nakdi ücret desteği sağlanmasına imkân verir yasal düzenlemeler kanuna eklenmiştir. Çalışmamızda İş Kanunu'nda yapılan değişiklik ile işvereni ilgilendirir biçimde getirilen fesih hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler ile tek taraflı işçi onayı alınmaksızın uygulanabilecek ücretsiz izin uygulamasına yönelik düzenlemenin özellikleri ve muhtemel hukuki sonuçları değerlendirilecektir. Düzenlemenin bir nevi tamamlayıcısı olarak kabul edilebilecek ve konu itibarıyla 4857 sayılı Kanun düzenlemesi ile yakın ilişkili olan 4447 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerden nakdi ücret desteğine yönelik düzenlemelere özellikle işverenlerce tek taraflı olarak işçi onayı olmaksızın uygulamasına geçilebilecek ücretsiz izin uygulaması ile bağlantısı dikkate alınarak çalışmamız içeriğinde özel olarak değinilmiştir.

1 RG., 17.04.2020, 31102.

I. Geçici Fesih Sınırlandırması ile Ücretsiz İzin Uygulamasına İmkan Tanıyan Yasal Düzenlemenin Temel Özellikleri

A. Kapsam

İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde ile maddenin yürürlüğü girdiği tarihten itibaren üç ay süre ile Cumhurbaşkanının üç aylık süreyi altı aya kadar uzatma yetkisi saklı tutularak, hizmet ilişkilerini düzenleyen tüm kanunlara tabi çalışanlar bakımından işçilerin iş sözleşmelerinin işverence ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri dışında feshedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Düzenleme her ne kadar İş Kanunu geçici maddesi olarak düzenlenmiş olsa da madde içeriğinde geçici fesih sınırlandırmasının İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesini kapsayacak biçimde düzenlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. İş Kanunu düzenlemesi içeriğinde, hizmet ilişkileri düzenlenen diğer kanunları kapsar biçimde düzenleme yapılmasının isabetliliği tartışmaya açıktır. Zira İş Kanunu dışında hizmet ilişkilerini düzenleyen hükümler Türk Borçlar Kanunu, Deniz-iş Kanunu ya da Basın-iş Kanununda da yer almaktadır. İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ya da İş Kanunu ile Deniz-iş ve Basın-iş Kanunu arasındaki ilişkiyi açıklamak üzere genel kanun - özel kanun niteliğindedir. İş Kanunu'nun, Deniz-İş Kanunu ve Basın-İş Kanunu ile arasında genel kanun – özel kanun ilişkisi bulunmamaktadır². İş Kanunu içeriğinde yapılan yasal değişiklik ile diğer tüm kanunları kapsar biçimde düzenleme yapmak isabetli olmamıştır. Düzenleme ile ortaya çıkan durumun hukuki güvenlik ve belirliliği zedeleyici bir etki yarattığı da ileri sürülebilir. Zira öncelik emsal bir düzenlemenin tarafların tabi oldukları hizmet ilişkisini düzenleyen hukuk kurallarının bulunduğu yasal düzenlemede yapılmasıdır. Örneğin, Deniz-İş Kanunu'na tabi bir hukuki ilişkiyi ilgilendirir yasal düzenlemenin İş Kanunu'nda düzenlenmesi mevcut hukuki ilişkiye yönelik belirliliği zedeleyebilir. Bu nedenle geçici fesih sınırlandırılması ile ücretsiz izne yönelik kabul edilen yasal düzenlemenin arzu edildiği gibi ayrı ayrı ilgili kanunların tamamına ilişkin olacak biçimde değişikliğe konu edilmesi daha isabetli olurdu.

B. Süre

İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması ile işverence tek taraflı alacakları kararlar işçi onayı olmaksızın ücretsiz izne başvurabileceklerini düzenleyen yasa maddesi yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süre ile uygulanacaktır. Düzenlemeyi içerir 4857 sayılı Kanunun geçici 10. maddesi Cumhurbaşkanı'na işverenin fesih hakkını sınırlandıran ve ücretsiz izin uygulamasına başvurma

2 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 38.

olanağı veren düzenlemeler için öngörülen üç aylık süreyi altı aya kadar uzatma yetkisini tanıyacak şekilde yasalaşmıştır. Bu durumda mevcut düzenlemelerin iş sözleşmesinin tarafları için bağlayıcı etkisinin düzenlemenin kabul tarihinden itibaren üç ay olarak öngörüldüğü ancak Cumhurbaşkanı kararı ile bu sürenin en fazla altı ayla sınırlı olarak arttırılmasına imkân tanındığı belirtilmelidir. Çalışma konumuzu oluşturan olağan dönemler için uygulaması pek düşünülemez nitelikte kabul edebileceğimiz yasal düzenlemelerin, istisnai olarak genel kural teşkil etmeyecek biçimde süre sınırlandırmasıyla geçici süreliğine uygulanmalarına imkân tanıyacak biçimde kabulü isabetli olmuştur. Salgın döneminin sona ermesi ile olağanüstü koşulların yarattığı ihtiyaçlara özgü düzenlemeler yerini olağan dönem kurallarına bırakacaktır. Salgın hastalık nedeniyle ekonomik hayatın olumsuz etkilenmiş olmasının istihdam üzerinde de olumsuz etkiler yarattığı bir gerçektir. İş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanması ve keyfi nedenlerle iş sözleşmelerinin sona erdirilmesini engelleme amacı da taşıyan iş hukuku düzenlemelerinin bugünlerde değişen koşulları da karşılayacak mahiyette gözden geçirilmesi bir gerekliliktir. Ancak bu gerekliliğin sadece salgın hastalığın istihdam piyasası üzerinde etkilerinin sürdüğü dönemle sınırlı olarak mevcut olduğu kabul edilebilir. Ayrıca bu dönemlere ilişkin yasal düzenlemelerle birlikte devletin başkaca tedbirler olarak yapılan değişiklikleri tamamlaması ve desteklemesi de ayrı bir zarurettir. Bu kapsamda işverenin fesih hakkının sınırlandırılması ve ücretsiz izin uygulamasına imkân tanıyan düzenlemelerle birlikte devlet tarafından nakdi ücret desteği sağlanmasına yönelik hükümler eşzamanlı olarak uygulanacak biçimde kabul edilmiştir. Bu durum salgın hastalık nedeniyle istihdam piyasasında ortaya çıkan külfetin sosyal taraflarca denkleştirilmeye çalışıldığı anlamına gelmektedir. Normalleşme ile birlikte bu tip düzenlemelere ihtiyacın ortadan kalkması, hem fesih hem de ücretsiz izin uygulaması bakımından iş hukukunun olağan rejim dönemi kurallarının uygulanması anlamına gelecektir.

C. Düzenlemenin Fesih Yasağı Değil Fesih Hakkının Sınırlandırılması Amacı Taşınması

Mevcut düzenleme ile ilgili olarak belirtmemiz gereken önemli husus yapılan düzenlemenin işverenin sahip olduğu iş sözleşmesini fesih hakkını yasaklamak, bir başka ifade ile fesih yasağı öngörmek mahiyetinde olmadığıdır. Bu düzenleme işverenin iş sözleşmesini feshine ilişkin sahip olduğu yetkinin yasaklanmasından çok fesih hakkının geçici süre ile sınırlandırılması anlamını taşımaktadır. Düzenlemenin fesih yasağı olarak değerlendirilmesini engelleyen en önemli husus işverenin sahip olduğu fesih hakkının içinin İş Kanunu 25. maddesi ikinci bendi kapsamında ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan

haller ve benzerlerine ilişkin davranışları sergilemesi durumunda devam etmesidir. İşverenin fesih hakkının yasaklandığı ve hiçbir koşulda feshe başvuramayacağı türden bir düzenleme yapılmamıştır.

1. Fesih Hakkını Sınırlandırmaya Yönelik Düzenlemenin İşveren Bakımından Anlamı

Salgın döneminde işverenin sahip olduğu fesih hakkının yasaklanması yerine sınırlandırılmasına yönelik düzenleme isabetli olmuştur. Ancak bu durumun olası sonucu bu dönemde işverence İş Kanunu 25/II kapsamında fesihlere yoğun olarak başvurulması ihtimali olabilecektir. İşverenlerin fesih sınırlandırılmasına yönelik hukuki düzenlemeler nedeniyle gerçekleştirecekleri feshe yönelik işlemleri ilgili kuruma işten ayrılış bildirgelerinde İş Kanunu madde 25/II kapsamında beyan edecekleri kuvvetle muhtemeldir. Bu dönemde zorunlu arbuluculuk aşamaları tamamlandıktan sonra işçi tarafından açılacak işe iade talepli feshe itiraz davası ya da feshe bağlı işçilik alacaklarına yönelik bir davada mahkeme sadece iş sözleşmesinin işverence haklı nedene dayalı gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği yönünde hukuka uygunluk denetimi yapmalıdır. Özellikle işe iade talepli davada mahkeme, feshin haklı nedene dayalı olup olmadığının yanı sıra geçerli nedenin varlığı konusunu değerlendirmeye almamalıdır. Zira feshin gerçekleştirildiği dönem itibarıyla işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle fesih imkânı kendisine tanınmamıştır. Bu durum işe iade talepli davada sadece feshin m. 25/II kapsamında hukuka uygunluğunun denetlenmesini zaruri kılar. Ayrıca işverene İş K. 25. madde kapsamında tanıyan sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler ile işçinin gözetli ve tutukluluk haline özgü fesih sebepleri de bu dönem için başvurulamayacak türden fesihler olarak değerlendirilmelidir. İşverenin zorlayıcı nedene dayalı olarak iş sözleşmesini fesih hakkını da bu dönemde kullanamayacağı açıktır. Örneğin yasal düzenlemenin kabul edildiği döneme özgü olarak 65 yaş üstü için getirilen sokağa çıkma yasağı kapsamında işgörme borcunu yerine getiremeyen işçi bakımından işverenin bir haftalık bekleme süresi sonrasında ortaya çıkan askı döneminde kendisine tanınan iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını da kullanamayacağına kabulü gerekir. İşverenin madde 25/II dışında feshin hukuka uygunluğuna yönelik savunmasına mahkemece itibar edilmemesi bu durumlarda feshin haksız olduğu yönünde karar vermesi gerekecektir. Bu durumun talebin işe iade olduğu davalarda işe iade, talebin feshe bağlı işçilik alacaklarına yönelik olduğu davalarda da talep konusu işçilik alacaklarının hüküm altına alınması sonucunu doğuracağı belirtilmelidir. İşçinin bu dönemde aynı zamanda işsizlik sigortasından istifade edebilmek bakımından İşkur'a süresinde başvurmuş olması kaydıyla işsizlik ödeneği tahsisinin yapılacağı dönemde ödenekten is-

tifade etmesini engelleyecek bir durumun oluşmamış olması kaydıyla işsizlik ödeneğinden de yararlanabileceği açıktır.

2. Fesih Hakkını Sınırlandırmaya Yönelik Düzenlemenin İşçi Bakımından Anlamı

4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin fesih hakkını sınırlandıran geçici 10. maddesi maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işverenin işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne çıkartabileceğini düzenlemektedir. Olağan dönemde iş hukukunda işverence işçinin açık ve zımnî rızaları dışında yaptığı ücretsiz izne çıkarma uygulamasının yargı makamlarınca yerleşik olarak işveren feshi olarak değerlendirilerek hukuki sonuca gidildiği tespit edilmektedir³. Tek taraflı olarak işverence ücretsiz izne çıkartılan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi işleminin de hukuka uygun kabul edildiği kararlar mevcuttur⁴. Son yasal düzenlemeyle iş yargısının ücretsiz iznin olumsuz sonuçlarından işçiyi koruma maksatlı olarak geliştirdiği içtihadi birikimin tersi bir olgu geçici bir süreliğine de olsa hukuki temele sahip kılınmıştır. İşçinin onayına gerek olmaksızın işveren kararı ile tek taraflı olarak işçinin ücretsiz izne çıkartılmasının işçi tarafından haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermeyeceği geçici 10. madde düzenlemesi içerisinde yer almaktadır. İşçi onayı alınmaksızın salt işveren kararı ile ücretsiz izne çıkartılmış olmasını iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi için hukuki sebep yapamayacaktır. Ancak işverenin ücretsiz izin uygulamasını herhangi bir objektif temele dayandırmaksızın iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcuna aykırı biçimde kullandığı durumlarda işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi için hukuki temel kabul edilmelidir. İşçinin bu durumda fesih gerekçesi işverenin tek taraflı ücretsiz izne çıkartan işlemi değil sahip olduğu yasal hakkı iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcuna aykırı olarak kullanmış olmasıdır.

İş Kanunu geçici 10. madde düzenlemesi ile işverene tanınan işçisini tek taraflı ücretsiz izne çıkartmaya dayalı düzenlemenin lafzı itibarıyla salt İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilecektir. Zira ücretsiz izne olanak tanıyan düzenleme lafzı itibarıyla fesih sınırlandırılmasına ilişkin hükümde olduğu gibi açık olarak hizmet ilişkilerini düzenler diğer kanunları da kapsayacak biçimde yasalaşmamıştır. Ancak düzenlemenin

3 Yarg. 9 HD, 18.04.2005, E. 2004/22912, K. 2005/13742.; Yarg. 9 HD, 19.01.2006, E.2005/16574, K. 2006/587.; Yarg. 9 HD, 04.12.2008, E. 2007/31333, K. 2008/33412.; Yarg. 7 HD, 20.02.2014, E. 2013/19177, K. 2014/4219.

4 Yarg. 9 HD, 17.04.2008, E. 2007/16061, K. 2008/9035.; Yarg. 7 HD, 12.02.2015, E. 2014/21469, K. 2015/1392.

işverenin fesih hakkını sınırlandıran düzenlemeyi dengeleyici amaçla fesih hakkını sınırlandıran hükümlerle bağlantılı olduğunun kabulü halindeyse farklı bir sonuca ulaşılabilir. Böyle bir durumda işverene tanınan işçi onayı aranmaksızın ücretsiz izne imkân tanıyan düzenlemenin İş Kanunu dışında her türlü iş veya hizmet sözleşmesini düzenleyen diğer kanunlara tabi iş sözleşmeleri bakımından da geçerli olabileceği ileri sürülebilecektir. Kanaatimizce her iki düzenlemenin birbiri ile yakın ilişki içerisinde ve bağlantılı olduğunun kabulüne bağlı olarak işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemenin hizmet ilişkilerini ilgilendirir tüm kanunları kapsar biçimde düzenlenmiş olması nedeniyle ücretsiz izne yönelik düzenlemenin de fesih yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik hüküm gibi tüm kanunları ilgilendirir biçimde aynı doğrultuda düzenlendiğinin kabulü düzenlemelerin amacına daha uygun düşmektedir.

D. Yasal Düzenleme Aykırılığın Hukuki Yaptırımını Olarak İdari Para Cezası

1. Genel Olarak

Fesih yasağına aykırı işveren davranışı idari para cezası ile yaptırımılandırılmıştır. İşverene fesih sınırlandırması getiren yasa maddesi ile iş sözleşmesi maddeye aykırı biçimde feshedilen her bir işçi için işverene aykırılık teşkil eden eylemin gerçekleştiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Bu dönemde işverence gerçekleştirilecek fesih işlemine yönelik olarak mahkemece fesih gerekçesinin sadece İş Kanunu m. 25/II düzenlemesi ekseninde hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Ancak yasal düzenlemeye aykırılık haline karşılık yasa maddesinde idari para cezasının öngörülmesi, işverence kanun maddesine aykırı biçimde gerçekleştirilen feshin hukukiliği tartışmalarında bu durumun olası etkisini de gözetenek değerlendirme yapmamızı ve bazı sonuçlara varmamızı gerekli kılar. Zira İş Kanunu'nda işverenin fesih hakkını sınırlandıran benzer düzenlemelere ilişkin ihtilaflara ilişkin olarak yargı makamlarının sonuç ve yorumlarından hareketle çalışma konumuzu oluşturan düzenlemeye ilişkin olarak da bazı tartışmaların doğacağını şimdiden belirtebiliriz.

2. Hukuka Aykırılığın Yaptırımının İdari Para Cezası Olarak Belirlenmiş Olmasına Bağlı Yaşanabilecek Hukuki Tartışmalar

İş Kanunu'nun toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29. maddesi toplu işçi çıkarma durumunda işverenin bu durumu en az otuz günden önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna

bildirmesi gerektiğini düzenlemiştir. Yasal düzenlemeye göre fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğuracaktır. Kanunda belirtilen fesih bildiriminden hüküm doğurmasından otuz günlük sürenin bitiminden itibaren fesih bildirim süresinin işlemeye başlayacağı⁵ ya da bu tarih itibarıyla bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilebileceği sonucuna varılmalıdır⁶. İşveren otuz günlük süre dolmadan peşin ödeme yoluna gitmişse fesih otuz günün sonunda hüküm ve sonuç doğurur⁷. Fesih bildirimlerinin yasa ile belirlenen otuz günlük sürede hukuki sonuç doğurmaması, bu dönemin kanunkoyucu tarafından feshin olumsuz sonuçlarını bir süreliğine ortadan kaldırmaya yönelik, feshin hukuki sonuçlarını geciktirici ve fesih hakkını sınırlandırıcı bir süre olarak öngörüldüğünün kabulünü gerektirir. Tıpkı üç ay süre ile işverenin fesih hakkını sınırlandırmaya yönelik yasal düzenlemeye olduğu gibi toplu işçi çıkarmaya yönelik yasal düzenlemeye de benzer tutum kanunkoyucu tarafından sergilenmiştir. Toplu işçi çıkarmaya yönelik yasa ile belirlenen otuz günlük süreye uyulmamasının yaptırımı da 7244 sayılı Kanun düzenlemesine aykırılıkta olduğu gibi idari para cezasıdır (İş Kanunu m. 100). Yargıtay'ın 9, 22 ve 7. Hukuk Daireleri toplu işçi çıkarma prosedürünü geçerli sebeple ve feshin geçerliliği ile ilişkilendirmediği, prosedüre aykırılığın yaptırımının idari para cezası olduğundan bahisle süreye uyulmamasının feshi geçersiz kılmayacağı yönünde kararlar vermişlerdir⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin toplu işçi çıkarmaya yönelik yasadaki 29. maddede düzenlenen kurallara uyulmamış olmasının feshi geçersiz kılacağı yönünde içtihatları da mevcuttur⁹. Kanun koyucunun fesih sürecine ilişkin getirmiş olduğu sınırlamaları içerir düzenlemelere işverence uyulmamış olması kanaatimizce feshin geçersizliği-

5 Nuri Çelik, Nursen Caniklioğlu, Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 639.; Süzek, s. 590-591.; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 230.

