

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XVII, Sayı: 2
Vol. XVII, No. 2
Yıl / Year: 2020**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına /
On Behalf of Yeditepe University

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. İrem Aksu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

Basımcının Adı / Printed by

Armoni Nuans Görsel Sanatlar ve İletişim Hiz. San. ve Tic. A.Ş.

Bostancıyolu Cad. Keyap Çarşısı Sitesi B1 Blok No:24/A 34720 Y. Dudullu-,

Ümraniye / İstanbul. Tel.: (0216) 540 36 11

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Ağustos 2020 / *August 2020*

ISSN: 1303 - 4650

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor : (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors :

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2020

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. *All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hakem Kurulu

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Olgun Akbulut, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nur Bolayır, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hamide Bağçeci, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Dilek Karademir Aydemir, İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif Küzeci, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve çevirilerdir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes, comments and translations which are written in Turkish and in other European languages are welcome. In addition to the text of the translation, the consent of the beneficiaries and the original text should be submitted. Translations are also subject to referee evaluation.

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

17) Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XVII, Sayı: 2, Yıl: 2020

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

**HEM SOYUT HEM DE GERÇEKÇİ BİR YAKLAŞIM KELSEN'İN
SAF HUKUK KURAMI**

Dr. Engin Arıkan.....417

Türk - Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk
Sosyolojisi Ana Bilim Dalı

e-posta: arikan@tau.edu.tr

**PARLAMENTOLARIN ANASI WESTMINSTER PARLAMENTOSU:
TARİHSEL - KURAMSAL KÖKENLER, KURUMSAL YAPI VE
KANUN YAPIM SÜRECİ**

Arş. Gör. Dr. Türker Ertaş447

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: turkerertas@gmail.com

**AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KKTC’de TAŞINMAZ MAL
MÜLKİYETİ**

Arş.Gör.Cenan Eskimuhtaroglu - Doç.Dr.Kutluhan Bozkurt501

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi - Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi &
Yeditepe Üniversitesi

e-posta: cenaneskimuhtaroglu@gmail.com - kutluhan.bozkurt@gmail.com

**5403 SAYILI TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI
KANUNU’NDA DÜZENLENEN ÖNALIM HAKKININ
KULLANILMASI**

Dr. Öğr. Gör. Simge Aksu Kayacan529

Yaşar Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Özel Hukuk Bölümü

e-posta: simge.kayacan@yasar.edu.tr

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE SINIRLAMANIN
DAR YORUMU İLKESİ**

Dr. Ümit KILINÇ599

Strasbourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: kilincumit@hotmail.com

VERİMLİ BİR İFLAS SİSTEMİ BAKIMINDAN ERKEN UYARI ARAÇLARI

Dr. Öğr. Gör. Mert Namlı625

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku
Anabilim Dalı

e-posta: : mnamli@istanbul.edu.tr

GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA YURT DIŞINDA MEYDANA GELEN İŞ KAZALARINDA UYGULANACAK HUKUK SORUNU

Ali Önal665

Ankara Barosu-Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk
Doktora Programı Öğrencisi

e-posta: alional@owl-rich.com

TÜRKİYE'DEKİ SURİYELİLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

Prof. Dr. Sibel Özel709

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD
Başkanı

e-posta: sibelozel@hotmail.com

KORONAVİRÜS SALGINI DÖNEMİ VERGİ GELİŞMELERİ

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk735

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD

e-posta: huzelturk@superonline.com

KARAR İNCELEMESİ

VOLCAFE DAVASI - ANGLO SAKSON HUKUK SİSTEMİ VE LAHEY KURALLARI: KURALLAR BİRBİRLERİYLE CATIŞIYOR MU?

Dr. Sinem Ogis and Dr. Edward Kafeero749

Gakushuin Üniversitesi - University of Dubai Üniversitesi

e-posta: sinemogis@gmail.com - ekafeero@ud.ac.ae

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Volume: XVII, No: 2, Year: 2020

CONTENTS

ARTICLES

KELSEN'S PURE THEORY OF LAW AND BEYOND

Dr. Engin Arıkan417

Turkish German University Faculty of Law Department of
Legal Philosophy and Sociology

e-mail: arikan@tau.edu.tr

**WESTMINSTER PARLIAMENT AS THE MOTHER OF
PARLIAMENTS: HISTORICAL - THEORETICAL ORIGINS,
STRUCTURE AND THE LAW-MAKING PROCESS**

Res. Asst. Dr. Türker Ertaş447

Dokuz Eylül University Faculty of Law Department of Constitutional Law

e-mail: turkerertas@gmail.com

**THE RIGHT TO PROPERTY IN TRNC WITHIN THE
FRAMEWORK OF ECHR DECISIONS**

Res.Asst.Cenan Eskimuhtaroglu-Assoc. Prof.Dr.Kutluhan Bozkurt..501

International Cyprus University - International Cyprus University &
Yeditepe University

e-mail: cenaneskimuhtaroglu@gmail.com - kutluhan.bozkurt@gmail.com

**THE EXERCISE OF THE RIGHT OF PREEMPTION
OF BORDERING AGRICULTURAL LANDOWNERS
REGULATED IN LAW NO. 5403 ON SOIL PROTECTION AND
LAND USE LAW**

Asst. Prof. Dr. Simge Aksu Kayacan.....529

Yaşar University Vocational School of Justice Department of Private Law

e-mail: simge.kayacan@yasar.edu.tr

**THE STRICT INTERPRETATION OF RESTRICTIONS IN THE
EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

Dr. Ümit Kılınc599

Strasbourg University Faculty of Law

e-mail: kilincumit@hotmail.com

EARLY WARNING TOOLS IN AN EFFICIENT INSOLVENCY SYSTEM**Asst. Prof. Dr. Mert Namlı625**Istanbul University Faculty of Law Department of Civil Procedure,
Enforcement and Bankruptcy Law**e-mail:** mnamli@istanbul.edu.tr**LEGAL PROBLEMS TO BE APPLIED WITH(IN) WORK ACCIDENTS OCCURRING ABROAD IN ACCORDANCE OF CURRENT SUPREME COURT DECISIONS****Ali Önal665**Ankara Bar Association-Anadolu University Social Sciences Institute
Private Law Doctoral Program Student**e-mail:** alional@owl-rich.com**THE LEGAL STATUS OF SYRIANS IN TURKEY****Prof. Dr. Sibel Özel709**Marmara University Faculty of Law President of the Department of
International Private Law**e-mail:** sibelozel@hotmail.com**TAX DEVELOPMENTS DURING THE CORONAVIRUS EPIDEMIC PERIOD****Prof. Dr. Hakan Üzeltürk735**

Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: huzelturk@superonline.com**COURT DECISION REVIEW****VOLCAFE CASE - COMMON LAW VS. VISBY HAGUE RULES: IS IT ONE VERSUS ANOTHER?****Dr. Sinem Ogis and Dr. Edward Kafeero749**

University of Gakushuin - University of Dubai

e-mail: sinemogis@gmail.com - ekafeero@ud.ac.ae

KELSEN'İN SAF HUKUK KURAMI VE ÖTESİ

(KELSEN'S PURE THEORY OF LAW AND BEYOND)

Dr. Öğr. Üyesi Engin Arıkan * **

ÖZ

Hans Kelsen (1881-1973), hukuki pozitivist kuramın en önemli figürlerinden biridir. Kelsen, saf hukuk kuramında hukuku ahlak ve sosyolojiden bağımsız bir bilim olarak ele alır. Bu bağlamda normların ahlaki değeri veya toplumsal etkinliği, doğrudan hukuki bir varlık doğurmaz ve hukuk biliminin çalışma alanına girmez. Yazar, hukuk normunu ve hukuk sistemini, hukukun normatif niteliği çerçevesinde ele almaktadır. Buna göre hukuk her zaman bir “olması gereken” ögesi ile açıklanmalı ve bunun kaynağı da Hume'un “olan/olması gereken” ayrımı ilkesi doğrultusunda yine başka bir “olması gereken” olmalıdır. Kelsen açısından hukuk, mevcut normların kendi içeriklerinden dolayı geçerli oldukları statik bir sistem değil, üst normlar tarafından yetkilendirilmiş kişilerin irade eylemleri ile normlar yarattığı dinamik bir sistemdir. Düşünüre göre ulusal hukuk sistemleri uluslararası hukukun bir parçasıdır ve uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri bir bütündür. Kelsen, siyaset felsefesinde ise ideoloji karşıtı, rölativist ve demokrat bir yaklaşım benimsemektedir.

Anahtar Kelimeler: Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Normu, Hukuki Pozitivizm

ABSTRACT

Hans Kelsen (1881-1973) is one of the most important figures of legal positivist theory. In his pure theory of law, Kelsen treats law as a science independent of morality and sociology. In this context, the moral value or social effectiveness of norms does not directly create a legal entity and does not fall within the field of study of legal science. The author deals with the legal norm and the legal system by focusing on the normative nature of law. Accordingly, the law should always be explained with an “ought” element,

Eserin Dergimize geliş tarihi: 18.04.2020. İlk hakem raporu tarihi: 29.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 30.05.2020. Onaylanma Tarihi: 02.06.2020.

* Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ana Bilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4264-706X

Eser Atf Şekli: Engin Arıkan, “Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi”, YÜHFD, C.XVII 2020/2, s.417-446.

and the source of this element should always be another “ought”. This is in line with Hume's principle of “is/ought” gap. From Kelsen's point of view, law is not a static system in which current norms are valid due to their own content, but a dynamic system in which norms are created through acts of will by those individuals who have been authorized by some higher norm. According to the thinker, municipal legal systems are part of international law and international law and municipal legal systems are a whole. Kelsen adopts an anti-ideological, relativist and democratic approach in his political philosophy.

Keywords: Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Legal Norm, Legal Positivism.

Giriş

Türk hukuk doktrinde en çok bilinen hukuk felsefecisinin Hans Kelsen olduğu söylenebilir. Kelsen'in kuramındaki belli kavramlar hukukçular tarafından sıkça kullanılsa da düşünürün kuramının analiz edilmesi gereken pek çok inceliği vardır. Bu çalışmada Kelsen'in kuramının ana öğeleri diğer hukuki pozitivist kuramcılarının görüşleri ile karşılaştırılarak açıklanacak, teorik ve pratik düzlemdeki tespitleri analiz edilecektir. Bu sayede Kelsen'in hatalı yorumlara oldukça açık olan saf hukuk kuramının net bir şekilde aydınlatılması ve bu büyük düşünürün demokrasi, uluslararası düzen, anayasal yargı, yorum gibi uygulamaya dönük somut konulardaki fikirlerinin bu konulardaki tartışmalara kazandırılması hedeflenmektedir. Diğer hukuki pozitivist kuramcılar ile yapılan karşılaştırmalar da, Kelsen'in bu kuramdaki pozisyonunu ve hukuki pozitivism farklı görünümünü ortaya çıkaracaktır.

Bu çalışmada ilk önce düşünürün hayatı ve kariyeri sunulacaktır. İkinci olarak, Kelsen'in saf hukuk kuramının metodolojik yaklaşımı açıklanacaktır. Üçüncü olarak, Kelsen'in hukuk normu ve hukuk sistemine ilişkin görüşleri incelenecektir. Dördüncü olarak, yazarın uluslararası hukuka ilişkin fikirleri analiz edilecektir. Beşinci olarak, Kelsen'in siyaset felsefesi ele alınacaktır. Altıncı ve son olarak da Kelsen'in kuramı diğer hukuki pozitivist kuramlar ile karşılaştırılacaktır.

1. Hayatı ve Kariyeri

Hans Kelsen, 1881'de dönemin Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun bir parçası olan Prag'da doğmuştur. Orta sınıf, Musevi ve Almanca konuşan ailesi, Kelsen üç yaşında iken Viyana'ya taşınmıştır.

1906 yılında hukuk doktorasını tamamlayan Kelsen, 1911 yılında Viyana Üniversitesi'nde akademik kariyerine başlamıştır. 1919 yılında profesörlük unvanı alan düşünür, I. Dünya Savaşı'ndan sonra yeni kurulan Avusturya Cumhuriyeti'nin anayasasını hazırlamakla görevlendirilen hukukçular arasında yer almıştır. 1920'de kabul edilen ve günümüze kadar genel itibarıyla muhafaza edilen bu anayasada Kelsen'in en önemli katkısı, yasaların anayasal denetimini sağlayacak bir anayasa mahkemesinin oluşturulması olmuştur. 1921'de bu mahkemeye hâkim olarak atanan Kelsen, siyasi itirazlar sonucunda 1930'da bu görevini bırakmıştır. Avusturya'da yükselen aşırı sağ siyasetin etkisiyle Kelsen, 1930'da Almanya'ya göç etmiş ve Cologne Üniversitesi'nde çalışmaya başlamıştır. Ancak Almanya'da da Nazilerin iktidara gelmesiyle yazar, 1933'te İsviçre'ye göç etmiş ve Cenevre'deki Uluslararası Yüksek Öğretim Çalışmaları Enstitüsü'nde çalışmaya başlamıştır.¹

Kelsen II. Dünya Savaşı'nın başlamasıyla 1940'ta Amerika Birleşik Devletleri'ne göç etmiştir. İlk önce Harvard Üniversitesi'nde ders vermeye başlayan Kelsen, daha sonra 1942'de Roscoe Pound'un da desteği ile Kaliforniya Berkeley Üniversitesi'nde çalışmaya başlamıştır. Bu süreçte Amerikan vatandaşı olan Kelsen, 1944'ten itibaren çalışmalarında uluslararası hukuka yoğunlaşmıştır. Yazar II. Dünya Savaşı sonrası dünya düzeninin uluslararası hukuk açısından nasıl ele alınması gerektiği hakkında önemli katkılarda bulunmuş, Birleşmiş Milletler'in yapısı ve savaş suçlularının yargılanması konularında önemli görüşler ileri sürmüştür. Kelsen 1952'de öğretim görevlerini bırakarak emekli olmasına rağmen akademik çalışmalarına ve yayınlarına devam etmiş, 1973'te 92 yaşındaki vefatına kadar dört yüze yakın eser kaleme almıştır.²

Yazarın en önemli eserleri arasında, 1934'te yayınlanan *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, 1944'te yayınlanan *Hukuk Yoluyla Barış*, 1945'te yayınlanan *Genel Hukuk ve Devlet Kuramı*, 1960'da güncellenen *Saf Hukuk Kuramı* ve vefatından sonra Hans Kelsen Enstitüsü tarafından derlenerek 1979'da yayınlanan *Genel Normlar Kuramı* sayılabilir.

Kelsen, hukuki pozitivist bir hukuk felsefecisidir. Bu bağlamda Kelsen kuramını doğal hukuk ve sosyolojik hukuk yaklaşımlarından farklı bir düzlemde inşa eder ve bunlardan ayırıştırır. Diğer yandan Kelsen'in hukuki

¹ Nicoletta B. Ladavac, "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography", *European Journal of International Law*, Cilt: 9, Sayı: 1, 1998, ss. 391-393.

² *Ibid.*, ss. 393-394.

pozitivizmi hukukun normatif niteliğini ön plana aldığından dolayı toplumsal olgu temelli Anglosakson hukuki pozitivistlerinden de farklıdır. Yazarın hukuk kuramı uluslararası hukuk ile ulusal hukuku bir çatı altında birleştirmesi açısından da önemli bir pozisyon teşkil eder. Son olarak Kelsen'in hukuk felsefesinden beslenen siyaset felsefesi de adalet, demokrasi ve ideoloji konularında özgün fikirler getirmektedir. Aşağıdaki başlıklarda bu konular sırasıyla ele alınacaktır.

2. Saf Hukuk Kuramının Metodolojik Yaklaşımı

Kelsen'in hukuk felsefesinin odağında hukuk biliminin hukuka yabancı öğelerden arındırma fikri yatar. Yazara göre hukuk bilimi; etik, sosyoloji, siyaset gibi hukuktan bağımsız unsurlarla beraber ele alınmakta ve bu sebeple hukuka dair çarpık iddia ve tespitler ortaya çıkmaktadır. Düşünür, “saf” hukuk kuramı ile bu sorunları bertaraf etmeyi hedefler.

Bu kapsamda Kelsen'in hedef aldığı ilk yaklaşım, hukuk biliminde hukuk ile etiği birleştirme eğilimidir. Doğal hukuk kuramları ve bu kuramlardan beslenen doktrinin iddiası, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğu ve bu ilişki doğrultusunda hukukun anlaşılması gerektiğidir. Buna göre hukuk, yalnızca insan ürünü toplumsal bir olgu, pozitif hukuk değildir. Hukuk, ilgili doğal hukuk kuramının temellendirmesine bağlı olarak kaynağını ve nihai geçerliliğini doğadan, insan aklından veya Tanrı'nın iradesinden alır. Kelsen ise bu kuramların bilimsel bir temelini olmadığına işaret eder. Doğal hukuk kuramları “ahlak” veya “adalet” kavramları üzerine inşa edilir. Bu kavramların içeriği hakkında belli iddialarda bulunulduktan sonra bir “doğal hukuk” düzeni türetilir ve en sonunda da hukukun nihai özüne dair çıkarımlarda bulunulur. Kelsen'e göre ise, ahlak veya adalet kavramlarının içeriklerine insanın bilişi vasıtasıyla nesnel bir şekilde erişilemez. Ahlak veya adalet bilimsel olarak gözlemlenemez ve nesnel bir şekilde ne olduğu hakkında bir yargıda bulunulamaz. Kelsen bu noktada etiğin veya ahlak felsefesinin kendisine bir itirazda bulunmamaktadır. Ahlaki yargılarda tabii ki bulunulabilir, bulunulmaktadır ve bulunulmalıdır da. Ancak buradaki itiraz bu yargıların bilimsel gereklilikleri sağlamasının mümkün olmadığı ve bu nedenle de hukuk “biliminin” bir parçası olamayacağıdır. Etik, hukuk biliminden ayrı bir alandır ve bu şekilde ele alınmalıdır.³ Kelsen hukukun zorunlu olarak

³ Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, Çeviren: Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap, 2016, ss. 13-19; Hans Kelsen, **General Theory of Law & State**, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: A. Javier Trevino, New Jersey: Transaction Publishers, 2006, ss. 5-13.

ahlaki bir özünün olduğunu ileri süren doğal hukuk anlayışının bilimsel olmadığı gibi tehlikeli olduğuna da işaret eder. Hukuk doktrininde yaygın olan bu çarpık anlayış, hukuku ahlakilik ile birleştirerek, hukuka karşı eleştirelilikten uzaklaşılmasına ve akılcı olmayan bir şekilde olası otokratik veya aristokratik devlet düzenlerinin meşrulaştırılmasına sebep olur.⁴

İkinci olarak Kelsen, hukukun sosyolojik bir yaklaşımla toplumsal olgular ile açıklanmasına itiraz eder. Düşünürü göre hukuk normunun esas ögesi bir “olması gereken”dir, “olan” değil. Bu nedenle hukuk bilimi, irade eylemlerinin anlamlarını ifade eden hukuk *normlarını* araştırma konusu olarak almalıdır, bunlara ilişkin olan *olguları* değil. Sosyolojik açıklamalar ise hukuk ile bağlantılı olan belli olguları ele alarak bunlar arasında neden-sonuç ilişkileri kurmaya çalışır. Ancak Kelsen'e göre bu yaklaşım hukuka dair pek çok önermeyi betimlemeye elverişli değildir. “X, Y'ye borçludur”, “X, Y'ye 1000 lira ödemekle yükümlüdür.” gibi hukuki önermeler bir olması gerekeni ifade eder, bir olguyu değil. X'in Y'ye parayı ödemediğine veya ödememesi halinde yaptırımın uygulanacağına dair *olgusal* önermeler ile borcun ödenmesi *gerektiği* veya yaptırımın uygulanması *gerektiğine* dair *normatif* önermeler farklı düzlemdir. Sosyolojik yaklaşımda ise bu önermeler, ancak geleceğe dair bir neden-sonuç öngörüsünü ifade edebilir: “X, Y'ye borcunu muhtemelen ödeyecektir, eğer ödemezse tazminata mahkûm olabilir” gibi. Kelsen'e göre ise bu betimlemeler hukuk bilimindeki esas sorular olan “geçerli hukuk nedir?”, “geçerli hukuka göre ne olmalıdır?” sorularına cevap veremez. Bu sebeple düşünürü göre hukuk sosyolojisi asla hukukun normatif boyutuna eğilen bir hukuk biliminin yerini alamaz. Örneğin bir din söz konusu olduğunda o dine göre “kuralların” neler olduğunu, bu kurallara göre nelerin “olması gerektiği” ve bu kuralların “geçerliliğinin” nereden geldiğini inceleyen dogmatik teoloji asli, bu dinin uygulamasına ilişkin toplumsal olguları inceleyen din sosyolojisi ise talidir. Bir dini anlamak için öncelikle o dinin dogmatik teolojisini anlamak gerekir. Normatif hukuk bilimi ile hukuk sosyolojisi arasındaki pozisyon farkı da bu şekildedir. Asli hukuk bilimi normatif olandır, sosyolojinin hukuk anlayışımıza katkısı ancak tali olabilir.⁵

⁴ Hans Kelsen, “Law and Morality”, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 91-93.; Hans Kelsen, “The Idea of Natural Law”, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 58-60.

⁵ Hans Kelsen, **Pure Theory of Law**, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, Berkeley: University of California Press, 1967, ss. 104-107.

Son olarak Kelsen, hukuk biliminin siyasi bir ajanda ile ele alınmaması gerektiğini savunur. Düşünürü göre hukuk sistemlerinin belli kuramlar tarafından çeşitli siyasi-ahlak öğelerini taşımadığı için geçersiz ilan edilmesi veya belli siyasi-ahlak değerlerini taşıdığı için meşru, itaate layık olarak tescil edilmesi bilimsel bir yaklaşım değildir, ideolojiktir. Bilim, araştırma konusunu aydınlatmaya ve anlamaya yönelmelidir. Siyasi bir ajanda ise gerçekliği bulmaktan ziyade belli bir menfaatin gerçekleşmesini talep eder. Kelsen her ne kadar belli siyasi hedeflerin değerli olabileceğini reddetmese de, bu faaliyetlerin bilimsel çalışmalardan ayrık ve onlara tesir etmeden gerçekleştirilmesi gerektiğini savunur. Aksi takdirde bilimsel olmayan siyasi bir iddia sanki bilimselmiş gibi ileri sürülmüş olur ve gerçek çarpıtılır. Bilimsel çalışmalar, bilimsel olmayan öğelerin varlığı halinde gerçekliği tespit edemez. Kelsen'in savunduğu saf hukuk kuramı siyasetten bağımsızdır ve hukukun betimlenmesine eğilir, siyasi düzeninin eleştirilmesine, savunulmasına veya değiştirilmesine değil.⁶

3. Hukuk Normu ve Hukuk Sistemi

Kelsen hukuku bir normlar sistemi olarak ele alır. Düşünür normu, bir kişinin belli bir şekilde davranması gerektiğini ifade eden bir irade eyleminin anlamı olarak tanımlar. Bu açıklamadaki en önemli öge “*olması gereken*” (İngilizcesi *ought*, Almancası *sollen*) unsurudur. Normlar, belli bir olgunun var olduğunu veya var olacağını ifade etmezler ve edemezler. Örneğin hırsızlık yapılmamalıdır normu, hırsızlığın olmadığını veya olmayacağı manasına gelmez. Olguların varlığına dair önermeler ancak “olan”a (İngilizcesi *is*, Almancası *sein*) ilişkin betimlemeler ile yapılabilir. Bu anlamda normlar, olgulara ilişkin önermelerden kategorik olarak farklı bir düzlemde. Bu düzlemdeki anlam da işte bu “olması gereken” fikri ile kavranabilir. Kant ve Hume’un da vurguladığı üzere olan ile olması gereken arasında kavramsal bir farklılık vardır ve biri ile diğeri arasında varlıksal bir bağlantı kurulamaz. Bir şeyin var olması onun olması gerektiği veya bir şeyin olması gerektiği onun var olduğu manasına gelmez. Bu sebeple “olan” düzleminde yer alan toplumsal olgular kendi başlarına bir “olması gereken” ifade eden normları var edemez. Dolayısıyla sadece toplumsal olguların gözlemlenmesi ve betimlenmesi ile bir normlar sistemi olan hukukun açıklanabilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda hukuk, salt toplumsal olgulara indirgenemez. Örneğin bir grup insanın çoğunluğunun büyük bir

⁶ Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş...**, ss. xx-xxiv.; Hans Kelsen, **The Communist Theory of Law**, New York: Praeger, 1955, s. 193. *YUHFD Cilt. XVII No.2 (2020)*

binanın çatısı altında belli tartışmalardan sonra ellerini kaldırıp indirmeleri kendi başına bir yasanın varlığını ifade etmez veya bir polis memurunun “dur” diye bağırması kendi başına bir hukuki direktifi oluşturmaz.⁷

Kelsen'in bu açıklamaları, normların “olması gereken” boyutunu ve “olan/olması gereken” ayrımından kaynaklanan kavramsal sınırları aydınlatmakla beraber başka bir sorunu doğurur. Bu da normların varlığının kaynağı meselesidir. Eğer normlar belli toplumsal olgulardan çıkamıyorlar ise (olan/olması gereken ayrımı bu açıklamanın kavramsal olarak yanlış olduğunu gösterir) o zaman normların varlığı nereden gelir? Kelsen'in bu soruya verdiği cevap *geçerlilik* kavramındadır. Normların varlıkları belli toplumsal olgulardan değil, onları geçerli kılan bir *üst* normdan gelir. Örneğin bir grup insanın meclis adı verilen bir binanın çatısı altında yaptıkları oylama sonucunda bir metni onaylamaları kendi başına bir yasa oluşturmaz. Söz konusu insanların meclis adı verilen bir binanın çatısı altında onayladıkları metinleri yasa haline getirmelerine yetki veren, söz konusu kişiler tarafından onaylanan metinlerin yasa olması gerektiğini ifade eden bir üst norm sayesinde bunlar yasa haline gelir. Aynı durum polis memurunun bağırışı için de söz konusudur. Bu sesin kendisi bir toplumsal olgu olarak hukuk normunu teşkil etmez, ilgili polisler için belli koşullarda emir verme yetkisi veren, bu emirlere uyulması gerektiğini ifade eden bir üst norm sayesinde polisin direktifleri geçerli hale gelir. Görüldüğü üzere normların varlığı onların geçerliliğinden gelir. Üst norma geçerlilik veren normun geçerliliği de yine başka bir üst *normdan* gelir, toplumsal bir olgudan değil. Hukuk kendi varlığını (dolayısıyla geçerlilik şartlarını) kendisi düzenleyen dinamik bir sistemdir. Hukuk bu bağlamda, her bir normun geçerliliğini kendisinden üstün olan başka bir normdan aldığı bir normlar hiyerarşisini ifade eder.⁸

Kelsen normlar hiyerarşisini üç aşamada ele alır. Bu hiyerarşinin en üstünde anayasa vardır. Ancak buradaki anayasa şekli anlamda değil, maddi anlamda anayasa olarak anlaşılmalıdır. Kendisine anayasa denilmeyen, yazılı olmayan ancak anayasanın maddi içeriğine sahip kurallar bütünü de bu bağlamda anayasa manasına gelir. Bu açıdan her devletin bir anayasası vardır. Kelsen maddi anlamda anayasayı, genel normların nasıl yaratılacağını düzenleyen ve bunu yapacak olan kurumları veya makamları

⁷ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş...*, ss. 23-26, Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Michael Hartney, New York: Oxford University Press, 2011, ss. 58-62., ss. 79-82., s. 86.