6 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 639; Süzek, s. 590-591; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 230.; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 1094-1095.; Devrim Ulucan, *İş Güvencesi*, 2. Bası, İstanbul, 2005, s. 90.; Öner Eyrenci, "Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar", A. Can Tunca'ya Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 558-559.; Ufuk Aydın, "Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma", A. Can Tunca'ya Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 670 vd.

7 Süzek, s. 591.

8 Yarg. 9. HD, 24.11.2005, E. 2005/32730, K. 2005/37114.; Yarg. 9 HD, 20.03.2006, E. 2006/2990, K. 2006/6997.; Yarg. 22. HD, 08.04.2014, E. 2014/5846, K. 2014/7262.; Yarg. 22 HD, 09.09.2015, E. 2015/18989, K. 2015/24389.; Yarg. 22 HD, 19.01.2016, E. 2015/32531, K. 2016/1080; Yarg. 7 HD, 13.06.2016, E. 2016/17007, K. 2016/13158.

9 Yarg. 9 HD, 19.10.2009, E. 2009/35548, K. 2009/27734.; Yarg. 9 HD, 12.11.2009, E. 2009/39805, K. 2009/29653.

nin kabulünü gerektirir¹⁰. Hükümlere aykırılık halinin açıkça feshi geçersiz kılacağıın düzenlenmemiş olması, idari para cezası yaptırımının varlığı aksi bir kanaate varabilmek için tek başına hukuki temel teşkil etmeyecektir. Düzenlemede yasaya aykırı davranışın feshi geçersiz kılacağına yönelik açık hükmün bulunmamasından hareketle aykırı eylemlerin idari para cezası ile yaptırımılandırılmasını hukuki yaptırım olarak yeterli bularak belirlenen prosedüre uymamanın feshin geçerliliğini etkilemeyeceğine yönelik görüşün işverenin fesih hakkını geçici bir süreliğine sınırlandıran 7244 sayılı Kanunla getirilen yasal düzenleme bakımından da dikkate alınmaması gerektiği kanaatindeyiz.

II. Ücretsiz İzin Uygulaması ile Salgın Nedeniyle İşini Kaybedenlerden İşsizlik Sigortasından İstifade Edemeyenleri Destekleyici Mahiyette Nakdi Ücret Desteği Uygulaması

A. Genel Olarak

İşverene tanınan işçiyi tek taraflı ücretsiz izne çıkartmaya yönelik yetki ile bağlantılı kabul edebileceğimiz önemli bir düzenleme 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 24. madde'de yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesine taraf olarak çalışmaya devam edenlerden 4857 sayılı Kanunun geçici 10. maddesi kapsamında işverenleri tarafından ücretsiz izne çıkartılanlar ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15.03.2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi feshedilen ancak işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamaları koşuluyla, 4857 sayılı Kanun'da düzenlenen geçici fesih sınırlandırılmasına ilişkin süreyi aşmayacak biçimde, ücretsiz izin kullandıkları ya da işsiz kaldıkları süre kadar işsizlik sigortası fonundan günlük 39,24 Türk Lirası nakdi ücret desteği verilecektir. Pandeminin ortaya çıkmasıyla istihdam piyasasında yeralan işgücüne ilişkin taraf oldukları iş sözleşmelerinin feshi ile ortaya çıkan iş kaybı ya da ücretsiz izin gibi olumsuz sonuçların bertaraf edilmesine yönelik düzenleme ile istihdam piyasasının hem işçi hem de işveren tarafının kanunkoyucu tarafından desteklenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Özellikle iş sözleşmesi sona eren işçilerden işsizlik sigortası kapsamında işsizlik ödeneğine hak kazanamayanlar bakımından destek son derece anlamlıdır. İş sözleşmesi işsizlik ödeneğine hak kazanacak biçimde sona erenler ya da herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığı alan-

10 Stüzek, s. 591.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 643.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 232.; Eyrenci, s. 559-561; Aydın, s. 679-680.; Kübra Doğan-Yenisey, "Toplu İşçi Çıkarma Usulüne Aykırılık ve Yaptırım", *Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 203-204.; Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", *III. Yılında İş Yasası*, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2005, s. 235-236.

lar ödenek ya da aylık olarak yeniden iş bulacakları süreye kadar bu dönemin olumsuz etkilerini atlarmaya çalışacaklardır. İş sözleşmesi devam edenler bakımından işverenler seçimlik hakka sahip kılınmışlardır. İşverenler; pandemi döneminde yaşanan ekonomik sıkıntıları işçilik maliyetlerini düşürerek aşabilmek amacıyla kısa çalışma uygulamasına başvurmak ya da işçilerinin onay koşuluna bağlı olmaksızın tek taraflı alacakları kararla ücretsiz izne çıkartma konusunda seçimlik hakka sahiptir kılınmışlardır. Yasal düzenleme gereği işçilerin ücretsiz izin döneminde nakdi ücret desteğinden yararlanabilmeleri; işverenleri tarafından 17.04.2020 tarihi itibarıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, kısa çalışma ödeneğinden yararlanmamak, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamaktır. Bu koşulların sağlanması ile birlikte işverenlerin SGK'ya işçilerinin durumuna göre usulüne uygun bildirimde bulunmuş olmaları ile nakdi ücret desteği İşkur tarafından işçinin kendisine ödenecektir.

B. Düzenlemenin Sosyal Taraflar Bakımından Olumlu Olumsuz Yönleri

İş Kanunu ve İşsizlik Sigortası Kanunu'na 7244 sayılı Kanun'la eklenen geçici maddelerle düzenleme konusu yapılan geçici mahiyetteki işverenin fesih hakkının sınırlandırılması, işverenin alacağı kararla işçisine tek taraflı olarak ücretsiz izin kullandırma imkânı ile ücretsiz izin dönemine özgü nakdi ücret desteğine yönelik hükümler işçiyi bu olağanüstü dönemde korumaya yönelik yönleri ile isabetlidir. Ancak birbirleri ile yakından bağlantılı bu düzenlemeleri değişen koşullara göre değerlendirdiğimizde farklı sonuçlara varma ihtimalimiz de vardır. Zira bu düzenlemelerden fayda görecek ve koruyucu niteliğini yaşayacak olan yegane grup iş sözleşmesi 15.03.2020 tarihinden sonra feshedilen ve işsizlik ödeneğinden yararlanamayacak olan gruptur. Bu gruba girenler bakımından yeni bir iş bulana kadar doğacak gelir kaybının nakdi ücret desteği ile telafisi, alternatifsiz bir çözüm olarak son derece isabetlidir. İş sözleşmesi devam eden işçiler bakımından mevcut düzenlemenin isabetliliğine yönelik değerlendirmemiz bu gruba giren işçiler adına işverenleri tarafından kısa çalışma ödeneğine¹¹ başvuru yapıp yapılmadığı sorusuna verilecek cevaba göre değişecektir. Zira iş sözleşmesi devam edenler bakımından işverenlerin kısa çalışma ödeneğine başvurmuş olması durumunda kısa çalışma

11 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 713 vd.; Süzek, s. 784 vd.; Saim Ocak, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 6 vd.; Nurşen Caniklioğlu, "4857 sayılı İş Kanunu'na Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", A. Can TUNCAY'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 499 vd.; Ömer Ekmeççi, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar", *Sicil*, Yıl:4, Sayı:14, Haziran 2009, s. 47 vd.

ödeneğine hak kazanamayanlar bakımından da nakdi ücret desteği son derece anlamlı ve önemlidir. İşverenin başvurusu sonrasında kendilerine kısa çalışma ödeneği tahsis edilecek olanlarda nakdi ücret desteğinden yararlanamayacak olsalar da kısa çalışma ödeneği miktarının nakdi ücret desteğinden daha yüksek olmasından dolayı nakdi ücret desteğinden istifade etmiyor olmaları herhangi bir olumsuzluk teşkil etmez. İşverenin kısa çalışma ödeneğine başvurmamış olması halinde de işyerinde işin durması durumunda işçilerin işverenleri tarafından SGK'ya usule uygun biçimde bildirilmiş olmaları koşuluyla işyerinde faaliyetin durduğu dönemlerde ücretsiz izinli olduklarının kabulüyle kendilerine nakdi ücret desteği yapılacağı açıktır. İşveren işyerinde zorlayıcı sebeplere dayalı olarak işin durduğu ve çalışılmayan dönemlerde işçilerinin oluşan gelir kaybını kısa çalışma ödeneğine başvurarak¹² hak kazanma koşullarını karşılayanlar bakımından giderebileceği gibi kısa çalışma ödeneğine hiç başvuru yapmayarak işçilerinin doğrudan ücretsiz izin dönemine özgülenen nakdi ücret desteğinden istifade ettirilebilmelerine olanak tanıyacak işlemleri de yapabilir. İşçilerin nakdi ücret desteğinden istifade etmelerine yönelik düzenleme nakdi ücret desteğinden sadece kısa çalışma ödeneğinden istifade edemeyecek olanların yararlanması şeklinde belirlenmemiştir. Bu nedenle işverenlerin kısa çalışma ödeneği ya da nakdi ücret desteğinden bir tanesine işçileri adına başvurma konusunda seçimlik hakları oluşmuştur. Nakdi ücret desteğinin işçinin kısa çalışma ödeneğinden istifade edememesi durumunda hak kazanabileceği bir yardım olarak düzenlenmemesi kanaatimizce isabetli olmamıştır. Zira kısa çalışma ödeneğinin işçi bakımından nakdi ücret desteğine nazaran pek çok açıdan olumlu yönleri mevcuttur. Kısa çalışma ödeneğinin nakdi ücret desteğinden miktar olarak fazlalığından başka¹³ kısa çalışma ödeneği tahsis edilen dönemin yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından çalışılarak geçirilen sürelerden sayılması (İş K. m. 55/j) ile bu sürenin kıdem ve ihbar tazminatına esas hizmet süresinden sayılacak olması¹⁴ gibi sebepler kısa

12 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden evvel işveren işletmenin ihtiyacı durumunda işçileri işten çıkarmak yerine ücretsiz izne çıkarmaktaydı ve işçiler ne zaman tekrar işe başlayacakları belli olmadan beklemek durumunda kalabilmekteydi. Kısa çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde uygulanan işçiyi mağdur edici benzer uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesi amacıyla getirilmiştir (Ocak, s. 30).

13 Kısa çalışma ödeneği miktarının düşüklüğü konusunda yapılan değerlendirme için bkz. Ocak, s. 456.

14 Kısa çalışmanın faaliyetin tamamen ya da kısmen durması şeklinde uygulandığında yasal bir askı hali oluşturması sebebiyle, kısa çalışmada geçen bu süreleri kıdem ve ihbar tazminatı hesaplamasına dâhil etmek gerektiği yönünde görüş için bkz. Ocak, s. 582.; Caniklioğlu, s. 519.; Bkz. Aksi görüş için Ekmekçi, s. 57. Ekmekçi, ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında kısa çalışma sürelerinin dikkate alınacağı ile ilgili olarak kanunda açık bir hüküm bulunmadığından ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında kısa çalışma sürelerinin dikkate alınmaması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Yarg. 9 HD 14.07.2011, E. 2010/50993 K. 2011/27305 sayılı ilamında

çalışma ödeneğine hak kazanmanın işçi açısından nakdi ücret desteğine nazaran çok daha olumlu sonuçlar ortaya çıkarttığı kabulünü gerektirir. Kısa çalışma ödeneğinden yararlanan döneme ilişkin olarak işçi açısından olumlu olarak belirttiğimiz tüm bu durumlar nakdi ücret desteğinden istifade edilen dönem için geçerli değildir. İşverenlerin kısa çalışma ödeneği tahsis edilen dönemle ilişkili olarak işçisinin kıdem ve ihbar tazminatına esas hizmet süresi ile yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından çalışılan sürenin artacak olmasındansa işçilerini nakdi ücret desteğinden yararlanabilecekleri şekilde ücretsiz izne yönlendirmeleri olasıdır. Bu durumun belirtilen nedenlerle işverenlerce tercih edilmesinin önlenmesi bakımından nakdi ücret desteğinden sadece kısa çalışma ödeneğine hak kazanamayanların yararlandırılmalarına yönelik yasal düzenleme yapılması daha isabetli olurdu. İşçilerin ücretsiz izinli kabul edilerek nakdi ücret desteğinden yararlandırılmalarından işverenler belirttiğimiz şekilde istifade edebilecekleri gibi İşkur işçiyeye kısa çalışma ödeneğine nazaran nakdi ücret desteği sağlayarak daha düşük miktarda ödeme yaparak fondan daha az harcama yapacaktır. Görüldüğü üzere nakdi ücret desteği kısa çalışma ödeneğinden faydalanma imkânı bulunan işçi bakımından avantajlı bir durum yaratmamaktadır. Nakdi ücret desteğinin kısa çalışma ödeneğine nazaran tek avantajı işçinin işsiz kalması durumunda sağlanan nakdi ücret desteğinin işsizlik ödeneğinden mahsup edilmeyecek olması olarak belirtilebilir. Ancak bu dönemi iş sözleşmesi devam ederek, sona ermeden geçiren ve sonrasında çalışmaya devam eden işçi bakımından belirttiğimiz faydanın herhangi bir önemi olmayacağını belirtebiliriz.

C. Nakdi Ücret Desteğine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi

Salgın nedeniyle ortaya çıkan durumun zorlayıcı sebep olarak kabulü sonucunda bu durumun yasa gereği bir haftalık bekleme süresi sonrası hem işçi hem işveren bakımından taraf oldukları iş sözleşmelerini askı haline sokacağı

“.... Somut olayda davacı işçinin 22.12.2008-18.6.2009 tarihleri arasında Yasa'ya uygun biçimde 5 ay 27 gün kısa çalışma yaptığı ve kısa çalışma süresinin çalışılmış sayılan süre kapsamında kıdemine eklenmesi gerektiği tartışmasızdır. Dosyada sorun çalışılmış gibi sayılan ve bu sebeple kıdem süresine eklenecek kısa çalışma süresinin Yasa'da ilk olarak belirtilen azami 3 aya kadar ki süre mi, yoksa 5838 Sayılı yasanın 1. maddesiyle değiştirilen Geçici 8. maddesinde belirtilen ve 2008, 2009 ve 2010 yıllarında geçerli 6 aylık sürenin mi uygulanacağıdır. Yasa koyucu 5838 Sayılı yasanın 1. maddesiyle yapılan değişiklik ile 2008, 2009 ve 2010 yılları için azami kısa çalışma süresini 3 aydan 6 aya çıkarmıştır. Bu sebeple davacının kıdemine eklenen kısa çalışma yaptığı süre Yasanın Geçici 8. maddesinde 5838 Sayılı yasanın 1. maddesiyle yapılan değişiklik kapsamında kaldığından 5 ay 27 günlük fiili kısa çalışma süresinin kıdemine eklenmesine ilişkin Mahkeme kararının Yasa koyucunun iradesine ve Yasaya uygun olduğu açıktır....” tespitleri ile yasa ile belirlenen kısa çalışma sürelerinin davacının kıdemine eklenecek süre olarak kabulünün hukuka uygun bulunduğu anlaşılmaktadır.; Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 7 HD, 23.02.2016, E. 2015/5639, K. 2016/4112; Yarg. 9 HD, 14.07.2011, E. 2010/50993, K. 2011/27305.

yasal düzenleme gereğidir. Kanaatimizce İş Kanunu'na eklenen madde ile işverenin fesih hakkını geçici süre ile sınırlandırarak işçisini tek taraflı ücretsiz izne çıkartma hakkı tanımak taraflar arasında bulunması gereken dengenin işveren lehine bozulması sonucunu doğurmuştur. Zira işverene işçisinin onayını aramaksızın tek taraflı izne çıkartma hakkı tanımakla birlikte ücretsiz iznin işçi bakımından iş sözleşmesini haklı fesih sebebi olarak dayanılamayacağını kabul etmek işçi bakımından bu döneme özel mutlak fesih yasağı getirmektedir. Zira düzenleme bu hali ile yasallaşmamış olsaydı mevcut hukuki duruma göre işçi 4857 sayılı Kanununun 24. maddesi gereği salgın nedeniyle ortaya çıkan zorlayıcı nedene dayalı olarak işyerinde işin durması durumunda bir haftalık yarım ücrete hak kazanacağı bekleme süresi sonrasında ortaya çıkan askı döneminde iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecekti. İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde, İş Kanunu içerisinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak zorlayıcı nedenle feshini düzenleyen 24. maddeye aykırı bir sonucu ortaya çıkartmıştır. Kanaatimizce İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde ile işverene ücretsiz izin hakkı tanımak yerine yapılması gereken hukuki düzenleme sorununun İş Kanunu'nda düzenlenen 24. ve 25. maddeleri ile uyumlu biçimde zorlayıcı neden ekseninde çözüm yoluna gidilmesiydi. Mevcut duruma ilişkin olarak işverenlerce salgın nedeniyle ortaya çıkan zorlayıcı sebebe dayalı olarak 4857 sayılı Kanununun 24 ve 25. madde kapsamında SGK'ya iş sözleşmelerinin askıda olduğuna ilişkin bildirimde bulunulması durumunda mevcut düzenlemede kabul edildiği üzere 17.04.2020 -17.07.2020 arası ile sınırlı olmak üzere bu üç aylık süre için kısa çalışma ödeneğinden istifade edemeyen işçilere geçici nakdi ücret desteği verileceğinin kabulü ile bu dönemde tarafların iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedemeyeceklerine yönelik hukuki düzenleme getirilmesi daha isabetli bir çözüm olurdu. Böylelikle askı döneminde işçinin ortaya çıkan gelir kaybı giderilmiş, işverenlerinde pandemi döneminde zorlayıcı nedene dayalı olarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı olan işçisinin bu hakkı kullanmasından doğacak kıdem tazminatı riski geçici süreliğine ortadan kaldırılmış olurdu. İki tarafı da gözeten pandemi kaynaklı çalışamama halinin ortaya çıkartması muhtemel sorunları çözmeye yönelik bir düzenleme yapılmış olurdu. Zira meselenin İş Kanunu'nda olağan döneme özgü düzenlenen kurullarla çözümü kolay değildir. Koşulların ortaya çıkarttığı somut durumlardan hareketle yeni, geçici düzenlemeler yapılması isabetlidir. Her ne kadar İş Kanunu m. 25'de düzenlenen zorlayıcı sebeplerin salgın hastalık gibi olguları dikkate alarak bu gibi durumları kapsayacak şekilde düzenlendiği ileri sürülebilecekse de içinde bulunduğumuz dönemde yaşanan salgın hastalık yüz yılda bir yaşanacak türden kabul edilmektedir. Salgın etkisi hem dünya çapında hem de tüm ülkeyi etkileyecek niteliktedir. İstihdam piyasası

sı aktörlerinden işçi ve işverenler ile düzenleyici makam olan devletin bu dönemde fedakarlık yapması gereklidir. Beklenen fedakarlığın işçiden daha çok maddi olarak daha kuvvetli olduğu kabul edilen işverence ve devlet tarafından üstlenilmesi isabetli olacaktır. İşçinin bu dönemde zorlayıcı nedene dayalı olarak İş Kanunu madde 24/III kapsamında iş sözleşmesini geçici süreliğine haklı nedenle feshedemeyeceğinin kabulü işçi bakımından yeterli kabul edilebilecek bir fedakarlıktır. Belirttiğimiz gerekçelerle bu dönem için geçici süreliğine hem işverenlerin hem de işçilerin zorlayıcı nedene dayalı olarak iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedemeyeceklerine ilişkin düzenlemenin kararlaştırılmış olması daha isabetli olurdu. Böylelikle iş hukukunun sistematığı içerisinde mevcut hukuki kurumları ile uyumlu yasalaşma sağlanır ve ücretsiz izne yönelik olarak işverence işçi onayı olmaksızın tek taraflı karar verilemeyeceğine yönelik geçmiş yıllara dayalı işçi kazanımı zedelenmemiş olurdu.

D. Nakdi Ücret Desteği Düzenlemesi ile İlişkili Olası Hukuki Sorunlar

İşçinin kısa çalışma ödeneğinden istifade etme imkânı varken işverenin kısa çalışma ödeneğine başvurmak yerine ücretsiz izin uygulamasına başvurarak işçisinin nakdi ücret desteğinden istifade etmesine olanak sağlamanın işçiye haklı nedenle fesih hakkı verip vermeyeceği ile hak kazandığı nakdi ücret desteği ile hak kazanabileceği kısa çalışma ödeneği arasındaki farkın zarar olarak tazmini meselesi gelecek dönemde hukuken tartışma yaratması olası durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuya ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli hukuki mesele işçinin bu gibi bir durumda iş sözleşmesini haklı nedenle feshinin hukuka uygun kabul edilip edilmeyeceği meselesidir. İşverenin farkı tazmin yükümlülüğünün varlığına ilişkin soruna işçi lehine verilecek cevap aynı zamanda iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedebileceğinin de kabulünü gerektirmesi nedeniyle iki sorunun birbiri ile yakın bağlantısı birlikte değerlendirilmelerinin daha isabetli olduğunu ortaya koymaktadır. Başlangıçta önemle belirtmemiz gerekir ki kısa çalışma ödeneği ile nakdi ücret desteği farklı hukuki düzenlemelere dayanan ve birbirinin alternatifi olmayan iki farklı hukuki müessesidir. Ancak nakdi ücret desteğine yasal düzenleme kısa çalışma ödeneğine alternatifmiş gibi yasalaştığından belirttiğimiz hukuki tartışmaların doğması olasıdır.

İşçinin kısa çalışma ödeneği yerine nakdi ücret desteğinden istifade ettirilmiş olmasına bağlı olarak işverenin farkı tazmin edip etmeyeceği tartışmasının ortaya çıkmasının ön koşulu işyerinin tamamen faaliyetin durması halidir. Zorlayıcı nedene dayalı olarak işyerinde işin durması yerine çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılarak kısa çalışma yapılması halinde işveren ücretsiz izne

başvuramayacağından işçisi adına nakdi ücret desteğine başvuru yapması da bu durumda hukuken mümkün olmayacaktır. Bu nedenle belirttiğimiz hukuki tartışma işyerinde çalışma saatlerinin azaltılarak çalışmaya devam ediliyor olması halinde nakdi ücret desteği söz konusu olmayacağından doğmayacaktır.

Konuya ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli mesele işverenin kısa çalışma ödeneğine ya da nakdi ücret desteğine başvurma zorunluluğu olup olmadığıdır. İşçisi ile karşılıklı anlaşarak salgın başlangıcında işyerinde ücretsiz izin uygulamasına giren ya da işyerini zorlayıcı nedene dayalı olarak ilk bir hafta yarım ücret ödeyerek sonrasında tatil eden işverenin kısa çalışma ödeneği ya da nakdi ücret desteğine yönelik gerekli başvuruları yapmaması halinde bu davranışından dolayı tazmin yükümlülüğünün doğup doğmayacağı meselesinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bu konuda işverenin sorumluluğunun doğduğunun kabulü işverenin zorlayıcı nedenin varlığı halinde zorlayıcı nedene dayalı olarak uygulamaya giren askı süresinde mutlaka işçisinin kısa çalışma ödeneğinden ya da nakdi ücret desteğinden istifade edebilmesi için gerekli başvuruları yapma yükümlülüğünün kabulüne bağlıdır. İşverenin emsal bir durumda mutlak olarak kısa çalışma uygulamasına tabi olmak bakımından başvuru yükümlülüğünün varlığına ilişkin yasal bir düzenleme mevcut değildir. Ancak özellikle iş güvencesi hükümleri kapsamında işverenlerin iş, işyeri ya da işletme gereklerine dayalı olarak feshe başvurduğu durumlarda feshe son çare olarak yaklaşımları bu kapsamda fesih öncesinde kısa çalışma uygulaması dahil bir dizi önlemi almış olmaları kendilerinden dürüstlük kuralları gereğince beklenmektedir. Aksi işveren tutum ve davranışının sonucu olarak Yargıtay işverenin bu gibi durumlarda gerçekleştirmiş olduğu fesih işlemini geçersiz olarak kabul etmektedir¹⁵. Bu durum işverenin ekonomik olarak güçlü yaşadığı durumlarda dahi işyerinde dürüstlük ilkelere uygun bir düzen sağlama yükümlülüğü kapsamında işçiyi koruma ve gözetme borcu gereği olarak mevcut iş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanabilmesi adına kısa çalışma uygulaması dahil bir dizi önlem alması zaruretini ortaya koyar. Yargıtay'ın kararları ile ortaya koymuş olduğu işverene yüklediği yükümlülüklerin gereği olarak beklenen işveren tutum ve davranışı işçi men-

15 Yarg. 9 HD, 13.02.2014, E. 2013/10529, K. 2014/4498 “.....saptanan ekonomik veriler karşısında davalı işverenin işçi çıkarma yerine feshin son çare olması ilkesi kapsamında yukarıda anlatılanlarla birlikte başka tedbirlere başvurup vurmadığı, örneğin fazla çalışma yapılmaktaysa bunların kaldırılıp kaldırılmadığı, yıllık izin veya ücretsiz izin uygulamasına gidilip gidilmediği, kısa çalışmaya başvurup vurmadığı, kısaca feshin son çare olması ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı araştırılıp sonucuna göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.; Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 9. HD, 17.04.2014, E. 2014/9846 K. 2014/13131.; Yarg.9. HD, 01.11.2012, E. 2012/16430, K. 2012/35688.

faatlerinin dürüstlük ilkelerine uygun biçimde işverence korunmasıdır. Bu kapsamda işverenden beklenen işçi menfaatine yarar çözümün gereğini yerine getirmek olmalıdır. Koruma borcunun kapsamına işverenin dürüstlük kuralları gereğince yapması gereken hususlar da dahil bulunmaktadır. İşverenin dürüstlük kurallarına uygun hareket ederek işçiyi koruması gerekir¹⁶.

İşverenin iş sözleşmesi devam eden işçisi ile ilgili olarak kısa çalışma ödeneğine başvurması için bir dizi prosedürü tamamlaması gerekir. Aynı şekilde ücretsiz izin uygulamasına geçilmesi halinde de nakdi ücret desteği için SGK'ya doğru kodlarla bildirim yapılması gereklidir. İşverenin işçileri arasında ayrımcılık teşkil edici biçimde davranması olasılığı dışında tüm çalışanları için işlem tesis etmemiş olmasının tazmin sorumluluğu doğurduğunun kabulü için TBK 417 ekseninde değerlendirme gereği mevcuttur. İşveren bir grup işçisi için kısa çalışma ödeneğine ya da nakdi ücret desteğine başvurarak ayrımı haklı kılan objektif nedene sahip olmayacak biçimde diğer bir işçisi adına işlem tesis etmemişse adına işlem tesis edilmeyen işçinin İş Kanunu madde 5 kapsamında ayrımcılık tazminatından, yoksun bırakıldığı hakların tazminine dayalı taleplerinin olabileceğinin kabulü gerekir. Böyle bir durum mevcut olmadığı takdirde Türk Borçlar Kanunu madde 417 hükmü gereğince değerlendirme yapılması gerekir. Türk Borçlar Kanunu madde 417 hükmü işçiyi koruma ve gözetme borcunun sınırlarını belirlemiştir. Düzenlemeye göre işveren işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla yükümlüdür. İşverenin belirtilen hükme aykırılık halinde ortaya çıkacak işçinin kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi kılınmıştır. İşyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla yükümlü işverenin işçisini daha az hak sağlayıcı bir davranış içerisinde girmiş olması kendisine hukuk düzeninin sağlamış olduğu seçimlik hakkın kullanımını olarak da değerlendirilebilir. Zira mevcut düzenlemelerin ortaya çıkarttığı hukuki sonuçlar bakımından iki farklı hakkın kullanımının işveren üzerinde farklı hukuki sonuçlar yarattığı açıktır. İşverenin kendi hakkını gözetici tavra uygun davranışı işçinin haklarını zedeleyici sonuçlar ortaya çıkartmaktadır. İşveren bakımından avantajlı olan ücretsiz izin uygulamasına başvurmadır. Aksinin kabulü işverenin yasalarca kendisine tanınan imkânlardan bir tanesini seçerek kullanırken işçi menfaati ile çatışacak biçimde kendisi için avantajlı hukuki sonuçlar doğuracak seçeneğe yönelmesi işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamak yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilmesi halinde mümkündür. Kanaatimizce işverenin işçisinin aleyhine sonuç doğura-

16 Ünal Narmanhoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Yeni mevzuata göre gözden geçirilmiş 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 324.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 171.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 350-351.; Süzek, s. 386.

cak şekilde kısa çalışma ödeneği yerine ücretsiz izin uygulamasını tercih ederek işçisi adına nakdi ücret desteğine başvurması işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlama yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. İşçi ile işverenin çatışan menfaatleri karşısında işçinin menfaatlerinin gözetilmesi ve işveren yararına üstün tutulması gerekir. İşverenin kendisine yasa ile tanınan bir hakkı kullandığına ilişkin savunmasına itibar edilmemesi gerekir. Zira her iki durumda da temel olarak işçiye sağlanan ücret desteği işveren tarafından sağlanmamaktadır. İşçinin kısa çalışma ödeneği tahsis edilen süreye ilişkin olarak bu sürenin yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından ya da kıdem ve ihbar tazminatı hesabına esas süre bakımından dikkate alınacak olması işçinin kısa çalışma ödeneği tahsisi yerine ücretsiz izin uygulamasına başvurarak nakdi ücret desteğine başvurmasını hukuka uygun hale getirmemelidir. Kaldı ki çalışma konumuzu oluşturan tüm bu yasal düzenlemeler yasanın başlığında “Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınunun Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” şeklinde ifade edildiği üzere özel bir amaç gözetilerek kabul edilmiştir. Yasanın başlığında dahi özel olarak belirtilen salgının ekonomik ve sosyal etkilerinin azaltılması amacıyla kabul edildiği açık olan hukuki düzenlemelerin farklı bir sonucu ortaya çıkartmasına olanak sağlayacak yönde bir yorumla başka bir amaca hizmet etmesinin sağlanması isabetli olmayacaktır. Başka bir ifade ile işverenlerin kısa çalışma ödeneğine başvurarak işçilerin kısa çalışma ödeneğinden istifade etmelerini sağlayabileceği bir ortamda 7244 sayılı Kanun düzenlemesi sonrası kısa çalışma ödeneği yerine nakdi ücret desteğine başvurarak işçiler bakımından daha olumsuz sonucu yaratabileceklerinin kabulü düzenlemelerin amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenle kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecekken nakdi ücret desteğine başvuran işverenin aradaki farktan hukuken sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz. İşverenin işçiler arasında ayırımı haklı kılacak objektif nedene sahip olmadan bir grup işçisi adına kısa çalışma ödeneğine başvurup diğer bir grup işçisi adına nakdi ücret desteğine başvurması halinde bu tutumu eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecek olup işçi böyle bir durumda iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi İş Kanunu madde 5 gereği dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatından başka hak edip alabileceği kısa çalışma ödeneğinden yarar sağladığı nakdi ücret desteği arasındaki farkı yoksun bırakıldığı hak olarak işvereninden talep edebilecektir.

E. Düzenlemelere İlişkin Yasa ile Tanınan Bakanlık Yetkisinin Mahiyeti

7244 sayılı Kanunla birlikte 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 24. madde kapsamında nakdi ücret desteğine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Aynı madde içerisinde ayrıca son fıkrada *"Bakanlık, nakdi ücret desteğine ilişkin ödeme usul ve esaslarını belirlemeye ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye yetkilidir"* düzenlemesine yer verilmiştir. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 22.04.2020 tarihinde "4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Geçici 24 üncü Maddesi Kapsamında Yapılacak Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar" hakkında kanun ile yetkilendirilmiş olduğu konuda gerekli işlemi tesis etmiştir. Ancak kanunun geçici 24. maddesinde düzenlenen Bakanlık nakdi ücret desteğine ilişkin ödeme usul ve esasları belirlemeye yetkili kılan düzenlemesinden başka maddenin son fıkrasında yer alan Bakanlığın maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermekle yetkilendirildiğine yönelik yasal düzenlemenin bazı hukuki tartışmaları yaratması olasıdır. Zira kanunla hak kazanma koşulları belirlenmiş nakdi ücret desteğinin uygulama esaslarının yönetmelik vb. hukuk kaynakları yoluyla belirlenmesi mümkündür. Bu durumda yapılacak olan düzenleme mevcut düzenlemeyi açıklayıcı mahiyette hakkın kullanımı daraltmayan ya da kanunda yer almayan yeni bir koşulu dayatmayan nitelikte olabilir. Maddenin uygulanmasına yönelik ortaya çıkabilecek tereddütler konusunda ihtilafın yargı makamlarına taşınması ihtimalinde nihai kararın bağımsız mahkemelerce verilmesi esastır. Düzenleme Bakanlığa yargı makamlarının sahip olduğu yetkinin tanındığı anlamına gelebilecek niteliktedir. Bir başka yönüyle düzenlemeye ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus hak kazandırıcı mahiyetteki bu tip düzenlemelerin yasalaşması sürecinde temel esasların yasa ile düzenlemesine yönelik kurala riayet edilmesi gerekliliğidir. Yasanın hak kazandırıcı düzenlemelerin koşullarını belirlemesi, sınırlarını açıkça belirtmesi esastır. Bu konuda ortaya çıkması muhtemel tereddütler konusunda Bakanlığın tereddütleri giderme yetkisinin tanınması yasama yetkisinin devri anlamına da gelmemelidir. Zira kanaatimizce düzenlemenin maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye yetkili kılan kısmı belirttiğimiz gerekçeler dikkate alındığında yetki devri zannı yaratan lafzı nedeniyle başvuru olması durumunda Anayasa Mahkemesi tarafından iptal yaptırımına tabi tutulma riskini ihtiva etmektedir.

Sonuç

Çalışma konumuzu oluşturan işverenin fesih hakkının sınırlandırılması, işçi onayı aranmaksızın ücretsiz izin uygulamasına imkân tanıyan düzenlemelerle birlikte devlet tarafından nakdi ücret desteği sağlanmasına yönelik hükümler COVID-19 salgınının ekonomik ve sosyal etkilerinin giderilmesi maksadıyla geçici süreliğine uygulanacak biçimde kabul edilmiştir. Düzenlemelerdeki temel amaç salgının ekonomik ve sosyal etkilerinin azaltılmasıdır. Bu amaç doğrultusunda salgın hastalık nedeniyle istihdam piyasasında ortaya çıkan külfetin sosyal taraflarca denkleştirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Salgının etkisini yitirmesi ile sosyal ve ekonomik hayatta normalleşmenin başlaması bu türden yasal düzenlemelere ihtiyacın ortadan kalkmasına neden olacak, belirli süre için uygulaması öngörülen işverenin fesih yetkisinin sınırlandırılması ile ücretsiz izin uygulamasına yönelik hükümler yerini iş hukukunun olağan rejim dönemi kurallarına bırakacaktır.

İşverenin iş sözleşmesini fesih hakkının sınırlandırılmasına yönelik yasal düzenlemeler fesih yasağı öngörmek mahiyetinde değerlendirilmemelidir. Zira bu konuda getirilen düzenleme işverenin fesih yetkisinin geçici süre ile sınırlandırılması anlamını taşımaktadır. İşverenin fesih hakkı geçici süreliğine İş Kanunu 25/II maddesine hasredilmiştir. İşverenin fesih yetkisinin sınırlandırıldığı bu dönemde mahkeme itiraz halinde sadece iş sözleşmesinin işverence haklı nedene dayalı gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği yönünde hukuka uygunluk denetimi yapmalıdır. Bu dönem itibarıyla işverenin iş sözleşmesini ne geçerli nedene ne de İş K. 25/II dışındaki diğer haklı nedenlerine dayalı olarak feshedemeyecek olması feshin sadece m. 25/II kapsamında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususunda hukuka uygunluğunun denetlenmesini zaruri kılar. Bu konuda İş Kanunu'na eklenen geçici 10. maddede yasaya aykırı işveren feshinin yaptırımının idari para cezası olarak düzenlenmiş olması, hukuki yaptırımın idari para cezası olarak belirlendiğinden bahisle farklı bir sonuca ulaşmamızı gerektirmeyecektir.