⁸ Kelsen, *Pure Theory of Law...*, ss. 2-9.; Kelsen, *General Theory of Law & State...*, ss. 123-124.

yetkilendiren norm veya normlar bütünü olarak tanımlar. Anayasa aynı zamanda genel normların içeriğine kısıtlamalar da getirebilir ancak bu zorunlu değildir. Normlar hiyerarşisinin ikinci aşamasında işte bu genel normlar yer alır. Modern devletlerde anayasalar genel normlar oluşturmakla yetkili yasama organları ve idari organlar belirler. Ancak bu da bir zorunluluk değildir; bu özel organlar olmaksızın da mahkemeler genel normlar oluşturmakla yetkilendirilebilir. Kelsen bu istisnai durumu belirtmekle beraber analizini modern devletlerdeki kurumlara ve genel norm tiplerine yoğunlaştırır. Modern devletlerde genel normlar; yasalar, kanun hükmünde kararname ile örf ve adet hukuku olarak sıralanabilir. Genel normlar, normlar hiyerarşisindeki bir sonraki aşamada olan birel normların içeriğini belirler. Bu genel normlar aynı zamanda norm uygulayıcı organları oluşturur. Normlar hiyerarşisinin üçüncü aşamasında ise mahkemelerin kararları, idari kurumların özel nitelikteki işlemleri gibi birel normlar yer alır. Mahkemeler ve idari kurumlar, norm uygulayıcı organlar olarak genel normlara dayanarak birel normları oluşturur.⁹

Kelsen'in toplumsal olgulara atıfta bulunmadan temellendirdiği geçerlilik açıklaması normların nasıl varlık kazanabileceği konusuna bir cevap vermekle beraber sistemin en üstünde yer alan norm olan anayasa açısından bir soru işareti doğurur. Bu da anayasanın geçerliliğinin nasıl açıklanacağı meselesidir. Anayasanın üstünde başka bir pozitif norm olmadığına göre anayasanın geçerliliği diğer normların temellendirildiği gibi temellendirilemez. Kelsen bu meselenin ancak anayasanın geçerliliğinin varsayılması ile çözülebileceğini söyler. Bir varsayım olan *Grundnorm*, anayasanın geçerli olduğunu ifade eden nihai normdur. Hukukçular anayasanın gereklerine itaat edilmesi gerektiğini doğru varsayıp, bu noktadan itibaren devam eden normlar hiyerarşisindeki normları geçerli kabul eder. Kelsen bu akıl yürütmeyi, bir baba ile oğlu arasındaki farazi bir konuşmada canlandırır. Bir baba çocuğuna okula gitmesini emrettiğinde çocuk bu emrin geçerliliğini sorgular. Baba da bu emrin geçerliliğini çocukların ebeveynlerine itaat etmesi gerektiği kuralına dayandır. Çocuk bu kuralın da geçerliliğinin nereden geldiğini sorar. Baba da bunun Tanrı'nın emrinden geldiğini söyler. Çocuk ise ısrarını sürdürerek neden Tanrı'nın emirlerine itaat edilmesi gerektiğini sorar. Baba da nihayetinde Tanrı'ya itaat edilmesi gerektiğine ilişkin normun sorgulanamayacağını, Tanrı'ya inananların bunu zaten gerçek kabul ettiklerini söyler. Kelsen'e göre hukuki akıl yürütme de bu şekilde işler. Hukuki akıl yürütmede anayasanın

⁹ Kelsen, *General Theory of Law & State...*, ss. 124-135.
YUHFD Cilt. XVII No.2 (2020)

geçerliliği zorunlu olarak varsayılır. Bu noktada Kelsen, saf hukuk kuramının hukuka itaat etme yükümlülüğünü savunmadığını, sadece hukuki akıl yürütmede bulunabilmek için anayasanın geçerliliğinin bu bağlamda varsayılmasının kavramsal bir zorunluluk olduğunu belirtir. *Grundnorm*'un varsayılması pozitif hukuka herhangi bir değer atfetmez, sadece söz konusu yasaların bilişsel olarak anlaşılmasına imkân verir.¹⁰

Bu noktada anayasanın geçerliliğini belli bir siyasi harekete veya belli tarihsel gelişmelere dayandırmak akla gelebilir ancak bu hamle “olması gerekeni” ifade eden bir normu, bir takım “olanları” ifade eden toplumsal olgulara indirger ki bu da yukarıda ifade edilen olan/olması gereken ayırımından dolayı yanlıştır. Bir diğer deneme, anayasanın geçerliliğini belli başlı değerlere ve ahlaken meşru normlara dayandırarak yapılabilir. Ancak burada da iki sorun söz konusudur. İlk olarak hukuk, hukuki olmayan bir öge ile temellendirilmektedir ki bu ilk bölümde ifade edildiği üzere metodolojik olarak hatalıdır. İkinci olarak Kelsen, hukuk biliminden bağımsız olarak söz konusu adalet veya doğru ahlak kavramlarının bilişsel olarak erişilebilir olmadığı görüşündedir. Belli bir ahlaki görüşün doğru olduğuna dair önermeler baştan hatalıdır çünkü ahlak, “olan” dünyasında değildir. Bu akıl yürütme, var olan hukuk sistemlerinin geçersiz sayılması gibi toplumsal gerçekliklere ters çıkarımlara varır. Bu sebeplerden ötürü pozitif hukukun parçası olan bir anayasaya ahlaki bir temele dayanılarak hukuki bir geçerlilik sağlanamaz. Bu normatif geçerlilik ancak kurgusal olarak varsayılabilir.¹¹¹²

Normların geçerliliğinin üst bir normdan sağlanması her ne kadar asli ve gerekli olsa da yeterli değildir. Kelsen'e göre normların geçerli olabilmesi için bir diğer koşul *etkililiktir*. Etkililik, norma genellikle uyulduğu ve normun genellikle uygulandığını ifade eder. Søjelerin bir norma bazı hallerde uymaması veya mahkemelerin bir normu bazı davalarda

¹⁰ Kelsen, **Pure Theory of Law...**, ss. 193-205.

¹¹ **Ibid.**, ss. 217-221.

¹² Kelsen, en son yazılarının derlendiği *General Theory of Norms*'ta *Grundnorm*'u bir varsayım değil, bir kurgu olarak ifade eder. Kelsen, **General Theory of Norms...**, s. 256. Ancak burada Kelsen'in ciddi bir fikir değişikliği yoktur. Yazarın bu eserinde kullandığı örnek ile önceki eserlerinde kullandığı örnek aynıdır: “Dini bir ahlak sisteminde Tanrı'nın emirlerine uyulmalıdır” normu ile bir hukuk sistemindeki “anayasanın hükümlerine uyulmalıdır” normu geçerli varsayılır. Kuramını güncellediğine ilişkin bir ifadesi de mevcut değildir. Varsayım, “belli hallerde” var “olduğu” kanıtlanabilir anlamını ifade edebilir. Ancak Kelsen'in kastı bu değildir, yazar varsayımdan var “olmayı” kasteder. “Kurgu” ise “hiçbir koşulda” var olmayan bir şeyi ifade ettiğinden daha net bir kavramdır.

uygulamaması normun geçerliliğini ortadan kaldırmaz. Ama uyulma ve uygulanma niteliğini hepten kaybeden bir normun “bir kişinin belli bir şekilde davranması gerektiğini ifade eden bir irade eylemi” olarak anlamı kalmaz. Bu tip normların geçerliliği ve varlıkları sona erer. Etkililik bu bağlamda geçerliliğin bir sebebi değildir, onun bir koşuludur. Bu koşul çeşitli normlar hiyerarşileri arasından neden etkili olanların geçerli olarak ele alınması gerektiğini de gösterir. Örneğin bir grup arkadaş kendi aralarında belli bir “anayasa” kabul edip, bu anayasaya göre yasalar çıkarıp, kendi kurdukları mahkemeler vasıtası ile bunları uygulamaya karar verirse bu “sistem” ya kendi başına etkili olmaktan aciz kalacak veya etkili bir hukuk sistemi tarafından etkisiz hale getirilecektir. Dolayısıyla normun insan davranışını bir olması gereken doğrultusunda yönlendirmesi mümkün olmayacaktır. Geçerlilik sadece etkililiği haiz normlar için söz konusu olabilir.¹³

Kelsen, hukuk normlarını diğer normlardan ayıran nitelikleri ele alırken hukukun cebri niteliğine ve yaptırımlarına işaret eder. Düşünüre göre hukukun alametifarikası, normlarının ihlali halinde bunlara karşı fiziksel güç kullanımının toplumsal olarak düzenlenmiş olmasıdır. Ahlak veya din gibi normatif sistemlerde ise bu unsur zorunlu olarak yoktur veya toplumsal bir örgütlenme söz konusu değildir. Yaptırım bu sebeple hukuk normunun asli öğelerinden bir tanesidir. Yaptırımı olmayan kurallar, bağımsız normlar değildir¹⁴. Ancak yaptırım sahibi diğer kurallar ile birleşerek tam bir hukuk normu olurlar. Bu noktada hukuku diğer cebri normlardan ayırmak gerekir. Örneğin silahlı bir haydut da parasını vermesini talep ettiği bir adama karşı cebri nitelikte bir emir ileri sürer. Kelsen’e göre bu haydudun emrini hukuk normundan ayıran unsur, birbirleri arasındaki içerik farkı değildir. Pekâlâ, söz konusu hukuk sistemi hayduda kıyasla ahlaken daha kötü de olabilir; “haydut” ise aldığı parayı yoksullara dağıtıyor olabilir. Düşünüre göre izole tekil bir norm kendi başına bir hukuk sistemi olamaz. Haydudun emri tekil bir normdur. Hukuk sistemi ise bir normlar bütünüdür. Söz konusu normun, bir hukuk normu olabilmesi için hiyerarşik bir sistemde geçerliliğe sahip olması gerekir. Bir vergi kanunu bu açıdan bir üst norm olan anayasadan geçerliliğini aldığı için haydudun emrinden farklılaşır. Bu aşamada da bir haydutlar çetesinin belli bir bölgede çoğul normlardan oluşan bir sistem

¹³ Kelsen, **General Theory of Law & State...**, ss. 39-42.

¹⁴ Sözleşmeler başta olmak üzere hukuki işlemlerin yaptırımları yoktur. Ancak bunlar da hukuk sisteminin parçalarıdır. Bu normlar, bağımsız değildir, kendi başlarına yaptırımdan yoksun oldukları için yaptırımı olan üst norm ile *birlikte* tam bir normu ifade ederler. Kelsen, **Pure Theory of Law...**, 256-262.

oluşturma ihtimali akla gelebilir. Kelsen'e göre bu sistemin objektif biçimde hukuk olarak nitelenmemesinin sebebi kalıcı bir etkililiğe sahip olmamasıdır. Bu sebeple hukuk bilimi kalıcı etkililiği haiz olan sistemin *Grundnorm*'unu geçerli varsayarak bu normun geçerli kıldığı normlar sistemini objektif olarak hukuk sayar. Ancak söz konusu sistem kalıcı etkililiği haiz hale gelir ise o zaman o sistemin de o bölge ve insanlar üzerinde bir hukuk sistemi kurduğu kabul edilebilir.¹⁵

Kelsen hukuk normlarının birçok işlevi olabileceğini belirtir. Bunlar emir, izin, yetkilendirme ve tadildir. Bir hukuk normu; belli bir davranışın gerçekleştirilmesini emredebilir. Bunun yanı sıra, belli bir davranışa izin verebilir, belli normların uygulanması veya yeni normların oluşturulması için belli kişileri yetkilendirebilir ve son olarak da başka normların geçerliliğine son vererek onları tadil edebilir. Görüldüğü üzere hukuk normları işlevsel olarak çok yönlüdür, sadece emir vermezler.¹⁶

Kelsen hukukun işleyişini ve yargı sürecini açıklarken klasik hukuk öğretisinden oldukça farklı bir çerçeve çizer. Özellikle Kıta Avrupası hukuk öğretisinde hâkimlerin önlerindeki vakaya uygulanacak mevcut hukuku “bulup” uyguladıkları kabul edilir. Düşünürü göre ise hâkimler verdikleri her hükümden yeni bir norm yaratır. Bu birel norm, genel norm ile ilişkilidir; ancak tümdengelim gibi bir mantıksal akıl yürütme ile çıkartılamaz. Her birel norm zorunlu olarak hâkimin o vakadaki kendi iradesi ile oluşur¹⁷. Diğer yandan Kelsen, kimi Anglosakson hukuk öğretilerinde olduğu gibi hâkimlerin en azından kimi vakalarda hukuku uygulamadıkları, sadece hukuk yarattıkları görüşünü de hatalı bulur. Bu tip vakalarda dahi hâkimler kendilerine yetki veren normları uyguladılar, ancak bunun sonucu olarak yeni bir norm yaratabilirler. Sonuç olarak Kelsen'e göre yargı sürecinde genel normların uygulanması ve birel normların yaratılması iç içedir ve her iki unsur da her zaman mevcuttur. Hukukun uygulanması ile yaratılması arasında bir ayrılık yoktur, birlikte icra edilir¹⁸. Hukukun yaratılması kavramının tipik görünümü olan yasama işleminde dahi bu yetkiyi veren anayasal üst normlar uygulanır, sadece hukuk yaratılmaz.¹⁹

¹⁵ Kelsen, **Pure Theory of Law...**, ss. 33-50.

¹⁶ Kelsen, **General Theory of Norms...**, ss. 96-114.

¹⁷ Hans Kelsen, “Law and Logic”, **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 246-251.

¹⁸ Vecdi Aral, “Kelsen'in Hukuk Anlayışı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 535.

¹⁹ Kelsen, **General Theory of Law & State...**, ss. 153-161.

Bu noktada açıklanması gereken önemli bir konu, üst normlara aykırı olarak oluşturulduğu iddia edilen ast normlardır. Kelsen bu konuda üst normların ast normları doğrudan belirlemediğinin ve ast normların üst normlara aykırı bir şekilde oluşturulma ihtimalinin mevcut olduğunun altını çizer. Ancak bu iddianın sıradan bir kişi tarafından öne sürülmesinin Kelsen'e göre hukuki anlamda herhangi bir önemi yoktur. "Bu mahkemenin kararı hükümsüzdür", "Bu yasa anayasaya aykırı olduğu için yok hükmündedir" gibi iddialar kendi başlarına bir anlam ifade etmezler. Hukuken belirleyici olan bu tip bir hükmü bozma ile yetkilendirilmiş olan hukuki organın görüşüdür. Mahkemeler bu noktada uygunluk denetimi yaparak ast normu iptal edebilir. Ancak bu aykırılıklar bir iptal sebebidir, kendiliğinden normu hükümsüz hale getirmez. Mahkemeler söz konusu normu iptal etmeyebilir de. Bu iptal işlemi gerçekleşinceye kadar ilgili karar veya yasa geçerlidir.²⁰ İptalin gerçekleşmemesi halinde bir üst mahkemeye daha da başvurulabilir ancak bir noktada söz konusu işlem kesinleşecektir ki (*res judicata*) o aşamada artık ilgili hükmün hukuki niteliğini sorgulamak Kelsen'e göre anlamsızdır. Bu durumlarda artık hukuk sistemi, bu normları yaratanlar tarafından değiştirilmiş hale gelir. Örneğin yasaya sözde aykırı bir karar veren mahkemenin kararının kesinleşmesi halinde artık bu vakada geçerli hukuk o mahkemenin kararıdır. Veya üst mahkemelerin içtihatlarının bağlayıcı olduğu hukuk sistemlerinde bu tip kararlar genel normlar haline gelir. Son olarak, anayasaya aykırı olduğu iddia edilen bir yasa, eğer bunu iptal etmekle yetkili bir anayasa mahkemesinin olmaması veya mahkemenin iptal etmemesi halinde geçerlidir²¹. Bu tip durumlarda yasama meclisi anayasanın ilgili kısımlarını o yasanın kapsamı dâhilinde tadil etmiş olur. Kelsen'e göre tıpkı kimi durumlarda mahkemelerin birel normlar oluşturmanın ötesinde bağlayıcı içtihatlar yoluyla genel normlar oluşturmaları gibi, yasama meclisi de kimi durumlarda genel normlar

²⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki Kelsen hukuk öğretisinde ifade edilen „kesin hükümsüzlük“ veya “yokluk” hallerini hatalı kavramlar olarak niteler. Kelsen'e göre bu durumlar sadece “iptal edilebilir” statüsünde olarak ele alınmalıdır. Bazı iptal işlemleri en baştan itibaren söz konusu işlemin etkilerini ortadan kaldırırken bazı iptal işlemleri iptal kararından itibaren bu işlemin geçersiz kılar. Ama her iki ihtimalde de ilgili işlem kendiliğinden hükümsüz değildir, yalnızca yetkili kurumun iptal kararı bunu gerçekleştirebilir. Kelsen, **Pure Theory of Law...**, ss. 276-278.; Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumlanması Sorunu**, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998, s. 222.

²¹ Mehmet Turhan, “Kelsen'e Göre 'Anayasaya Aykırı' Yasa”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** – 27, Editörler: Hayrettin Ökçesiz & diğerleri, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2016, ss. 382-387.

oluşturmanın ötesinde anayasayı dahi tadil edebilir. Kelsen, yasamanın anayasaya aykırı şekilde genel normlar oluşturmasının engellenmesi için anayasa mahkemelerinin elverişli bir araç olduğunu ancak bu veya başka herhangi kurumun anayasanın korunması konusunda mutlak bir garanti sağlayamayacağını belirtir.²²

Son olarak, Kelsen hukukun yorumlanması konusunda pasif bir konum alır. Düşünürü göre hukukun yorumlanması, her ne kadar doktrin aksini iddia etse de belli bir hukuk “mantığı” çerçevesinde “hukuki” bir çözüm olamaz. Hukukun uygulanması sürecinde yukarıda belirtildiği üzere zorunlu olarak genel normlar temel alınarak yeni birel normlar yaratılacaktır. Bu kapsamda hiçbir genel norm tam manasıyla belirli olamaz, uygulama aşamasında yeni bir norm oluşturularak daha belirli hale getirilmelidir. Bu süreçte de zorunlu olarak hâkimin iradesi rol oynayacaktır. Kelsen’e göre hukuku uygulayan mahkemelerin (ki bu mahkemeler aynı zamanda yeni normlarda da yaratır) yaptığı yorumlar her zaman otantiktir, yeni hukuk yaratır. Kelsen’e göre doktrin tarafından öne sürülen çeşitli yorum metodlarının hiçbirisi “hukuki” bir çözüm sunmaz. Düşünürü açısından bilimsel bir hukuk anlayışı asla belli bir yorum yönetiminin hukukiliğini veya doğruluğunu iddia edemez. Saf hukuk kuramı sadece ihtimal dâhilindeki yorum uygulamalarını tespit ederek, yasa koyuculara arzu edilmeyen (eğer arzu edilmiyor ise) belirsizliklerin varlığı hakkında bilgi verebilir. Bunların asgari hale getirilmesi ile de hukuk güvenliği arttırılabilir.²³

4. Uluslararası Hukuk

Uluslararası hukukun, gerçek manada hukuk olup olmadığı veya ulusal hukuk ile bir bütün oluşturup oluşturmadığı, hukuk felsefesinde önemli bir tartışma konusudur. Kelsen’in bu konudaki görüşüne göre uluslararası hukuk tam manasıyla hukuktur ve ulusal hukuk ile bütünleşiktir. Uluslararası hukuk normları, diğer hukuk normları gibi insan davranışını düzenler. Uluslararası hukuk bunu bazı hallerde doğrudan bir şekilde yapar; örneğin korsanlığın uluslararası düzeyde yasaklanması gibi. Çoğu halde ise uluslararası hukuk, insan davranışını dolaylı bir şekilde düzenler; devletlerin vatandaşları üzerindeki kontrolü aracılığıyla bu sağlanır. Uluslararası hukukun en önemli işlevi, devletlerin sınırlarının ve vatandaşlık ilişkilerinin

²² Kelsen, *Pure Theory of Law...*, ss. 232-255., ss. 267-78; Kelsen, *General Theory of Norms...*, ss. 268-272.

²³ Kelsen, *Pure Theory of Law...*, ss. 348-356.; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumlanması Sorunu...*, s. 190.

düzenlenmesidir. Bu sayede hangi devletin hukukunun nerede başlayıp nerede bittiği ve kimler üzerinde geçerli olduğu belirlenir. Uluslararası hukuk olmaksızın bu konular düzenlenemez.²⁴

Uluslararası hukuka ilişkin önemli bir soru işareti yaptırımlar meselesidir. Uluslararası hukukta, devletlerde olduğu gibi merkezi ve üstünlüğü tartışmasız bir yaptırım sistemi henüz yoktur. Kelsen bu eksiklik sebebiyle uluslararası hukukun ilkel bir hukuk sistemi olduğunu teslim eder ancak uluslararası hukukta da yaptırımların olduğunu belirtir. Misilleme ve haklı savaş, uluslararası hukuktaki yaptırımlardır. Bu yaptırımlar, hakları ihlal edilen tarafların kendilerince de uygulanıyor olabilir. Kelsen'e göre bu durum, verilen karşılıkların yaptırım olmadığı manasına gelmez. Tarihteki birçok ilkel hukuk sisteminde taraflar yaptırımları kendilerince uygulamışlardır; uluslararası hukuk da günümüzde benzer bir durumdadır. Kurumsallaşmanın henüz tam manasıyla gelişmemesi, hukukun olmadığı manasına gelmez.²⁵

Kelsen'e göre uluslararası hukuk ile devlet hukuku bir bütündür. Bunun aksinin kabul edilmesi halinde söz konusu devletin üzerinde egemenlik iddia ettiği toprak ve insanların hukuki temeli açıklanamaz. Uluslararası hukukun içeriği ağırlıklı olarak örf ve adet hukukundan oluşur. Uluslararası hukukta oldukça önemli bir ilke olan ve sözleşmelerin bağlayıcılığını ifade eden *pacta sunt servanda* ilkesi ve devletlerin eşit egemenliği ilkesi bu kapsamdadır. Bu örfi hukukun geçerliliği için de Kelsen, ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi *Grundnorm* kavramına başvurur. Buna göre uluslararası hukukun *Grundnorm*'u, devletlerin örf ve adetlerini hukuk yaratan edimler olarak tasdikleyen normdur. Uluslararası hukukun içeriğini oluşturan ikinci unsur, devletler arasındaki antlaşmalardır. Bu antlaşmalar tarafları bağlar. Son olarak, antlaşmalar ile kurulan yasama ve yargı organlarının kararları da uluslararası hukukun kaynakları arasındadır.²⁶

İki dünya savaşına da şahit olan Kelsen dünya barışının sağlanması için uluslararası hukukun reform edilmesi yönünde birçok öneride bulunmuştur. Yazar, savaşın insanlığın en büyük kötülüklerinden biri olduğunu belirterek günümüz modern devletlerinin milyonlarca insanı savaşa göndermesini İnkaların insan kurban etme ritüellerine benzetir. Düşünür, dünya savaşlarının çıkmasında uluslararası hukukun eksikliğini de rol oynadığını

²⁴ Kelsen, *General Theory of Law & State...*, ss. 341-349.

²⁵ *Ibid.*, ss. 328-337.

²⁶ *Ibid.*, ss. 365-366.

öne sürer²⁷. Bu konuda Kelsen'in işaret ettiği ilk eksiklik dönemin Milletler Cemiyeti'nin sorunlu kurumsal tasarımıdır. Milletler Cemiyeti, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra dünya barışının sağlanması için kurulmuş uluslararası bir kurumdur. Kelsen'e göre Milletler Cemiyeti ağırlıklı olarak yürütme ve yasama konusuna eğilmiş, yargısal kurum olan uluslararası mahkemesini geri planda tutmuştur. Kelsen, günümüz dünyasında devletlerin uluslararası hukuku oybirliği ile geliştirmesinin oldukça zor olduğunu belirtir. Oy çokluğu kuralı da azınlıkta kalacağından çekinen devletler tarafından benimsenmemiştir. Milletler Cemiyeti Konseyi ve Milletler Cemiyeti Meclisi'nde oy birliği sağlanamadığından dolayı etkili bir şekilde kararlar alınamamış ve hedeflediği gibi saldırgan devletler engellenememiştir. Bu sorunu daha da kötü hale getirecek şekilde, Milletler Cemiyeti silahsızlanmayı devletlere bir yükümlülük olarak getirmiş ancak silahlanan veya saldırgan devletlere karşı etkin ve hızlı bir şekilde yaptırımında bulunma mekanizmaları öngörmemiştir. Milletler Cemiyeti'nin Adalet Divanı ise sadece belli konularda ve sadece tarafların talepte bulunması halinde bir uyuşmazlık çözümü yöntemi olarak belirlenmiştir. Kelsen'e göre İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kurulacak uluslararası hukuk düzeni, yürütme veya yasama odaklı olmaktan ziyade yargının ön planda olduğu bir model üzerinde şekillenmelidir.²⁸ Yazara göre tüm uyuşmazlıkların, hâkimlerin oy çokluğu ile karar verdiği bir mahkemeye taşınmasının zorunlu tutulduğu bir düzen, barışın korunması için daha doğru bir çözümdür. Uluslararası yasama organı bu mahkemenin uygulayacağı yasaları kendisi oy birliği veya çokluğu ile oluşturamasa dahi mahkeme, kendi içtihatları vasıtasıyla genel kuralları geliştirebilir. Anglosakson *Common Law* sisteminin tarihsel gelişimi de bu şekilde olmuştur.²⁹

Kelsen, uluslararası kurumların oluşumu sürecindeki siyasi öğeleri de analizine dâhil eder. Yazara göre bu kurumların kalıcı olması için karşıt siyasi blokların da sürece dâhil edilmesi gerekir. Dolayısıyla, yalnızca ideolojik olarak birbirine yakın ülkeler bu kurumları oluşturmamalıdır. Kelsen, Sovyetler Birliği'nin sürece katılmasının uluslararası kurumsallaşmanın sağlanması açısından elzem olduğunu belirtir³⁰. Diğer yandan Kelsen, savaşın engellemesi için devletlerin savunmasının sağlanması konusunun uluslararası hukuktan ziyade siyasi müttefiklik

²⁷ Hans Kelsen, **Peace Through Law**, New York: The University of North Carolina Press, 1944, ss. vii-ix.

²⁸ **Ibid.**, ss. 49-55.

²⁹ **Ibid.**, ss. 22-23.; **Ibid.**, ss. 43-48.