İşçinin işverence tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkartılması halinde ücretsiz iznin ortaya çıkartması muhtemel olumsuz sonuçlarını azaltabilmek maksadıyla bu dönem için koşulların sağlanması halinde işçiye nakdi ücret desteği sağlanması yasanın getirdiği bir başka yeni düzenlemedir. Düzenleme sonrası ortaya çıkan mevcut durum işverenin işçisi adına kısa çalışma ödeneği ya da nakdi ücret desteğinden herhangi birisine başvuru konusunda seçimlik hakka sahip olduğu yönündedir. Ancak işçinin kısa çalışma ödeneği yerine nakdi ücret desteğinden yararlandırılması işçi bakımından daha olumsuz sonuçların ve bu durumla ilgili bağlantılı bir dizi hukuki ihtilafın doğmasına neden olacak-

tır. Tüm bu olumsuzlukların ortaya çıkmaması, nakdi ücret desteğinin işçinin kısa çalışma ödeneğinden istifade edememesi durumunda hak kazanabileceği bir yardım olarak düzenlenmiş olması ile mümkün olabilirdi. Ancak mevcut düzenleme bu konuda açıklık taşımadığından belirttiğimiz olumsuzlukların ortaya çıkması olasıdır. Bu konuda kanaatimiz işverenin işçisinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde kısa çalışma ödeneği yerine ücretsiz izin uygulamasını tercih ederek işçisi adına nakdi ücret desteğine başvurmasının işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlama yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği ve aradaki farkın işverence tazmin edilmesi gerektiği yönündedir. İşçi ile işverenin çatışan menfaatleri dikkate alındığında işçinin menfaatlerinin gözetilmesi ve işveren yararına üstün tutulması iş hukukunun temel felsefesine, işçiyi koruyucu niteliğine daha uygun düşecektir.

KAYNAKLAR

- Alpagut, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, *III. Yılında İş Yasası*, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2005.
- Aydın, Ufuk, “Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma”, *A. Can Tuncay’a Armağan*, Legal Yayıncılık İstanbul, 2005.
- Caniklioğlu, Nurşen, “4857 sayılı İş Kanunu’na Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, *A. Can TUNCAY’a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Ekmekçi, Ömer, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar”, *Sicil*, Yıl:4, Sayı:14, Haziran 2009.
- Eyrenci, Öner, “Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, *A. Can Tuncay’a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Eyrenci, Öner; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Yeni mevzuata göre gözden geçirilmiş 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Ocak, Saim, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Ulucan, Devrim, *İş Güvencesi*, 2. Bası, İstanbul, 2005.
- Yenisey-Doğan, Kübra, “Toplu İşçi Çıkarma Usulüne Aykırılık ve Yaptırım”, *Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Paya Dayalı Kitle Fonlamasında Fon Kullanımının Denetimi Üzerine Bir Değerlendirme*

An Evaluation on Controlling the Usage of
Equity Crowdfunding Proceeds

Murat Can PEHLİVANOĞLU**

Öz

Girişimcilerin kitle fonlaması yoluyla halktan para toplayabilmeleri hukuken imkân dahilindedir. Paya dayalı kitle fonlaması piyasasının gelişimi için ise toplanan fonların kullanım amacı ve yerlerinin denetlenmesi konusunda yatırımcılara yeterli güvenceler sağlanması elzemdir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile yatırımcılar ve girişimciler arasındaki ilişki genel hükümlere tabi tutulmuştur. Yine III- 35/A.1 sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği ile toplanan fonların kullanım denetiminin girişim şirketi tarafından açıklanacak sınırlı sayıdaki bilgi ve bağımsız denetim raporları suretiyle sağlanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla, yatırımcılara fonun ilan edilen amacına uygun şekilde kullanılacağı konusunda yeterli ek güvenceler getirilmiş değildir. Bu çalışmada öncelikle fonun kullanımının denetimine dair yürürlükteki kurallar değerlendirilmektedir. Akabinde Tebliğ'e, girişim şirketi tarafından toplanan fonların bir ödeme kuruluşu nezdindeki hesaplar üzerinden yatırımcılar tarafından an be an takibine olanak sağlanması ve uygunsuz kullanım halinde ihtiyati tedbir kararıyla fon kullanımının durdurulmasına yönelik bir hüküm getirilmesi önerilmektedir. Bu kapsamda, yürürlükteki mevzuat ile önerilen yöntemin uyumu konusunda da değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Paya dayalı kitle fonlaması, fon toplanması, fon kullanımı, yatırımcının korunması, girişim şirketleri.

ABSTRACT

Fundraisers are legally allowed to collect money from the public through crowdfunding. In order to ensure the development of the equity crowdfunding market,

* Makale gönderim tarihi: 17.05.2020. Makale kabul tarihi: 30.05.2020. Murat Can Pehlivanoglu, "Paya Dayalı Kitle Fonlamasında Fon Kullanımının Denetimi Üzerine Bir Değerlendirme", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 273-296; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.1.07>.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Kent Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu Özel Hukuk Alanı. İletişim: Cihangir Mahallesi, Sıraselviler Caddesi, No:71, 34433 Beyoğlu, İstanbul, can.pehlivanoglu@kent.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7326-1859>.

it is necessary to empower investors with legal tools regarding the control of the usage of crowdfunding proceeds. 6362 numbered Law provides that the relationship between the investors and startup companies is subject to general provisions of law. On the other hand, III- 35/A.1 numbered Communiqué is designed to provide the investors a protection through disclosure and independent audits. Accordingly, the current statutory regime is insufficient to provide an extra layer of protection for the investors regarding the proper use of campaign proceeds. This study analyzes the rules controlling the usage of crowdfunding proceeds by startup companies. It suggests that the Communiqué should be amended and the amendment should provide that the proceeds shall be deposited to a payment institution account which the investors would have access to screen transactions and be able to request a preliminary injunction in case of any unproper usage of the funds by startup companies. In this context, the conformity of current statutory law and this study's amendment proposal is evaluated.

Keywords: Equity crowdfunding, campaign proceeds, usage of funds, investor protection, startup companies.

Giriş

Alternatif bir finansman yöntemi olarak paya dayalı kitle fonlaması¹ 2008 finansal krizi sonrasında önem kazanmış olup², özellikle yenilikçi projelerin finansmanında hayati bir rol oynaması öngörülmüştür³. Kitle fonlamasının tercih edilir bir finansman yöntemi olabilmesi için ise sistemin kapsayıcı ve etkin işleyişinin teminine yönelik tedbirlerin alınması gerektiği kabul edilmektedir⁴. Bu doğrultuda, kitle fonlaması sisteminin gelişiminin teminatı yeterli bir yatırımcı havuzunun oluşturulması olarak görülmektedir⁵. Hiç kuşkusuz, yatırımcıların kitle fonlaması ekosistemine fon arzında bulunması için öncelikle uygun bir güven ortamının sağlanması gerekecektir⁶.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) m. 35/A hükmü ve buna istinaden yürürlüğe konan III- 35/A.1 sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin

1 Tania Ziegler vd., The 3rd European Alternative Finance Industry Report, https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2018-02-ccaf-exp-horizons.pdf (05.05.2020), s. 28.

2 IOSCO, *IOSCO Statement on Addressing Regulation of Crowdfunding, December 2015*, <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD521.pdf> (05.05.2020), s. 1.

3 T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, *On Birinci Kalkınma Planı*, Temmuz 2019, m. 247.12.

4 Bkz. Andrew Schwartz, "The Gatekeepers of Crowdfunding", *Washington and Lee Law Review*, Sayı 75, 2018, s. 1.

5 Bkz. Andrew Schwartz, "Inclusive Crowdfunding", *Utah Law Review*, Cilt 2016, Sayı 4, 2016, s. 672.

6 The World Bank, *Crowdfunding's Potential for the Developing World 2013*, <http://documents.worldbank.org/curated/en/409841468327411701/pdf/840000WPOBox380crowdfundingostudy00.pdf> (05.05.2020), s. 53.

(Tebliğ) yatırımcıların kitle fonlaması ekosistemine katılımı için uygun güven ortamını sağlayacak tedbirlerin tamamını içermediği görülmektedir. Tebliğ'in yayımlanmasından sonra, 7222 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile SPK m. 35/A hükmünde yapılan değişiklikler de bu konuda yeni güvenceler getirmiş değildir. Zira paya dayalı kitle fonlaması yoluyla toplanan fonların girişim şirketleri tarafından kullanımı Tebliğ m. 20(4)'te belirlenen dönemsel bağımsız denetime dayalı bir usulle denetlenmektedir. Tebliğ m. 20(7) uyarınca “*toplanan fonların ilan edilen amacına uygun olarak kullanılmasından girişim şirketinin yönetim kurulu sorumludur*”. Fonların amacına uygun kullanılmaması halinde kitle fonlaması yatırımcılarının girişim şirketine karşı sahip olduğu haklar ise SPK m. 35/A (5) doğrultusunda genel hükümlere tabidir.

Kitle fonlamasıyla toplanan fonun toplanma amacına uygun kullanılmaması kitle fonlaması piyasası için bir çöküş sebebi olarak kabul edilmektedir⁷. Türkiye’de yakın geçmişte “yenilikçi proje” kisvesi altında pazarlanan ancak yatırımcıların mağduriyetiyle sonuçlanan⁸, üstelik ceza hukuku anlamında dolandırıcılık teşkil eden birçok vaka yaşandığı malumdur⁹. Bu tür girişimlerde yatırımcıların mağduriyeti çoğu zaman başvurulabilecek hukuki imkânların yetersizliğinden değil de sorumluların malvarlığının yetersizliği ve fonların buharlaştırılması nedeniyle alacağı tahsil olanağının bulunmamasından ileri gelmektedir¹⁰. Hal böyle iken fonun kullanımına dair salt bağımsız denetim ve genel hükümler dairesinde bir sorumluluğun yatırımcıları paya dayalı kitle fonlamasına katılmayı teşvik edecek ek bir güvence teşkil etmeyeceği açıktır. Yine yatırımcı güveninin sağlanmasının sadece kitle fonlaması platformlarının (Platform) alacağı tedbirlere bırakılması da yeterli görülmemelidir¹¹.

Türkiye’nin güncel kalkınma planları dahilinde yatırımcı tabanının geliştirilmesi ile kitle fonlaması ekosisteminin güçlendirilmesi ve kullanımının artırılması bulunmaktadır¹². Yatırımcı sermayesinin girişimlere katkısını destek-

7 Ajay K. Agrawal, Christian Catalini, Avi Goldfarb, “Some Simple Economics of Crowdfunding”, *National Bureau of Economic Research*, Cilt 14, No. w19133, 2013, s. 21.

8 Girişimlerin başarısızlık ihtimallerinin yatırımcılar için yüksek risk yarattığı konusunda bkz. IOSCO, s. 2.

9 Örneğin, kamuoyunda “Çiftlik Bank” ve “Jet Fadıl” olayları olarak bilinen olaylar için bkz. Hürriyet Gazetesi, *Çiftlik Bank Davasında Flaş Gelişme*, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ciftlik-bank-davasinda-flas-gelisme-41264349> (04.05.2020) ve Milliyet Gazetesi, *Jet Fadıl’dan Mağdurlara Saray Odalı Ödeme Planı*, <https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/jet-fadil-dan-magdurlara-saray-odali-odeme-planı-1566862> (04.05.2020).

10 Bkz. Corporations and Markets Advisory Committee, *Crowd Sourced Equity Funding Report May 2014*, Australian Government, Sydney, 2014, s. 155.

11 Platformların yatırımcıyı koruma işlevi konusunda bkz. SPK Duyurusu, <https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Dosya/20191003/0> (04.05.2020).

12 Bkz. On Birinci Kalkınma Planı, m. 251 ve m. 449.1.

leyici bir ekosistem oluşturulmasında ise hukuk kurallarının önemli bir yeri olduğu kuşkusudur¹³. Geçmişte piyasada yaşanan tecrübeler ışığında paya dayalı kitle fonlaması yatırımcılarının temel ihtiyacı, toplanan fonların amacına uygun kullanılmaması halinde henüz fonlar şirket tarafından tüketilmeden önce bu durumun tespit edilerek uygunsuz kullanımın sonlandırılmasıdır. Bu amaca ulaşmada en etkin yol ise fonların kullanımının an be an yatırımcıların takibine açık tutulması ve gerektiğinde ihtiyati tedbir yoluyla fon kullanımının durdurulmasının sağlanmasıdır. Bu çalışmada, fon kullanımının denetimine dair kurallar ile mezkûr önerinin bir Tebliğ hükmü haline getirilmesi ve yöntemin yürürlükteki mevzuat karşısında uygulanabilirliği değerlendirilmektedir.

I. Fon Kullanımının Denetimi

Paya dayalı kitle fonlaması yoluyla toplanacak fonların, toplanma amacına uygun kullanılıp kullanılmadığının denetlenebilmesi için öncelikle fonların toplanma amacının ne olduğunun tespiti gereklidir. Fonun toplanma amacı ve kullanılabilmesi yerler bulduktan sonra ise girişim şirketi tarafından fonun fiili kullanımının tespit edilen amaçla bağdaşp bağdaşmadığını inceleyecek mekanizmalar oluşturulmalıdır. Dolayısıyla bir taraftan risklerin gerçekleşmesinin önüne geçecek önleyici koruma kurallarına diğer taraftan ise uygunsuz kullanım gerçekleştiğinde meydana gelecek zararları giderici kurallara yer verilmelidir. Bu doğrultuda aşağıda öncelikle fonun toplanma amacı ve kullanım yerlerinin belirlenmesine dair kurallar incelenmekte, akabinde Tebliğ sisteminde fon kullanımının denetimi için öngörülen yöntem değerlendirilmekte, daha sonra ise SPK dairesinde diğer imkânlar araştırılmaktadır.

A. Fonun Toplanma Amacı ve Kullanım Yerlerinin Belirlenmesi

Paya dayalı kitle fonlaması yoluyla fon toplamak isteyen kişilerin anonim şirket türünde bir ticaret şirketi olarak faaliyet göstermesi gerekmektedir (Tebliğ m. 4(1)(e)). Üstelik yatırımcılardan toplanan fonların yalnızca sermaye artırımını suretiyle çıkarılacak paylar karşılığında girişim şirketine aktarılması zorunludur (Tebliğ m. 16(1)). Dolayısıyla, yatırımcıların şirkete aktardığı fonlar esasen yatırımcıların birer pay sahibi olarak şirkete iştirak paylarını koymak suretiyle meydana getirdikleri şirket sermayesini oluşturmaktadır. Girişim şirketi payları karşılığında yatırımcılar tarafından sağlanan fonların tamamının nakden ödenmiş olması zorunlu bulunduğundan (Tebliğ m. 16(2)), nakden toplanan fonların 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 127(1) (a) uyarınca anonim şirkete sermaye olarak getirilebilecek malvarlığı unsurla-

13 OECD Economic Surveys: Turkey, July 2018, [http://www.oecd.org/economy/turkey-economic-snapshot/\(05.05.2020\)](http://www.oecd.org/economy/turkey-economic-snapshot/(05.05.2020)), s. 11.

rından “para” unsuruna tekabül ettiği açıktır. O halde girişim şirketinin paya dayalı kitle fonlaması yoluyla toplanan fonları kullanımı anonim şirketin kendi sermayesini kullanımı anlamına gelmektedir.

TTK m. 331 uyarınca anonim şirketler kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilmektedir¹⁴. Bir anonim şirketin kanunen yasaklanmamış ekonomik amaç ve konulardan hangilerinde faaliyet göstermeyi seçtiği hususu ise TTK m. 339(2)(b) uyarınca “şirketin işletme konusu” kapsamında şirket esas sözleşmesinde somutlaştırılmakta, ayrıca ticaret unvanında da gösterilmektedir (TTK m. 43(1)). O halde TTK dairesinde bir anonim şirketin sermaye olarak topladığı fonun kullanım amaç ve yerlerine dair ilk sınırlamayı fonun ekonomik amaç ve konulara hasredilmesi oluşturmaktadır. İkinci sınırlama ise esas sözleşmede yazılı işletme konusuna dair yerlerde kullanılmasıdır. İlk sınırlama emredici niteliktedir. İkinci sınırlamanın hukuki sonuçları ise, işletme konusu çerçevesinde sınırlı hak ehliyeti kuralı terk edildiğinden (TTK m. 125(2))¹⁵ TTK m. 371 dairesinde belirlenmekte¹⁶, şirketi temsil edenlerin yetkilerinin sınırını esas sözleşmede yazılı işletme konusu teşkil etmektedir¹⁷. Ayrıca TTK m. 210(3) uyarınca işletme konusu haricinde işlem yapan ticaret şirketleri hakkında T.C. Ticaret Bakanlığı'nın fesih davası açma yetkisi bulunmaktadır¹⁸. Dolayısıyla TTK açısından, paya dayalı kitle fonlamasıyla sermaye olarak toplanan fonların ekonomik amaçlar dairesindeki şirket işletme konusu dahilinde harcanması gerekmektedir.

Tebliğ sisteminde fonun kullanım amaç ve yerlerine ilişkin olarak TTK hü-

-
- 14 Şirketin amaç ve konusunun ortaklara ekonomik bir menfaat sağlamak olduğu yönünde bkz. Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, 6. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 37.
- 15 Ticaret şirketlerinin ehliyetine dair “ultra vires” ilkesine göre, şirketin ehliyeti şirket esas sözleşmesindeki konu ile sınırlanılmakta, bu sınırın dışında kalan işlemler ise ortaklığı bağlamamaktaydı (Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 83).
- 16 Ticaret şirketleri için “ultra vires” ilkesinin uygulanmadığı ve işletme konusu dışında yapılan işlemlerin hukuki sonuçlarının kanunda özel olarak düzenlendiği yönünde bkz. TTK m. 125 Madde Gerekçesi.
- 17 Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 57. Yönetim kurulu üyelerinin kendilerine verilen yetkileri verilmiş amacına uygun kullanma yükümlüğü konusunda bkz. Sibel Hacımahmutoğlu, “Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Kendilerine Verilen Yetkiler İçinde İşlem Yapma ve Yetkileri Veriliş Amaçlarına Uygun Kullanma Yükümlülükleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 33, Sayı 1, 2017, s. 65-101, s. 101. Yönetim kurulunun sorumluluğunda devreye giren tedbirli yönetici ölçütü, yönetim kurulunun şirket işletme konusu haricindeki işlemleri açısından uygulanamayacaktır, zira bu kural sadece hukuka uygun eylemler için geçerli olup, esas sözleşmeye aykırı eylemleri kapsamamaktadır (Pulaşlı, s. 434).
- 18 Kuralın eleştirisi için bkz. Murat Aışkan, “İşletme Konusu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, 2012, s. 215.

kümlerine ek üç sınırlama daha getirilmiştir. İlk olarak, Tebliğ m. 21(1)(a) düzenlemesiyle girişim şirketinin faaliyet alanının teknoloji veya üretim faaliyeti olması gerektiği ortaya konmuştur¹⁹. İkinci olarak, Tebliğ m. 20(2) uyarınca toplanan fonların doğrudan veya dolaylı olarak gayrimenkul, gayrimenkule dayalı haklar ve gayrimenkul projelerini satın alınmasında kullanılmayacak olması yönünde fonun kullanımına ilişkin olarak faaliyet alanı haricinde ek bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, teknoloji veya üretim faaliyeti süren bir girişim şirketi, paya dayalı kitle fonlaması yoluyla topladığı fonu bu faaliyet alanıyla alakadar olsa dahi gayrimenkul, gayrimenkule dayalı haklar ve projelerinin satın alınmasında kullanamayacaktır.

Üçüncü sınırlama ise Tebliğ m. 20(1) hükmünde belirtilen, toplanacak fonların hangi amaçlarla kullanılacağına ilişkin olarak girişim şirketi tarafından hazırlanarak yayımlanacak rapor ile somutlaşmaktadır. Bu raporun girişim şirketi tarafından hazırlanması ve kampanya süresinin başlangıç tarihi itibarıyla kampanya sayfasında yayımlanmış olması zorunludur (Tebliğ m. 20(1)). Mezkûr rapor ilk bakışta münferit olarak hazırlanması gereken bir belge şeklinde anlaşılabilenekte ise de Tebliğ m. 20(1) düzenlemesi m. 20(4) ile birlikte değerlendirildiğinde raporun aslında kitle fonlaması bilgi formunun (m. 4(1) (j)) bir parçası olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca Tebliğ içerisinde dört farklı yerde (m. 4(1)(aa), m. 9(5), Ek. 2) sözü geçen, “fizibilite raporu” adı verilen bilgi formundan farklı nitelikteki belgenin içeriğinde de fonun kullanım yerlerinin belirtilmesi aranmıştır.

Tebliğ m. 16(5) uyarınca bilgi formunun onaylanması ve kampanya sayfasında yayımlanması, paya dayalı kitle fonlaması suretiyle fon toplanmasının koşullarındandır. Nitekim bilgi formunun fon sağlanması öncesinde yatırımcı tarafından onayı aranmaktadır (Tebliğ m. 16(6)). Fizibilite raporu ise Platform yatırım komitesince girişim şirketinin kitle fonlaması faaliyeti gerçekleştirme talebinin incelenmesi aşamasında önem taşımakta (Tebliğ m. 4(1)(aa)), yani yatırımcı girişim şirketine yatırım kararını fizibilite raporuna istinaden vermektedir. O halde yatırımcının fonun kullanım amaç ve yerleri konusundaki

19 SPK hükümlerinde yer almayan bu sınırlamanın Tebliğ ile getirilmiş olması normlar hiyerarşisi açısından uygun olmadığı gibi hukuk politikası olarak yerindeliği de tartışmaya açıktır. Türkiye'nin kalkınma hedefleri doğrultusunda yenilikçi projelerin finansmanında kendisine önem atfedilen kitle fonlamasının girişimciler tarafından kullanılan alanlarının daraltılması girişimleri destekleyici bir tutum değildir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, kitle fonlamasından belirli bir iş planı olmayan ya da iş planı başka şirketlerle birleşme veya iştirak olan şirketlerin faydalanamayacağı belirtilmiş (17 CFR Sec. 227.100(b)), faaliyet konusu bakımından Tebliğ muadili bir kısıtlama tercih edilmemiştir. Buna karşın, İtalyan hukukunda Tebliğ benzeri bir sektör sınırlaması bulunmakta iken bu sınırlama daha sonra kaldırılmıştır (Bkz. European Crowdfunding Network, 13.12.2016 News, <https://eurocrowd.org/2016/12/13/italy-opens-equity-crowdfunding-kind-smes/> (03.05.2020)).

beklentisi bilgi formu üzerinden oluşacağından, fonun amacına uygun kullanılıp kullanılmadığının da yine bilgi formuna göre tespit edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Tebliğ m. 20(4) hükmünün açık ifadesine istinaden fon kullanımının amacına uygun olup olmadığının tespitinde bilgi formu içerisindeki belirmeler dikkate alınmalıdır.

Son olarak, girişim şirketi esas sözleşmesindeki işletme konusu ile bilgi formu uyarınca belirtilen fonun kullanım amacının birbiriyle örtüşen kavramlar olmakla beraber içerik bakımından farklılık taşıyacağına altı çizilmelidir. Zira paya dayalı kitle fonlamasına başvuracak girişim şirketinin işletme konusu Tebliğ dairesinde zorunlu olarak üretim veya teknoloji konularını içereceği gibi bu konular haricinde ek alanları da pekâlâ içerebilecektir. Diğer yandan, üretim veya teknoloji faaliyetleri gerçekleştiren bir girişim şirketinin toplayacağı fonları sadece özel bir projeye hasretmeyi öngörmesi ve bilgi formunda bu projeyi fon kullanım yeri olarak göstermesi de olanaklıdır. Tebliğ hükümlerinin TTK m. 330 uyarınca TTK karşısında özel hüküm durumunda olduğu da gözetilerek²⁰, Tebliğ'in fon kullanımı denetim sistemi açısından fonun ilan edilen kullanım amacının saptanmasında sadece bilgi formunda belirtilen kullanım amaç ve yerlerin esas alınması kabul edilmelidir.

B. Tebliğ Sisteminde Fon Kullanımın Denetimi

Tebliğ sisteminde fon kullanımı denetiminin SPK uyarınca listeye alınmış bağımsız denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmektedir (Tebliğ m. 20(4)). Buna göre, bir bağımsız denetim kuruluşu, girişim şirketinin topladığı fonları kullanımına dair bir özel amaçlı bağımsız denetim raporu hazırlayacaktır. Fon denetimi için tercih edilmiş bu yöntem hiç kuşkusuz yatırımcıların fonun amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını kendilerinin tespit imkânlarının sınırlılığından ileri gelmektedir. Neticede özellikle nitelikli yatırımcı olmayan yatırımcıların²¹ sermaye piyasasına dair yeterli tecrübeleri bulunmamakta²², ayrıca fonun toplanmasından sonraki aşamalarda girişim şirketi ile yatırımcılar arasındaki bilgi asimetrisini tam anlamıyla giderecek tedbirler Tebliğ sisteminde yer almamaktadır. Zira girişim şirketince fon toplanmasından sonraki beş yıllık süreçte Platform ve kurumsal internet sitesi üzerinden yapılması gereken açıklamaların kapsamı Tebliğ m. 22 ile sınırlıdır ve bu hükümde ifade edilen hususların hiçbiri fonun uygunsuz kullanımını

20 Çağlar Manavgat, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı 2, 2013, s. 288.

21 Nitelikli ve nitelikli yatırımcı olmayan yatırımcılar konusunda bkz. III. Bölüm.

22 IOSCO, *Crowdfunding 2015 Survey Responses Report*, December 2015, <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD520.pdf> (05.05.2020), s. 1.

gecilmeksizin ve fonlar tüketilmeden önce ortaya çıkaracak türden deęildir²³.

Tebliğ m. 20(4) dairesinde bağımsız denetim raporu, bir milyon Türk lirası altında fon toplayan girişim şirketleri açısından bilgi formunda fonların tamamının kullanılacağına belirtildiği tarih itibarıyla düzenlenecektir. Diğer yandan, bir milyon Türk lirasından fazla fon toplayan girişim şirketleri açısından bağımsız denetim raporunun fonların aktarımından itibaren yıllık olarak düzenlenmesi öngörülmüştür. Ayrıca her halükârda toplanan fon tutarına bakılmaksızın, fonların tamamının kullanıldığı tarih itibarıyla hazırlanacaktır. Rapor, girişim şirketinin Platformdaki kampanya sayfası ile girişim şirketi kurumsal internet sitesinde yayımlanacaktır (Tebliğ m. 20(5)).

Seri: X No: 22 sayılı Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ Başlangıç Hükümleri m. 4(1)(b) uyarınca “bağımsız denetim”, “işletmelerin kamuya açıklanacak veya Kurulca istenecek yıllık finansal tablo ve diğer finansal bilgilerin, finansal raporlama standartlarına uygunluğu ve doğruluğu hususunda, makul güvence sağlayacak yeterli ve uygun bağımsız denetim kanutlarının elde edilmesi amacıyla denetim standartlarında öngörülen gerekli bağımsız denetim tekniklerinin uygulanarak defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesi ve değerlendirerek rapora bağlanmasını” ifade etmektedir. Seri: X No: 22 sayılı Tebliğ Otuz Üçüncü Kısım’da özel amaçlı bağımsız denetimin unsurları düzenlenmekte olup, Kurul’un gerekli gördüğünde işletmelerden özel amaçlı bağımsız denetim talep edebileceği belirtilmiştir (m. 8). Bu kapsamda Seri: X No: 22 sayılı Tebliğ ekinde gösterilen ilgili rapor örnekleri incelendiğinde, bağımsız denetim şirketinin hazırlayacağı raporda girişim şirketinin fon kullanımının bilgi formunda gösterildiği biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği yönünde açık bir kanaat belirteceği anlaşılmaktadır (m. 8(2)). Bu yönüyle özel amaçlı bağımsız denetim raporunun ifade edeceği sonuç ve kanaat nitelikli yatırımcı olmayan yatırımcılar tarafından da anlaşılabilir içerikte olacaktır.

Tebliğ m. 20(7) uyarınca, bağımsız denetim neticesinde fonların bilgi formunda ilan edilen amacına uygun kullanılmadığının tespiti veya incelemenin engellenmesi halinde bağımsız denetim kuruluşu durumu Sermaye Piyasası Kurulu’na (Kurul) bildirecektir. Üstelik bu bildirim bağımsız denetim kuru-

23 Örneğin, Tebliğ m. 22(2) uyarınca finansal tablolar ve faaliyet raporlarının yıllık olarak ilanı öngörülmüştür. R.G. T. 28.08.2012 S. 28395 Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 1(3) ve m. 6(1) uyarınca, yönetim kurulu faaliyet raporlarında, yönetmelikte yer verilen asgari içeriğe ek olarak ortakların haklarını kullanabilmesi için bilmeleri gereken diğer bilgilere de yer verilmesi zorunludur. Dolayısıyla, girişim şirketi yönetim kurulu faaliyet raporunda fonun ilan edilen amacıyla şirket faaliyetlerinin eşleştirildiği detaylı bir bilgilendirme yapılması Yönetmelik gereğidir. Yine de faaliyet raporunun ilanı zamanında yatırımcı fonlarının çoktan tüketilmiş olabileceği unutulmamalıdır.

luşunun hukuki ve cezai sorumluluğunu da doğurmayacaktır (SPK m. 64(2)). Dolayısıyla fonun ilan edilen amacına uygun kullanılmaması halinde, Kurul bu durumdan yatırımcılardan daha önce haberdar olarak SPK dairesinde ilgili tedbirleri uygulama imkânına sahip olacaktır. Diğer yandan, girişim şirketinin faaliyetlerini ilgilendirmesi sebebiyle fonun kullanım yerlerini de alakadar edecek Tebliğ m. 22(1) ve 22(2) hükümlerinde belirtilen hususlardan yatırımcılar, ancak açıklamaya konu hususun ortaya çıktığı veya öğrenildiği tarihten itibaren iki iş günü içinde (finansal tablo ve faaliyet raporlarından ise ilgili takvim yılını izleyen dördüncü ayın sonuna kadar) haberdar olacaklardır (m. 22(5) ve 22(2)). Dolayısıyla, Tebliğ tarafından öngörülen denetim sisteminin fonların uygunsuz kullanımı konusunda yatırımcıyı önceden uyarma yönünde bir fonksiyonunun olmadığı aşıkardır.

Öte yandan, fon toplayan girişim şirketinin teknoloji faaliyeti veya üretim faaliyetinin gerçekleştirilmesine dair bir iş fikrinin bulunmadığının sonradan ortaya çıkması da mümkündür. Bu halde öncelikle Platformun yatırımcılara (SPK m. 35/A (5)) ve Kurul'a karşı sorumluluğu gündeme gelecektir (Tebliğ m. 10(3)). Dolayısıyla Kurul tarafından Platformların denetimi sırasında girişim şirketinin faaliyetinin daha baştan Tebliğ'e uygun olmadığı, dolayısıyla girişim şirketinin fon kullanımının da hukuka uygun olmadığını tespit edilmesi mümkündür (SPK m. 35/A (3)). Yine girişim şirketinin işletme konusuna (ve dolayısıyla fonun ilan edilen kullanım amacına) aykırı işlemlerde bulunması halinde TTK m. 210(3) uyarınca T.C. Ticaret Bakanlığı'nın fesih davası açma hakkı mevcut olduğundan, bu durumlarda da fon kullanımı denetlenmiş olacak ve yatırımcılar fonun ilan edilen amacına uygun kullanılmadığını öğrenme olanağı bulacaktır. Ancak bu hallerde dahi fonun uygunsuz kullanımından fonların tamamı tüketilmeden önce haberdar olunması söz konusu olmayabilecektir.

C. SPK Dairesinde Denetim Usulü

Girişim şirketinin topladığı fonların amacına uygun yerlerde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesinde yatırımcıların başvurabileceği hukuk kuralları araştırılırken, fonun uygunsuz kullanımını derhal tespit edebilecek ve sonlandırabilecek nitelikteki kurallar dikkate alınmalıdır²⁴. Bir başka deyişle, fonlar tüketildikten sonraki bir aşamada uygunsuz kullanımı tespit edecek ve ilgilileri sorumlu tutacak kurallar değerlendirilmemelidir²⁵. Zira piyasadaki

24 Örneğin, TTK m. 376, 391, 531, 553, 555 ve 562 düzenlemeleri, bir vaka gerçekleşikten sonra hukuki yaptırım uygulamaktadır.

25 Fonun uygunsuz kullanımının öncelikle şirket yönetim kurulu açısından gerek pay sahiplerine karşı gerekse alacaklılara karşı sorumluluk doğuracağı kuşkusuzdur (örneğin, pay bedelleri ödenmemiş limited şirketin yönetimle görevli kişiler, sermayenin ödenmesini ortaklardan talep etmeksizin şirketi üçüncü kişilerle ticari ilişkiye sokmaları halinde alacaklılara karşı da

geçmiş tecrübelerden görüldüğü üzere, yatırımcılara ek güvence sağlanması ihtiyacı hukuki sorumluluk altındaki kişilerin yurtdışına kaçtığı, toplanan fonların büyük kısmının buharlaştırıldığı ve şirket malvarlığının fonları karşılamaya yetmediği hallerden doğmaktadır.

Yatırımcılara fon kullanımına dair güvence sağlayacak hükümlerin araştırılmasında SPK'nın yanı sıra, SPK m. 35/A (5) dairesinde girişim şirketleri ile yatırımcılar arasındaki ilişkiye genel hükümlerin uygulanacak olmasından hareketle SPK m. (2)(2) hükmünden yola çıkılmalıdır. Buna göre, SPK ve ikincil mevzuatında hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda SPK hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilen hallerde genel hükümler uygulanacaktır. O halde yatırımcıların fon kullanımının denetimine dair imkânları önce SPK, daha sonra da SPK karşısında genel hüküm durumundaki TTK üzerinden değerlendirilmelidir²⁶.

Her şeyden önce, SPK m. 16(1) hükmünün “...kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan ortaklıklar hariç olmak üzere pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olurlar.” ifadesi ile “halka açık ortaklık” kavramını tanımlayan SPK m. 3(1)(e) hükmünün “Kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkları” ifadesi doğrultusunda, kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan girişim şirketleri, pay sahibi sayısı kaç olursa olsun halka arz olunmuş sayılmayacak ve de halka açık şirket olarak kabul olunmayacaklardır. Bir başka deyişle, paya dayalı kitle fonlaması suretiyle fon toplayan girişim şirketleri birer “kapalı şirket” olarak kabul edileceklerdir.

Girişim şirketlerinin halka açık şirket olarak kabul edilmemesinin SPK nezdindeki neticesi “Halka Açık Ortaklıklar” başlıklı SPK İkinci Kısım Üçüncü Bölüm hükümlerinin girişim şirketlerine uygulanmayacak olmasıdır (SPK m. 16(1))²⁷. Bu sebeple halka açık ortaklıkların yatırımcı pay sahiplerine sağlanan,

sorumlu olacaklardır, bkz. Hasan Pulaşlı, “Sermayesiz Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 34, Sayı 2, 2018, s. 18. Ayrıca fon kullanım yerleri bilgi formunda belirtileceğinden, fonun buna uygun yerlerde kullanılmaması duruma göre bilgi formundan sorumlu kişilerin sorumluluğunu da doğurabilecektir (SPK m. 35/A(6)).

26 Genel hükümler kapsamında yatırımcıya güvence sağladığı söylenebilecek 6100 sayılı, 5237 sayılı ve 6098 sayılı Kanunlardan doğan başkaca haklar da bulunmaktadır. Ancak çalışma anonim şirketler ve kitle fonlaması hukukuyla sağlanan güvencelere hasredilmiş olduğundan, diğer kanunlar değerlendirilmeyecektir.

27 7222 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile SPK 35/A maddesine işlenen değişikliklerden birini, payları kayden izlenen girişim şirketlerinin genel kurul toplantıları hakkında SPK m. 29, m. 30(2) ve m. 30(5) hükümlerine yollamalar yapılması oluşturmaktadır. Anılan maddelerin doğrudan değil de kıyasen Kurul'un belirleyeceği esaslar dairesinde uygulanması öngörülmüştür. Bu değişikliğin gerekçesi ise girişim şirketlerinin genel kurullarını elektronik olarak yapmalarına

şirket malvarlığının uygunsuz kullanımını engellenmesine dair örtülü kazanç aktarımı yasağına (SPK m. 21(4))²⁸, kâr payı ve bedelsiz pay dağıtımını ile bağış yapılmasına (SPK m. 19), önemli nitelikteki işlemlere (SPK m. 23)²⁹ ve ilişkili kişilerle işlemlere (SPK m. 17) ilişkin kuralların korumasından kitle fonlaması yatırımcıları yoksun kalmaktadır. Diğer yandan, girişim şirketlerinin ihraççı olarak kabul edilmemeleri (SPK m. 3(1)(h)) sebebiyle yatırımcılar SPK İkinci Kısım Birinci Bölüm ve İkinci Bölüm hükümlerinin sağladığı imkânlar yerine sadece Tebliğ ile öngörülenlerden faydalanacaktır (Bkz. Tebliğ m. 20, m. 22). Ayrıca SPK m. 92 uyarınca öngörülen tedbirler de girişim şirketleri açısından uygulanabilir bulunmamaktadır. Bu anlamda fonun amacına uygun olmayan kullanımına karşı yatırımcıların SPK üzerinden, Tebliğ haricinde, bir denetim imkânı bulunmamaktadır.