³⁰ **Ibid.**, s. 15.

mekanizmaları ile gerçekleştirilmesi gerektiğini de söyler. Kelsen'e göre Amerika Birleşik Devletleri ve Britanya İmparatorluğu arasındaki ittifak bu işlevi görebilir.³¹

Kelsen'e göre savaşın engellenmesi için savaş suçlularının da cezalandırılması gerekir. Savaş suçluların yargılanması uluslararası mahkemeler tarafından yapılmalıdır. Aksi takdirde sanığın veya mağdurların ulusal mahkemeleri kendi milli duyguları doğrultusunda taraflı bir şekilde karar verebilir.³² Kelsen bu sebeple uluslararası mahkemelerin hâkimlerinin birçok ülke tarafından belirlenmesi gerektiğini ve bu süreçte hâkimlerin bir yasama meclisinde olduğu gibi kendi ülkelerini temsil etmemeleri gerektiğini ifade eder. Bu mahkemelerin yargıçlarının mesleki bağımsızlıklarını güvence altına alacak imkânlar sağlanmalıdır ve hâkimler kendi ülkelerinin taraf olduğu davalarda görev almamalıdır.³³

5. Siyaset Felsefesi

Kelsen'in siyaset felsefesinin incelenmesi onun hukuk felsefesinin vardığı çıkarımları ve dayandığı temelleri anlamak açısından önemlidir. Yazarın hukuk felsefesi onun siyaset felsefesinin gelişiminde büyük rol oynamıştır. Siyaset felsefesine dair görüşleri onun siyasi düzene ilişkin tespitleri ve siyaset kurumlarının reformuna ilişkin önerileri olarak gruplanabilir. Kelsen'in siyasi düzene ilişkin tespitlerinde iki konu ön plana çıkar: demokrasi ve ideoloji. Reform önerileri ise demokrasinin iki önemli kurumu olan parlamento ve anayasa mahkemesi hakkındadır.

Kelsen'in siyaset felsefesindeki esas odak demokrasidir. Düşünür, demokrasiye dair çeşitli tespitler yaparak bu kavramın niteliklerine işaret eder. Düşünüre göre mutlakçı yaklaşımlar ile demokrasi düşüncesi uyumlu değildir. Komünizm, faşizm ve diğer otokrat eğilimli siyaset felsefelerinin ortak özelliği, kendi kuramlarının öne sürdüğü değerlerin nihai ve kesin olarak doğru olduğunu iddia etmeleridir. Bu iddia ise demokrasi ile uyumlu değildir. Demokratik tutum özünde, farklı doğruların da geçerli olabileceği ve bunların toplumsal yaşamda değerlendirilip hayata geçirilmesinin meşru olabileceği düşüncesine dayanır. Farklı insanlar ve toplumsal gruplara göre farklı doğrular, yaşam tarzları ve dünya görüşleri doğru ve değerlidir. Demokratlık, bu farklılıkların kendi bakış açılarından geçerli olduğunun ve bunlar arasında tek bir tanesinin mutlak olarak diğerlerinin üstünde

³¹ *Ibid.*, ss. 54-55.

³² *Ibid.*, ss. 56-65.

³³ *Ibid.*, ss. 108-118.

olmadığının kabulünü gerektirir. Kelsen'in bu yaklaşımı değer göreceliğine dayanır. Buna göre adalet, haklılık gibi kavramlar nesnel ve evrensel nitelikte değildir³⁴. Bu kavramların içeriği bireylerin ve toplulukların farklı yönelimlerine göre değişkenlik gösterir. Demokrasi işte bu değer göreceliliğinin temsili ve uzlaşısına imkân sağlayan bir yönetim biçimidir. Anti-demokratik eğilimlerin temelindeki damar ise kendi savundukları doğrunun tek ve değişmez olduğunu iddia eden mutlakçı felsefelerdir.³⁵³⁶

Kelsen'in değer göreceliliği ile saf hukuk kuramı arasında önemli bir paralellik vardır. Her ikisi de belli normların “doğruluğunu” ancak belli bir sistem içerisinde olabileceğini ifade eder. Hiçbir norm kendi başına objektif olarak doğrulanamaz. “Olması gerekenler” veya değerler dünyası, objektif varlıklar dünyasından ayrıdır ve olanlar dünyasına ilişkin gözlemler ile olması gerekenlere ilişkin objektiflik iddiası taşıyan önermeler türetilemez. Bu iddialar ancak *belli bir bakış açısından* doğru olarak kabul edilebilir, dolayısıyla zorunlu olarak sübjektiftir. Hukuka dair objektif önermeler ise (örneğin belli yasaların geçerli ve bağlayıcı olduğuna dair tespitler) o sistemin “olması gereken” iddiasının doğru *varsayılması (Grundnorm)* sayesinde yapılır.³⁷

Kelsen'in dikkat çektiği diğer konu ise devlet ve hukuka ilişkin ideolojik çarpıtmalardır. Düşünüre göre bazı kuramlar devleti kutsayarak, niteliklerini temelsiz bir şekilde yüceltmektedir. Parlamenter demokrasilere yöneltilen eleştirilerde, siyasi partilerin nihayetinde belli menfaat gruplarını temsil ettiği, hâlbuki devletin veya devlet başkanının tüm milleti temsil ederek egemenliğe daha uygun düştüğü iddia edilmiştir. Kelsen, siyasi partilerin belli menfaat ve dünya görüşlerini temsil ettikleri tespitini genel olarak kabul etse de bunu doğal karşılar. Düşünüre göre, devlet tüzel kişiliğinin veya devlet başkanının tüm milletin ortak iradesini temsil ettiği ve bu doğrultuda icraatta bulunduğu iddiası ise gerçeklikten kopuktur. Kelsen, bu

³⁴ Kemal Gözler, “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, *Muhafazakâr Düşünce*, Yıl: 4, Sayı: 15, 2008, ss. 85-89.

³⁵ Hans Kelsen, *Demokrasi: Doğası & Değeri*, Çeviren: Yasin Uysal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2019, ss. 85-94.; Hans Kelsen, “What Is Justice”, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 7-24.

³⁶ Gerçekten de siyasi görüşleri çok ön planda olan birçok insanın retoriklerinin arkasında anti-demokrat bir damarın olduğu, siyasi konularda çok iddialı olmayanların ise genellikle daha demokrat ve açık fikirli olduğunu söylemek mümkündür.

³⁷ Ota Weinberger, “Introduction”, *Essays in Legal and Moral Philosophy of Hans Kelsen*, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. xxv-xxvi.

noktada siyasi liderlerin tüm milletin iyiliğini sağlayacak figürler olarak mitleştirilmesine karşı çıkar³⁸. Devlet başkanları da kaçınılmaz olarak belli siyasi menfaat ve görüşler doğrultusunda hareket eder; tüm vatandaşların refah ve taleplerinin ödünsüz bir şekilde tek taraflı olarak sağlanabileceği fikri bir kurgudan ibarettir. Aynı durum, geçici bir aritmetik üstünlük elde eden parlamento çoğunluğu için de geçerlidir. Kelsen'e göre parlamenter demokrasi toplumdaki bu farklılıkları en azından barışçıl bir şekilde uzlaştırabilir. Mutlakçı veya otokrat devlet kuramları ise ideolojik kurgular ile kendi önerdikleri yönetim sistemlerinin bu sorunları çözebileceğini iddia eder. Ancak bu kuramların pratikteki uygulamasının temelinde muhalif düşüncelerin barışçıl olmayan bir şekilde bastırılması yatar.³⁹

Kelsen'in hukuk doktrinindeki ideoloji eleştirisi ise hukukun takdiri ögelerden bağımsız, yasama ve yürütmenin işlemlerinden farklı bir boyutta faaliyet gösterdiği fikrini hedef alır. Kuvvetler ayrılığı doktrinindeki bu düşünce hukukçular arasında genel olarak kabul görmüştür. Kelsen'e göre ise hâkimler hükümde bulunurken bir yandan geçerliliklerini aldıkları üst normu uygularken diğer yandan kendi hükümlerini yeni bir norm yaratarak oluşturur. Normlar hiyerarşisinde aşağılara inildikçe takdirin kapsamı daralır, yukarı çıktıkça kapsam genişler. Burada bir derece farkı söz konusudur, bir tür farkı değil. Bu nedenle yürütme erkindeki bir memur, yargı erkindeki bir hâkim veya yasama erkindeki bir milletvekili kategorik olarak farklı işlemler yapmazlar, takdir alanları farklı olacak şekilde belli üst normlardan geçerlilik alan yeni normlar yaratırlar. Bu nedenle Kelsen, yasama-yürütme-yargı erklerini bir kuvvetler ayrılığından ziyade kuvvetler *bölüşümü* olarak niteler. Yasama ve yürütme işlemleri insanların iradesi ile oluşturulurken, yargı işlemlerinin hâkimlerin iradelerinden ziyade sanki sadece mevcut hukukun uygulanmasını ifade ettiği iddiası, bu faaliyeti gölgeleyen bir çarpıtmadır. Mahkeme kararları da nihayetinde insanların verdiği kararlardır. Bu erkler arasındaki fark, bunların farklı kurum ve kişiler tarafından kullanılıyor olmasından gelir, yaptıkları işlemlerin niteliklerinden değil.⁴⁰

³⁸ Hans Kelsen, "State-Form and World-Outlook", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 105-106.

³⁹ Kelsen, **Demokrasi: Doğası & Değeri...**, ss. 21-39.; Hans Kelsen, **The Political Theory of Bolshevism: A Critical Analysis**, Berkeley: University of California Press, 1949, ss. 42-58.

⁴⁰ Kelsen, **General Theory of Law & State...**, ss. 272-282.

Kelsen'in getirdiği bu eleştirilerin dışında belli reform öneriler de mevcuttur. Bunlardan ilki günümüz modern devletlerindeki asli yasa koyucu organ olan parlamentoya ilişkindir. Kelsen'e göre parlamentarizme ilişkin "halktan kopukluk" eleştirilerinde belli bir doğruluk payı olsa da bunun çözümü parlamenter olmayan otokrat yönetimler değil, parlamentarizmin reformudur. Düşünür, seçilmiş vekillerin hukuki bağımsızlıklarından dolayı doğrudan seçmenleri temsil etmediğini kabul eder. Bunun aksini savunmak yukarıda belirtildiği üzere ideolojik bir çarpıtma olur. Demokrasilerde siyasi olarak faal olan insanların oluşturduğu siyasi partiler, siyasi olarak faal olmayan bireylerin geçici desteğini alarak iktidar elde eder. Vatandaşların siyasi partiler üzerinde doğrudan bir güçleri yoktur, asıl aktör siyasi partilerdir. Kelsen bunun toplumsal hayattaki bir zorunluluk olan iş bölümünden kaynaklandığını belirtir. Düşünüre göre vatandaşların temsilini arttıracak belli mekanizmalar ile bu olumsuzluklar törpülenebilir. Yazarın ilk önerisi referandum ve halk girişimi imkânlarının sağlanmasıdır. Bu sayede vatandaşlar, siyasi partilerden bağımsız olarak da iktidara katılabilir. İkinci olarak, nispi temsil sistemi oluşturularak, toplumsal grupların daha fazla yönetime katılması sağlanabilir. Bazı yönetim sistemlerinde nispi temsil yerine çoğunluk temsili tercih edilmekte ve bunun sonucunda bir seçim bölgesinde çoğunluğun desteklediği aday parlamentoda temsil edilirken azınlık, azınlığı oranında temsil edilememektedir. Aynı durum, zorunlu olarak çoğunluk kuralı ile seçilen başkanlık sistemleri için de geçerlidir. Nispi temsile dayalı bir parlamenter sistemde ise tüm toplumsal gruplar, toplumdaki karşılıkları oranında siyasi sisteme katılma imkânı bulurlar ve bu sayede yönetimde pay sahibi olurlar. Bu durum koalisyonları daha sık ve zorunlu hale getirir ki Kelsen bunu olumlu bulur. Tek parti veya tek bir başkan iktidarları, tek bir siyasi görüşün ödünsüz bir şekilde icraatına imkân verse de toplumun tamamı bu görüşü benimsemediği için bu durum olumlu olarak nitelenmemelidir. Koalisyonlar, toplumsal farklılıkların temsili ve uzlaşısını sağlar. Üçüncü olarak Kelsen, milletvekillerinin dokunulmazlıklarının daraltılmasını önerir. Kelsen'e göre monarşinin hala kuvvetli olduğu dönemlerde makul olan bu koruma artık iktidarın çeşitli araçlar ile dengelendiği ve siyasi partilerin güçlendiği günümüz parlamenter sistemlerinde manasız hale gelmiştir.⁴¹

Kelsen'in reform önerilerindeki ikinci başlık, anayasa mahkemesidir. Yazar, demokratik bir yönetim açısından anayasa mahkemesinin varlığının çok önemli olduğunu savunur. Düşünüre göre demokrasilerde çoğunluğun

⁴¹ Kelsen, **Demokrasi: Doğası & Değeri...**, ss. 43-48.

iradesi yönünde karar verilecek olsa da azınlığın korunması gerekir. Çoğunluk ile azınlık arasındaki ilişkinin özünde bu yatar. Azınlık çoğunluğun iradesini kabullenirken, çoğunluk da azınlığı ezmemelidir. Aksi takdirde çoğunluk kuralının anlamı kaybolur. Çoğunluğun azınlığı ezmesi halinde azınlığın çoğunluğun iradesini barışçıl bir şekilde kabullenmesi için bir sebep kalmaz. “Çoğunluğun hakkı” kavramı zorunlu olarak “azınlığın varlık hakkını” varsayar.⁴² Kelsen’e göre çoğunluğun ve azınlığın haklarının düzenlenmesi meselesi anayasaların içeriğinde çok önemli bir başlıktır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere normlar hiyerarşisi kendi başına alttaki normun üstteki norma uygun yaratılacağını garanti etmez. Bu anlamda parlamentolar, yasama faaliyetleri ile anayasaları şekli olmasa da maddi olarak değiştirebilir ve azınlıkların haklarını ortadan kaldırabilir. Siyasi, sınıfsal veya kültürel azınlıkların haklarının korunması için anayasanın korunması gerekir. Kelsen’e göre anayasanın koruyucusu anayasa mahkemesi olmalıdır. Parlamentolar veya devlet başkanlarının anayasanın koruyucusu olması beklenemez. Çünkü bu kurumlar siyasi mücadelenin gerçekleştiği alanlar olduklarından dolayı azınlıkların haklarının ihlal edilebilir.⁴³⁴⁴

Anayasa mahkemesinin koruyuculuğunun reddedilmesi halinde ise geriye iki seçenek kalır. Birinci seçenekte, devlet başkanı gibi sözde siyasetin üstünde olan ve devletin birliğini temsil eden ancak gerçekte siyasi mücadelenin bir parçası olup azınlıkların haklarını ihlal etmesi ihtimal dâhilinde olan bir makama bu görev verilecektir. Kelsen’e göre bunun tercih edilmesi naiflik olur. İkinci seçenekte ise anayasanın korunmasından vazgeçilerek parlamentonun fiili (veya maddi) olarak anayasayı takdirine göre değiştirmesine izin verilmelidir. Bu seçenek ise çoğunluğun ve azınlığın barışçıl bir şekilde çatışmalarını uzlaştırdıkları demokratik bir devleti değil, güç mücadelesinde üstün gelenin her şeyi kazandığı ve diğerini ezdiği otokratik bir devleti ifade eder.⁴⁵⁴⁶

⁴² **Ibid.**, ss. 55-58.

⁴³ Lars Vinx, “Introduction”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 14-16.

⁴⁴ Kelsen’in bu başlıkta eleştirdiği düşünür Carl Schmitt’tir. Schmitt, anayasanın ve devletin birliğinin koruyucusu olarak devlet başkanını işaret etmektedir. Carl Schmitt, “The Guardian of the Constitution”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 150-160.

⁴⁵ Hans Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of YUHF D Cilt. XVII No.2 (2020)**

Kelsen, yasalar ile beraber olağan ve olağan üstü dönem kararlarının de anayasa mahkemesi tarafından denetlenmesi gerektiğini savunur. Anayasa mahkemesinin esas görevi genel normların anayasaya uygunluğunun denetlenmesidir. Sadece şekli bir yaklaşım ile yasama işlemlerinin denetime alınıp geri kalanının denetim kapsamı dışında tutulması doğru olmaz.⁴⁷ Başvuru imkânları açısından Kelsen, Almanya'da olduğu gibi federal devletlerde federe devletlerin, parlamentodaki siyasi azınlıkların ve anayasa mahkemesine tahsis edilecek bir savcılık makamının iptal davası açma yetkisine sahip olması gerektiğini söyler. Diğer mahkemelerde bakılmakta olan davalarda da tarafların anayasaya aykırılık iddiasının mahkeme tarafından ciddi bulunması halinde anayasa mahkemesi tarafından norm denetimi yapılmalıdır.⁴⁸

Kelsen, anayasa yargısını diğer yargısal denetim mekanizmalarından farklı görmez. İdari işlemler ve ilk derece mahkeme kararları tüm hukuk sistemlerinde temyiz mahkemeleri tarafından denetime tabi tutulmaktadır. Anayasa mahkemeleri de aynı şekilde yasaların anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirebilir. Anayasa mahkemesinin diğer mahkemelere kıyasla takdir alanının geniş olması siyasi olarak sorunlu gözükebilir ancak Kelsen'e göre bu durum yukarıda da belirtildiği üzere bir derece farkıdır, bir tür farkı değil. Her mahkeme kararında zorunlu olarak hâkim iradesi ile yeni bir norm yaratılır, anayasa yargısındaki durum bunun kapsamının arttırılmasını ifade eder. Takdiri veya siyasi öğeler her mahkeme kararında olabilir.⁴⁹

Düşünür anayasa mahkemesinin “siyasi” olduğu eleştirilerinin belli reformlar ile çözülebileceğini ifade eder. İlk olarak, Mahkeme üyelerinin bir

Constitutional Law, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 44-45.; Hans Kelsen, “Who Ought to be the Guardian of the Constitution?”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 177-181.

⁴⁶ Kelsen'in anayasa mahkemesi için önerdiği bu aktif roller, Weimar Almanyası'nda etkili olamamıştır. Alman federal üst mahkemesi *Staatsgerichtshof* 1932'de Prusya federe hükümetinin, muhafazakâr şansölye Von Papen tarafından görevden alınması sonrasında yaptığı başvuruda oldukça pasif bir tutum alarak Prusya federe devletinin yetkilerinin askıya alınmasına karşı koymamıştır. Sürecin sonunda Almanya'da yükselen sağa karşı duran en güçlü muhalif sosyal demokrat federe hükümet de saf dışı kalmıştır. Prusya Darbesi (*Preussenschlag*) olarak nitelenen bu olay, Nazilerin yükselişinde bir dönüm noktasıdır. Vinx, “Introduction”, ss. 1-6.

⁴⁷ Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, ss. 49-54.

⁴⁸ **Ibid.**, ss. 65-67.

⁴⁹ Vinx, “Introduction”, s. 8.

kısmı parlamento tarafından seçilebilir. Bu sayede siyasi konularda siyasetin temsili sağlanmış olur. Buna ek olarak Kelsen, anayasada yer alan kavramların mümkün olduğunca somutlaştırılmasını ve anayasa mahkemesi hâkimlerinin takdirlerini nasıl kullanacaklarına dair yönlendirmeler yapılmasını önerir. “Adalet”, “demokrasi”, “eşitlik” gibi kavramlar kendi başlarına çok genişler ve gerçekten de bu halleri ile anayasa mahkemesi üyelerine neredeyse sınırsız bir takdir alanı bırakır. Ama bu kavramların belli bağlamlarda ne anlama geldikleri ve takdir aşamasında nasıl ele alınacaklarına dair özel hükümler bu sorunu törpüleyebilir.⁵⁰

6. Karşılaştırmalar

Bu başlıkta Kelsen’in kuramı hukuki pozitivistizmin diğer önde gelen temsilcileri ile karşılaştırılacaktır. Sırasıyla Austin, Hart ve Raz’ın görüşleri ile Kelsen’in kuramı arasındaki farklar ele alınacaktır.

Austin, hukuku egemenin emirleri olarak ele almaktadır. Bu açıdan Kelsen ile Austin, hukukun cebri niteliği ve yaptırımların hukukun asli bir unsuru olduğu konusunda hemfikirdir.⁵¹ Öte yandan Kelsen, tek hukuk normu tipinin emir olduğu konusunda Austin’den ayrı düşmektedir. Kelsen aynı zamanda, hukuku *normlar* olarak ele alır ve egemenin iradesi gibi bir toplumsal olguya indirgemez. Bu bağlamda Kelsen, hukukun geçerliliğini bir egemene bağlamaz. Yukarıda ifade edildiği üzere hukuk, kendi varlığını kendisi düzenleyen bir sistemdir. Bir hukuk sistemindeki normların geçerliliği o sistemin anayasasına dayanır, sistemden bağımsız veya onun üstündeki bir egemene değil. Austin’e göre ise egemen güçten gelir ve hukuku sınırlanması kavramsal olarak mümkün değildir.⁵²

Austin, Kelsen’den farklı olarak uluslararası hukuku, hukuk olarak görmez; Austin’e göre uluslararası hukuk olarak nitelenen şey “pozitif ahlak” kurallarından ibarettir. Austin bunun gerekçesi olarak uluslararası hukuku yaratan uluslar üstü bir egemenin ve yaptırım mekanizmasının olmamasını gösterir.⁵³ Kelsen ise hukuku egemen temelli görmediğinden dolayı uluslar üstü bir egemeni zaruri görmez. Diğer yandan Kelsen, uluslararası hukukta da yaptırım mekanizmalarının olduğunu, sadece bunların henüz ilkel düzeyde kaldığını ifade eder.

⁵⁰ Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, ss. 44-61.

⁵¹ John Austin, **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, Çevirenler: Ülker Yükselbaba & diğerleri, İstanbul: Tekin, 2015, ss. 27-35.

⁵² **Ibid.**, ss. 171-180.

⁵³ **Ibid.**, ss. 114-116.

Hart'ın hukuk kuramı da Kelsen ile bazı paralellikler gösterir. Hart da Austin'den ayrılarak hukuku bir kurallar sistemi olarak ele alır ve geçerliliklerini egemenin iradesinden ayırır. Hart'ın kuramında hukuk kuralları geçerliliklerini, yazarın tanıma kuralı olarak ifade ettiği bir üst kuraldan alır. Bu, Kelsen'in kuramındaki hukuk normlarının geçerliliğini "hukuk içerisinden" ve "üst normdan" alması fikri ile uyumludur. Diğer yandan Hart, tanıma kuralını resmi devlet görevlilerinin toplumsal pratiklerinden doğan bir toplumsal kural olarak ele alır. Buna göre tanıma kuralı yargısal örfi bir kuraldır. Hart'ın modelinde hukuk kuralları, tanıma kuralının toplumsal pratiklerle olan ilişkisinden dolayı toplumsal olgulara indirgenmiş olur. Düşünürce göre hukukun varlığına ilişkin akıl yürütürken üst bir normun varsayılmasına gerek yoktur, tanıma kuralının varlığı resmi devlet görevlilerinin pratiklerinde gözlemlenebilecek bir olgudur.⁵⁴ Kelsen ise bu noktada Hume'un olan/olması gereken ayırımına titiz bir şekilde sadık kalarak anayasanın geçerliliğini açıklamak için varsayımsal bir norm olan *Grundnorm*'a başvurur ve hukukun toplumsal olgular ile olan ilişkisini geçerlilikten ayırık bir öge olan etkililik ile açıklar. Ancak saf hukuk kuramında etkililik, geçerliliğin gerekçesi değildir.

Hart'ın hukuk kurallarına ilişkin hukuk felsefesine getirdiği en önemli öge, "içsel bakış açısı" analizidir. Hart, sùjelerin kuralları sadece yaptırımları ölçüsünde değerlendirmediklerini, aynı zamanda bu kuralları eylemleri için bir kılavuz veya iyi bir eylem sebebi olarak kabul ettiklerini söyler. Buna göre bir kişi, davranışlarını düzenlerken hukuk kurallarının sadece yaptırım boyutuna odaklanmaz, aynı zamanda davranışının bir sebebi olarak bu kuralları kabul eder⁵⁵. Kelsen'in kuramında ise hukuk normlarının asıl yöneldiği kesim hukuk sùjelerinden ziyade resmi devlet görevlileridir. Resmi devlet görevlileri, hukuk normunun ihlali halinde yaptırım uygulamakla yükümlüdürler. Yaptıkları işlem veya verdikleri hüküm ile bunların geçerliliğini sağlayan hukuk normu arasında bir ilişki vardır ancak Kelsen bu ilişkinin ne olduğu konusunda bir açıklama sunmaz. Hart'ın modeli bu açıdan, bireylerin davranışlarını hukuk kuralları doğrultusunda nasıl düzenlediklerini ve hâkimlerin hükümlerini bu kurallara dayanarak nasıl oluşturduklarını açıklama konusunda daha elverişlidir. Kelsen'in kuramı ise hukukiliğin sınırları konusunda daha aydınlatıcıdır. Örneğin kanuna aykırı olduğu iddia edilen bir mahkeme kararının

⁵⁴ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. Baskı, Editörler: Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1994, ss. 97-107.

⁵⁵ *Ibid.*, ss. 54-56.

kesinleşmesi halinde bu kararın hukuki ve nihai niteliği, söz konusu hukuk sisteminde artık bu kararı iptal edecek bir yaptırım kalmaması ile açıklanabilir. Bu aşamada hâkimlerin hangi sebeplere dayanarak hüküm kurdukları kararın hukuki niteliği açısından bir önem teşkil etmez.

Uluslararası hukuk konusunda ise Hart, her ne kadar Austin gibi uluslararası hukukun hukuk dahi olmadığını iddia etmese de, uluslararası hukuku bir “hukuk sistemi” olarak görmez. Bunun sebebi, uluslararası hukukun Hart’ın ikincil kurallar olarak ifade ettiği tanıma kuralı, değiştirme kuralları ve yargılama kurallarını henüz içermemesidir. Bu sebeple Hart’a göre uluslararası hukuk, Kelsen’in de hemfikir olduğu gibi ilkel bir hukuk tipidir. Diğer yandan Hart, Kelsen’in ulusal devletlerin hukuk sistemlerinin geçerliliklerini uluslararası hukuktan aldıkları fikrine katılmaz. Hart’a göre uluslararası hukuk mevcut düşük gelişmişlik seviyesinden dolayı ulusal hukuk sistemlerinin geçerlilik sebebi olarak görülemez.⁵⁶ Kelsen’e göre ise her hukuk normu zorunlu olarak bir sistem içerisinde varlık gösterebileceğinden dolayı uluslararası hukukun normları da bir sistem içerisinde olmaları kavramsal bir zorunluluktur. Ulusal hukuk sistemlerinin sınırları ve vatandaşları üzerindeki egemenlikleri de ancak bu sistem içerisinde açıklanabilir.

Raz da Hart gibi kuralların sùjelerin davranışlarını nasıl etkilediğine odaklanmaktadır. Bu konuda Raz’ın hukuk felsefesine getirdiği yenilik, hukuk normlarının sùjelerin belli bir şekilde davranmasına yönelik bir eylem sebebi oluşturmasının yanı sıra, bu sebebin haricindeki sebeplerin pratik eylem muhakemesinden çıkartılmasına ilişkin bir “dışlayıcı sebep” teşkil etmesidir. Bu açıdan hukuk normları, sùjelerin pratik eylem muhakemelerine sadece katılmazlar aynı zamanda kendi getirdikleri eylem sebeplerinin haricindeki sebepleri de bu muhakemeden dışlarlar. Bu nitelik, hukukun otoriteyi haiz olma özelliğinden gelir. Raz’a göre hukukun alametifarikası Kelsen’in iddia ettiği gibi cebri niteliği değil, otoriteyi haiz olma niteliğidir. Yazar yaptırımların hukuktaki varlığını *destekleyici sebepler (auxiliary reasons)* olarak niteler. Bu modelde yaptırımlar otoritenin getirdiği eylem sebebi ve dışlayıcı sebeplere ek bir sebep olarak kişilerin eylem muhakemesinde yer alabilir ancak tali bir niteliktedir.⁵⁷ Kelsen’e göre ise zorlayıcı olmayan bir sistem hukuk olarak nitelenemez. Yazarın kuramında söz konusu hukuk normlarının sùjelerin akıl yürütmesi

⁵⁶ *Ibid.*, ss. 208-231.