TTK açısından değerlendirildiği ise yatırımcıların pay sahipliğinden kaynaklı birtakım haklarını kullanabilecekleri görülmektedir. Yatırımcıların fonların kullanımını denetleyebilmeleri için öncelikle şirket faaliyetlerinden fonun uygunsuz kullanımını ortaya çıkaracak detayda haberdar olmaları gerektiğinden³⁰, pay sahiplerinin bilgi edinme hakkı bu kuralların başında anılmalıdır. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirket faaliyetleri hakkında bilgi edinmesinin olağan yolları ve olağan olmayan yolları bulunmaktadır. Olağan yoldan bilgi edinilmesi; bilgi toplumu hizmetlerinden yararlanılması³¹, genel kurul toplantısı öncesi inceleme hakkının kullanılması (TTK m. 437(1)) ve genel kurul toplantısında bilgi alma hakkının kullanılması (TKK m. 437(2)) iken, olağan olma-

olanak tanınmak olarak açıklanmıştır (Bkz. 7222 sayılı Kanun m. 30 Madde Gerekeşi). Dolayısıyla, maddedeki değişiklik girişim şirketlerini SPK halka açık şirket hükümlerinin kapsamına almamakta, sadece onlara uygulanan birtakım ilkelerin kapalı şirket durumundaki girişim şirketlerine kısmen uyarlanması neticesini doğurmaktadır.

28 Örtülü kazanç aktarımının türleri konusunda bkz. Murat Can Pehlivanoğlu, *Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımının Sermaye Piyasası Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu Açıklarından “İşlem” ve “İlişkili Kişi” Unsurları Kapsamında Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

29 SPK m. 35/A maddesine 7222 sayılı Kanun ile işlenen değişiklikle SPK m. 29’a yapılan yollama, önemli nitelikteki işlemlere ilişkin kuralların girişim şirketlerine de uygulanma olanağının bulunduğunu göstermektedir. Ancak bu yollamanın Kurulca belirlenecek esaslar dairesinde kıyasen uygulanacak olması nedeniyle, yatırımcıların SPK m. 23 hükmünden tam anlamıyla faydalanacağını kabul etmek mümkün değildir. 7222 sayılı Kanun, Tebliğ’den sonraki bir tarihte yayımlandığından ve hemüz Kurul bu değişikliğe istinaden herhangi bir kural belirlemediğinden, SPK m. 23 düzenlenmesinin girişim şirketlerine hangi kapsamda uygulanacağı belirsizlik taşımaktadır. Nitekim 7222 sayılı Kanun’un getirdiği değişikliklere istinaden hazırlanan Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği Taslağı’nda girişim şirketleri düzenlenmenin kapsamı dışında bırakılmıştır (bkz. Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği Taslağı m. 3(1)(g), <https://spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1307> (05.05.2020)).

30 Tebliğ sisteminde getirilen özel hükümler için bkz. I. B. Bölüm.

31 Bkz. R.G. T. 31.05.2013 S. 28663 Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik.

yan yollar bilgi alma davası (TTK m. 437(5)), özel denetim isteme hakkı (TTK m. 438- 444) ve sorumluluk davası açma hakkıdır (TTK m. 553 vd.)³². Olağan yolların tüketilmesi, olağan olmayanlar yollara başvurulması için gereklidir³³.

Bilgi edinme hakkı uyarınca genel kurul toplantısında bilgi alma hakkına esas belgeler finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, faaliyet raporu ve denetim raporu olmakta (TTK m. 437(1)), ayrıca genel kurulda yönetim kurulundan şirketin işleri ve denetim şekli ile sonuçları hakkında da bilgi istenebilmektedir (TTK m. 437(2)). Bilgi verilmesi, sadece istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının ifşa olacağı veya korunması gereken şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesiyle reddedilebilmektedir (TTK m. 437(3)). Diğer yandan, genel kurul öncesinde inceleme hakkı kapsamında, şirketin ticari defterleri ve yazışmalarının pay sahibini sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenmesi için genel kurulun açık izni veya yönetim kurulu kararı gerekmektedir (TTK m. 437(4)).

TTK dairesinde bilgi edinme hakkının paya dayalı kitle fonlaması yatırımcısını korumada ek bir güvence sağlamakta yetersiz kalmasının üç sebebi bulunmamaktadır. Öncelikle, bilgi alma ve inceleme hakkının kullanımı gerçekleştirilene kadar fonların tamamı toplanma amacına uygun olmayan şekilde kullanılarak tüketilmiş olabilir. İkinci olarak, yönetim kurulu tarafından verilecek bilgilerin hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun olması aranmakta olsa da (TTK m. 437(2)), yönetim kurulunun bu ilkeye uymaması halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna başvurma yolunun açık olması fonların uygunsuz kullanılarak tüketilmesine engel olmayacaktır. Son olarak, bazı durumlarda şirketin fonların kullanım yerlerini gösterir bilgileri paylaşması şirket sır ve menfaatlerini tehlikeye düşürebileceğinden gerek bilgi edinme gerekse inceleme hakkının kullanımı reddedilebilir, hatta talebin reddedilmemesi TTK m. 369 gereği yönetim kurulunun sorumluluğunu dahi doğurabilir. Bu hallerde pay sahipleri şirket faaliyetleriyle ilgili olarak üretim, maliyet ve alınan siparişler gibi hususlarda detaylı olmayan genel bilgileri edinebileceklerse de³⁴ münferit alıcı ve satış tutarı gibi detaylı bilgileri her zaman edinemeyeceklerinden fonların toplanma amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı öğrenme imkânları sınırlı olacaktır.

Öte yandan, yine pay sahipliğinden doğan haklar kapsamında yatırımcıların genel kurul kararlarına karşı dava yollarını işletme olanağı uygunsuz kulla-

32 Sıtkı Anlam Altay, "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2013, s. 57.

33 Örneğin, özel denetim isteme hakkının şartlarından biri bilgi alma veya inceleme hakkının daha önce kullanılmış olmasıdır (TTK m. 437(5)).

34 Necla Akdağ Güney, "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Aktif ve Pasif Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Üzerine Bazı Düşünceler", *Regesta*, Cilt 4, Sayı 1, 2019, s. 52.

nımlara ilişkin fonların yatırımcılara iadesini sağlamayacaktır³⁵. Nitekim SPK m. 35/A(5) yollamasıyla SPK m. 29 üzerinden, genel kurul toplantıları için özel nisap uygulanması ve gündem maddelerine ilişkin karar taslaklarının da görüşmeye sunulması hakkının varlığı, genel kurul toplantılarına dair mevcut pay sahipliği haklarına yatırımcıları uygunsuz fon kullanımlarına karşı koruyacak özel bir ekleme yapmamıştır. Benzer şekilde, fonun uygunsuz kullanımının TTK m. 356 dahilinde gerçekleşmesi gerekmediğinden bu maddenin³⁶ veya ilişkili kişiler ile işlemler suretiyle ya da önemli miktarda malvarlığının toptan satışı şeklinde de gerçekleştirilmesi zorunlu olmadığından³⁷ TTK m. 358, m. 395(2) ve m. 408(2)(f) hükümlerinin fonun uygun kullanımını denetimde güvence sağladığı söylenemeyecektir.

II. Madde Değişikliği Önerisi

Kitle fonlaması ekosisteminin gelişim sürecinde hangi ölçüğe ulaşacağı kitle fonlaması sistemi ile internet ortamının doğal sınırlarına göre belirlenecektir³⁸. Zira yatırımcıların internet üzerinden bir şirkete ortak olma fikrine ne kadar hazır oldukları belirsiz olduğu gibi³⁹ girişim şirketlerinin de kitle fonlaması yatırımcılarına (kitle fonlamasının yokluğunda başvurdukları ilk yatırımcı grubu olan)

35 Fonun toplanmasına esas genel kurul kararına karşı yatırımcıların TTK m. 445- 447 uyarınca haklarını kullanmasına olanak bulunmamaktadır. Zira elde edilen sermayenin fon kullanım amacına uygun kullanılmaması sermaye artırımına dair genel kurul kararının iptal veya butlanına dayanak yapılarak; genel kurul kararı geçersiz kabul edilip toplanan fonların iadesi şeklinde bir yöntem benimsenemez. Neticede sermaye artırımının geçerli olabilmesi için öncelikle haklı bir gerekçenin gösterilmesi aranmamaktadır (Ömer Korkut, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2014, s. 34). Dolayısıyla sermaye artırımını neticesinde şirkete dahil edilen fonların uygunsuz kullanılması sebebiyle, artırıma dair gerekçenin artık ortadan kalktığı iddiasıyla artırım kararı geçersiz kılınmaz.

36 Maddeye göre, anonim şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya ayın sermayenin onda birini aşan bir bedelle devralınması veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin geçerliliği genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tesciline bağlıdır. Üstelik onay ve tescilden önce bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dahil her türlü tasarruf geçersizdir. Ancak şirketin işletme konusunu oluşturan ayın ve işletmeler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz (TTK m. 356(5)). Dolayısıyla, girişim şirketinin fonları ilan edilen amacına uygun olmayan ancak şirketin esas sözleşmesinde belirtilen işletme konusuna uygun şekilde kullanması halinde bu madde hükmü uygulanmayacağı gibi, en çok beş yıl önce kurulmuş olan girişim şirketlerinin de paya dayalı kitle fonlamasından faydalanma imkânının bulunması nedeniyle, tescilinden iki yıl sonra kitle fonlaması yoluna başvuran girişim şirketleri açısından bu madde uygulama alanı bulmayacaktır. Dolayısıyla TTK m. 356 yatırımcılarına bir denetim imkânı sağlamayacaktır.

37 Bkz. Murat Can Pehlivanoglu, “Involuntary Dissolution: Theory and Operation in Publicly Traded Corporations”, *Annual Survey of International and Comparative Law*, Cilt 23, Sayı 1, 2019, s. 1- 18.

38 Ross Weinstein, “Crowdfunding in the U.S. and Abroad: What to Expect When You’re Expecting”, *Cornell International Law Journal*, Cilt 46, 2013, s. 428.

39 Weinstein, s. 452.

melek yatırımcılara⁴⁰ olduğundan farklı şekilde yaklaşması muhtemeldir⁴¹. Bu kapsamda, Tebliğ sisteminde paya dayalı kitle fonlaması suretiyle yatırım yapabilecek kişilerin nitelikli yatırımcılar ve nitelikli yatırımcı olmayanlar şeklinde ikiye ayrıldığı görülmektedir⁴². İki grup arasındaki temel farklılık nitelikli yatırımcı olmayanlar için parasal yatırım sınırları öngörülmüşken iken (Tebliğ m. 15) nitelikli yatırımcılar açısından böyle bir sınıra yer verilmemiş olması olarak öne çıkmaktadır⁴³. Bu ayırım iki yatırımcı grubu arasında gerek mali imkânlar gerekse sermaye piyasasına dair tecrübe farkı bulunmasından ileri gelmektedir. Ancak paya dayalı kitle fonlamasının asıl nitelikli olmayan yatırımcı grubu üzerinden gelişeceği malum olduğundan⁴⁴, hukuk kurallarının bu yatırımcı grubunun gereksinimlerini özel olarak dikkate alması elzemdir.

O halde paya dayalı kitle fonlaması ekosistemi açısından nitelikli olmayan yatırımcı grubu göz önüne alınarak, sermaye şirketlerine has bazı kuralların farklılaştırılması ihtiyacı bulunmaktadır⁴⁵. Bu kapsamda yapılacak farklılaştırma ise yatırımcılara toplanan fonların uygunsuz kullanımı haline dair ek güvenceler verilmesi şeklinde olmalıdır. Kanaatimizce mezkûr ek güvence Tebliğ'e şu madde işlenerek sağlanmalıdır (Madde Değişikliği): *“Girişim şirketleri, yatırımcıların çevrim içi platformlar üzerinden fon kullanımını an be an takip etmelerine imkân sağlayabilirler. Bu halde fon hesabı ve çevrim içi platform 6493 sayılı Kanun uyarınca*

40 Türk hukukunda “melek yatırımcılık” 15.02.2013 tarihli Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik uyarınca düzenlenmiştir. Piyasada “melek yatırımcı” tabirinin kullanılmasına karşın, Yönetmelikte “bireysel katılım yatırımcısı” kavramı kullanılmış ve bu kişiler Yönetmeliğin 3(1)(ç) maddesiyle “*kişisel varlıklarını ve/veya tecrübe ve birikimlerini başlangıç veya büyüme aşamasındaki şirketlere aktaran gerçek kişiler*” şeklinde tanımlanmıştır.

41 Gerrit K.C. Ahlers, Douglas Cumming, Christina Günther, Denis Schweizer, *Signaling in Equity Crowdfunding*, http://www.law.northwestern.edu/research-faculty/clbe/events/innovation/documents/Cumming_Signaling_in_Equity_Crowdfunding.pdf (10.05.2020), s. 2.

42 Tebliğ m. 4(1)(o) uyarınca nitelikli yatırımcı “*Kurulun, girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan nitelikli yatırımcıları*” ifade etmektedir. Buna göre, Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği, “nitelikli yatırımcı” kavramını Kurulun ilgili düzenlemelerinde tanımlanan gerçek ve tüzel kişiler, kamu kurum ve kuruluşları ile Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelikte tanımlanan bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip kişiler olarak somutlaştırmıştır.

43 Ayrıca Tebliğ nitelikli yatırımcılara verilecek paylar arasında imtiyaz farkı olabileceği (m. 16(3)), girişim şirketinin ortaklarının kampanya sürecinin başlangıcıyla devreye giren üç yıllık pay devir yasağının nitelikli yatırımcılar açısından uygulanmayacağı (m. 16(10)) ve bir milyon Türk Lirasını aşan fon taleplerinde fonun en az yüzde onunun nitelikli yatırımcılarca karşılanması zorunluluğu öngörmüştür (m. 16(8)).

44 OXERA, *Crowdfunding from an investor perspective, Final Report for ECFSUG*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/160503-study-crowdfunding-investor-perspective_en_o.pdf (10.05.2020), s. 67- 81.

45 J.W. Verret, “Uber-ized Corporate Law: Toward a 21st Century Corporate Governance for Crowdfunding and App- Based Investor Communications”, *Journal of Corporation Law*, Cilt 41, Sayı, 4, 2016, s. 938- 940.

izni haiz bir ödeme kuruluşunca işletilir ve toplanan fonların ilan edilen amacına uygun kullanılmaması halinde yatırımcılar 6100 sayılı Kanun uyarınca, teminat göstermeksizin, ihtiyati tedbir yoluna başvurabilir. Girişim şirketince bu yöntemin uygulanıp uygulanmayacağı bilgi formunda belirtilir ve uygulanması halinde yöntem fonların tamamının kullanıldığı tarihe kadar sürdürülür. Yatırımcılar bu surette elde ettikleri bilgileri üçüncü kişilere açıklayamazlar.”

Madde Değişikliği üzerinden yatırımcılara⁴⁶ sağlanacak güvencenin dört doğal sınırı bulunmaktadır: (1) uygulanması isteğe bağlıdır, (2) süresi belirlidir, (3) gizlilik esastır ve (4) güvenilir bir üçüncü kişi kuruluşun dahilidir. Bu doğrultuda ilk olarak, Madde Değişikliğinin önerdiği yöntemin kullanımının girişim şirketlerinin tercihine bırakılması ve yatırımcıların bilgi formunda bu yöntemin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde bilgilendirilmesi aranmalıdır. Bu şekilde gerek girişim şirketlerinin gerekse Platformların yatırımcılar tarafından daha tercih edilebilir olabilmek adına bu yöntemi önerme olacak, yöntemin maliyetine katlanmak istemeyenler ise bunu seçmeyebileceği gibi yöntemi tercih edenler de bunun maliyetinin kendilerine yansıtılmasını kabul etmiş bir yatırımcı grubuyla faaliyete geçmiş olacaklardır.

İkinci olarak, Madde Değişikliğinde önerilen yöntemin uygulama süresi yönünden sınırlanması önemlidir. Zira toplanan fonun tamamının amacına uygun şekilde kullanıldığından emin olan bir yatırımcının artık şirket faaliyetlerini bu şekilde an be an denetleme ve tedbire başvurma konusunda diğer kapalı şirket pay sahiplerinden farklı özel bir menfaati bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu doğrultuda, Tebliğ m. 20(4) ile uyumlu şekilde, fonların tamamının kullanıldığı tarih itibarıyla uygulama son bulmalıdır. Nitekim yöntemin girişim şirketi ve yöneticileri bakımından operasyon maliyeti de süre yönünde bir sınır getirilmesini gerekli kılmaktadır.

Üçüncü olarak, yatırımcının Madde Değişikliğinde önerilen yöntem üzerinden an be an bazı verilere erişmesi girişim şirketi ve ilişkili kişileri yönünden birtakım hukuki riskler barındırmaktadır⁴⁷. Zira şirketin yapacağı harcamalara dair tutar, tarih, işlem konusu, işlem tarafı ve bakiye gibi verilerinin⁴⁸ yatırımcılarla paylaşılması bir ticari sırrın veya ilgilileri açısından kişisel verinin orta-

46 Esasen şirket malvarlığını azaltan veya kötüleştiren davranışlar sadece pay sahiplerinin değil şirket alacaklıların da zarar görmesine yol açmaktadır (Yargıtay 11. H.D. E. 2016/5162 K. 2017/7123 T. 11/12/2017), ancak sisteme alacaklılarının dahil kitle fonlamasının yatırımcı ayağının gelişimi için özel bir destek sağlamayacağından gerekli değildir.

47 Bkz. V. Bölüm.

48 6493 sayılı Kanun dairesinde işlem bilgisi ve kullanıcı bilgisine dair kurallar için bkz. R.G. T. 27.06.2015 S. 29043 Ödeme Kuruluşları ve Elektronik Para Kuruluşlarının Bilgi Sistemlerinin Yönetimine ve Denetimine İlişkin Tebliğ.

ya çıkması anlamına gelebilecektir. Yine örneğin girişim şirketiyle gizlilik şartı içeren bir sözleşme akdeden tedarikçinin gizli kalmasını istediği bazı hususların yatırımcılar dahil başkalarınınca duyulması, girişim şirketiyle ticari ilişki içerisine girebilecek teşebbüsleri caydırıcı bir etken olabilecektir⁴⁹. Dolayısıyla, yatırımcılar önerilen yöntem suretiyle elde ettiği verileri üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü altında olmalıdır.

Son olarak, Madde Değişikliğinde önerilen yöntemin işletilmesinde 6493 sayılı Kanun m. 13 uyarınca girişim şirketleri tarafından ödeme hizmeti sağlayıcısı olarak faaliyet gösterme iznini haiz kuruluşlardan faydalanılmalıdır⁵⁰. Nitekim 6493 sayılı Kanun m. 12(1)(g) uyarınca “*ödeme hizmeti kullanıcısının onayının alınması koşuluyla, ödeme hizmeti kullanıcısının ödeme hizmeti sağlayıcıları nezdinde bulunan bir veya daha fazla ödeme hesabına ilişkin konsolide edilmiş bilgilerin çevrim içi platformlarda sunulması hizmeti*” sağlayacak kuruluşlarda asgari sermaye yükümlülüğünün aranmaması (m. 14/A), bu konuda uzmanlaşmış kuruluşların oluşturulmasını kolaylaştırıcı bir etken olarak öne çıkmaktadır⁵¹. Yöntemin bu kuruluşların dahil ile yürütülmesi ihtiyati tedbir mekanizmasının etkin işleyişini de güvence altına almaktadır. Zira bu şekilde, ihtiyati tedbir vasıtasıyla fon kullanımının şirketin olağan işlerini yürütmesi için gerekli olan tutar haricindeki kısmı yönünden durdurulmasına dair bir mahkeme kararı alındığında, kararın icrasının sağlanabilmesi için başvurulacak kurumun belirliliği sağlanmış olmaktadır.

III. Madde Değişikliği Önerisinin Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi

SPK bir piyasa düzenleyici metin olarak gerek anayasal ilkeleri gerekse piyasa bileşenlerini dikkate almakta olup⁵², ikincil düzenlemeleriyle birlikte bir bütün olarak kamu düzenine ilişkindir⁵³. Bu doğrultuda, Tebliğ’de yapılacak herhangi bir değişikliğin Kurul’un görev ve yetkisi dahilinde gerçekleştirilebilmesi⁵⁴ açısından değişikliğin öncelikle SPK m. 1 üzerinden somutlaştırılan hukuk politikasında uygun olması gerekecektir. Ayrıca herhangi bir değişikliğin meşruiyeti, elde edilmek istenen sonucun kişilerin özel hukuk düzenlemele-

49 Bkz. V. Bölüm.

50 6493 sayılı Kanun uyarınca ödeme kuruluşlarının tasnifi için bkz. Çiğdem Güven, Onur Irmak, “6493 sayılı Kanunda Ödeme Kuruluşlarının Tabi Olduğu Hukuki Çerçeve”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 105, 2018, s. 95-107.

51 Nitekim bu kurumlardan faydalanılması Türkiye’de finansal teknolojilerin yaygınlaştırılması hedefini de destekleyecektir (T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Yeni Ekonomi Programı 2020-2022, s. 25).

52 Bkz. Yargıtay 11. H.D. E. 2003/3498 K. 2003/10556 T. 07/11/2003.

53 SPK Genel Gerekçe, s. 12.

54 Bkz. SPK m. 128(1)(a) ve m. 128(1)(e).

riyle kendilerinin gerçekleştiremeyecek olmalarında saklıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, Madde Değişikliğinin içeriği yatırımcıları korumayı ve piyasanın güven içerisinde işleyişini temin etmeyi hedeflediğinden SPK m. 1 ilkeleriyle uyumludur. Buna karşın, Madde Değişikliğinde önerilen yöntemin kişilerin özel hukuk düzenlemeleriyle meydana getirmesinin neden olanaklı olmadığı mevzuat karşısında değerlendirilmelidir.

Her şeyden önce, SPK m. 107 uyarınca sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlara yaptırım uygulanmaktadır. Bir sermaye piyasası aracı olarak anonim şirket paylarının değerlerinin, yalan ve yanlış bilgiler de dahil olmak üzere piyasadaki bütün bilgilere istinaden oluştuğu kabul edilmektedir⁵⁵. Madde Değişikliğinde önerilen yöntem altında girişim şirketinin fon harcamalarının an be an yatırımcılarca takibine imkân sağlanması, yatırım kararlarını ve girişim şirketi sermaye piyasası araçlarını etkileyen bilgilerin yayılması anlamına gelecektir. Bu kapsamda, girişim şirketinin topladığı fonun kullanımını gerçekleştirenler, yaptıkları bazı işlemlerin yatırımcıyı yanıltmak amacıyla yapıldığı iddiasıyla yaptırım riski altında kalabilecektir. Böyle bir riskin girişim şirketi temsilcilerini ve şirket faaliyetlerini olumsuz etkilememesi adına, Tebliğ ile önerilen yöntemin hukuki dayanağının oluşturulması önem taşımaktadır.

İkinci olarak, birtakım şirket bilgilerinin gizli tutulması şirketin menfaatine olup, bu hususlarda yönetim kurulunun sorumluluğu caridir (TTK m. 553, 369)⁵⁶. Nitekim yatırımcıların TTK dairesinde bilgi alma ve inceleme hakkı şirket sırrı veya korunmaya değer şirket menfaatıyla sınırlıdır⁵⁷. Ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanun m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı pay sahibinin bilgi edinme hakkının son sınırını teşkil etmektedir. Dolayısıyla, girişim şirketi yönetim kurulunun bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında yatırımcılardan talep gelse dahi şirket menfaatine olmayacak bilgileri gizli tutmak üzere gerekli önlemleri alması gerekmektedir⁵⁸. Ancak Madde Değişikliğinde önerilen

55 Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224 (1988).

56 Öğretilen, TTK m. 553'te sözü geçen yükümlülük kavramının, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen yükümlülük özelliği gösteren görev ve yetkileri ifade ettiği, dolayısıyla şirketi, pay sahiplerini ve alacaklıları korumaya yönelik olan görev ve yetkiler dahilindeki yükümlülükleri işaret ettiği, örneğin TTK M. 369 uyarınca yönetim kurulunun özen ve bağlılık yükümlülüğünün de bu yükümlülüklerden olduğu belirtilmektedir (Hanife Doğrusöz Koşut, "Anonim Ortak Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu (TTK m. 549- 563)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, 2012, s. 690).

57 TTK m. 437 Madde Gereğesi.

58 Korunmaya değer şirket menfaati kavramı, şirket sırrına eş düzeydeki menfaati işaret etmek-

yöntem sayesinde yatırımcılar, başkaları tarafından öğrenilemeyecek olan ve şirket sırrı olarak kabul görebilecek⁵⁹ müşteri verileri, dağıtım ağı, fatura içerikleri, tedarikçi bilgileri gibi verileri kısmen ya da tamamen edinme imkânına kavuşacaktır. Oysa bu bilgilerin şirket sırrı teşkil ettiği kabul olduğunda, yönetim kurulunun özen ve bağlılık yükümü (TTK m. 369) kapsamında bu tür bilgileri vermektен kaçınması gerekecektir⁶⁰. Bu yönüyle yürürlükteki mevzuat bakımından girişim şirketinin fonun kullanımı konusunda detaylı bilgileri yatırımcılarla paylaşması⁶¹ şirket yönetim kurulunu hukuki sorumluluk riskiyle karşı karşıya bırakmaktadır⁶². Önerilen yöntemin bir Tebliğ hükmüyle hayata geçirilmesi şirket ve yönetim kurulunun sorumluluktan korunması açısından önemlidir.

Üçüncü olarak, yatırımcıların fon kullanımını takip edebilmesi bazı durumlarda girişim şirketi işlemlerinin muhatapları açısından menfaat ihlali anlamına gelebilecektir. Örneğin, fonun bir kısmıyla şirket çalışanlarının maaşlarının ödenmesi ya da müşterilere iade ödemesi yapılması gibi işlemlerin yatırımcılar tarafından takibi, yatırımcıların bu kişilerin isimleri, kimlik bilgileri, banka

tedir (Güney, s. 54). Bu çerçevede mutlak şirket sırrı- nispi şirket sırrı ayırımına göre, mutlak şirket sırrı hiçbir şekilde açıklanmayacak, nispi şirket sırrı sayılanlar ise yetkili organların takdirine bırakılacaktır (Oğuz Atalay, Atalay, Oğuz, “Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekamtez’e Armağan, 2015, s. 59). Bu kapsamda şirketin üçüncü kişilerle sözleşmelerindeki gizlilik şartı nedeniyle sözleşme içeriğinin açıklanamaması halî ya da Ar- Ge faaliyetleri, diğer pay sahipleri ve yöneticilerin banka hesap bilgileri, bir hastane işleten şirketin hastalarına ilişkin bilgiler gibi hususlar mutlak şirket sırrlarından kabul edilmektedir (Atalay, s. 59). Yine yönetim kurulu, bir bilgi alma ve inceleme talebini nispi şirket sırrı kavramı dahilinde bilginin paylaşılmasının şirket ilişkilerine zarar verecek olması veya kamuoyunda şirket aleyhine tepki oluşmasına neden olacağı gibi gerekçelerle reddedebilecektir (Güney, s. 53).

59 Ramazan Durgut, Ahmet Emre Kaplan, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 171- 172, s. 139.

60 Bir şirketin yapmakta olduğu harcamanın tutarı ve muhatabı, şirketin sadece gerçekleştirmekte olduğu faaliyeti değil gerçekleştirmek üzere hazırlık içerisinde olduğu faaliyetleri de işaret etmektedir. Örneğin şirketin henüz tamamlanmamış bir girişiminin, araştırma çalışmasının ya da değerlendirme aşamasındaki projesinin harcamalar üzerinden tespit edilmesi ve bu bilginin bir şekilde şirketin rakiplerince öğrenilmesi şirket açısından menfaat kaybına yol açacaktır (Bkz. Rauf Karasu, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2005, s. 89). Bu halde yönetim kurulunun bu bilgileri ticari sır olarak kabul ederek muhafaza etmesi görevi gereğidir.

61 Ödeme Kuruluşları ve Elektronik Para Kuruluşlarının Bilgi Sistemlerinin Yönetimine ve Denetimine İlişkin Tebliğ m. 13(2) uyarınca, kullanıcı verilerinin yatırımcılar dahil üçüncü kişilerle doğrudan paylaşılmasına izin vermek girişim şirketinin takdirindedir.

62 Açıklamaması gereken şirket bilgilerini açıklayan yönetim kurulunun sorumluluğunun doğacağı yönünde bkz. Murat Can Atakan, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkının İhlalinden Dolayı Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 151, 2019, s. 89.

hesap bilgileri ve gelir durumları gibi kişisel verilerine⁶³ ilişkin verileri edinilmesinin yolunu açacaktır. Bu durumda girişim şirketinin, ilgili kişilerin açık rızasını almaksızın önerilen yöntemle kişisel verileri başkalarıyla paylaşması uyumsuzluk doğuracaktır⁶⁴. Bu nedenle, Tebliğ hükmü ile girişim şirketlerinin veri kaydı ve aktarımına dair hukuki gerekçenin oluşturulması girişim şirketinin 6698 sayılı Kanun yükümlülüklerine riayetinin temini açısından da önem taşımaktadır⁶⁵.

Dördüncü olarak, anonim şirketlerde pay sahiplerinin rekabet yasağının ve sadakat yükümlülüğünün TTK'da gösterilmemiş olması (TTK m. 480)⁶⁶, şirket bilgilerinin üçüncü kişilere ifşasının engellenmesi konusunda girişim şirketini güvencesiz bırakmaktadır⁶⁷. Zira Madde Değişikliğinde önerilen yöntem altında şirket bilgilerini edinen yatırımcının bunları başkalarına aktarması halinde şirketin genel hükümler üzerinden⁶⁸ yatırımcının sorumluluğuna başvurması gerekecektir. Bu nedenle, Tebliğ'de yatırımcıların önerilen yöntemle edinecekleri şirket bilgilerini açıklamama yükümlülüğünün vurgulanması önemlidir. Anılan yükümlülük ilk bakışta anonim şirkette pay sahipliğinin doğasıyla bağdaşmaz gözüke de tarafların bireysel tercihleriyle önerilen yöntemi uygulayan bir şirkete yatırım yaparak kendilerini sıradan bir şirket yatırımcısı pay sahibinin elde edebileceğinden daha fazla bilgiyle donatmayı seçmesi karşılığında, pay sahibi olarak ek bir yükümlülük altına sokulmasının menfaatler dengesi açısından bir sakıncası olmadığı açıktır⁶⁹.

Son olarak, Madde Değişikliğinde önerilen yöntemin uygulanmasında ihtiyati tedbir kurumunun etkin kullanımı için Tebliğ'in ihtiyati tedbir yolunu ta-

63 Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2012/12- 1510 K. 17/06/2014 T. 17/06/2014.

64 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3(1)(d) uyarınca "kişisel veri" kavramı "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi" ifade ederken, kişisel verilerin işlenmesi ancak kanunlarda öngörülen usul ve esaslarda gerçekleştirilebilmektedir (m. 4). Buna göre, kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası almaksızın işlenememekte (m. 5(1)) olsa da rıza gerektirmeyen bazı istisnai haller de (örneğin kanunlarda açıkça öngörülmesi veya veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması) mevcuttur (m. 5(2)). Yine kişisel verilerin aktarılması şartlara bağlıdır (m. 8).

65 Bkz. KVKK Yayınları No. 29, Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2019, s. 59.

66 Aksi yönde bkz. Füsun Nomer, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü*, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s. 159.

67 Pay sahibinin sadakat yükümlülüğü sebebiyle, şirket surlarını öğrenen pay sahibinin bunları ifşa edemeyeceği yönünde bkz. Karasu, s. 96.

68 Ayrıca bkz. SPK Altıncı Kısım.

69 Nitekim uygulamada "pay sahipleri sözleşmesi" adıyla bilinen, anonim şirketler hukukundan ziyade bir borçlar hukuku sözleşmesi etkisi gösteren sözleşmelerin birçoğunda (Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 469) pay sahipleri açısından gizlilik yükümlülükleri öngörülmektedir.

nması önem taşımaktadır⁷⁰. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 390(3) uyarınca, ihtiyati tedbir talep edenin ihtiyati tedbir sebebini ve türünü belirtmesi ve davanın esas yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesi şarttır. Dolayısıyla ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için bir maddi hukuk talebi ihtiyati tedbir talebine esas teşkil etmelidir⁷¹. Ayrıca başvuru tarafından çoğu zaman teminat gösterilmesi gerekeceğinden (HMK m. 392), yatırımcıların teminattan muafiyet imkânına kavuşturulması önemlidir. Yine yatırımcıların Tebliğ m. 20(4) uyarınca bağımsız denetim raporu hazırlanmadan önce fonun uygunsuz kullanımı delillerle ortaya koyma imkânı oldukça kısıtlıdır. Ayrıca her ne kadar yatırımcılar (Madde Değişikliğinde önerilen yöntemle dair bir Tebliğ hükmünün yokluğunda) ihtiyati tedbir kararına esas maddi hukuk talebini TTK m. 553, TTK m. 555 ve hatta SPK m. 35(A)/6 hükümlerine dayandırabileceklerse de mahkemece yatırımcıların hele ki henüz diğer haklarını kullanmadan ihtiyati tedbir talep etmelerinin haklı görülmesi ihtimal dahilindedir⁷². Üstelik fonun henüz sadece bir kısmının (şirketin

70 İhtiyati tedbire alternatif olarak, girişim şirketi tarafından toplanan fonlara karşılık 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 34 kapsamında kabul edilen değerlerden oluşan bir teminat gösterilmesi ve girişim şirketinin fonu toplama amacına uygun şekilde kullanmadığının tespiti halinde girişim şirketinin yönetiminin değiştirilmesi ve teminatın kullanılarak ilgili projenin gerçekleştirilmesi yönteminin tercih edilmesi akla gelebilir (Bkz. SPK m. 92(1)(c)). Ancak kitle fonlamasının doğası gereği projelerin akıbeti girişimcilerin kişisel fikir ve emeğine bağlı olup, bu kişilerin teminat göstermeye yetecek malvarlığı ve kredi notu çoğu zaman bulunmayacaktır. Girişim şirketinin yönetiminin değiştirilmesi şeklinde bir tedbirin mevcudiyeti sisteme katılımı caydırarak, ayrıca bunun yapılması halinde projenin gerçekleştirilebilirliği de ortadan kalkacaktır. Yine şirketin topladığı fonlara karşılık gelen bir teminat ancak fonların kendisine karşılık bir banka aracılığıyla teminat göstermesi şeklinde gerçekleşebilecek (Bkz. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 48), bankanın ise şirket tarafından sürekli kullanılan bu fon tutarına karşılık an be an güncellenen bir teminat sistemi oluşturması gerekecektir ki bu durum banka açısından işlem maliyetini artıracığından bu teminatın sağlanmasına dair banka komisyonlarının şirkete yansması da maliyetli olacaktır. Diğer yandan, girişim şirketinin topladığı fonların bloke halde tutularak projenin aşamalarına göre serbest bırakılması şeklinde bir yöntem, bu defa şirketin kendi sermayesini kullanamaması anlamına gelecek ve kitle fonlaması sistemini bir KOBİ veya TÜBİTAK destek programı haline dönüştürecektir.

71 Evrim Erişir, "Para Alacaklarında İhtiyati Tedbirler- 11.10.2006 Tarihli Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bakımından Düşündürdükleri", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 245.

72 Pay sahipleri için geçerli hakların sakınılarak kullanılması ilkesi gereği, hukuka uygun bir amaca yönelik birden çok seçeneğin olduğu hallerde bunlardan en az zarar veren veya mümkünse hiç zarar vermeyecek seçeneğin kullanılması gerekmektedir (Semih Sırrı Özdemir, Elanur Tamer, "Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi", *Uyumsuzluk Mahkemesi Dergisi* Cilt 7, Sayı 14, 2019, s. 353). Ancak yatırımcıların fonun uygunsuz kullanımını tespit ve durdurma konusunda uygulayacakları tedbirlerin derhal etki gösterebilir olması gerekmektedir. Oysa bilgi edinme hakkının, denetim isteme hakkının veya genel kurulun toplantıya çağırılması gibi hakların kullanılmasında halinde, girişim şirketi yöneticileri fon kullanımına karşı yatırımcılar tarafından bir denetim faaliyetine girildiğini fark edecek ve yatırımcılar herhangi bir hukuki müdahalede buluna-

işletme amacıyla bağdaştığı ancak) ilan edilen fon kullanım amacıyla bağdaşmadığı iddiasının doğruluğu yargılamayı gerektirir bir olgudur. Ayrıca ihtiyati tedbirde davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde karar verilmemesi gerektiğinden⁷³, mahkemelerin fonun ne kadarlık bir kısmının kullanımının durdurulmasına karar vereceği belirsiz olacaktır. Bu nedenlerle ihtiyati tedbir yolunun Tebliğ ile özel olarak açık tutulması, tarafların özel hukuk düzenlemeleriyle kendilerine sağlayamayacakları bir güvence teşkil etmektedir⁷⁴.