⁵⁷ Joseph Raz, **Practical Reasons and Norms**, 2. Baskı, New York: Oxford University Press, 2002, ss. 35-37; Joseph Raz, **The Authority of Law**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 28-33.

üzerindeki etkisinden ziyade bu normların geçerlilik ilişkileri ve hukuka aykırılıkların sonuçlarına odaklanılmaktadır. Pekâlâ, kimi hukuk normları süjeler tarafından dışlayıcı bir sebep olarak alınmayabilir veya bu normlara uyulmayabilir. Hukuk sistemi neyin hukuka uygun ve neyin hukuka aykırı olduğunu ifade eder. Hangi akıl yürütmeler doğrultusunda hukuka uyulduğu veya uyulup uyulmadığı hukuk biliminin konusu değildir. Hukuka uygunluk ile hukuka aykırılık arasındaki fark ise birinde yaptırımın uygulanmaması, diğerinde ise uygulanmasıdır. Saf hukuk kuramı, hukuku işte bu üst seviyede ele almaktadır.

Raz'ın kuramında eğildiği bir diğer konu, hukuk sistemi kavramıdır. Raz'a göre hukuk felsefesi yazınındaki önemli bir hata, hukuk sistemlerinin tek merkezli bir yapı ile modellenmesidir. Austin'in kuramında bu merkez, egemendir; Hart'ta ise tanıma kuralıdır. Kelsen'de ise bu nihai merkez *Grundnorm*'dur. Austin ve Hart'ta olduğu gibi Kelsen'in kuramında da bir hukuk sisteminde tek bir geçerlilik zincirinden oluşan bir normlar birliği vardır. Hukuk sisteminin bütünlüğü bu merkezi yapıdan gelir. Raz ise birbirinden bağımsız geçerlilik silsilelerinin tek bir hukuk sisteminde mümkün olabileceğini savunur. Örneğin Ortaçağ Avrupası'ndaki pek çok hukuk sistemi hem Katolik Kilisesi'nin yasalarını hem de ulusal yasaları uygulamakta idi ve bunların kaynakları aynı merkezden gelmiyordu. Hukuk sisteminin bütünlüğü, normların ortak bir geçerlilik merkezinden çıkmasından kaynaklanmaz, çeşitli kurumların ortak faaliyetinde vücut bulan siyasi birliktelikten gelir. Raz, bu niteliğin açıklanabilmesi için siyasi öğelerin gözlemlenmesi gerektiğine işaret eder. Bunun için de hukuk sistemine ilişkin bir açıklama zorunlu olarak siyasi bir analizi gerektirir. Kelsen'in kuramı ise devleti ilk başta hukuki öğeler ile açıklamaya çalışmaktadır ki Raz'a göre bu bir hatadır.⁵⁸ Kelsen'e göre ise söz konusu kurumların ilk başta "kurum" olmasını sağlayan şey hukukun yetkilendirmesidir. Hukuk sisteminin anayasası bu kurumlara ilgili yasaları uygulayarak hüküm verme yetkisi vermedikçe bunlar sistemin kurumu olarak nitelenemez. Bu sebeple herhangi bir hukuk sistemi, o sistemin anayasasından başlar. Bu da bir hukuki kaynaktır.

Raz'a Kelsen'e karşı son eleştirisi *Grundnorm* kavramına ilişkindir. Kelsen'in kuramında her hukuk sisteminin *Grundnorm*'u zorunlu olarak toplumsal olgulara bağlıdır. Hangi normlar sisteminin geçerli olduğu hakkında akıl yürütmek veya hangi *Grundnorm*'un varsayılacağına karar

⁵⁸ Joseph Raz, **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 1980, s. 209-212.

vermek için zorunlu olarak hangi normlar sisteminin etkili olduğuna bakmak gerekir. Bu sebeple Kelsen'in kuramı her ne kadar olan ile olması gereken arasında bir ayrımı muhafaza ettiğini iddia etse de *Grundnorm*'un içeriği nihayetinde doğrudan toplumsal olgulara bağlı olduğundan dolayı bu ayrımın bir anlamı kalmaz.⁵⁹ Kelsen ise her ne kadar etkililiği hukuk sisteminin varlığı açısından bir koşul olarak kabul etse de, geçerliliğin açıklanmasında asla bu unsura başvuramaz. Bunun nedeni Hume'un olan/olması gereken ayrımından gelir. Olanlar ile olması gerekenler farklı düzlemlerde olduğundan bir normun varlığı zorunlu olarak başka bir norm ile açıklanabilir, bir olgu ile değil.

Sonuç

Hans Kelsen hukuki pozitivist kuramın en önemli temsilcilerinden biridir ve bu kuramın ele aldığı felsefi sorunların ve verdiği cevapların anlaşılması açısından kilit bir pozisyondadır. Metodolojik olarak saf hukuk kuramı, hukuk bilimine ayrı bir alan açmakta ve onu farklılaştırmaktadır. Kelsen'in hukuk normu ve hukuk sistemine dair argümanları, olan/olması gereken ayrımına olabilecek en titiz şekilde bağlı kalarak hukukun normatif boyutunu, geçerliliğini, etkililiğini, birliğini ve bütünlüğünü tutarlı ve aydınlatıcı bir şekilde açıklamaktadır. Yazarın uluslararası hukuka dair analizleri bir taraftan uluslararası hukukun teorik alt yapısını ve ulusal hukuk sistemi ile bağlantılarını sunarken diğer taraftan günümüz sisteminin nasıl geliştiğine dair önemli tespitler ortaya koymaktadır.

Kelsen'in kuramı, ilk bakışta şekli ve durağan bir şekilde algılanmaya müsait olsa da esasında hukukun işleyişine dair oldukça dinamik bir görüntü sunmaktadır. Saf hukuk kuramında mahkeme kararlarının hukukun uygulanması kadar aynı zamanda hukukun yaratılmasını ifade etmesi, hükmün kesinleşme sürecinde kararların hukuku değiştirmesi, yorum yöntemleri konusunda farklı olasılıkların mevcudiyeti, kuramın hukuka basit bir formalist gözle asla bakmadığını göstermektedir.

Kelsen'in siyaset felsefesi ise günümüz demokrasilerindeki tartışmalar açısından çok değerli ve aydınlatıcıdır. Düşünürün işaret ettiği ideolojik çarpıtmalar pek çok kez siyasetçiler tarafından kullanılmakta ve demokratik kurumlara zarar vermektedir. Anayasa mahkemesine dair tespitleri de güncelliğini korumaktadır. Yazarın bu analizlerinin entelektüel temeli, hukuk felsefesinde işlediği temalardadır. Değer göreceliliği, normların

⁵⁹ Joseph Raz, "Kelsen'in Temel Norm Kavramı", Çeviren: Şule Ş. Ceylan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 4, 2013, ss. 1170-1177.
YUHFD Cilt. XVII No.2 (2020)

geçerliliğinin nihayetinde bir varsayıma dayandığı fikrine dayanır. Anayasa mahkemesinin işlevi ve işleyişine ilişkin açıklamalar ve gerekçelendirmeler de Kelsen'in hukuk sistemi analizindeki öğelerinden beslenir. Kelsen'in kurduğu sağlam teorik altyapı, faydalı pratik tespit ve reform önerilerine imkân vermektedir.

Kelsen'in kuramını hukuki pozitivist yazın içinde değerlendirmek gerekirse, buna yazarın hukukun cebri niteliğine yaptığı vurgu ile başlamak gerekir. Bu konuda Kelsen, hukukun normatif niteliği konusunda koyduğu şerhler rağmen Austin'in yakınsamakta, Hart ve Raz'dan farklı bir pozisyon almaktadır. Hukukun toplumsal bir kurumu temsil eden bir kavram olduğu düşünüldüğünde Hart ve Raz'ın toplumsal gerçekliklerden görece kopuk teorik ihtimallere atıfta bulunmaları kuramsal bir çalışmanın hedefleri düşünüldüğünde hatalıdır. Kelsen, hukukun cebri niteliğine dair yaptığı tespit bu açıdan yerindedir. Kelsen'in kuramının eksikliği ise normların insan davranışları ile ilişkisi konusunda muğlak kalmasıdır. Bu alanda Hart ve Raz'ın eylem sebeplerine ilişkin tespitleri daha aydınlatıcıdır. Kişilerin hukuk normlarını eylemleri için bir eylem sebebi olarak almaları, hâkimlerin verdikleri kararlarda normları birer gerekçe olarak kullanmaları fikri bu ilişkiyi açıklamaktadır. Bununla beraber Kelsen'in bu konuda tam bir açıklama sunmamasının da makul gerekçeleri vardır. Kelsen'in kuramı kişilerin normları eylem sebebi olarak almaması veya hâkimlerin üst norma aykırı karar vermesi halinde oluşacak hukuki sonuçları kapsayacak bir çerçeve çizmektedir. Bu açıdan Kelsen'in kuramı hukuk normlarının insan davranışlarına etkisine ilişkin daha açıklayıcı bir tespitten ziyade kapsayıcılık ve genelliği öncelemektedir. Kelsen'in hukuk sistemine ilişkin görüşlerindeki esas tartışma konusu hukuk sisteminin siyasi sistemden önce geldiği iddiasıdır. Bu konuda Raz'ın hukuk sisteminin birliğini açıklarken hukuk kurumlarının siyasi birlikteliğine ve siyasi sistemin önceliğine işaret eden görüşü değerlidir. Hukuk sisteminin siyasi bir sistem içerisinde bulunduğuna dair model, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki ilişkilerin aydınlatılması için de daha makul bir bakış açısı sunar. Ulusal hukuk sistemlerinin asli, uluslararası hukukun ise tali olduğu da bu şekilde görülebilir. Diğer taraftan, Kelsen'in hukukun siyasi güçlerin iradesi olarak anlaşılamayacağına dair tespitleri, hukukun normatif karakterinin basit bir şekilde siyasi unsurlara indirgenemeyeceğini göstermektedir. Hart ve Raz'ın hukukun *Grundnorm* gibi bir norma başvurmadan hukukun olgusal boyutuna inmesi bir taraftan daha somut bir anlayış gibi gözükse de bu stratejiler kaçınılmaz olarak Hume'un olan/olması gereken ayrımını ihlal eder. Austin, Hart ve Raz'da belli toplumsal olgulardan belli kurallar ortaya

çıkılmaktadır. Kelsen'in kuramı ise hukukun olgusal boyutu ile normatif boyutu arasındaki ilişkiyi açıklamaktan kaçınmaktadır ancak bunun da felsefi bir gerekçesi mevcuttur. Yazar, hukuki pozitivist yazın içerisinde olan/olması gereken ayırımına titiz bir şekilde uyan tek temsilcidir.

Kelsen'in felsefesinin bu kadar tartışma yaratması ve yıllar boyunca felsefi yazındaki önemini muhafaza etmesi, kuramının ağırlığını göstermektedir. Hukuki pozitivismdeki farklı yaklaşımlar her ne kadar hukuka dair belli alanları daha iyi aydınlatsa da bunu ya hukukun başka boyutlarını görmezden gelerek ya da belli kavramsal gereklilikleri ihlal ederek başarırlar. Kelsen, soyut kavramları oldukça özenli bir şekilde ele aldığı gibi hukukun pratiğine ve siyaset kurumuna ilişkin tespitleri ve somut sorunlara dair getirdiği gerçekçi çözüm önerileri ile sahip olduğu ünün hakkını vermektedir.

KAYNAKÇA

- Aral, Vecdi, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, ss. 513-552.
- Austin, John, **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, Çevirenler: Ülker Yükselbaba & diğerleri, İstanbul: Tekin, 2015.
- Gözler, Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumlanması Sorunu**, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- Gözler, Kemal, "Tabiî Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", **Muhafazakâr Düşünce**, Yıl: 4, Sayı: 15, 2008, ss. 77-90.
- Hart, H. L. A., **The Concept of Law**, 2. Baskı, Editörler: Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Kelsen, Hans, **Demokrasi: Doğası & Değeri**, Çeviren: Yasin Uysal, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2019.
- Kelsen, Hans, **General Theory of Law & State**, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: A. Javier Trevino, New Jersey: Transaction Publishers, 2006.
- Kelsen, Hans, **General Theory of Norms**, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Michael Hartney, New York: Oxford University Press, 2011.
- Kelsen, Hans, "Law and Logic", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 228-251.
- Kelsen, Hans, "Law and Morality", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 83-93.

- Kelsen, Hans, **Peace Through Law**, New York: The University of North Carolina Press, 1944.
- Kelsen, Hans, **Pure Theory of Law**, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, Berkeley: University of California Press, 1967.
- Kelsen, Hans, **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, Çeviren: Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap, 2016.
- Kelsen, Hans, **The Communist Theory of Law**, New York: Praeger, 1955.
- Kelsen, Hans, "State-Form and World-Outlook", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 95-113.
- Kelsen, Hans, "The Idea of Natural Law", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 27-60.
- Kelsen, Hans, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 22-78.
- Kelsen, Hans, **The Political Theory of Bolshevism: A Critical Analysis**, Berkeley: University of California Press, 1949.
- Kelsen, Hans, "What Is Justice", **Essays in Legal and Moral Philosophy**, Editör: Ota Weinberger, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. 1-24.
- Kelsen, Hans, "Who Ought to be the Guardian of the Constitution?", **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 174-221.
- Ladavac, Nicoletta B., "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography", **European Journal of International Law**, Cilt: 9, Sayı: 1, 1998, ss. 391-400.
- Raz, Joseph, "Kelsen'in Temel Norm Kavramı", Çeviren: Şule Ş. Ceylan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 62, Sayı: 4, 2013, ss. 1169-1193.
- Raz, Joseph, **Practical Reasons and Norms**, 2. Baskı, New York: Oxford University Press, 2002.
- Raz, Joseph, **The Authority of Law**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Raz, Joseph, **The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System**, 2. Baskı, Oxford: Clarendon Press, 1980.

- Schmitt, Carl, “The Guardian of the Constitution”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, İngilizceye Çeviren: Lars Vinx, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 79-173.
- Turhan, Mehmet, “Kelsen’e Göre ‘Anayasaya Aykırı’ Yasa”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 27**, Editörler: Hayrettin Ökçesiz & diğerleri, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2016, ss. 373-404.
- Weinberger, Otta, “Introduction”, **Essays in Legal and Moral Philosophy of Hans Kelsen**, İngilizceye Çeviren: Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1973, ss. ix-xxviii.
- Vinx, Lars, “Introduction”, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, ss. 1-21.

**¶ PARLAMENTOLARIN ANASI WESTMINSTER
PARLAMENTOSU: TARİHSEL - KURAMSAL KÖKENLER,
KURUMSAL YAPI VE KANUN YAPIM SÜRECİ**
(WESTMINSTER PARLIAMENT AS THE MOTHER OF PARLIAMENTS:
HISTORICAL - THEORETICAL ORIGINS, STRUCTURE AND THE LAW-MAKING
PROCESS)

Arş. Gör. Dr. Türker Ertaş * **

ÖZ

Tüm parlamentoların anası olarak bilinen Westminster Parlamentosu, kurumsal ve fonksiyonel boyutta gerçek anlamıyla ve devamlı nitelikte yasama iktidarı hüviyetine bürünen ilk modern parlamentodur. Kökenini karma yönetim teorisinden alan Westminster Parlamentosu 1688 Devrimi sonrasında sınırlı hükümet, parlamentonun egemenliği, hesap verebilir yönetim gibi anayasal ilke ve kavramların tesisine yol açmıştır. Çift meclis sisteminin prototipi olarak Westminster Parlamentosu'nun, çift meclisli yasama organı benimseyen birtakım anayasal düzenler üzerinde önemli etkisi olmuştur. Aynı husus parlamenter hükümet sistemini benimseyen anayasalar için de geçerlidir. Çalışmada bu bağlamda Westminster Parlamentosu'nun tarihsel ve kuramsal kökenleri, yapısı ile İngiliz kanun yapım süreci incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Westminster Parlamentosu, Karma Yönetim, Kuvvetler Ayrılığı, Avam Kamarası, Lordlar Kamarası, İngiliz Kanun Yapım Süreci.

ABSTRACT

Known as the mother of all parliaments, Westminster Parliament is considered to be the first modern parliament which acted as a proper and permanent legislative power at institutional and functional level. Having its origins in the theory of mixed government, Westminster Parliament established the constitutional principles and concepts such as limited

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.04.2020. İlk hakem raporu tarihi: 27.04.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 01.06.2020. Onaylanma Tarihi: 01.06.2020.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9594-4877

Esere Atıf Şekli: Türker Ertaş, “Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel - Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.447-499.

government, parliamentary sovereignty and accountable government. As an archetype of bicameralism, Westminster Parliament had a substantive impact on several constitutional orders which adopted legislative bodies consisting of two chambers. The same applies for the constitutions which adopted a parliamentary system of government. In this respect, the article comprises a research on the historical and theoretical origins, structure of Westminster Parliament and the British law-making process..

Keywords: *Westminster Parliament, Mixed Government, Separation of Powers, House of Commons, House of Lords, British Law-Making Process.*

GİRİŞ

Temsili demokrasinin olduğu bir sistem, vatandaşların kamusal konularla ilgili kararları her daim kendi başlarına almaması düşüncesine dayanır¹. Temsili demokrasilerin merkezinde halkı ilgilendiren politik kararların alındığı temsili bir organ bulunmaktadır. Belirttiğimiz bu temsili organ, parlamentolar ya da genel adıyla yasama organlarıdır. Seçilmiş bir merkezi organ olarak parlamentonun, yönetenlerin yönetilenlerin temsilcisi olarak kalmaya devam etmesinde hayati bir rolü vardır². Asli nitelikte kural koyma faaliyetinin sahibi olan parlamentolar, bu yönüyle yasama iktidarının kurumsallaşmasının tezahürüdür. Yasama yetkisini haiz parlamentolar tek meclisli yapıda olabileceği gibi çift meclisli yapıda da olabilir. Gerek yasama organı nezdindeki temsilin gerekse kanun yapım sürecinin demokratik olarak nitelendirilebilmesi ise parlamentoların en azından bir meclisinin genel oyla halk tarafından seçilmesini zorunlu kılmaktadır. Tek meclisli parlamentolara ev sahipliği yapan temsili demokrasiler açısından bu husus kaçınılmazdır. Çift meclise sahip olan parlamentolarda ise üyeleri halk tarafından genel oy ile seçilen meclisin yanındaki meclisin üyelerinin belirlenmesi, Fransız Senatosu'nda olduğu gibi sınırlı oy ile yapılan seçimle veya İngiliz Lordlar Kamarası'ndaki atama ile olabilmekte olup bu hususta her siyasi sistem kendisine özgü usulleri benimseyebilmektedir. Federal devlet yapısını haiz siyasi sistemlerde ise çift meclisli bir yasama organı kaçınılmaz olmakla birlikte eyaletlerin temsil edildiği parlamentonun üst kanadının oluşum şekli ülkeden ülkeye farklılık gösterebilir. Söz gelimi Alman Parlamentosu'nun eyaletlerin temsil edildiği üst kanadı Bundesrat, eyalet hükümetlerinin temsilcilerinden meydana gelmekte iken Amerikan

¹ Aalt Willem Heringa, **Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law**, 4th Edition, Intersentia, Cambridge, Antwerp and Portland, 2016, s. 97.

² Heringa, s. 97.

Kongresi'nin eyaletlerin temsil edildiği üst kanadı Senato üyeleri ise eyaletler bazında yapılan seçimler aracılığıyla halk tarafından seçilmektedir.

Geleneksel olarak hükümdarda bulunan yasama yetkisini kendi üzerine aktarıp bunu da hukuksal düzeyde güvence altına alarak gerek kurumsal gerekse fonksiyonel boyutta gerçek anlamıyla ve devamlı nitelikte yasama iktidarı hüviyetine bürünen ilk modern parlamento İngiliz Westminster Parlamentosu'dur. Westminster Parlamentosu, bu özelliği ile "*Tüm Parlamentoların Anası (Mother of all Parliaments)*" olarak geçmektedir³. Bu açıdan günümüz parlamentoları veya yasama organları açısından İngiliz Parlamentosu'nun yeri ve bıraktığı etkinin boyutu muazzamdır. Çift meclisli bir yapıda teşekkül etmesi sebebiyle İngiliz Parlamentosu aynı zamanda çift meclisli parlamentoların da prototipidir. Yine bilhassa 1688 yılında gerçekleşen Şanlı Devrim (Glorious Revolution of 1688) akabinde yasama yetkisinin hükümdardan bir daha geri alınmamak üzere Westminster Parlamentosu'na aktarılması ve izleyen yüz yıllık süre içerisinde yürütme yetkisinin fiili olarak hükümdardan Parlamento bünyesinden çıkan başbakan ve bakanlara geçmesi günümüz monist/tekçi parlamenter hükümet sisteminin de temelini atmıştır. Başka bir ifadeyle Westminster Parlamentosu aynı zamanda parlamenter hükümet sisteminin de temellerinin atıldığı kurumsal yapı olmuştur. Bilhassa parlamenter monarşiye geçmek isteyen Norveç, Hollanda, Belçika⁴ gibi ülkeler 19. yüzyılda Westminster tipi parlamenter hükümet sisteminden etkilenmişlerdir. Hatta 1789 Fransız Devrimi'nin ürünü olan 1791 Anayasası da İngiliz siyasi sisteminden unsurlar taşıyarak parlamenter monarşiye dayalı bir hükümet sistemi öngörmüştür. Kuvvetlerin gerçek anlamda veya sert ayrılığı olarak bilinen başkanlık sistemi ise Westminster Parlamentosu'nun Kuzey Amerika'daki On Üç İngiliz Kolonisi'ne yönelik olarak kabul ettiği vergilere bir tepkinin etrafında şekillenmiştir. Yani şekli ve katı bir anayasa etrafında kuvvetlerin

³ Bu ifadenin sahibi İngiliz devlet adamı ve parlamenter John Bright'tır. John Bright aslında tüm parlamentoların anası derken Westminster Parlamentosu veya Avam Kamarası'nı değil, esasen İngiltere'yi kastetmiştir. Frederick Whyte, "Mother of Parliaments", **Parliamentary Affairs**, Volume I, Issue 2, Spring 1948, s. 96, <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.pa.a052965>, (01.09.2019); Philip Norton (Professor the Lord Norton of Louth), "The Westminster Parliamentary System", **The Westminster System: 58th Seminar on Parliamentary Practice and Procedures at Westminster – Summary Report of Discussion Sessions**, Commonwealth Parliamentary Association, s. 3, <https://www.parliament.uk/documents/CPA/Publications-Reports/58th-Seminar-on-Parliamentary-Practice-and-Procedures-at-Westminster-Summary.pdf>, (01.09.2019).

⁴ Sırasıyla 1814 Norveç Anayasası, 1814 ve 1815 Hollanda Anayasaları ve 1831 Belçika Anayasası

sert ayrılığı ile denetler ve dengeler sistemini benimseyen Amerikan anayasal sisteminin oluşumunda Westminster Parlamentosu'na tepkinin de etkisi vardır.

Yasama yetkisini haiz modern yasama organının ilk örneği olan Westminster Parlamentosu'nun yapısı zamanla değişikliklere uğramıştır. Şanlı Devrim ve akabindeki dönemde Avam ve Lordlar'ın birbirine denk anayasal güce sahip olduğu Parlamento'da, zamanla demokrasi bağlamında benimsenen düşüncelerin hayata geçirilmesi ile 19. yüzyıldan itibaren Avam Kamarası daha etkin olmaya başlamıştır. Nitekim 1832 tarihli Halkın Temsili Kanunu'ndan (Representation of the People Act of 1832) başlayarak seçmen olmaya engel koşullar azaltılmış veya kaldırılmış, halkın temsil kabiliyeti ve Avam Kamarası'nın etkinliği artırılmıştır. 1911 ve 1949 yıllarında kabul edilen Parlamento Kanunları (Parliament Acts) ile de Avam Kamarası'nın kanun yapım sürecinde Lordlar Kamarası'nı aşabilmesi mümkün kılınarak kanun yapım sürecinde Avam Kamarası hukuksal düzeyde etkin kılınmıştır. 1999 senesinde çıkarılan House of Lords Act ile de Lordlar Kamarası'ndaki kalıtsal lordların sayısı doksan iki ile sınırlandırılmıştır.

Söz konusu çalışmada modern parlamentonun ilk örneği olan Westminster Parlamentosu'nun tarihsel-kuramsal kökenleri, yapısı, geçirdiği kurumsal/hukuksal değişimler ve İngiliz kanun yapım süreci ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda çalışmada, bilhassa seçim sistemi ve Lordlar Kamarası'nın yapısı hususundaki eleştirilere ve reform önerilerine de yer verilecektir. Yine çalışmada somut örnekler çerçevesinde Avam Kamarası seçimlerine ve Avam Kamarası seçimlerinin Parlamento'nun yapısına olan etkisi irdelenmeye çalışılacaktır.

I. MODERN PARLAMENTONUN İLK ÖRNEĞİ OLARAK WESTMINSTER PARLAMENTOSU: TARİHSEL VE KURAMSAL KÖKENLER

A. PARLAMENTO KAVRAMI VE WESTMINSTER PARLAMENTOSU'NUN TARİHSEL KÖKENLERİ

Yasama organları ya da parlamentolar⁵, halkı temsil niteliğini haiz karar alıcı/kural koyuculardan meydana gelen müzakere organlarıdır⁶. Yetki veya iktidar olarak yasamanın, siyasal toplumların var olmalarından beri mevcut olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte klasik egemenlik anlayışının söz konusu olduğu geleneksel monarşilerde yasama yetkisi tıpkı yürütme ve yargı yetkileri gibi mutlak iktidar olan hükümdarda idi⁷.

Organ veya kurumsal yapı olarak yasamanın ortaya çıkışı ise hükümdardan ayrı olarak bir organın kurulması ve o döneme değin hükümdarda olan yasama yetkisinin bu organa aktarılması ile vuku bulmuştur.⁸ Yasama organının gerek fonksiyonel gerekse kurumsal düzlemde diğer iktidarlardan bağımsız ve ayrı, temsili niteliği haiz bir kurumsal yapı veya iktidar olarak teşekkül etmesinde İngiltere'ye ayrı bir başlık açmak gerekir⁹. İngiliz Parlamentosu “*tüm parlamentoların anası*” olarak bilinmektedir¹⁰. Nitekim parlamento terimi 13. yüzyıl İngilteresi'nde, Kral'ın toprak sahibi soyluları, üst düzey din adamlarını ve şehir ile kasaba

⁵ Parlamento ve yasama organı kavramlarının aynı anlama gelecek şekilde kullanımında veya parlamentoların kanun koyucu olarak addedilmesinde herhangi yadırganacak bir durum olmamakla birlikte parlamentoların kanun koyucu oldukları hususuna ise daha temkinli yaklaşılmaktadır. Şöyle ki parlamentolar demokrasilerde kanunlar genellikle bakanlıkları bünyesi altında bulunduran ve teknik uzmanlığı haiz hükümet tarafından hazırlanarak teklif edilir. Yine de bir kanun teklifi ya da taslağını kabul edilerek kanun halini alması için parlamento sürecinden geçmesi ve parlamento tarafından kabul edilmesi gerekli olup bu da prensip olarak parlamentoların çoğunluğunun onayına tekabül eder. Bkz. Heringa, s. 97. Bununla birlikte belirtelim ki her ülkenin anayasal hükümleri yasama organlarını farklı şekilde adlandırabilmektedir. Söz gelimi Birleşik Krallık ve Fransa yasama organlarının resmi adları Parlamento olmakla birlikte Amerikan yasama organı Kongre olarak adlandırılmaktadır.

⁶ Tyler J. Dickovick ve Jonathan Eastwood, **Comparative Politics: Integrating Theories, Methods, and Cases**, 2nd Edition, Oxford University Press, New York and Oxford, 2016, s. 211.

⁷ Türker Ertaş, **Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 55.

⁸ Ertaş, s. 55.

⁹ Ertaş, s. 55.

¹⁰ Heringa, s. 99.

temsilcilerini koyulacak yeni vergilerin tartışılması ve onaylanması amacıyla toplaması ile ortaya çıkmıştır¹¹.

Westminster'daki Birleşik Krallık Parlamentosu, birçok yönden Dünya üzerindeki pek çok parlamentoya model olmakla birlikte esasen muadilleri arasında en eskisi de değildir¹². İngiliz Parlamentosu'nun parlamentoların anası olarak nitelendirilmesi, mutlak hükümdarın sınırlandırıldığı siyasetal düzen ile uyumlu olması ve dönemin koşullarında geniş anlamda temsil niteliğine sahip olmasından dolayıdır. Başka bir ifadeyle İngiliz Parlamentosu, hesap verebilir yönetime sahip, modern sınırlı devlet anlayışı bağlamında ilk parlamentodur. Gerçekten de İngiltere tıpkı Fransa, İspanya, Macaristan, Rusya gibi başlangıçta kabilelere daha sonra da feodal bir topluma sahip, merkezîyetçi yapıda ve 16. yüzyıl sonu ile 17. yüzyılın ilk dönemleri itibarıyla iktidarın tek elde toplanmaya başladığı bir devlet niteliğinde olsa da diğerlerinden farklı olarak siyasetal hesap verebilirliğin başarılı bir şekilde kurumsallaşmasının tipik örneği olmuştur¹³. İngiltere'nin siyasetal hesap verebilir devletin ilk örneği olarak ortaya çıkmasında ise başlıca rol İngiliz Parlamentosu'ndadır. Nitekim az önce bahsettiğimiz ülkelerin toplumlarındaki elitler, İngiliz Parlamentosu'nun yanı sıra Fransız yüksek/egemen mahkemeler (cour souveraine), İspanyol Cortes, Macar Diet ve Rus Zemsky Sobor bünyesinde örgütlenmekle birlikte bu meclisler, modernleşen hükümdarı desteklemek ve hükümdara meşruluk sağlamak için tercih edilmekteydi¹⁴. Başka bir ifadeyle bu meclisler ya da kurumsal yapılar, gerek fonksiyonel gerekse kurumsal olarak modern anlamda parlamentoyu karşılamaktan uzaktılar. Bununla birlikte İngiltere'deki Parlamento hükümdardan fonksiyonel, kurumsal ve şahsi olarak ayrılarak yasama iktidarını haiz modern yasama organı hüviyetine bürünmüştür. İngiliz Parlamentosu kral karşısında önemli bir erk haline gelerek onu frenleyebilmeyi başarmıştır. Yine İngiliz Parlamentosu kralın vergileri artırma, yeni askeri vasıtalar oluşturma ve common law'ı bloke etme planlarını engelleyecek kadar güçlenmiştir¹⁵. Gerçekten de anayasal ya da kuvvetler ayrılığını yansıtan hükümet sisteminin ilk türü olan parlamenter

¹¹ Heringa, s. 99.

¹² Heringa, s. 99.

¹³ Francis Fukuyama, **The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution**, Profile Books, London, 2012, s. 402.

¹⁴ Fukuyama, ss. 402-403.

¹⁵ Fukuyama, s. 403.

hükümet sisteminin İngiltere’de ortaya çıkması şaşırtıcı değildir¹⁶. Nitekim parlamenter sistemin geç dönem Ortaçağ’daki öncülleri arasında ileride olacak gelişmeleri en fazla etkileyen organ İngiliz Parlamentosu olmuştur¹⁷.

İngiltere’de Parlamento’nun kökenleri 1066 Norman İstilasası’na dek yönetimi elinde bulunduran Anglo – Sakson İngiliz Krallığı’na kadar dayanmaktadır¹⁸. İngiliz Parlamentosu, ilk dönemlerinde soyluların ve feodal lordların informal toplantılarına ev sahipliği yapmakta olup Parlamento’nun temel işlevleri adaletin yönetimi ile özel vergilerin konulmasının oylanması idi¹⁹. İngiliz soyluları 15 Haziran 1215 tarihinde Kral John’a Magna Carta’yı imzalatarak hükümdarın hukukla sınırlanabileceğini gözler önüne sermişlerdi²⁰. Gerçekten de bu belge kralın hukukun üstünde olmadığını teyit edilmesi açısından anayasacılık tarihi açısından bir kilometre taşıdır. Şart’ın 12. maddesi Krallığın genel rızası olmaksızın kralın vergi almasını yasaklamaktaydı. Magna Carta’nın 14. maddesi ise Krallığın genel rızasının sağlanması için başpiskopos, piskopos, başrahip, kont ve baronların toplanacağını düzenlemekteydi²¹. Magna Carta vesilesiyle toplanan ve din adamları ile soylulardan meydana Büyük Kral Konseyi’nin (Magnum Concilium) ilk parlamento olduğu belirtilmektedir²².

¹⁶ Ertaş, s. 57. Bununla birlikte ileride değineceğimiz üzere parlamenter hükümet sistemine ev sahipliği yapan İngiliz siyasal sistemini tam olarak kuvvetler ayrılığı olarak değerlendirmemiz mümkün değildir. Yine de güvenceli bir şekilde yasama iktidarının hükümdardan alınıp Parlamento’ya aktarılması ile hükümdarda yürütme yetkisinin kalması karşısında yasama ve yürütme fonksiyonlarının farklı organlara verildiğini söyleyebiliriz. Bu da pek tabii fonksiyonel ve kurumsal kuvvetler ayrılığı ilkelerini işaret etmektedir.

¹⁷ András Sajó, **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**, Central European University Press, Budapest, 1999, s. 103. Parlamenter çoğunluğun hükümeti kurduğu parlamenter sistem özünde Westminster modeli olarak anılmaktadır. Yine alt kanadı doğrudan seçilen, üst kanadı ise seçimle belirlenmeyen, dolaylı seçilen veya alt kanattan farklı bir usulle belirlenen yasama organının söz konusu olduğu çift meclis sisteminin ilk örneği de Westminster Parlamentosu’dur. Heringa, s. 99.

¹⁸ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 745.

¹⁹ Sajó, s. 103.

²⁰ Heringa, s. 45.

²¹ Magna Carta’nın tam metni için bkz. <https://www.law.gmu.edu/assets/files/academics/founders/Magna Carta.pdf>, (11.04.2020).

²² David Carpanter ve David Prior, “Magna Carta and the Development of Parliament”, **Magna Carta & Parliament**, Ed. David Carpanter & David Prior, Houses of Parliament Parliamentary Archives, 2015, s. 16; Bkz. “Magna Carta”, **Birth of the English Parliament**, <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/magnacarta/>, (11.04.2020). “British Parliament”, **History**, <https://www.history.com/topics/british-history/british-parliament>, (11.04.2020).

Nitekim Şart'ın 61. bendi hükmüne gereğince Magna Carta'da bahşedilen ayrıcalık ve özgürlüklerin yerine getirilip getirilmediğinin gözlemlenmesi amacıyla baronlar tarafından kurulmasının öngörüldüğü yirmi beş kişilik oluşum zaman içerisinde Lordlar Kamarası'na evrilmiştir²³. Bununla birlikte 1689 senesine dek İngiltere istikrarlı bir sınırlı yönetime ev sahipliği yapamamıştır. Nitekim imzalanmasının üzerinden daha bir ay geçmeden Kral John, Papa'dan Magna Carta'yı geçersiz kılmasını istemiştir²⁴. Magna Carta'nın kralın otoritesini sınırlandıran hükümleri ise 1216 senesinde kaldırılmıştır²⁵. Yine de Parlamento varlığını devam ettirmiştir. Büyük Konseyi işaret edecek şekilde parlamento teriminin ilk defa kullanılması 1236 senesinde olmuştur²⁶. Nitekim İngiltere'de 1236 senesinde yürürlüğe giren Statute of Merton sözcük olarak parlamentonun geçtiği ilk resmi belgedir²⁷. 1270'ler itibariyle milli düzeyde birçok meclis, yine bunların üyeleri olan avam (commoners) ve aristokratlar, siyasal meseleler hakkında çözüm üretmeleri amacıyla kralın otoritesi altında toplanmaktaydı. 1300'lerden itibaren ise Avam, Lordlar ve Hükümdar ülkenin üç zümresi olarak bir araya gelmeye başlamışlardır²⁸. Yine 14. yüzyıldan itibaren şehirlerin ve kırsal bölgelerin halklarını temsil eden avamın, ruhban sınıfı ve feodal soylular adına bulunan ruhani ve dünyevi lordlardan ayrı bir yerde oturmaya başlamaları çift meclisli parlamentonun veya çift meclis sisteminin çıkış noktası olmuştur²⁹.

²³ Peter Boyce, "Magna Carta and the Parliament", **The Western Australian Jurist**, Vol. 6, 2015, https://www.murdoch.edu.au/School-of-Law/_document/WA-jurist-documents/2015-Vol-6/Boyce---Magna-Carda-and-the-Parliament.pdf, (11.04.2020), s. 218.

²⁴ Carpanter ve Prior, s. 16.

²⁵ Robin Griffith – Jones, "Magna Carta: 1215 – 2015", **London's Temple and the Road to Rule of Law**, <http://www.templechurch.com/wp-content/uploads/2015/06/magna-carda.pdf>, (11.04.2020), s. 4. Toplam 63 benden oluşan Magna Carta'nın günümüzde sadece 4 bendi yürürlüktedir. Carpanter ve Prior, s. 8; Bkz. "The Contents of Magna Carta, Birth of English Government", <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolution-of-parliament/origins-of-parliament/birth-of-parliament/overview/magnacarta/magnacartaclause-s/>, (11.04.2020).

²⁶ Bkz. "Magna Carta (1215) to Henry IV (1399)", **Birth of the English Parliament**, <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolution-of-parliament/origins-of-parliament/birth-of-parliament/keydates/1215to1399/>, (11.04.2020).

²⁷ Paul Brand, "Development of Parliament: 1215 – 1307", **A Short History of Parliament**, Ed. Clyve Jones, The Boydell Press, Woodbridge, 2012, s. 14.

²⁸ Ian Loveland, **Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A Critical Introduction**, 7th Edition, Oxford University Press, New York, 2015, s. 122.

²⁹ Heringa, s. 107.

İngiliz Parlamentosu'nun 13. yüzyıldan itibaren Fransız, İspanyol ve Rus muadillerine oranla daha düzenli bir şekilde toplanmaya başladığını görmekteyiz³⁰. Özgün işlevinin yargısal nitelikte olmasının yanında Parlamento, zaman içerisinde kral ile birlikte ülkeyi yönetecek geniş siyasi yetkileri ve rolü haiz bir organ hüviyetine bürünmüştür³¹. Nitekim İngiliz siyasi düzeninde temsili bir organ olarak ortaya çıkan Parlamento, zaman içerisinde kendi yetkilerini hükümdarın yetkileri aleyhine genişleterek hükümdarın yetkilerinin sınırlandırılmasına yol açmıştır³². Yine Parlamento'nun vergilerin onaylanmasındaki rolü hayli önemlidir; zira Parlamento, servetleri ve gelirleri ulusal vergilerin dayanağı olan ülkedeki mülk sahiplerinin büyük çoğunluğunu bünyesinde barındırmakta idi³³. İngiliz Parlamentosu, elinde bulundurduğu vergi alınmasına muvafakat verme silahını kullanarak krala sunduğu dilekçelerini kanun teklifine dönüştürmeyi başarmıştır³⁴. Parlamento üyelerinin seçilmiş temsilciler olması zorunlu olmadığı gibi bunlar kendilerini (Lordlar Kamarası'nda ailelerini), şehirleri ve kontlukları temsil eder ve genellikle şehrin önde gelen resmi görevlilerinin isteği doğrultusunda belirlenirlerdi³⁵. Nitekim seçilmiş temsilcilerin parlamento üyeliğini haiz olması, nüfusun bir kısmının seçme hakkına sahip olmasıyla mümkün olabilmıştır³⁶.

İngiliz siyasi tarihinde ilk ve son kez bir kralın idam edilmesiyle sonuçlanan İngiliz İç Savaşı (1642-1651) Westminster Parlamentosu ile Kral I. Charles arasındaki anlaşmazlıktan ortaya çıkmıştır. Stuart Hanedanlığı mensubu olan I. Charles 1625 yılında İngiltere, İskoçya ve İrlanda Kralı olmuştur. Eşi Fransa Prensesi Henrietta Maria Katolik olan I. Charles, inanç olarak da Katolik mezhebine yakındı. Yine I. Charles dini politikaları, getirmeye çalıştığı yüksek vergiler ve Parlamento'ya karşı şüpheli tutumundan dolayı halk arasında popülaritesi yüksek olmayan bir

³⁰ Fukuyama, s. 413.

³¹ Fukuyama, s. 413.

³² Ertaş, s. 58.

³³ Fukuyama, s. 413.

³⁴ Gözler, s. 56. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Parlamento bir kanun teklifinin geçmesi ve kanunlaşmasını hükümdar ile birlikte sağlayabilirdi. Sajó, s. 104. Nitekim aşağıda da belirteceğimiz üzere İngiliz anayasal düzeninde kanunu yapan organ teknik olarak Parlamento değil *Parlamentodaki Kraldır (King-in-Parliament)*.

³⁵ Sajó, s. 103.

³⁶ Sajó, s. 103.

kraldı³⁷. Nitekim I. Charles ülkeyi Parlamento'nun tavsiyesi ve rızası olmaksızın tek başına yönetmek istiyordu. Bu husus pek tabii Parlamento içerisinde huzursuzluklara yol açmıştır. I. Charles 1625-1640 yılları arasında ülkeyi Parlamento'ya danışmaksızın tek başına yönetmeye çalışmıştır. 1641-1642 yıllarında ise Kral ile Parlamento arasındaki ipler tamamen kopmuştur. 4 Ocak 1642 tarihinde Kral bir grup askerle Avam Kamarası'nı basarak siyasi muhalifi olan beş Avam Kamarası üyesini tutuklatmıştır. Bu olayın akabinde ise kraliyet yanlıları ile parlamento taraftarları arasında yaşanan İngiliz İç Savaşı patlak vermiştir. Yarım milyon kişinin öldüğü savaşta parlamento taraftarları galip gelmiş, I. Charles 1649 yılında idam edilmiş, Lordlar Kamarası ve monarşi kaldırılarak cumhuriyet rejimine geçilmiştir³⁸. İç Savaş'ta parlamento taraftarlarının komutanı olan Oliver Cromwell yönetimi devralmış ve Birliğin Koruyucu Lordu (Lord Protector) unvanı ile İngiltere, İskoçya ve İrlanda'yı yönetmeye başlamıştır. 1653 – 1659 yılları arasını kapsayan bu cumhuriyet dönemine Protektora Dönemi adı verilmektedir. Yine bu dönemde İngiliz siyasi tarihindeki ilk ve son anayasalar olan 1653 tarihli Instrument of Government ve 1657 tarihli Humble Petition and Advice yürürlüğe girmiştir. Oliver Cromwell'in 1658 yılındaki ani ölümü ve yerine geçen oğlu Richard Cromwell'in ülkeyi yönetmede sıkıntılar yaşayarak görevi bırakmak zorunda kalması sonucunda tahta geçerse Parlamento ile işbirliği yapacağını beyan eden I. Charles'ın oğlu II. Charles, 1660 yılında kral ilan edilerek ülkede monarşi yeniden tesis edilmiştir³⁹.

³⁷ Bkz. "The First English Civil War", **Northamptonshire County Council**,

<https://www.northamptonshireheritage.co.uk/learn/historical-events-and-movements/Pages/the-first-english-civil-war.aspx>, (16.04.2020).

³⁸ Bkz. "The Story of Parliament", **Houses of the Parliament**,

<https://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/Publications-2015/THE-STORY-OF-PARLIAMENT-web.pdf>, (16.04.2020), s. 3.

³⁹ İngiliz İç Savaşı sonucunda (1642 – 1651) Kral I. Charles'ın 30 Ocak 1649 tarihinde idam edilmesi üzerine bir tür cumhuriyet yönetim şekli olan Protektora Dönemi'ne (1653 - 1659) geçilmesini müteakip çıkarılan dönemin İngiltere, İskoçya ve İrlanda Birliği (Commonwealth of England, Scotland and Ireland) Anayasası olan "*Instrument of Government*" ülkenin ilk anayasasıdır. I. Charles'ın idamını izleyen süreçte İngiltere'nin parlamentonun yönetiminde bir devlet olduğu ilan edilmişti. Bununla birlikte Oliver Cromwell 1653'te Rump ve Barebones Parlamentoları'nın feshedilmelerini sağlayarak Protektora dönemine geçilmesine zemin hazırlamıştır. Söz konusu parlamentoların dağıtılmasından kısa bir süre sonra Instrument of Government yürürlüğe girmiştir. Anayasa'nın 33. maddesi ile Oliver Cromwell'e yaşamı boyunca "Birliğin Koruyucu Lordu" unvanı verilmiştir. Yine Anayasa'nın 1. ve 2. maddeleri ile yasama yetkisi Birliğin Koruyucu Lordu ile birlikte Parlamento'da, yürütme yetkisi Birliğin Koruyucu Lordu ve *YUHFD Cilt. XV No.2 (2020)*

Westminster Parlamentosu'nun yasama iktidarını haiz otonom bir yasama organı olmasında 1688 İngiliz Devrimi⁴⁰'nin etkisi muazzamdır. 1688 Devrimi'ni özetle 17. yüzyılın sonunda mutlak monarşi yanlısı Kral ile yetkilerini genişletmek isteyen İngiliz Parlamentosu arasındaki mücadele sonucunda Parlamento'nun galip gelerek Britanya'da kuvvetler ayrılığının ve parlamenter sistemin önünü açan toplumsal/anayasal olay olarak tanımlayabiliriz⁴¹. Nitekim Devrim'in sonunda İngiliz Parlamentosu, mevcut Kral II. James'i, III. William lehine tahtan çekilmeye zorlamış ve İngiliz ülkesi Kıta Avrupası'ndaki rakipleri gibi mutlak hükümdar

sayıları 13 ila 26 arasındaki kişilerden oluşacak bir kurulda, yine baş yöneticilik yetkisi de Birliğin Koruyucu Lordu'nda olacaktır. İngiliz Devleti'nin bu ilk yazılı anayasası 1657 tarihinde yeni anayasa olan "Humble Petition and Advice" kabul edilene kadar yürürlükte kalmıştır. Humble Petition and Advice'in 1. maddesi ile Oliver Cromwell' kral unvanı verilmiş ama Cromwell bunu reddetmiştir. Bununla birlikte Lord Cromwell'in Devletin Koruyucu Lordu unvanında bir değişme olmamış ve Cromwell kendisinden sonra yerine geçecek kişiyi belirleme yetkisine de sahip olmuştur. Nitekim kendisi bu hükme dayanarak kendisinden sonra yönetimi devralmak üzere oğlu Richard Cromwell'i seçmiştir. Bkz. "Instrument of Government", <http://bcw-project.org/church-and-state/the-protectorate/instrument-of-government>, (17.04.2020); "Humble Petition and Advice", <http://bcw-project.org/church-and-state/the-protectorate/humble-petition-and-advice>, (17.04.2020); Francis D. Wormouth, "The Origins Of Modern Constitutionalism The Humble Petition and Advice", <http://www.humanitiesweb.org/spa/slc/ID/1837/o/blank>, (17.04.2020). Bu konuda geniş bilgi için bkz. Patrick Little, "Monarchy to protectorate: re-drafting the Humble Petition and Advice, March - June 1657", **Historical Research**, Vol. 79, No. 203, February 2006, ss. 144-149, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2281.2005.00332.x/pdf>, (17.04.2020). Instrument of Government tam metni için bkz. <http://www.constitution.org/eng/conpur097.htm>, (17.04.2020). Humble Petition and Advice tam metni için bkz. <http://www.constitution.org/eng/conpur102.htm>, (17.04.2020).

⁴⁰ 1688 İngiliz Devrimi'ne *Şanlı Devrim (The Glorious Revolution)* veya *Kansız Devrim (The Bloodless Revolution)* da denilmektedir.

⁴¹ Stuart Hanedanlığı'ndan Kral II. Charles'ın ölmesi üzerine 1685 senesinde tahta geçen kardeşi II. James'in benimsediği Katolik ve mutlakiyetçi yönetim anlayışı sonucunda Kral ile Parlamento'nun arası bozulmuş, halkın desteğini alan Parlamento nezdinde bir piskopos ve altı siyasetçi aynı zamanda II. James'in yeğeni ve damadı olan, dönemin Hollanda Cumhuriyeti yönetiminin başındaki (Stadtholder) III. William'ı, II. James ile mücadele etmesi için davet etmişlerdir. III. William ordusu ile birlikte Kasım 1688'de İngiltere'ye çıkarma yapmış ve yayımladığı bir bildirge ile İngiltere'ye özgür parlamentoyu güvence altına almak için geldiğini ilan etmiştir. II. James yönetiminin politikalarından hoşnut olmayan İngiliz halkı III. William'ın yanında yer almıştır. Nitekim halk desteğinden yoksun olan II. James ise Aralık 1688'de Fransa'ya kaçmak zorunda kalmıştır. Bunun sonucunda İngiltere yönetiminde III. William ile eşi II. Mary'nin hükümdarlığı başlamıştır. Bkz. John Miller, **The Glorious Revolution**, 2nd Edition, Addison Wesley Longman Limited, New York, 1997, ss. 3-9, 15.

tarafından değil, parlamenter hesap verebilirlik ilkesini kabul etmiş bir anayasal hükümdar tarafından yönetilmeye başlamıştır⁴².

İngiliz Parlamentosu'nun temsili bir organ olarak ortaya çıktığını belirtmiştik. Burada temsil edilenlerden kasıt, Parlamento'nun ilk dönemlerinde İngiliz toplumun üst sınıfını oluşturan soylulardır. Daha sonraları ise ülkede yaşayan bir kısmın seçme hakkına sahip olması ile Parlamento'nun temsil niteliği soyluların ve din adamlarının ötesine genişleyerek artmıştır⁴³. Bununla birlikte 1688 yılındaki İngiliz Parlamentosu da İngiliz nüfusunu temsil bağlamında kapsayıcı bir organ değildir⁴⁴. Topluma sınırlı oy ilkesi temelinde oy hakkı tanınarak belirli kişilerin oy kullanmadan mahrum bırakılması karşısında sistemin tam anlamıyla demokratik olduğunu da söyleyemeyiz⁴⁵. Gerçekten de demokratik bir rejim için öncelikle parlamento seçimlerinde genel oy ilkesinin benimsendiği bir siyasal düzenin varlığı şarttır. Bununla birlikte rejimin demokrasi ilkesi açısından bu niteliği, parlamento aracılığıyla hükümdarın sınırlandırıldığı gerçeğini de değiştirmez. Bu bağlamda siyasal iktidara sahip olan mutlak egemen hükümdarın, üyeleri sınırlı oy ile belirlenen parlamento tarafından frenlendiği ve sınırlandırıldığı yönetimleri *siyasal hesap verebilir yönetim* olarak adlandırmak doğru olacaktır⁴⁶. Şu hususu önemle belirtelim ki her demokratik yönetimin siyasal hesap verebilir niteliği haiz olması karşısında her siyasal hesap verebilir yönetimi demokratik olarak nitelendiremeyiz. İngiliz Parlamentosu'nun ortaya çıkması ile yönetimin demokratik olmaktan ziyade hesap verebilir olması söz konusudur⁴⁷.

⁴² Fukuyama, s. 403.

⁴³ Ertaş, s. 58.

⁴⁴ Loveland, s. 27.

⁴⁵ Ertaş, s. 58.

⁴⁶ Bkz. Fukuyama, ss. 321-322. Burada siyasal hesap verebilir yönetimden anlamamız gereken, yöneticilerin yönetilen halka karşı sorumlu olduklarına inandığı ve toplumun menfaatlerini kendi çıkarlarının üzerinde tuttuğu yönetimdir. Bu yönetim biçimini mutlak yönetimler ile demokratik yönetimler arası bir geçiş yönetimi olarak görebiliriz. Nitekim zamanla oy verme hakkının mülk sahibi olmayan erkekler ve kadınlar gibi toplumdaki geniş kesimleri kapsamaya ile yönetimlerin demokratikleşmesi söz konusu olabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında Britanya, Amerika Birleşik Devletleri ve Batı Avrupa'da siyasal hesap verebilirliğin demokratikleşmesi ancak 20. yüzyılda gerçekleşebilmiştir. Fukuyama ss. 321-322.

⁴⁷ Ertaş, s. 58. Hesap verebilirliğin en tipik şekli olarak genel oy ilkesinin geçerli olduğu çok partili seçimler karşımıza çıkmasına karşın, seçimler hesap verebilirliğin tek aracı da değildir. Nitekim şekli anlamda hesap verebilirlik usulüdür; hükümet kendi rızasıyla yetkisini sınırlandıran birtakım mekanizmalara tabi olmayı kabul eder. Bununla birlikte *YUHFD Cilt. XV No.2 (2020)*

B. WESTMINSTER PARLAMENTOSU'NUN KARMA YÖNETİM TEORİSİ VE KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİYLE İLİŞKİSİ

1. Westminster Parlamentosu'nun Kuramsal Kökeni: Karma Yönetim

Westminster Parlamentosu, alt kanat olarak bilinen Avam Kamarası ile üst kanat olarak bilinen Lordlar Kamarası'ndan meydana gelen çift meclisli bir yapıyı haizdir. Toplumdaki sınıflar ya da zümreler temelinde, aristokrasinin temsil edildiği Lordlar Kamarası ile çok daha geniş bir kitleyi içine alan avamın/halkın temsil edildiği Avam Kamarası'nı bünyesinde barındıran Birleşik Krallık Parlamentosu'nun kökeninde karma yönetim teorisini bulmak mümkündür⁴⁸. Şöyle ki İngiliz topraklarında 13. yüzyıldan beri toplanan Parlamento; Kral, Lordlar ve Avam şeklinde üç zümreyi bünyesinde barındırmaktaydı ve bu yönüyle de İngiliz yönetimi parça parça monarşi, aristokrasi ve demokrasinin bileşiminden oluşmaktaydı⁴⁹.

Monarşi, aristokrasi ve demokrasinin harmanlanması, sınıf temeline dayanan karma yönetim teorisinin ana fikrini oluşturur⁵⁰. Karma yönetim teorisinin özünde iktidarın kuvvetler ayrılığı ilkesindeki gibi fonksiyonlardan ziyade toplumdaki zümreler temelinde bölünmesi söz konusudur⁵¹. Toplumsal hayattaki başlıca menfaat gruplarının yönetime birlikte katılmasına izin vererek bu gruplardan birisinin diğerlerine hükmedebilmesinin önüne geçmeyi amaçlayan karma yönetim teorisinin kökenleri Antik Yunan ve Antik Roma'ya kadar dayanmaktadır⁵². Bu

çoğunlukla anayasalarda belirtilen bu usuller toplumdaki bireylere görevi kötüye kullanma, yetersizlik veya yetkinin suiistimali sebepleriyle yönetimi yenileme imkânı vermekte olup bunun da en baskın hali (yetişkinler açısından) genel oy ilkesinin geçerli olduğu çok partili seçimlerdir. Fukuyama, ss. 321-322.