Sonuç

Sermaye piyasalarının güçlendirilmesi amacıyla yapılacak değişiklikler kapsamında⁷⁵, paya dayalı kitle fonlaması yatırımcıları için uygun bir güven ortamının sağlanmasına yönelik tedbirlerin alınmasına öncelik verilmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Zira Türkiye’deki yatırımcıların yenilikçi girişim projeleri hakkında geçmiş tecrübeleri nedeniyle kitle fonlaması ekosistemine yönelik olası endişelerinin giderilebilmesi için yatırımcılara ek güvenceler sağlanması şarttır. Aksi takdirde kitle fonlaması sisteminin arzulan seviyede bir alternatif finansman imkânı haline dönüştürülmesi kısa vadede mümkün olamayabilecektir.

Bu doğrultuda, her şeyden önce yatırımcıların girişim şirketlerine sağladıkları fonların toplanma amacına uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığını etkin şekilde denetleyebilecekleri bir mekanizma oluşturulmalıdır. Nitekim bu çalışmada ortaya konulan Madde Değişikliği önerisi, yatırımcılara sağlanabilecek ek güvenceler anlamında faydalı bir örnek teşkil etmektedir. Ancak Madde Değişikliğinde önerilen yöntemin mevzuattan kaynaklı bir dayanağı olmaksızın uygulanması girişim şirketleri açısından hukuki risklere gebecektir. Bu nedenle Tebliğ’e bu çalışmada belirtilen Madde Değişikliği hükmünün eklenmesiyle, önerilen yöntemin yürürlükteki mevzuat ile bütünleştirilmesi gerekmektedir. Neticede önerilen yöntemin mevzuata dahli Kurul’un sermaye piyasasının gelişmesini teminen yeni sermaye piyasası kurumlarına ve araçlarına ilişkin usul ve esasları düzenleme ödevi kapsamında görülmelidir (SPK m. 128(1)(e)).

madan fonların tüketilmesi sürecini hızlandırabilecektir. Yine pratik bir çözüm olarak yönetim kurulunun görevden alınması, yatırımcıların çoğu durumda bu karara esas çoğunluğu sağlayamayacakları gerçeği sebebiyle uygunsuzdur.

73 Yargıtay H.G.K. E. 2017/11- 2874 K. 2018/37 T. 17/01/2018. Karşı yönde bkz. Murat Yavaş, “İflasın Ertelenmesi Kurumu Çerçevesinde İhtiyati Tedbir Kararının Kapsamı, Niteliği ve Etkileri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2910.

74 Nitekim aksi halde, TTK bir kısım hallerde ihtiyati tedbir imkânını özel olarak düzenlediğinden (örneğin, TTK m. 128(8) ve m. 449), bu haller haricinde genel hüküm durumundaki HMK m. 389 üzerinden ihtiyati tedbir kararı verilmesi uygun görülmeyebilecektir.

75 Bkz. T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Yeni Ekonomi Programı 2020-2022, s. 24.

KAYNAKLAR

- Agrawal K., Ajay; Catalini, Christian; Goldfarb, Avi, vd., “Some Simple Economics of Crowdfunding”, *National Bureau of Economic Research*, Cilt 14, No. w19133, 2013.
- Ahlers, Gerrit K.C.; Cumming, Douglas; Günther, Christina; Schweizer, Denis, Signaling in Equity Crowdfunding, http://www.law.northwestern.edu/research-faculty/elbe/events/innovation/documents/Cumming_Signaling_in_Equity_Crowdfunding.pdf, (10.05.2020).
- Alışkan, Murat, “İşletme Konusu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cilt 18, Sayı 2, 2012, s. 207- 219.
- Altay, Sıtkı Anlam, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2013, s. 55- 76.
- Ansay, Tuğrul, *Anonim Şirketler Hukuku*, 6. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- Atakan, Murat Can, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkının İhlalinden Dolayı Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi* Cilt 14, Sayı 151, 2019, s. 76- 92.
- Atalay, Oğuz, “Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2015, s. 53- 76.
- Corporations and Markets Advisory Committee, *Crowd Sourced Equity Funding Report May 2014*, Australian Government, Sydney, 2014.
- Durgut, Ramazan; Kaplan, Ahmet Emre, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 171- 172, s. 123-154.
- Erişir, Evrim, “Para Alacaklarında İhtiyati Tedbirler- 11.10.2006 Tarihli Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bakımından Düşündürdükleri”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- European Crowdfunding Network, *13.12.2016 News*, <https://eurocrowd.org/2016/12/13/italy-opens-equity-crowdfunding-kind-smes/> (03.05.2020).
- Güney, Necla Akdağ, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Aktif ve Pasif Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı Üzerine Bazı Düşünceler”, *Regesta*, Cilt 4, Sayı 1, 2019, s. 37- 56.
- Güven, Çiğdem; Irmak, Onur, “6493 sayılı Kanunda Ödeme Kuruluşlarının Tabi Olduğu Hukuki Çerçeve”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 105, 2018, s. 95- 107.
- Hacımahmutoğlu, Sibel, “Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Kendilerine Verilen Yetkiler İçinde İşlem Yapma ve Yetkileri Veriliş Amaçlarına Uygun Kullanma Yükümlülükleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 33, Sayı 1, 2017, s. 65-101.
- Hürriyet Gazetesi, *Çiftlik Bank Davasında Flaş Gelişme*, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ciftlik-bank-davasinda-flas-gelisme-41264349> (04.05.2020).
- IOSCO, *Crowdfunding 2015 Survey Responses Report, December 2015*, <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD520.pdf> (05.05.2020).

- IOSCO, *IOSCO Statement on Addressing Regulation of Crowdfunding*, December 2015, <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD521.pdf> (05.05.2020).
- Karasu, Rauf, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2005, s. 73- 114.
- Korkut, Ömer, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2014, s. 25- 36.
- Koşut, Hanife Doğrusöz, “Anonim Ortak Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu (TTK m. 549- 563)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, 2012, s. 683- 696.
- KVKK Yayınları No. 29, *Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması*, KVKK, Ankara, 2019.
- Manavgat, Çağlar, “Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı 2, 2013, s. 287- 298.
- Milliyet Gazetesi, *Jet Fadıl’dan Mağdurlara Saray Odalı Ödeme Planı*, <https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/jet-fadil-dan-magdurlara-saray-odali-odeme-planı-1566862> (04.05.2020).
- Nilsson, Gül Okutan, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.
- Nomer, Füsün, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.
- OECD, *Economic Surveys: Turkey, July 2018*, <http://www.oecd.org/economy/turkey-economic-snapshot/> (05.05.2020).
- OXERA, *Crowdfunding from an investor perspective, Final Report for ECFSUG*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/160503-study-crowdfunding-investor-perspective_en_0.pdf (10.05.2020).
- Özdemir, Semih Sırrı; Tamer, Elanur, “Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, 2019, s. 329- 373.
- Pehlivanoğlu, Murat Can, “Involuntary Dissolution: Theory and Operation in Publicly Traded Corporations”, *Annual Survey of International and Comparative Law*, Cilt 23, Sayı 1, 2019, s. 1- 18.
- Pehlivanoğlu, Murat Can, *Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımının Sermaye Piyasası Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu Açıklarından “İşlem” ve “İlişkili Kişi” Unsurları Kapsamında Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal, Çamoğlu Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Pulaşlı, Hasan, “Sermayesiz Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Der-*

gisi, Cilt 34, Sayı 2, 2018, s. 5- 19.

- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Schwartz, Andrew, “The Gatekeepers of Crowdfunding”, *Washington and Lee Law Review*, Sayı 75, 2018, s. 885- 955.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, *On Birinci Kalkınma Planı*, Temmuz 2019.
- The World Bank, *Crowdfunding’s Potential for the Developing World 2013*, <http://documents.worldbank.org/curated/en/409841468327411701/pdf/840000WPOBox380crowdfundingostudy00.pdf> (05.05.2020).
- Verret, J.W., “Uber-Ized Corporate Law: Toward a 21st Century Corporate Governance for Crowdfunding and App- Based Investor Communications”, *Journal of Corporation Law*, Cilt 41, Sayı 4, 2016, s. 927- 969.
- Weinstein, Ross, “Crowdfunding in the U.S. and Abroad: What to Expect When You’re Expecting”, *Cornell International Law Journal*, Cilt 46, 2013, s. 427- 453.
- Yavaş, Murat, “İflasın Erteleme Kurumu Çerçevesinde İhtiyati Tedbir Kararının Kapsamı, Niteliği ve Etkileri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2893- 2926.
- Ziegler, Tania vd., The 3rd European Alternative Finance Industry Report, https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2018-02-ccaf-exp-horizons.pdf (05.05.2020).

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri*

1. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) senede iki sayı (Haziran, Aralık) yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir.
2. İMÜHFD, TR Dizin ve SOBİAD dizinleri ile HeinOnline ve ICI World of Journals veri tabanlarında taranmaktadır.
3. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde telif ve tercüme yazılar kabul edilmektedir. Tercüme ile birlikte tercüme metnin aslı ve hak sahiplerinin muvafakatini gösterir belge de iletilmelidir.
4. Derginin tüm giderleri İstanbul Medipol Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. İMÜHFD; makale gönderim, işleme, yayımlama yahut herhangi bir süreç için ücret almaz.
5. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, yazısını göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır.
6. Yazı İşleri Müdürü tarafından yapılan ilk değerlendirmede dil bilgisi yanlışlarının olağanın üstünde olduğu veya akademik yazım ölçütlerinin takip edilmediği tespit edilen yahut intihal raporu oranı %20 üzerinde çıkan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.
7. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi ve intihal kontrolü yapılarak dil bilgisi ve akademik yazım ölçütlerine uygun olduğu saptanan yazılar, hakemlere gönderilir. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
8. Hakem süreci olumlu olarak tamamlanan yazı, yazarın talebi halinde, değişmez bir DOI numarası atanarak çevrimiçi erken görünüm (online first) ile yayımlanır. Bu durumda erken görünüm yayım tarihi açık bir şekilde belirtilir.
9. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi

- gerekmektedir.
10. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlık kısmının altında iki yana yash olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
 11. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
 12. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a. – i.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıklandırmalar dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
 13. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
 14. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir. Yaygın kullanılan kısaltmalar ise (ve benzeri: vb., madde: m., bakınız: bkz. vs.) ilk kullanımdan itibaren kısaltma ile kullanılabilir.
 15. Bir paragraf ve daha uzun uzunluktaki alıntılar ayrı paragrafta, tırnak (“ ”) içinde, italik olarak ve bir tab girintili olarak yazılmalıdır. Bir paragraftan daha kısa olan alıntılar ise ayrı bir paragrafa geçmeden tırnak içinde ve italik olarak yazılmalıdır.
 16. Atıf yapılan kaynakların özel isimlerinde yer almayan bilgiler (cilt, sayı, sayfa vs.) makalenin dilinde yazılmalı ve kısaltılmalıdır. Bu bilgilerde Hint-Arap rakamları (0, 1, 2 vd.) kullanılmalı; Roma rakamları kullanılmamalıdır.
 17. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “**Kaynaklar**”, İngilizce makalelerde “**Bibliography**”, Fransızca makalelerde “**Bibliographie**”, Almanca makalelerde “**Literatur**” başlığını

- taşımalıdır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.
18. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevini adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.
 19. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevini adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.
 20. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığ İnaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.
 21. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa)yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).
 22. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevini adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.
 23. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

- Ör.-2: Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2006, s. 70.
24. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.
Ör.: Macid Hadduri (Terc. Fethi Gedikli), *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, 2. Bası, Ekin Yayınları, İstanbul, 2018, s. 89.
25. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Aydın, s. 95.
26. Aynı soyisme sahip farklı yazarların eserlerine atıf yapılması halinde ilk atıf sonrasında İsmın baş harfi ve soyisim şeklinde atıf yapılır.
Ör.: A. Kaya, s. 57.
27. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).
Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.
28. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.
Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.
29. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.
30. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.
31. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “;” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.
32. Fakülte tarafından yayımlanan basılı ve dijital nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir. Telif ücreti

ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

33. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte ve Yazı İşleri Müdürlüğü herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
34. Yazı, **DergiPark** (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden veya "**hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr**" adresine Word formatında (.doc, .docx) gönderilebilir. Gönderilen yazıların *dil bilgisi kurallarına, akademik yazım ölçütlerine ve yayım ilkelerine uygun olmasına* dikkat edilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını, e-posta adresini ve ORCID ID numarasını bildirmelidir.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Etik İlkeleri Beyanı

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD), yüksek yayım standartlarını takip etmeyi amaçlamaktadır. İMÜHFD Yazı İşleri Müdürlüğü (Müdürlük) yayım öncesi ve sonrasında bu standartların gerekliliği olan etik ilkeler ve akademik usuller doğrultusunda hareket edeceğini beyan eder. İlgili etik ilkeler ve akademik usullerin gerektirdiği standartlara aykırı akademik çalışmalar yayım öncesi yahut sonrası olmasına bakılmaksızın yayımdan çıkarılır.

Yazı İşleri Müdürlüğü Yükümlülükleri;

- Müdürlük, dergiye gönderilen bir akademik çalışmanın yayımlanması hususunda nihai söz hakkı sahibidir. Yayımlanacak çalışmaların tespitinde çalışmanın niteliği, güncelliği, özgünlüğü ve alana sağlayacağı katkı göz önünde bulundurulmalıdır.
- Müdürlük, yayımlanan her içeriğin içerik ve niteliğinden sorumludur. Bu doğrultuda, gerekmesi halinde düzeltme veya hata sayfası yayımlanması dahil usuller izlenmelidir.
- Müdürlük, gönderilen bir akademik çalışmaya dair bilgileri bilmesi olağan kişiler (yazı işleri müdür ve müdür yardımcıları, yazar, hakem vs.) haricinde kimse ile paylaşmamalıdır.
- Müdürlük, gönderilen bir akademik çalışmanın değerlendirme sürecini tarafsız bir şekilde yürütmelidir. Bu doğrultuda; değerlendirmeler yazarın kimliği, uyruğu, cinsiyeti, dini inancı ve siyasi görüşü gibi şahsi özelliklerinden bağımsız olarak yalnızca çalışmanın içeriğine yönelik olmalıdır.
- Müdürlük, gönderilen bir akademik çalışmanın herhangi bir çıkar çatışmasına (çalışmanın değerlendirilme sürecini etkileyebilecek herhangi bir şahsi veya profesyonel; maddi veya manevi bir ilişki içinde olunması) konu olmamasını sağlamalıdır. Gerektiği takdirde çıkar çatışmasının tarafı olan Müdürlük çalışanın, değerlendirmeden kendini çekmesi ve ilgili çalışmanın başka bir Müdürlük çalışanınca değerlendirilmesi gibi usuller izlenmelidir.
- Müdürlük, yayımcılık sürecine ilişkin herhangi bir etik ilkesi ihlaline ilişkin iddiaları yayım öncesi yahut sonrasında gündeme gelmesine bakılmaksızın titizlikle incelemeli ve yüksek yayımcılık standartlarının gerektirdiği şekilde sonuçlandırmalıdır.

Hakem Yükümlülükleri;

- Hakemler, değerlendirmelerine sunulan akademik çalışmalara ilişkin olarak sundukları kanaatleri ile Müdürlük tarafından verilecek kararları destekler ve gerekli görülmesi halinde çalışmanın geliştirilmesi için yazarla Müdürlük aracılığıyla iletişime geçer. Bu süreçte hakemin kimliğinin gizli tutulması esastır.
- Değerlendirmelerine sunulan akademik çalışma hakkında kanaat beyan edecek niteliği haiz olmayan yahut olağan kabul edilen sürelerde kanaatini sunması mümkün olmayan hakemlerin en kısa süre içinde Müdürlüğü durumdan haberdar etmesi gerekir.
- Hakemler, değerlendirmelerine sunulan akademik çalışmaya dair bilgileri, Müdürlük tarafından belirlenen kişiler haricinde kimse ile paylaşmamalıdır.
- Hakemler, değerlendirmelerine sunulan akademik çalışmaya ilişkin kanaatlerini tarafsız ve nesnel biçimde sunmalıdır.
- Hakemler, yayımı öncesinde değerlendirmelerine sunulan akademik çalışmalardan, şahsi çalışmalarında faydalanmamalıdır. Yayımı sonrasında ise akademik usullere riayet ederek faydalanmalıdırlar. Çıkar çatışması ihtimalinin söz konusu olması halinde hakemlikten çekilmek dahil, kabul edilmiş usullere başvurulmalı ve en kısa süre içinde Müdürlük haberdar edilmelidir.
- Hakemler, değerlendirmelerine sunulan akademik çalışmada herhangi bir etik ilke ihlalinden veya akademik usullere aykırılıktan şüphelenmeleri halinde en kısa süre içinde Müdürlüğü haberdar etmelidir.

Yazar Yükümlülükleri;

- Gönderilen akademik çalışmanın etik ilkelere ve akademik usullere uygunluğundan yazar sorumludur. Yazar, gönderilen akademik çalışmanın özgünlüğünü, başka yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere değerlendirilmeye sunulmamış olduğunu temin eder.
- Birden fazla yazar tarafından yazılan akademik çalışmalarda her bir yazarın ismi açık olarak yazılmalıdır. Çalışmaya farklı yönlerden katkı sağlayan diğer kişilerin isimleri katkı sağladıkları belirtilerek anılmalıdır. İlgili çalışmayı değerlendirmeye sunan yazar, değerlendirmeye sunulan metnin diğer yazarların da onayladığı nihai hali olmasını özenle gözetmelidir.
- Yazar, değerlendirmeye sunduğu çalışmasında faydalanılan kaynakları, İMÜHFD tarafından ilan edilen atıf kurallarına uygun şekilde belirtmelidir. Kamuya açık olmayan özel yazışmalardan faydalanılması halinde yazarın diğer taraflarından izin alınmalıdır.

- Yazar, değerlendirmeye sunulan akademik çalışmada bir hata fark etmesi halinde yayım öncesi veya sonrası olmasına bakmaksızın, Müdürlüğü bu durumdan haberdar etmelidir ve gerektiği hallerde düzeltme veya hata sayfası yayınlanması dahil ilgili usullere başvurulmalıdır.
- Yazar, akademik çalışmanın içeriğini yahut yapılan değerlendirmeleri etkileyebilecek herhangi bir çıkar çatışması ihtimalini açıklamalıdır. Değerlendirmeye sunulan akademik çalışmanın harici bir finansal kaynak tarafından desteklenmesi durumunda bu husus açıkça belirtilmelidir.