⁴⁸ Jenny S. Martinez, "Horizontal Structuring", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, (Ed. Michel Rosenfeld and Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 561.

⁴⁹ Colin R. Munro, **Studies in Constitutional Law**, Butterworths, London, 1987, s. 187.

⁵⁰ M. J. C., Vile, **Constitutionalism and the Separation of Powers**, 2nd Edition, Liberty Fund, Indianapolis, 1998, s. 37.

⁵¹ Munro, s. 187. Nitekim karma yönetim teorisini toplumdaki başlıca menfaatlerin/grupların devlet fonksiyonları içerisinde bir arada yer alması gerektiği fikrine dayanır. Bu şekilde bir grubun/çıkarın iradesini diğerlerine dayatmasının da önüne geçilecektir. Buna karşın kuvvetler ayrılığı teorisine ise saf halinde devletin fonksiyonlarını yine devletin bölümleri arasında bölüştürerek her bir bölümün kendi fonksiyonunu yerine getirmesinin sağlanması yoluyla sınırlandırmaktadır. Vile, s. 37. Karma yönetim teorisine ve kuvvetler ayrılığı öğretisine arasındaki ilişki için bkz. Ertaş, ss. 31 vd. ile 119 vd.

⁵² Munro, s. 187. Nitekim iktidarın dengelenmesi açısından Antik Yunan ve Roma'nın karakteristik yönetim teorisine kuvvetler ayrılığı değil karma yönetimdir. Vile, s. 25.

hususun bir yansıması olarak dengeli yönetimin sağlanması kapsamında karma yönetimin izlerine Aristo ve Polybius gibi düşünürlerin eserlerinde rastlamak mümkündür⁵³. Üç temel yönetim şekli olan monarşi, aristokrasi ve demokrasi; iktidarın tek kişi ya da grubun eline düşerek keyfi veya şahsi çıkarlar uğruna kullanılması sonucunda yozlaşarak sırayla tiranlık, oligarşi ve anarşiye dönüşebilir⁵⁴. Bunu önlemenin yolu ise çeşitli yönetim biçimlerinin bir araya getirilerek yönetimin dengelenmesi ve ölçülü hale getirilmesidir⁵⁵. Nitekim karma yönetim teorisi de esasen kuvvetler ayrılığı ilkesi gibi iktidarın tek elde toplandığı mutlak yönetimlerin önüne geçmeyi amaçlar⁵⁶. Görüldüğü üzere karma yönetim; tek kişi (hükümdar), azınlık (aristokrasi) ve çoğunluğun (halk) yönetimini bir araya getiren bir yönetim biçimidir⁵⁷.

Uygulama alanı açısından karma yönetim teorisinin merkezinde yasama organları yer almaktadır. Feodal temelli çok meclis sistemleri, toplumdaki feodal sınıflar arasındaki bölünmenin yansımasının bir sonucudur⁵⁸. İktidarın bu unsurlar temelinde bölünmesi, orta çağlarda teşekkül eden birçok ülke konseyi ya da meclisinin ortak özelliğidir⁵⁹. Tarihsel kökeni orta çağlara dayanan çift meclisli veya iki kanatlı Westminster Parlamentosu, yapısını karma yönetim şeklinden almaktadır. Nitekim İngiliz terminolojisinde Parlamento; Kralın, Lordların ve Avamın birlikte hareket

⁵³ Munro, s. 187. Gerek Aristo'nun *Politics*, gerek Polybius'ın *Histories* isimli eserlerinde toplumdaki farklı sınıfların yönetime dâhil edilerek hükümet etme sürecinin dengelenmesi ve ılımanlaştırılması fikrinin altı çizilmektedir. Antik anayasacılık düşünürlerinin temel amacı toplumdaki farklı sınıflar arasında bir denge sağlamaktır. Vile, s. 25. Bu konu için bkz. Benjamin Jowett, **The Politics of Aristotle**, Book IV, Clarendon Press, Oxford, 1885, ss. 148 vd.; Polybius, **The Histories**, (Çev. W. R. Paton), Vol. III, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1979, ss. 271 vd. Yine Cicero da ideal devlet düzenini betimlerken monarşi, aristokrasi ve demokrasinin birleşiminden meydana gelen bir karma yönetim modeli öngörmüştür. Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 13. Basım, İstanbul, 2017; Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 138.

⁵⁴ Richard Bellamy, "The Political Form of the Constitution: Separation of Powers, Rights and Representative Democracy", **The Rule of Law and Separation of Powers**, (Ed. Richard Bellamy), Ashgate/Darmouth, Hants and Burlington, 2005, s. 257.

⁵⁵ Bellamy, s. 257.

⁵⁶ Munro, s. 187.

⁵⁷ Martinez, s. 549.

⁵⁸ Sajó, s. 149.

⁵⁹ Munro, s. 187.

ettikleri ülkeyi yöneten üstün organı işaret eder⁶⁰. Hemen belirtelim günümüz İngiliz anayasal düzeninde kralın konumu tamamen sembolik olup, kral ancak kanun çıkarılmayan alanlarda kraliyet imtiyazı dâhilinde işlem yapabilir ki bu işlemleri de başbakanın veya ilgili bakanın tavsiyesi üzerine yapar. Başka bir deyişle İngiliz siyasal düzeninde şeklen ve hukuken kralda olan bir yetki esasen başbakan veya ilgili bakanın inisiyatifi veya takdir yetkisi dâhilinde kullanılır.

Günümüz anayasal devletlerinin referans aldığı ilkelerin başında gelen kuvvetler ayrılığı ilkesinin teorik ve tarihsel öncülü karma yönetim teorisi olduğu gibi bu ilkenin ilk modern izleri de yapısal olarak karma yönetimle harmanlanmış şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu gelişmelerin merkezinde ise parlamento vardır. Bu husus, isimleri kuvvetler ayrılığı ilkesi ile anılan düşünürler John Locke ve Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu'nün yazılardan anlaşılmalıdır. Belirttiğimiz bu iki düşünür, ideal sınırlı devlet yapılarını tasvir ederken yaşadıkları dönemdeki İngiltere'nin siyasal yapısından esinlenmişlerdir. İlk olarak John Locke, yasama organının üç farklı unsurdan meydana geldiğini belirtmiştir. Locke'a göre bu unsurlar veya birimler; sürekli, üstün, yönetsel yetkiye sahip, belirli zaman dilimlerinde diğer iki birimi toplantıya çağırma ve feshetme yetkisini elinde bulunduran irsî yolla başa geçen tek bir kişi; irsî olarak belirlenen soylulardan oluşan bir meclis; halk tarafından belirli bir zaman diliminde hizmet etmek için seçilen bir temsilciler meclisidir⁶¹. Locke'un burada belirttiği unsurlar Kral, Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası'dır⁶². Yine John Locke, yasama iktidarını diğer iktidarlar olan yürütme iktidarı ve federatif iktidardan üstün görmektedir⁶³. Ünlü düşünür, diğer iktidarların siyasal yapı içerisinde üstün konumda olan yasama

⁶⁰ Giovanni Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", **American Political Science Review**, Vol. 56, No. 4, December 1962, <http://www.jstor.org/stable/1952788>, (03.07.2019), ss. 853-854; Loveland, s. 27.

⁶¹ John Locke, **Second Treatise of Government**, (Ed. Jonathan Bennett), 2008, <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>, (10.07.2019), chap. XIX, sec. 213, s. 71. Hemen belirtelim John Locke, kanun koyucu yasama iktidarı yanında milletlerarası ilişkilerin yürütülmesini federatif şeklinde ayrı bir iktidar olarak görmüş, kanunların toplumdaki bireylere uygulanmasını yürütme iktidarı olarak belirtmiştir. Düşünür yargıyı ayrı bir iktidar olarak belirtmek yerine yürütme iktidarının bir parçası olarak değerlendirmiştir. Bkz. Locke, chap. XII, sec. 143, ss. 46 vd.

⁶² Ertaş, s. 39.

⁶³ Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 28; Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 168.

iktidarına tabi olduğunu belirtmektedir⁶⁴. Bu husus ise aşağıda da üzerinde duracağımız İngiliz anayasal düzeninde geçerli olan parlamentonun egemenliği ilkesini işaret etmektedir.

Karma yönetim teorisinin izlerinin görülebileceği diğer bir düşünür de Montesquieu'dür. Montesquieu, aynı zamanda adı kuvvetler ayrılığı ilkesi ile en çok özdeşleşmiş olan düşünürdür⁶⁵. Nitekim anayasal ve dengeli yönetimin oluşturulması için devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı şeklinde üç temel unsura veya organa bölüştürülerek sınırlandırıldığı yönetim biçimi ilk kez Montesquieu'nün ifadelerinde açık bir şekilde yer almıştır. Montesquieu 1748 tarihli *Kanunların Ruhu (The Spirit of the Laws)* adlı eserinde modern kuvvetler ayrılığı ilkesine en yakın tasviri yapmıştır⁶⁶. Bununla birlikte Montesquieu'nün dengeli ve sınırlı yönetimi tasvir ettiği ifadelerinde aynı zamanda karma yönetimin unsurlarına rastlamak mümkündür. Bir kere Montesquieu, yürütme yetkisini irsî olarak belirlenen bir hükümdara vermektedir⁶⁷. Hatta Montesquieu, ortada bir hükümdar yoksa ve yürütme faaliyeti yasama organı içerisinden çıkan kişilere verilirse bu hususun yasama ve yürütme iktidarlarının birleşmesi anlamına geleceği için özgürlük açısından sakıncalı olduğunu vurgulamıştır⁶⁸. Başka bir ifade ile Montesquieu, yürütme iktidarının yasama organı bünyesinde teşekkül ettiği monist parlamenter sistemleri kuvvetler birliği olarak betimlemekte ve özgürlük açısından sakıncalı görmektedir.

Montesquieu'nün ideal siyasal düzeninde yasama organı iki meclisli bir yapıdadır. Düşünüre göre yasama organı, irsî olarak göreve gelen soylular ile halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşur⁶⁹. Montesquieu siyasal bir düzende doğum, servet ve şöhret bakımından seçkin kişilerin bulunabileceğini; bu soylu kişilerin avam veya halk ile aynı muameleye tabi

⁶⁴ Locke, chap. XIII, sec. 149, s. 48.

⁶⁵ Vile, s. 83; Ergun Özbudun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 14. Montesquieu'nün kendisinden önceki düşünürlere kıyasla kuvvetler ayrılığı teorisini en belirgin haliyle ortaya koyması ve kişi özgürlüklerinin korunmasını kuvvetlerin ayrılması sonucu oluşan dengeye bağlaması bu hususun temel sebebidir. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 492.

⁶⁶ Mehmet Turhan, **Anayasal Devlet**, 4. Baskı, Naturel Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 87; Levent Gönenç, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 64.

⁶⁷ Bkz. Baron de Secondat Charles Montesquieu, **The Spirit of Laws (1748)**, İngilizce'ye çeviren: Thomas Nugent (1752), Batoche Books, Kitchener, 2001, s. 178

⁶⁸ Bkz. Montesquieu, s. 178.

⁶⁹ Bkz. Montesquieu, s. 177.

tutulmalarının ve diğerleri gibi bunlara tek oy hakkı tanınmasının çoğunluğun özgürlüğü yanında soyluların köleliği anlamına geleceğini belirtmiştir⁷⁰. Montesquieu'ye göre bu tür seçkin kişilerin yasama organındaki payları devlet içerisinde sahip oldukları diğer ayrıcalıklar ölçüsünde olmalıdır. Bunun mümkün olması ise soyluların, halkın kanuna aykırı eylemlerinin denetlenebildiği bir organ kurmalarına bağlıdır⁷¹. Montesquieu'nün dile getirdiği yasama organını meydana getiren meclisler veya kanatlar İngiliz Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası'yla örtüşmektedir.

Görüldüğü üzere Montesquieu'nün tasvir ettiği kuvvetler ayrılığına dayanan düzen karma yönetimden izler taşımaktadır. Daha açık bir ifadeyle Montesquieu'nün, sınırlı devlet ve dengeli yönetimi formüle ederken kuvvetler ayrılığı ile karma yönetimi harmanladığını söyleyebiliriz. Yani Montesquieu, siyasal özgürlüğün güvence altında olduğu bir rejimi, hem yasama, yürütme ve yargı iktidarlarının birbirinden ayrıldığı hem de toplumdaki sınıfların temsil edilerek bunlar arasında bir denge kurulduğu bir siyasal düzen içerisinde kurgulamıştır⁷². Nitekim düşünürün üç iktidarın üç organa paylaştırıldığı kuvvetler ayrılığı sistemi, aynı zamanda toplumdaki üç farklı kesimin de temsil edildiği bir sistemdir⁷³. Hemen belirtelim Montesquieu'nün ifadelerinden, sınırlı oy esasının geçerli olduğu ve iki kanatlı parlamentoya ev sahipliği yapan dönemin İngilteresi'nden etkilendiği kolaylıkla anlaşılmaktadır.

2. Westminster Parlamentosu'nun Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Kurumsallaşmasına Etkisi

Westminster Parlamentosu'nun İngiliz siyasal düzeninde kuvvetler ayrılığı ilkesinin tesisinde etkili olup olmadığı diğer önemli bir konudur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi gerek John Locke gerekse Montesquieu, devlet iktidarlarını ayırırken karma yönetim teorisinden ve yaşadıkları dönemlerde bu teorinin uygulamasına ev sahipliği yapan olan İngiliz siyasal sisteminden etkilenmişlerdir. Hemen belirtelim kuvvetler ayrılığının

⁷⁰ Bkz. Montesquieu, s. 177. Montesquieu'nün ifadelerinde soyluların menfaatlerini bu denli gözetmesi kendisinin de esasen bir soylu olmasına ve bu sebeple soyluların endişelerinin giderilmesi gayesi de gütmesine bağlanmaktadır. Mustafa Kutlu, **Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri – Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 114.

⁷¹ Bkz. Montesquieu, s. 177.

⁷² Bkz. Ertaş, s. 45.

⁷³ Ertaş, s. 49.

geleneksel olarak mutlak monarşi ile yönetilen bir siyasal düzene adapte edilmesi pek tabii yasama, yürütme ve yargı iktidarlarını kendisinde toplayan hükümdardan yasama ve yargının alınarak hükümdardan ayrı ve bağımsız organlara verilmesiyle söz konusu olabilir⁷⁴.

Yasama, yürütme ve yargı organlarının modern anlamda ayrıldığı ilk ülke İngiltere olarak belirtilmektedir⁷⁵. Bunu tetikleyen unsur olarak 17. yüzyılda Kral ile Parlamento arasında yaşanan anayasal ihtilaflar ve siyasal krizler gösterilmektedir⁷⁶. Yukarıda da değindiğimiz gibi İngiltere’de kralın iktidarının bir daha geri gelmemek üzere sınırlandırılması ve günümüze değin sürecek istikrarlı bir sınırlı yönetimin tesisi 1688 Devrimi sonucunda gerçekleşmiştir. Nitekim İngiliz Parlamentosu ile Kral arasındaki iktidar paylaşımından kaynaklı anlaşmazlıkların sonucunda ortaya çıkan Şanlı Devrim ile İngiliz siyasal düzende yasama ve yürütme iktidarı arasındaki ayrılık ve yargı bağımsızlığı gibi prensipler önem kazanmıştır⁷⁷. Bununla birlikte şu hususu da önemle belirtelim ki Stuart Hanedanlığı’ndan birtakım hükümdarların eğilimleri ve çabaları dışında İngiliz yönetimi hiçbir zaman tam anlamıyla mutlak olmamıştır. Nitekim İngiliz siyasi tarihinde kral, yönetimi açısından zaruri olan mali ve askeri kaynakları temin için soyluların desteğine her zaman ihtiyaç duymuştur⁷⁸. Bu desteğin karşılığında da kral yönetme yetkisi dâhilinde olan unsurlardan birtakım tavizler vererek Parlamento’nun desteği ile yönetimini sürdürmek durumunda kalmıştır⁷⁹.

⁷⁴ İngiliz siyaset bilimci Maurice Vile kuvvetler ayrılığı ilkesini saf haliyle şu şekilde formüle etmiştir:

“Siyasal özgürlüğün sağlanması ve sürdürülmesi için devletin yasama, yürütme ve yargı olarak üç organa veya bölüme ayrılması zorunludur. Bu üç organın her biri açısından yasama, yürütme ve yargıya tekabül eden tanımlanabilir fonksiyonlar vardır. Devletin her bir organı kendi fonksiyonunun yerine getirilmesi ile sınırlı kalmalı ve diğer organların fonksiyonlarına tecavüz etmesine izin verilmemelidir. Dahası devletin bu üç organını oluşturan kişiler ayrı ve bağımsız olmalı, hiç kimsenin aynı anda birden fazla organın üyesi olmasına izin verilmemelidir. Bu şekilde organlar birbirini frenleyebilecek ve hiçbir grup devlet mekanizmasını kontrol edemeyecektir.” Bkz. Vile, s. 14. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin alt ilkeleri, saf ve modern görünümleri için bkz. Ertaş, s. 105 vd.

⁷⁵ Sajó, s. 71.

⁷⁶ M. Elizabeth Magill, “The Real Separation in Separation of Powers Law”, **Virginia Law Review**, Vol. 86, No. 6, (September 2000), <http://www.jstor.org.ezproxy.ub.unimaas.nl/stable/pdf/1073943.pdf>, (10.04.2020), ss. 1162 -1163; Martinez, s. 549.

⁷⁷ Martinez, s. 549.

⁷⁸ Loveland, s. 87.

⁷⁹ Loveland, ss. 87-88.

Şanlı Devrim'in Parlamento lehine hukuksal kazanımı olarak nitelendirilebileceğimiz ve dönemin Kralı III. William tarafından onaylanarak yürürlüğe giren 1689 Bill of Rights, 1. maddesinde Parlamento'nun rızası olmaksızın hükümdarın kanunları ilga etme, kanunların uygulanmasını askıya alma ve kanunları uygulama yetkisini kullanamayacağını hükme bağlamıştır⁸⁰. Aynı kanunun 4. ve 6. maddeleri hükümdarın harcaması için vergi alınması ve barış döneminde ordunun toplanarak hazır bulundurulmasını da Parlamento'nun onayına tabi kılmıştır. Yine Bill of Rights'ta serbest seçim ilkesi, yasama sorumsuzluğu, jüri üyelerinin liyakatle belirlenmesi gibi anayasal ilkelere de yer verilmiştir. Şanlı Devrim'in diğer bir önemli anayasal kanunu olan ve esasen veraset kurallarına ilişkin prensipleri hükme bağlamak için çıkartılan 1701 Act of Settlement da devlet iktidarının sınırlandırılmasına ve ayrılmasına ilişkin hükümler ihtiva etmekteydi⁸¹. Nitekim ilgili kanun, kralın bünyesinde görev yapan veya kraldan maaş alan kişilerin Avam Kamarası üyesi olmasını yasaklamıştır. Bu husus yasama ve yürütme organları arasındaki şahsi ayrılığın sağlanması açısından önemlidir. Yine aynı kanun ile yargıçların iyi halleri devam ettiği sürece görevde kalabileceklerini ve sadece Parlamento tarafından görevden alınabileceklerini hükme bağlamıştır. Bu hükümler karşısında 1701 Act of Settlement'ın hem hükümdarın Parlamento üzerindeki nüfusunu azaltmaya hem de yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik hükümler içerdiğini söyleyebiliriz⁸².

Günümüz İngiliz siyasal düzeni kuvvetler ayrılığından çok kuvvetler birliği (fusion of powers) ile anılmaktadır⁸³. Bunun altında yatan kurumsal sebep ise pek tabii yürütme organı üyeleri başbakan ve bakanların aynı zamanda parlamenter olmaları ve Parlamento çalışmalarına katılabilmeleridir⁸⁴. İlk örneği İngiltere olan parlamenter hükümet sisteminde yürütme işlevini fiilen yerine getiren başbakan ve bakanların yasama organı bünyesinde teşekkül etmesi sistemin gerçek anlamda kuvvetler ayrılığı sistemi olmasını engelleyici niteliktedir. İngiliz hükümet sisteminin tam anlamıyla bir kuvvetler ayrılığı sistemi olmaması karşısında Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığını betimlerken İngiliz siyasal düzenini

⁸⁰ Bill of Rights'ın tam metni için bkz. English Bill of Rights, http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp, (11.04.2020).

⁸¹ Act of Settlement'ın tam metni için bkz. Act of Settlement, 1701, <http://www.jacobite.ca/documents/1701settlement.htm>, (12.04.2020).

⁸² Martinez, s. 549.

⁸³ Sartori, s. 853; Heringa, s. 30.

⁸⁴ Heringa, s. 30.

örnek olarak İngiliz sisteminden unsurlara yer vermesinin çok da isabetli olmadığı belirtilmektedir⁸⁵. Yine İngiltere'nin tam olarak kuvvetler ayrılığı olmaması karşısında düşünürün İngiliz siyasal düzeni üzerindeki gözlemlerinin de tam olarak İngiliz sisteminin yapısıyla örtüşmediği belirtilmektedir⁸⁶. İngiliz anayasal düzeninde yasama ve yürütme organları arasında Montesquieu'nün belirttiği şekilde bir ayrılıktan ziyade bir işbirliğinin olduğu belirtilmektedir⁸⁷.

Yürütme yetkisini kullanan başbakan ve bakanların Parlamento bünyesinden teşekkül ettiği parlamenter hükümet sistemine ev sahipliği yapan günümüz İngiliz siyasal sistemini tam olarak kuvvetler ayrılığı sistemi olarak nitelendiremeyiz. Ancak bu husus 1688 Devrimi akabinde İngiltere'de kuvvetler ayrılığı ilkesinin kurumsallaşmadığı anlamına gelmez. Şöyle ki Şanlı Devrim akabinde çıkarılan 1689 Bill of Rights ile yasama yetkisinin kullanılmasındaki inisiyatifin kraldan Parlamento'ya geçtiğini söylersek yanlış yapmış olmayız. Bu şekilde o döneme değin yasama ve yürütme iktidarlarını elinde toplayan Kral, Şanlı Devrim akabinde yürütme yetkisi ile yetinmek zorunda kalmış, Westminster Parlamentosu ise bir danışma organının ötesinde otonom bir yasama iktidarı hüviyetine bürünmüştür. Bu gelişme ise pek tabii yasama ve yürütme iktidarları arasındaki fonksiyonel ve kurumsal ayrılığın oluşması anlamına gelmektedir.

1689 Bill of Rights ile 1701 Act of Settlement'ın yürürlüğe girmesinin hemen akabinde yürütme yetkisi fiilen Parlamento içerisinde çıkan bakanlara geçmemiştir. Nitekim bu dönemde kralın devlet yönetiminde pasif hale geldiğini söylemek güçtür. Başka bir ifadeyle Parlamento'nun Kral karşısında siyasal ve anayasal zaferi ile sonuçlanan 1688 Devrimi, Westminster Parlamentosu'nu yasama iktidarı haline getirmekle birlikte kralın yürütme iktidarı hüviyetine müdahale etmemiştir. Yani 1688 Devrimi sonrasında kralın günlük politikaları belirlediği, bakanlarını serbestçe atadığı ve görevden aldığı bir düzen vardı. Başka bir ifadeyle Şanlı Devrim sonrasında İngiltere'de hem kralın hem de Parlamento'nun devlet yönetimi

⁸⁵; Carl J. Friedrich, **Sınırlı Devlet**, Çev. Mehmet Turhan, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 1999, s. 35. Turhan, s. 90; Arslan, s. 29.

⁸⁶ Vile, s. 93; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 191; Bülent Nuri Esen, **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970, s. 243; Turhan, s. 90. Gönenç, s. 66; Hilaire Barnett, **Constitutional and Administrative Law**, 8th Edition, Routledge, London and New York, 2011, s. 81.

⁸⁷ Esen, s. 243; Teziç, ss. 493-494.

ve politika belirlemede etkin olduğu düalist/ikinci parlamenter hükümet sistemi söz konusuydu. Bu sistem demokratik meşruiyeti olmayan kralın politika belirleyen iki iktidardan birisi yürütmeye sahip olması sebebiyle demokratik değildi ancak kuvvetler ayrılığı ile de çelişki oluşturmuyordu. Nitekim yasama ve yürütme fonksiyonları sırasıyla Parlamento ve Kral şeklinde birbirlerinin varlığına son veremeyen ayrı iki organ ya da birim tarafından yürütülmekteydi⁸⁸.

18. yüzyılın ilk dönemlerinde İngiliz siyasal düzeninde kralın yürütme yetkisini tek başına kullandığını ve bakanlarını da serbestçe seçme eğiliminde olduğunu görmekteyiz⁸⁹. Günümüz İngiliz siyasal düzeninin iskeleti ise 18. ve 19. yüzyılda şekillenmiştir⁹⁰. İngiltere’de yürütme yetkisinin fiilen kraldan Parlamento bünyesinden çıkan başbakan ve bakanlara geçmesinde 1689 Bill of Rights’ın vergilerin Parlamento’nun rızasıyla alınacağına ilişkin hükmü etkili olmuştur. Harcama yapmak için Parlamento ile iyi geçinmek durumunda olan kral zamanla Parlamento’nun güvenine dayanan kişileri bakanları arasından seçmek zorunda bırakılmıştır. Kralın devlet yönetimindeki etkisinin önemli ölçüde törpülenerek onun yerine başbakanın etkin olmaya başlaması ise Hannover Hanedanlığı döneminde bu hanedanlığa mensup ikinci Kral olan II. George’un hükümdarlığı (1727 – 1760) sırasında olmuştur. Nitekim Avam Kamarası üyesi ve Whig Partisi mensubu olan Robert Walpole, 1721 – 1742 tarihleri arasında Büyük Britanya’nın ilk başbakanı sıfatıyla görev yapmıştır⁹¹. Robert Walpole’un başbakanlık dönemi ve bu dönemi izleyen süreçte Britanya’da yürütme yetkisi artık etkin olarak kral değil başbakan ve bakanlar tarafından kullanılmaya başlanmıştır⁹².

İngiltere’de Parlamento’nun Kral II. James ile girişmiş olduğu mücadeleyi kazanması ve akabinde III. William ile eşi II. Mary’nin hükümdarlıklarının başlaması sonucunda çıkarılan anayasal kanunlar ile Westminster Parlamentosu’nun yasama iktidarına bürünmesi söz konusu olmuştur. Bu açıdan Parlamento’nun Kral III. William’ı hâlihazırda

⁸⁸ Yürütme organı tarafından parlamentonun feshi veya Avam Kamarası seçimlerinin yenilenmesi monist/tekçi parlamenter sisteme geçilmesiyle birlikte İngiliz siyasal düzenine yerleşmiştir.

⁸⁹ John Alder, **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, 4th Edition, Palgrave Macmillan, Bristol, 2002, ss. 66-67.

⁹⁰ Alder, s. 67.

⁹¹ Bkz. George Jones, **The Power of the Prime Minister**, The Constitution Society, London, 2016, s. 15 vd.

⁹² Bu konu için bkz. Miller, ss. 68, 72 – 75; Alder, s. 67.

kendisinde bulunan birtakım teşrii yetkilerden Parlamento lehine vazgeçmeye ikna etmesi ve bunun sonucunda yürürlüğe giren 1689 Bill of Rights, İngiltere’de yasama ile yürütme organları arasındaki ayrılığın, düalist/ikinci parlamenter sistemin ve parlamentonun egemenliği ilkesinin kurumsallaşmasına yol açmıştır. Bununla birlikte zaman içerisinde kralın aktif siyasetten uzaklaşarak yürütme yetkisini fiili olarak Parlamento’dan çıkan başbakan ile bakanların kullanmaya başlaması, yürütme iktidarının demokratik olmasına ve temsil kabiliyetine katkı yapmakla birlikte yasama ve yürütme arasındaki ayrılığı törpülemiştir⁹³.

1688 Devrimi ve Devrim’in en önemli anayasal belgesi 1689 Bill of Rights ile İngiltere’de uygulamaya konan parlamenter hükümet sistemi 18. yüzyılın sonu ve 19. yüzyılın başında anayasal monarşiye geçmek isteyen ülkelerin anayasaları tarafından örnek alınmıştır⁹⁴. Söz gelimi kuvvetler ayrılığı ilkesine büyük önem veren 1789 Fransız Devrimi⁹⁵,nin başlangıçtaki amacı Fransa’da İngiliz tipi bir anayasal monarşi inşa etmektir. Nitekim Fransız Devrimi’nin ürünü olan 1791 Anayasası yürütme yetkisinin Kralda olduğu bir parlamenter hükümet sistemi öngörmektedir. Fransa’da 1792 yılında cumhuriyet ilan edilmiş ve akabinde kabul edilen 1793 Anayasası’nda cumhuriyet rejimi öngörülmüştür⁹⁶. 1791 Anayasası’nın III.

⁹³ Düalist/İkinci ve Monist/tekçi parlamenter sistem hakkında açıklama için bkz. Kazuyuki Takahashi, “Contemporary Democracy in a Parliamentary System”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 53, No. 1, The Constitution of Japan: The Fifth Decade: [Part 1] (Winter, 1990), <http://www.jstor.org/stable/pdf/1191830.pdf?refreqid=excelsior%3A9721ea05826d139edf494f6582eac5fc>, (02.04.2020), s. 107.

⁹⁴ Bu hususta 1787 Amerikan Anayasası cumhuriyet rejimi ve kuvvetlerin sert ayrılığı olarak bilinen başkanlık sistemini benimsemiştir. Lakin bu tercihte yadırganacak bir durum da yoktur. Nitekim Amerikan Bağımsızlık Savaşı (1775-1783) Westminster Parlamentosu’nun, Parlamento’da temsil edilmeyen Kuzey Amerika Kıtası’ndaki İngiliz Kolonilere yönelik koyduğu yüksek vergiler ve düzenleyici işlemler sonucunda patlak vermiştir. Bu husus İngiliz monarşisine ve Westminster Parlamentosu’na tepkinin sonucu olan Bağımsızlık Savaşı sonrası kurulan devletin yapısına doğrudan yansımıştır. Bkz. Bkz. Mark Tushnet, **The Constitution of the United States - A Contextual Analysis**, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, s. 9 vd.; John R. Vile, **A Companion to the United States Constitution and Its Amendments**, 5th Edition, Praeger, Santa Barbara, California, Denver, Colorado, Oxford, England, 2010, s. 1. vd.

⁹⁵ Nitekim 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi 16. maddesinde “*kuvvetler ayrılığının sağlanmadığı veya hakların güvence altında olmadığı toplumların anayasası yoktur.*” ifadesine yer vermektedir. Bildirge’nin tam metni için bkz. Declaration of the Rights of Man – 1789, http://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp, (17.04.2020).

⁹⁶ 1789 Devrimi’nin başında XVI. Louis yönetme hakkının sınırlı bir şekilde sınırlandırılmasına razı olsa da Milli Meclis’in Kral’ın yetkileri konusunda temel değişiklikler yapmaya başlaması üzerine Kral’ın bu duruma tepki gösterdiğini görmekteyiz. *YUHFD Cilt. XV No.2 (2020)*

başlığının 3. maddesi “*Yasama yetkisi halk tarafından serbestçe seçilen geçici temsilcilerden oluşan Milli Meclis’e verilmiştir.*” hükmüne yer vermektedir. 1791 Anayasası’nın III. başlığının 4. maddesi “*yönetim monokratik olup yürütme yetkisi Kral’ın otoritesi altında bakanlar ve diğer sorumlu görevliler tarafından kullanılmak üzere Krala verilmiştir.*” ifadesini içermektedir. Bu iki hüküm bir arada düalist/ikici parlamenter sistemi çağrıştırmaktadır. Yine benzer şekilde anayasal monarşiyi benimseyen 1791 Polonya-Litvanya Birliği Anayasası⁹⁷, 1814 Norveç Anayasası⁹⁸, 1815 Hollanda Anayasası⁹⁹ ve 1831 Belçika Anayasası¹⁰⁰,’nda Şanlı Devrim sonrası oluşan İngiliz siyasi düzeninin etkilerini ve yansımalarını görmek mümkündür.

Özetle şu husus belirtebiliriz ki Westminster Parlamentosu’nun mutlak yönetim yanlısı Kral II. James ile girdiği mücadeleyi kazanarak yeni Kral olarak belirlediği III. William’ı 1689 senesinde Bill of Rights’ı onaylamaya ikna etmesi, İngiliz siyasi düzeninde bir daha ortadan kalkmamak üzere sınırlı devletin, parlamentonun egemenliğinin ve parlamenter hükümet sisteminin temellerini atmıştır. Kralın teşrii yetkilerini önemli ölçüde

Nitekim 1791 Anayasası kralın geleneksel yetkilerini yasama organı ile birlikte kullanılmasını öngörmüştür. Anayasa taslağı üzerinde son değişikliklerin yapıldığı dönemde kraliyet ailesi gizli bir şekilde Paris’ten Fransa’nın doğu sınırına kaçmaya çalışırken yakalanmıştır. Aynı dönemde Kraliçe Marie –Antoinette’in kardeşi olan Kutsal Roma İmparatoru ve Avusturya Arşidükü II. Leopold’un ordusu devrim esnasında Fransa’dan göç eden aristokratlar ve Kral’ın kardeşleri ile birlikte Fransız sınırına konuşlanmıştı. Bu gelişmeler üzerine Fransız Milli Meclisi 22 Eylül 1792 tarihinde aldığı bir kararla monarşiyi kaldırarak cumhuriyeti ilan etmiştir. R. Jack Censer ve Lynn Hunt, **Liberty, Equality, Fraternity: Exploring The French Revolution**, The Pennsylvania University Press, Canada, 2008, ss. 62 – 66.

⁹⁷ Bkz. Mark F. Brzezinski, “Constitutional Heritage and Renewal: The Case of Poland”, **Virginia Law Review**, Vol. 77, No. 1 (Feb., 1991), https://www.jstor.org/stable/pdf/1073115.pdf?_=1466013323744, (18.04.2020), s. 63.

⁹⁸ Bkz. David Redvaldsen, “Great Britain and the Norwegian constitution of 1814”, **Parliaments, Estates and Representation**, Routledge, 2014, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/02606755.2014.946828?needAccess=true>, (18.04.2020), s. 182 vd.

⁹⁹ Bkz. Leonard F.M. Besselink, **Constitutional Law of the Netherlands**, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2004, ss. 14-16.

¹⁰⁰ Bkz. Denis Baranger ve Christina Murray, “Systems of Government”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, (Ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders), London and New York, 2013, s. 77; Alain Wijffels, “The French-Dutch Heritage of the Belgian Constitution of 1830”, **Journal of Constitutional History (Giornale di Storia Costituzionale)**, No. 19, 2010, http://www.storiacostituzionale.it/doc_19/Wijffels_GSC19.pdf, (18.04.2020), ss. 135- 136.

kaybetmesi ve elinde yürütme yetkisinin kalmasıyla yasama ve yürütme arasında fonksiyonel ve kurumsal ayrılık da sağlanmıştır. Bundan dolayı kuvvetler ayrılığının kurumsallaşmasının ilk örneğinin İngiltere olduğunu söyleyebiliriz. İngiliz yönetim sisteminin monist parlamentarizme evrilmesiyle sistemin bir tür kuvvetler birliğine büründüğünden bahsedebiliriz ki bu da 18. yüzyılın ikinci çeyreğinden itibaren gerçekleşmeye başlamıştır¹⁰¹. Bu şekilde yönetim de demokratik hüviyete bürünmeye başlamış ama yürütmenin yasama bünyesinden teşekkül etmesi sonucunda yasama ve yürütme arasındaki kurumsal ve fonksiyonel ayrılık yerini bir tür kaynaşmaya bırakmıştır¹⁰². Şu hususu da belirtelim her ne kadar yasama ve yürütme arasında fonksiyonel ve kurumsal ayrılık zayıf olsa da kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukuk devleti ve parlamentonun egemenliği ilkeleri ile birlikte İngiliz anayasal sisteminin temel yapı taşları olarak görülmektedir¹⁰³. Bu açıdan her ne kadar uygulamada yasama ve yürütme organlarının tam anlamıyla ayrılığına sahne olmasa da kodifiye edilmemiş yumuşak İngiliz Anayasası ve İngiliz anayasa hukuku öğretisi kuvvetler ayrılığı ilkesine kuramsal açıdan çok büyük önem atfetmektedir.

II. WESTMINSTER PARLAMENTOSU'NUN YAPISI VE İNGİLİZ KANUN YAPIM SÜRECİ

A. WESTMINSTER PARLAMENTOSU'NUN YAPISI VE PARLAMENTO ÜYELERİNİN BELİRLENME USULÜ

1. Genel Olarak

Birleşik Krallık Parlamentosu, üyeleri doğrudan halk tarafından seçilen ve Parlamento'nun alt kanadı olarak bilinen Avam Kamarası ile üyeleri seçimle göreve gelmeyen ve Parlamento'nun üst kanadı olan Lordlar

¹⁰¹ Günümüzde kuvvetler ayrılığı ilkesini yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiler bakımından kuvvetler dengesi olarak algılamak doğru olacaktır. Modern anayasal düzenlerde fonksiyonel, kurumsal ve şahsi düzeyde asıl ayrılık yargı organının yasama ve yürütme organlarından ayrılığıdır. Kuvvetlerin sert ayrılığı olarak bilinen Amerikan anayasal düzeninde dahi yasama ve yürütme organları keskin bir şekilde ayrılmamaktadır. Bkz. Ertaş ss. 430-431.

¹⁰² Hemen belirtelim Birleşik Krallık'ta hükümet teknik olarak hükümdarın hükümetidir. Başka bir deyişle yürütme yetkisi şeklen de olsa hükümdardadır. Ancak kral ya da kraliçenin yürütme yetkisi dâhilindeki bir konuda takdir yetkisi kullanması veya tek başına karar alması söz konusu değildir. Nitekim hükümdarın bütün işlemleri başbakan veya ilgili bakanın karşı - imzasına tabidir. Bu husus ilgili işlemin arkasında başbakan veya ilgili bakanın iradesinin olduğu anlamına gelir.

¹⁰³ Barnett, s. 80. Gerçekten de hemen hemen tüm İngiliz anayasa hukuku kitaplarında kuvvetler ayrılığı başlıklarına veya konularına rastlamak mümkündür.

Kamarası'ndan oluşmaktadır. Ortaçağ'da danışma işlevi olan ve kral nezdinde toplanan feodal Kral Konseyi'nin geçirdiği evrim sonucunda ortaya çıkan Birleşik Krallık Parlamentosu'nda 14. yüzyıldan beri iki meclis ayrı toplanmaktadır¹⁰⁴. Başlarda yerel grupların ve menfaatlerin temsili bir organı olarak danışma işlevi gören Parlamento, 15. yüzyıldan itibaren kanun yapımı alanında daha önemli bir rol üstlenmeye başlamıştır¹⁰⁵. Parlamento'nun iki kanadı da Londra'daki Westminster Sarayı'nda bulunduğu için Birleşik Krallık Parlamentosu Westminster Parlamentosu olarak da anılmaktadır¹⁰⁶.

2. Avam Kamarası

Avam Kamarası, Birleşik Krallık Parlamentosu'nun İngiliz halkını temsil eden kanadıdır. İsmi, kuruluşundan bu yana Parlamento'da temsil edilen ve daha sonra ayrı bir şekilde Lordlar Kamarası'nda toplanan feodal soylular ve ruhbandan farklı olarak halk/avam veya bölgesel düzeydeki toplumlara işaret etmektedir¹⁰⁷. Parlamento'ya ilk defa 13. yüzyılın sonlarında çağrılan Avam, 1295 yılında Kral I. Edward nezdinde toplanan ve Model Parlamento olarak anılan parlamentoya dâhil edilmiştir¹⁰⁸. Başlangıçta Avam Kamarası; çeşitli ilçelerin, şehirlerin ve kırsal bölgelerin temsilcilerinden oluşmakta iken 1830'lardan itibaren oy hakkının genişlemesi sonucunda nüfusun büyük bir kısmı Avam Kamarası nezdinde gerçek anlamda temsil edilmeye başlamıştır¹⁰⁹. Halkın Temsili Kanunu (The Representation of the People Act of 1832), bir kişinin oy hakkına sahip olması için mülkiyetinde olması gereken asgari mal/mülk sınırını düşürmüş ve seçim bölgelerini daha adil bir şekilde düzenlemiştir. Yine Representation of the People Act 1918 ile kadınlar oy hakkına sahip olmuş; Representation of the People (Equal Franchise) Act 1928 ile oy hakkına sahip olabilmek için gerekli olan

¹⁰⁴ Heringa, s. 134.

¹⁰⁵ Peter Leyland, *The Constitution of United Kingdom - A Contextual Analysis*, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford, Portland and Oregon, 2012, s. 106. Tudor Hanedanlığı hükümdarları VIII. Henry, I. Mary ve I. Elizabeth dönemlerinde İngiliz Parlamentosu her ne kadar pasif bir role büründürülse ve keyfi olarak toplandırılıp yine istenildiği zaman azledilse de Parlamento'nun onayı kralın gelirleri arttırması için gerekliydi. Yine İngiliz tarihinde 17. yüzyılda yaşanan çarpışmaların asli sebebi Kral'ın Parlamento olmaksızın yönetme girişimleriydi. Bu ise kralın Parlamento'nun iki kanadının rızası olmaksızın kanun çıkarmayacağı şeklindeki yerleşik uygulamanın görmezden gelinmesiydi. Leyland, s. 106.

¹⁰⁶ Heringa, s. 134.

¹⁰⁷ Heringa, s. 135.

¹⁰⁸ Heringa, s. 135; Barnett, s. 431.

¹⁰⁹ Heringa, s. 135.

mülkiyet şartı kaldırılmış ve asgari oy verme yaşı, kadınlar ve erkekler için aynı olacak şekilde belirlenmiştir¹¹⁰.

Fixed-Term Parliaments Act 2011 ile Avam Kamarası seçimlerinin beş yılda bir yapılması öngörülmektedir¹¹¹. Bununla birlikte Parliament Act 1911'in II. bölümünün 2. maddesinin birinci fıkrası gereğince bu beş yıllık dönemi uzatmak için Lordlar Kamarası'nın da onayının zorunlu olduğu bir kanuni düzenleme yapılmalıdır¹¹². Fixed-Term Parliaments Act 2011'in II. bölümü uyarınca beş yıllık seçim döneminden önce erken seçim yapılabilmesi, Avam Kamarası üye tamsayısının en az üçte ikisinin bu yönde bir karar alması ya da hükümete verilen güvensizlik oyunu müteakip on dört gün içerisinde bir hükümete güvenoyu verilmemesi durumunda mümkündür. Fixed-Term Parliaments Act 2011 yürürlüğe girmeden önce parlamentonun feshi başbakanın tavsiyesi ile kraliçe tarafından gerçekleştirilmekteydi. Başka bir ifadeyle parlamentonun feshi ve genel seçimlerin yenilenmesi başbakanın inisiyatifindeydi¹¹³. Fixed-Term Parliaments Act 2011 ile parlamentonun feshi, kraliyet imtiyazı (royal prerogative) kapsamında çıkarılmıştır¹¹⁴.

Avam Kamarası seçimleri için Birleşik Krallık ülkesi, her biri tek temsilci çıkararak 650 seçim çevresine bölünmüştür. Avam Kamarası seçimlerinde *first-past-the-post* (tek turlu tek isimli çoğunluk sistemi) uygulanmaktadır. Nitekim toplam 650 üyesi olan Avam Kamarası'ndaki her bir temsilci bir seçim çevresini temsil etmektedir¹¹⁵. Bir seçim çevresinde en çok oyu alan aday, ilgili seçim çevresi bünyesindeki seçimi kazanarak Avam Kamarası üyesi olmaktadır¹¹⁶. Basit çoğunluk sistemi de diyebileceğimiz *first-past-the-post* sistemi İngiliz siyasetinde büyük

¹¹⁰ Heringa, s. 135.

¹¹¹ Bkz. Fixed – Term Parliaments Act 2011 §1/3. Fixed-Term Parliaments Act 2011'in tam metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/14/contents>, (05.09.2019).

¹¹² Parliament Act 1911'in tam metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/1-2/13/contents>, (05.09.2019).

¹¹³ Barnett, s. 349.

¹¹⁴ Heringa, s. 135.

¹¹⁵ Heringa, s. 135; Barnett, s. 346. Fransa, Belçika ve Hollanda'da Parlamento üyelerinin seçildikleri seçim çevrelerini değil de tüm halkı temsil ettiği anlayışının hâkim olduğu sistemlerin aksine Birleşik Krallık geleneğinde Avam Kamarası üyelerinin seçildikleri seçim çevreleri ile sıkı bir şekilde bağdaştırılmaları söz konusudur. Nitekim Avam Kamarası üyeleri de oturumlar sırasında birbirlerine temsil ettikleri seçim çevresi ile seslenmektedir. Heringa, s. 135. Nitekim Avam Kamarası üyeleri siyasi destekçileri olsun ya da olmasınlar seçim bölgelerinin menfaatlerini temsil ederler. Leyland, s. 117.

¹¹⁶ Heringa, s. 135. Leyland, s. 109; Loveland, s. 222; Alder, s. 251.

partilerin hâkimiyetine yol açmaktadır¹¹⁷. II. Dünya Savaşı'nın sonundan beri Muhafazakâr Parti ve İşçi Partisi Parlamento'da hükümet ve muhalefet¹¹⁸ sıralarında birbirlerinin alternatifleri olarak yer almaktadırlar¹¹⁹. Bu sebeple Liberal Demokrat Parti gibi siyasi partiler, mevcut seçim sistemine küçük partilerin yetersiz temsiline yol açtığı için karşı çıkmakla birlikte sistemi savunanlar ise dar bölge çoğunluk sistemin net sonuçlar verdiğini ve aşırı görüşlü partileri güçlenmesini önlediğini belirtmektedir¹²⁰. Benimsenen seçim sistemi çoğunlukla tek partinin Avam

¹¹⁷ Leyland, s. 108. Söz gelimi 1997 Avam Kamarası seçimlerinden birinci parti çıkan İşçi Partisi, geçerli oyların %43,2'sini almasına rağmen 659 sandalyeli Avam Kamarası'nda 418 üye kazanmıştır. İkinci olan Muhafazakâr Parti geçerli oyların % 30,7'sini almasına rağmen Avam Kamarası'nda 165 üye kazanmıştır. Seçimden üçüncü olarak çıkan Liberal Demokrat Parti ise geçerli oyların %16,8'ini almasına rağmen Avam Kamarası'na sadece 46 üye gönderebilmiştir. Bkz. "1997 General election results summary", <http://www.ukpolitical.info/1997.htm>, (19.09.2019). Bu hususta yakın tarihe ilişkin bir örnek verecek olursak 2017 yılında yapılan en son Avam Kamarası seçimlerinden birinci çıkan Muhafazakâr Parti geçerli oyların %42,4'ünü alarak 650 sandalyeye sahip Avam Kamarası'na 317 temsilci göndermiştir. Seçimden ikinci parti olarak çıkan İşçi Partisi geçerli oyların %40,0'ını alarak Avam Kamarası'nda 262 sandalye kazanmıştır. Bkz. "General Election 2017: full results and analysis", House of Commons Library, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7979>, (19.09.2019).

¹¹⁸ İngiliz siyasal düzeninde muhalefet (opposition), Avam Kamarası'nda bulunan ve hükümette yer almayan en büyük siyasi partiyi belirtmek için kullanılır. "Opposition (The)", <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/opposition-the/>, (23.09.2019).

¹¹⁹ Leyland, ss. 109. 18. ve 19. yüzyıl boyunca Toryler ve Whigler Parlamento'da egemen olmakla birlikte sırasıyla mülk sahibi (ancak soylu statüsünde olmayan) seçkin sınıf ile sınıai girişimciler şeklinde toplum nezdindeki dar sayılabilecek grupları temsil etmekteydiler. 19. yüzyılın sonunda Torylerden türeyen Muhafazakârlar ile Whiglerden türeyen Liberaller İngiliz siyasetinde gücü elinde bulunduran başlıca iki partiydi. Sendikal hareketlerin sözcüsü olarak ortaya çıkan İşçi Partisi 19. yüzyılın sonunda kurulmuştu. I. Dünya Savaşı sonrasında İşçi Partisi Liberal Parti'nin yerine geçerek merkezin solundaki ana parti olmaya başladı. Bununla birlikte İşçi Partisi 1945 senesine dek genellikle muhalefette kalmıştır. Leyland, ss. 108-109. Hemen belirtelim Avam Kamarası'nda hükümet partisine veya "gölge hükümet (*shadow government*)" olarak geçen muhalefet partisine üye olmayan kişiler "*backbenchers*" olarak anılmaktadır. Leyland, s. 115.

¹²⁰ Leyland, s. 112. 2011 yılında Birleşik Krallık'ta first-past-the-post olarak bilinen seçim sisteminin değiştirilmesini öngören bir kanun hakkında referandum yapılmıştır. *Alternative vote system (alternatif seçim sistemi)* olarak adlandırılan söz konusu yeni seçim sistemi, her biri tek parlamentarı çıkararak seçim çevrelerinde seçimi kazanmak için en çok oyu almak yeterli olmayıp oyların mutlak çoğunluğunun kazanılması gerekmektedir. Yine önerilen seçim sistemi seçmenlere, seçime giren adayları tercihlerine göre sıralama imkânı tanımıştır. Eğer seçmenlerin ilk tercihleri bazında hiçbir aday oyların mutlak çoğunluğunu elde edemez ise en başarısız olan aday elenecek ve elenen o adayı ilk tercihine yazan

Kamarası'nda çoğunluğu elde etmesine ve tek parti hükümetlerine yol açmaktadır. Parlamento'daki çoğunluk partisinin politikalarını hayata geçirmek için başka partiler ile uzlaşma ihtiyacı olmadığı için nispi temsil sisteminin aksine benimsenen first-past-the-post seçim sistemi genellikle istikrarlı ve kararlı hükümetlerin kurulmasını sağlamaktadır¹²¹. Bununla birlikte İngiliz siyasetinde çok rastlanılmasa da 2010 ve 2017 genel seçimlerindeki gibi hiçbir siyasi partinin Avam Kamarası'nda çoğunluğa sahip olamaması söz konusu olabilir¹²². Bu şekilde hiçbir siyasi partinin tek başına Avam Kamarası'ndaki çoğunluğa sahip olmadığı ve azınlık ya da koalisyon hükümetinin kurulduğu Parlamento'ya "*Hung Parliament*" denilmektedir¹²³.

Benimsenen seçim sisteminin bir sonucu olarak partilerin ülke çapında aldığı oy ile Avam Kamarası'nda kazandığı üyelik sayısı arasındaki orantı düşük olabilmektedir¹²⁴. Başka bir ifadeyle first-past-the-post seçim sisteminin diğer bir sonucu da ülke genelinde daha fazla oy almış fakat pek az seçim bölgesinde birinci olmuş bir siyasi partinin, ülke genelinde çok daha düşük oy almasına rağmen daha fazla seçim bölgesinde birinci olan bir siyasi partiden çok daha az temsilci çıkarmasıdır. Nitekim 2017 Avam Kamarası seçimlerinde Liberal Demokrat Parti ülke genelinde geçerli oyların %7,4'üne tekabül eden 2.371,861 oy almasına rağmen Avam Kamarası'na sadece 12 temsilci gönderirken, İskoç Ulusal Partisi ülke genelinde geçerli oyların %3,04'üne tekabül eden 977,568 oy alması

seçmenlerin ikinci tercihlerine bakılacaktır. Bu ikinci tercihlerdeki oylar, ikinci sırada tercih edildikleri adaylara nakledilecek ve onların aldıkları oylara eklenecektir. Oy pusulasında sadece birinci tercihe yer veren ve başka tercih yapmayan seçmenlerin oyları herhangi bir nakil işlemine tabi tutulmayacaktır. Bu nakil işlemi sonrasında herhangi bir aday mutlak çoğunluğu elde edemezse ikinci oy nakli işlemi söz konusu olmaktadır. Bu sefer de ikinci en başarısız aday elenir ve ona ilk tercihlerinde oy veren seçmenlerin oyları, ikinci tercihlerindeki adaylara; bu ikinci başarısız adaya ilk nakil işlemi sırasında eklenen oylar ise seçmenlerin üçüncü tercihlerinde belirttiği adayın aldığı adaylara eklenir. Bu eleme ve oy nakli işlemi, kalan adaylardan birisinin oyların mutlak çoğunluğuna ulaşmasına dek devam eder. Bahsettiğimiz bu seçim sistemi 2011 yılında yapılan referandumda reddedilmiştir. Sonuç olarak günümüzde Avam Kamarası seçimlerinde uygulanan seçim sistemi halen first-past-the-post sistemidir. Heringa, s. 136.

¹²¹ Leyland, s. 112.

¹²² Hemen belirtelim 2010 Avam Kamarası Seçimi, Şubat 1974 Avam Kamarası Seçimi'nden o döneme dek hiçbir partinin Avam Kamarası'nda tek başına çoğunluğu sağlayamadığı genel seçimdir.

¹²³ Heringa, s. 198; Barnett, s. 124.

¹²⁴ Loveland, s. 222.

karşısında Avam Kamarası'nda 35 sandalye kazanmıştır¹²⁵. First-past-the-post sisteminin bir sonucu olarak ülke geneline dağılık şekilde ve seyrek nitelikte desteklenen siyasi partiler Avam Kamarası'nda sandalye kazanmakta zorlanırken İskoç ve Gal milliyetçi partileri ise ülkenin sadece belirli bölgelerinde olmakla birlikte ilgili bölgelerdeki dar seçim çevrelerinde yoğun bir şekilde desteklendikleri için Avam Kamarası'na temsilci göndermekte daha şanslılardır¹²⁶.

Yakın tarihteki en son Avam Kamarası seçimi 12 Aralık 2019 tarihinde yapılmıştır. Bu genel seçim esasında bir erken seçimdir. Bununla birlikte 12 Aralık'taki Avam Kamarası seçimleri için Fixed-Term Parliaments Act 2011'da öngörülen parlamentonun feshi sebepleri işletilmemiştir. Theresa May'in istifası akabinde Muhafazakâr Parti lideri olarak seçilen Boris Johnson, 24 Temmuz 2019'da başbakan olarak atanmasının akabinde Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği'nden ayrılması için gerekli olan kanunun Parlamento'dan geçirilmesi için çalışmalarına başlamıştır. Bununla birlikte Ekim ayı sonu itibarıyla Boris Johnson bir türlü Avrupa Birliği'nden çekilme kanun teklifi ile takvimini bir arada Parlamento'dan geçirmeyi başaramamıştır. Nitekim Avam Kamarası'nda 22 Ekim 2019 tarihinde yapılan oylamada kanun teklifi 299 oya karşı 329 oyla kabul edilmesine rağmen hükümetin Avrupa Birliği'nden çıkış takvimi 308 oya karşı 322 oyla reddedilmiştir¹²⁷. Bunun üzerine Boris Johnson Avam Kamarası seçimlerini yenilemek istemiş ancak Fixed-Term Parliaments Act 2011'da öngörülen ve 434 üyenin oyuna tekabül eden Avam Kamarası üye tamsayısının üçte ikisi oranına bir türlü ulaşamamıştır¹²⁸.

¹²⁵ 2017 Avam Kamarası Seçimi sonuçları ve seçim sonuçlarının detaylı bir tahlili için bkz. Vyara, Apostolova ve Diğerleri, **General Election 2017: results and analysis**, 2nd Edition, House of Commons Library, 2019, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7979#fullreport>, (19.09.2019), ss. 8 vd.

¹²⁶ Bkz. Leyland, s. 110. Söz gelimi 2001 Avam Kamarası Seçimi'nden ülke genelinde aldığı %18 oy oranı ile üçüncü parti olarak çıkan Liberal Demokratlar bununla birlikte Avam Kamarası'ndaki sandalyelerin %7,9'una tekabül eden 52 sandalye kazanabilmiştir. Leyland, s. 110.

¹²⁷ Bkz. Jonah Shepp, "Boris Johnson Finally Gets a Brexit Win — Followed by a Huge Setback", **New York Magazine**, 23.10.2019, <https://nymag.com/intelligencer/2019/10/parliament-back-boris-johnson-brexit-deal-rejects-timetable.html>, (18.04.2020). "Brexit deal: How did my MP vote on the Withdrawal Agreement Bill?", BBC News, <https://www.bbc.com/news/uk-politics-50145265>, (18.04.2020).

¹²⁸ Nitekim 28 Ekim 2019'da Avam Kamarası'nda yapılan oylamada 299 evet oyuna karşı 70 oyla Boris Johnson'ın Avam Kamarası seçimlerini yenileme talebi reddedilmiştir. Bkz.

Brexit takvimi hususunda Parlamento'yu ikna edememesi, akabinde de Avam Kamarası seçimlerinin yenilenmesi için gerekli oyu elde edememesi üzerine Boris Johnson ilginç bir hukuksal yola başvurmuştur. Şöyle ki hükümet tarafından Avam Kamarası seçimlerinin 12 Aralık 2019 tarihinde yapılacağını hükme bağlayan bir kanun teklifi sunulmuştur. 29 Ekim 2019 tarihinde Avam Kamarası'nda yapılan oylamada 20 oya karşı 438 oyla kabul edilerek yürürlüğe giren Early Parliamentary General Election Act 2019'nın I. bölümünün 1. maddesi gereğince 12 Aralık'ta Avam Kamarası seçimleri yenilenmiştir¹²⁹. Genel Seçim sonuçlarına göre Muhafazakâr Parti kullanılan geçerli oyların %43,6'sını alarak 365 üyelik kazanmış, İşçi Partisi ise ülke genelinde 32,2 oy alarak 203 üyelik elde etmiştir. Liberal Demokrat Parti geçerli oyların %11,5'ini almasına rağmen sadece 11 sandalye kazanırken, İşkoç Ulusal Partisi ülke genelinde %3,9 oy alarak 48 sandalye elde etmiştir¹³⁰. Bu şekilde İngiliz siyasal düzeninde Hung Parliament'a ev sahipliği yapan dönem sona ererek Muhafazakâr Parti tek başına hükümeti kurmuştur.

3. Lordlar Kamarası

Lordlar Kamarası, Birleşik Krallık Parlamentosu'nun üyeleri seçimle belirlenmeyen kanadıdır. Tarihsel açıdan bakıldığında Parlamento'nun üst kanadı, kendilerine kral tarafından asalet unvanı verilen aileleri temsil etmektedir¹³¹. Nitekim Lordlar Kamarası'nda soyları Ortaçağ dönemine kadar dayanan üyeler bulunmaktadır¹³². Lordlar Kamarası üyeliği Ruhani Lordlar (Lord Spiritual) ve Dünyevi Lordlar (Lord Temporal) şeklinde iki

“Boris Johnson fails in third attempt to call early general election”, **The Guardian**, <https://www.theguardian.com/politics/2019/oct/28/boris-johnson-third-attempt-general-election-fails>, (18.04.2020).

¹²⁹ Bkz. “UK set for 12 December general election after MPs' vote”, **BBC News**, 29.10.2019, <https://www.bbc.com/news/uk-politics-50229318>, (18.04.2020).

¹³⁰ Bkz. UK results: Conservatives win majority, **BBC News**, <https://www.bbc.com/news/election/2019/results>, (18.04.2020).

¹³¹ Leyland, s. 127. 1688 Devrimi sonrasında Lordlar Kamarası'nın anayasal ve siyasal rolünün önemli olduğunu görmekteyiz. Şanlı Devrim sonrası dönemde Lordlar, İngiliz Anayasası'nın temel unsurlarından birisi olarak görülmüştür. Bu dönemde Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası kanun yapım sürecinde sahip olunan yetkiler bağlamında iki denk ortaktı. Nitekim 1688 Devrimi Avam Kamarası'nın değil Parlamento'nun egemenliği ilkesini beraberinde getirmişti. Yine 19. yüzyılın geç döneminde de kabine üyelerinin çoğunluğu Avam Kamarası üyelerinden değil Lordlar Kamarası üyelerinden meydana gelmekteydi. 20. yüzyıl öncesinde ise İngiliz başbakanının Avam Kamarası üyesi olması şeklindeki anayasal konvansiyon/teamül söz konusu değildi. Loveland, s. 159.

¹³² Leyland, s. 127.

kategoriden oluşmaktadır¹³³. Ruhani Lordlar, iki başpiskopos, üç belirli piskopos ve İngiliz Kilisesi'ne bağlı yirmi bir kıdemli piskopostan meydana gelmektedir¹³⁴. İngiliz Kilisesi'ne bağlı piskoposlar başbakanın tavsiyesi üzerine kraliçe tarafından atanmaktadır¹³⁵. The Bishopric of Manchester Act 1847 ve devamında gelen ilgili kanunlar, Lordlar Kamarası üyesi piskopos sayısını yirmi altı ile sınırlandırmıştır¹³⁶. Bununla birlikte Lordlar Kamarası üye sayısının gittikçe artması karşısında ruhani lordların Parlamento içerisindeki oranları ve etkileri git gide azalmıştır¹³⁷. Canterbury Başpiskoposu, York Başpiskoposu, Londra Piskoposu, Durham Piskoposu ve Winchester Piskoposu Lordlar Kamarası'nın doğal üyesidirler¹³⁸. Kalan yirmi bir piskopos bakanların tavsiyesi üzerine hükümdar tarafından atanmaktadır¹³⁹. Bu piskoposların belirlenmesi için İngiliz Kilisesi bünyesinde bir seçim yapılmadığı gibi bunlar kıdem sırası esas alınarak atanırlar¹⁴⁰. Hemen belirtelim kurulmuş ve tanınmış bir kilise olan İskoç Kilisesi Lordlar Kamarası'nda temsil edilmemektedir¹⁴¹.

Dünyevi Lordlar, Lordlar Kamarası'nın ruhban dışı üyeleridirler. Dünyevi Lordlar, yaşam boyu üyeler ve kalıtsal üyeler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Kalıtsal üyelerin unvanı ve üyeliği gelecek kuşaklarına aktarılırken yaşam boyu üyeler ise ömür boyunca atanmakla birlikte unvanlarını ve üyeliklerini alt soylarına aktaramaz¹⁴². Tarihsel olarak kalıtsal üyeler en önemli üyelikleri meydana getirmekte olup, 20. yüzyılın sonlarına dek bunların sayılarının yaklaşık yedi yüz olması yanında sayıca

¹³³ Heringa, s. 136.

¹³⁴ Heringa, s. 136. Nitekim Lordlar Kamarası'nda soyluların olduğu kadar tanınmış ve resmi İngiliz Kilisesi'de temsil edilmektedir. Leyland, s. 127.

¹³⁵ Heringa, s. 136.

¹³⁶ Bkz. "History of the House of Lords", <https://www.parliament.uk/business/lords/lords-history/history-of-the-lords/>, (08.09.2019).

¹³⁷ Janet Lewis-Jones, **Reforming the Lords: The Role of the Bishops**, June 1999, https://www.ucl.ac.uk/_constitution-unit/sites/constitution-unit/files/41.pdf, (08.09.2019), s. 5.

¹³⁸ Bkz. Bishoprics Act 1878 § 5, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/41-42/68/section/5>, (08.09.2019)

¹³⁹ Lewis-Jones, s. 7.

¹⁴⁰ Lewis-Jones, s. 7, 17.

¹⁴¹ Lewis-Jones, s. 7. Bununla birlikte İngiliz Kilisesi dışındaki dini grupların ya da teşekküllere mensup kişilerin Lordlar Kamarası'nda yaşam boyu üye yapılmasında herhangi bir engel bulunmamakla birlikte İngiliz Kilisesi ile eşit temsil gibi bir hususun garantisini de pek tabii ki yoktur. Leyland, s. 128.

¹⁴² Heringa, s. 136.

en çok üyeler de kalıtsal üyelere¹⁴³. Nitekim 1 Kasım 1999 tarihi itibarıyla Lordlar Kamarası'nda 758 kalıtsal üye, 542 yaşam boyu üye, 26 tane de başpiskopos ve piskopos bulunmaktaydı¹⁴⁴. Yine Lordlar Kamarası'nın ağırlıklı olarak muhafazakâr üyeden oluşması Liberal ve daha sonra da İşçi Partisi hükümetleri için problem oluşturmaktaydı¹⁴⁵. House of Lords Act 1999, esasen kalıtsal üyeliklere ve üyeliklerin kendiliğinden devretmesi sistemine son vermekle birlikte bir sonraki Lordlar Kamarası reformuna dek kalıtsal üyeliklerin sayısını doksan iki ile sınırlandırmıştır¹⁴⁶. Bu şekilde Lordlar Kamarası'nın kalıtsal nitelikteki unsuru büyük ölçüde kırılmıştır¹⁴⁷. Lordlar Kamarası'nın yaşam boyu üyeleri başbakanın tavsiyesi üzerine kraliçe tarafından atanırlar ve Lordlar Kamarası çalışmalarına katılıp katılmamakta bir serbestiye sahiptirler¹⁴⁸. Yine Lordlar Kamarası'nın herhangi bir üyesini azletme ya da uzaklaştırma yetkisi bulunmamaktadır¹⁴⁹.

Lordlar Kamarası tarihsel açıdan aynı zamanda Birleşik Krallık'taki en yüksek mahkeme sıfatını da haizdi. Teşrii ve yargısal faaliyetler arasındaki farklılığı vurgulamak için yargısal fonksiyonlar Law Lords (Yargıç Lordlar)/Lords of Appeal in Ordinary tarafından yerine getirilirdi¹⁵⁰. Yargıç Lordlar, Appellate Jurisdiction Act 1876 ile oluşturulmuş olup bunlar en yüksek dereceli ulusal mahkemede yaşam boyu üye sıfatını haiz lord unvanı

¹⁴³ Heringa, s. 136.

¹⁴⁴ Bkz. House of Lords Act 1999 § 1 (10), House of Lords Act 1999, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/34/contents>, (08.09.2019).

¹⁴⁵ Leyland, s. 128.

¹⁴⁶ Heringa, s. 136; Leyland s. 128; Loveland, s. House of Lords Act 1999 § 1 uyarınca, “Hiç kimse kalıtsal üyelik sonucunda Lordlar Kamarası üyesi olamaz.” House of Lords Act 1999 § 2 (2) gereğince ise “90 kişi birinci bölümden muaf olmakla birlikte Earl Marshal pozisyonunda olması veya Lord Great Chamberlain görevini ifa etmesi sebebiyle muaf olanlar bu sınır açısından hesaba katılmazlar.”

¹⁴⁷ Leyland, s. 125. Yine The Life Peerage Act 1958 ile kadınların Lordlar Kamarası üyesi olmasının önündeki engel kaldırılmıştır. Leyland, s. 128.

¹⁴⁸ Heringa, ss. 136-137; Barnett, s. 238, 240. Söz gelimi 20 Nisan 2020 itibarıyla Lordlar Kamarası'nda 246 üye Muhafazakâr Parti'yi, 176 üye İşçi Partisi'ni, 91 üye ise Liberal Demokrat Parti'yi desteklemektedir. 183 kişi ise herhangi bir partiyi desteklememekle birlikte yine de Lordlar Kamarası'nda bir grup oluşturan “crossbenchers”a aittir. 49 kişi ise herhangi bir gruba bağlı değildir. Lordlar Kamarası'nın 88 üyesi kalıtsal, 673 üyesi yaşam boyu üyedir. Kalan 26 üye ise başpiskopos ya da piskopos sıfatını haizdir. Yine Lordlar Kamarası'nda 218 üye kadın iken 569 üye erkektir. Bkz. Lords by party, type of peerage and gender, <https://www.parliament.uk/mps-lords-and-offices/lords/composition-of-the-lords/>, (20.04.2020).

¹⁴⁹ Barnett, s. 267.

¹⁵⁰ Heringa, s. 137.

ile görev yaparlardı¹⁵¹. Yine yargıçların da yaşam boyu üye yapılarak Lordlar Kamarası'nda yargıç lord sıfatıyla yer almaları da söz konusu olabilmekteydi¹⁵². Lordlar Kamarası bünyesindeki yargısal komite 12 yargıç lordtan meydana gelmekte olup yine yaşam boyunca Lordlar Kamarası'nda oturma ve oy kullanma haklarına sahip emekli olmuş geri kalan yargıç lordların da mevcudiyeti devam etmekteydi¹⁵³. Anayasal konvansiyon/teamül uyarınca yargıç lordlar kanun tekliflerinin görüşülme safhasına ve siyasi müzakerelere katılamazlardı¹⁵⁴. Bununla birlikte yargı ve yasama fonksiyonlarını daha sert ayırmak adına Constitutional Reform Act 2005 ile Birleşik Krallık'ta münhasır bir yüksek mahkeme kurularak Lordlar Kamarası'nın yargısal işlevi sona ermiştir¹⁵⁵. İlk Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi üyeleri, Lordlar Kamarası'ndan alınarak Yüksek Mahkeme'ye ve ayrı bir binaya nakledilen yargıç lordlardan oluşmuştur¹⁵⁶. Yine 2005 tarihli bahsi geçen kanun ile yürütme organı mensubu Lord Chancellor ve kıdemli yargıçların aynı anda yasama organının üyesi olmalarına izin veren olağandışı kural da terkedilmiştir¹⁵⁷.

Lordlar Kamarası'nın yapısı ile ilgili diğer önemli bir husus da yaşam boyu üyelerin atanmasında başbakanın rolüdür. Lordlar Kamarası üyelerinin atanması başlangıçta hükümdarın inisiyatifinde olmakla birlikte 18. yüzyıldan beri lordların belirlenmesinde etkin unsur başbakandır. Nitekim başbakanın teklif ettiği kişiler, hükümdar tarafından irdelenmeksizin lord olarak atanmaktadır¹⁵⁸. Lordlar Kamarası'na yaşam boyu üye olarak atanacak kişilerin belirlenmesinde hükümdardan ziyade başbakanın etkili olması, üyelerin hükümette olan siyasi partiye yapılan bağışlar ya da yardımlar karşılığında verilmesi tehlikesini de beraberinde getirmektedir¹⁵⁹. Bu husus, Lordlar Kamarası'na atanma usulünün değiştirilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin çıkış noktalarından birisini oluşturmaktadır¹⁶⁰. Nitekim 20 Nisan 2020 itibariyle 787 üyesi bulunan Lordlar Kamarası'nda

¹⁵¹ Leyland, s. 129.

¹⁵² Heringa, s. 137.

¹⁵³ Leyland, s. 129.

¹⁵⁴ Heringa, s. 137; Leyland, s. 129.

¹⁵⁵ Heringa, s. 137; Leyland, s. 129; Loveland, s. 196.

¹⁵⁶ Heringa, s. 137.

¹⁵⁷ Leyland, s. 129.

¹⁵⁸ Leyland, s. 127.

¹⁵⁹ Leyland, s. 137.

¹⁶⁰ Leyland, s. 137.

yaşam boyu üyelerin sayısı her geçen gün artmaktadır¹⁶¹. Her ne kadar üyeleri atama yoluyla belirlense de Lordlar Kamarası geniş ölçüde Avam Kamarası ile benzer yetkilere sahiptir¹⁶². Lordlar Kamarası'nın İngiliz kanun yapım sürecinin asli aktörlerinden birisi olduğu göz önüne alındığında, yapısının atamadan ziyade seçim usulüne dayanması demokrasi ilkesi ve kanun yapım sürecinin demokratikliği açısından da önem taşımaktadır. Bu hususta Parliament Act 1911 ve Parliament Act 1949 ile Avam Kamarası'na Lordlar Kamarası'nı aşarak bir kanun teklifini kraliyet onayına göndermesi imkânı tanınması, Lordlar Kamarası'nın yapısı göz önüne alındığında yasama fonksiyonunun demokratikliğinin sağlanması açısından bir dönüm noktası olmuştur.

B. İNGİLİZ KANUN YAPIM SÜRECİ

1. Genel Olarak

Birleşik Krallık'ta yasama yetkisi Westminster Parlamentosu'ndadır. Bununla birlikte Parlamento tarafından kabul edilen bir metnin kanun teklifinden kanun haline dönüşebilmesi için kraliyet onayı gereklidir. Bundan dolayı Birleşik Krallık'ta teknik olarak kanun yapan organ Parlamento değil Parlamentodaki Kral (King-in-Parliament)¹⁶³ olarak

¹⁶¹ Her ne kadar 1911 yılında Lordlar Kamarası'nın Avam Kamarası tarafından kabul edilen bir kanun teklifi üzerindeki mutlak veto yetkisi elinden alınmış, 1999 yılı itibarıyla Lordlar Kamarası'ndaki kalıtsal üyelerin sayısı önemli ölçüde kırılırsa ve 2005 yılında lordların yargısal işlevleri kaldırılırsa da bu süregelen reformlar Birleşik Krallık Parlamentosu'nun geleneksel soylu meclisinin modern anayasal standartlara uygun hale getirilmesi açısından sönük görünmektedir. Nitekim Lordlar Kamarası merkezli bir anayasal reform üzerindeki tartışmalar Parlamento'nun üst kanadının oluşum şekline ilişkindir. Bu hususta Lordlar Kamarası üyelerinin demokratik olarak seçilmeleri veya Birleşik Krallık içerisindeki bölgeleri temsil etmeleri seçenekleri üzerinde durulmaktadır. Yine Lordlar Kamarası'nın tamamen kaldırılması üzerinde de durulmaktadır. Bununla birlikte lordların İngiliz tarihi ve toplumunda köklü bir yerinin olduğu göz ardı edilemez. Yine Lordlar Kamarası'nın hükümet üzerinde ek bir denetim unsuru olduğu hususu da geniş kabul görmektedir. Bu sebeplerle Lordlar Kamarası'nın tamamen kaldırılması pek de mümkün görünmemektedir. Aslında Lordlar Kamarası'nın yapısına ilişkin bir anayasal reform yakın tarihte önerilmiştir. 2012 yılının Haziran ayında dönemin Liberal Demokrat Partisi'nin lideri ve hükümette Muhafazakâr Parti ile kurulan koalisyonun ortağı Nick Clegg Avam Kamarası'nda House of Lords Reform Bill'i sunmuştur. Birtakım diğer reformların yanında bu kanun teklifi Lordlar Kamarası üyelerinin büyük ölçüde seçimle belirlenmesini öngörmekteydi. İlgili kanun teklifi İngiliz Hükümeti tarafından kabul görmemiş ve Muhafazakâr Parti'nin muhalefeti akabinde 3 Eylül 2012 tarihinde geri çekilmiştir. Heringa, ss. 137-138.

¹⁶² Leyland, s. 125.

¹⁶³ Günümüzdeki haliyle Parlamentodaki Kraliçe (Queen-in-Parliament)
YUHFD Cilt. XV No.2 (2020)

karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁴. Burada esasen Kralın, Avam ile Ruhani Lordlar ve Dünyevi Lordların rızası ve tavsiyesine uyarak kanun yapması söz konusudur¹⁶⁵. Başka bir deyişle ancak Kral, Lordlar ve Avam uzlaşırsa bir kanun çıkabilir¹⁶⁶. Bununla birlikte uygulamada hükümdarın, Parlamento tarafından kabul edilen bir kanun teklifine onayını vermektense imtina etmesi söz konusu değildir¹⁶⁷. Nitekim bu ülkede en son hükümdarın Parlamento tarafından kabul edilen bir kanun teklifini veto etmesi 1708 senesinde Kraliçe Anne'in Scottish Militia Bill'i veto etmesi şeklinde gerçekleşmiştir ki bu veto da bakanların tavsiyesi üzerine yapılmıştır¹⁶⁸. İngiliz anayasal düzeninde hükümdarın geleneksel olarak sahip olduğu kanun tekliflerini veto etme yetkisini kullanması söz konusu değildir¹⁶⁹. Bunun sebebi İngiliz kamu hukukunun ağırlıklı anayasal konvansiyonlar/teamüller¹⁷⁰ aracılığı ile düzenlenmesidir¹⁷¹. Bu hususun doğal bir sonucu olarak Birleşik Krallık'ta

¹⁶⁴ Heringa, s. 138; Alder, s. 125.

¹⁶⁵ Heringa, s. 138.

¹⁶⁶ Loveland, s. 28. Bu husus 1688 Devrimi'nin dengeli anayasal yapı içerisinde dengeli bir kanun yapım süreci oluşturma gayesi ile de uyumludur. Loveland, s. 28.

¹⁶⁷ Munro, s. 56; Heringa, s. 138. Aslında bu husus parlamenter monarşi ile yönetilen tüm ülkeler açısından geçerlidir. Ertaş, s. 207.

¹⁶⁸ Munro, s. 35; Leyland, s. 93. 1708 tarihinden itibaren hükümdarın bir kanun tasarısını veto etmeyi düşünmesi 1914 senesinde Kral V. George döneminde Irish Home Rule Bill hakkında söz konusu olmuştur. Bununla birlikte I. Dünya Savaşı'nın patlak vermesi, V. George'un Irish Home Rule Bill için yapacağı olası bir vetonun da önüne geçmiştir. Adam Tomkins, **Public Law**, Oxford University Press, Oxford and New York, 2003, s. 64.

¹⁶⁹ Tomkins, s. 63.

¹⁷⁰ İngiliz Anayasası'nın yazılı olmayan unsuru olan *constitutional conventions* Türkçe'ye anayasal teamüller olarak çevrilmektedir. Yine bu terim Türkçe anayasal örnekler olarak da adlandırılmaktadır. Bu hususta ilgili terim Türkçe'ye anayasal konvansiyonlar olarak da çevrilebilir. Nitekim Gözler'in de belirttiği gibi convention sözcüğünün Türkçe'ye başka şekilde aktarılması karışıklıklara yol açabilir. Nitekim anayasal teamül olarak çevirdiğimizde terimin anayasal örf ve adet şeklinde anlaşılması söz konusu olabilir. Hâlbuki örf ve âdet, hukuk düzeninde yaptırıma bağlanmıştır. Anayasal konvansiyonlara uyulmaması durumunda ise herhangi bir hukuki yaptırım yoktur. Bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 1999, s. 239 vd. Cem Eroğul constitutional conventions terimini Türkçe'de anayasal örnekler olarak belirtmektedir. Bkz. Cem Eroğul, **Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya**, 10. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2016, s. 5. Söz gelimi Kraliçe'nin Parlamento tarafından kabul edilen bir kanun teklifini vermektense imtina etmesi durumunda bunun hukuksal bir yaptırımı yoktur. Böyle bir durumun siyasal sonuçları olup monarşinin ülkede sorgulanmasına yol açabilir.

¹⁷¹ Tomkins, s. 63. İngiliz siyasal düzeninde Westminster Parlamentosu'nun gerçek anlamda bir yasama iktidarı olmasını sağlayan 1689 Bill of Rights hükümdarın kanunları ilga etme, kanunların uygulanmasını askıya alma ve kanunların yürütülmesini

etkin olarak kanun yapan organının Westminster Parlamentosu olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz¹⁷². Hemen hemen her durumda Avam Kamarası'nın Lordlar Kamarası'nın onayı olmadan da bir kanun teklifini kraliyet onayına gönderebilme imkânının olduğunu göz önüne aldığımızda İngiliz yasama sürecindeki kilit ve asli rol Avam Kamarası'ndadır¹⁷³. Yine Avam Kamarası'ndaki çoğunluğun desteğini elinde tutarak hükümeti kuran siyasi parti de seçmenleri tarafından onaylanan politikalarını Parlamento nezdinde hayata geçirmektedir¹⁷⁴. Seçim beyannamelerine giren temel siyasa konuları dışında da hükümet ekonominin yönetimi, endüstrinin düzenlenmesi ve terörizmle mücadelede alınacak önlemler gibi güncel konularda kanun teklifleri vermektedir¹⁷⁵.

2. İngiliz Kanun Yapım Süreci Aşamaları

Westminster Parlamentosu'nun yasama yetkisi, İngiliz siyasal düzeninde geçerli olan parlamentonun egemenliği ve yasamanın üstünlüğü ilkeleri karşısında prensip olarak sınırsızdır¹⁷⁶. Parlamento istediği zaman istediği kanunu yapma imkânına sahipken yine dilediğinde istediği kanunu da değiştirebilir ya da kaldırabilir¹⁷⁷. Bunun konu bakımından herhangi bir

Parlamento'nun rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak nitelendirmekle birlikte Parlamento tarafından kabul edilen kanun tekliflerinin veto edilmesi ile ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir. İngiliz (kodifiye edilmemiş, yumuşak) anayasacılık tarihi açısından diğer bir önemli kanun olan 1701 Act of Settlement açısından da aynı husus geçerli olup bu anayasal kanun da kraliyet onayından imtina edilmesine ilişkin bir hüküm ihtiva etmemektedir. Aslında aksi bir durum, Birleşik Krallık'ta teknik olarak kanun yapan organın Parlamentodaki Kral/Kraliçe olması prensibiyle çelişir. Nitekim İngiliz hükümdarının Parlamento'dan geçen bir metni onaylamaktan imtina etmemesi şeklindeki anayasal prensip bir kanun hükmü ile değil anayasal konvansiyon/teamül ile oluşmuştur. Bkz. Ertaş, ss. 90-91, 206-208; Robert J. Spitzer, **The Presidential Veto - Touchdown of the American Presidency**, State University of New York Press, Albany, 1988, s. 5; D.W. Hayton, **The House of Commons 1690 – 1715**, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s. 381 vd.

¹⁷² Heringa, s. 138.

¹⁷³ Heringa, s. 138.

¹⁷⁴ Leyland, s. 133.

¹⁷⁵ Leyland, s. 133.

¹⁷⁶ Heringa, s. 138; Leyland, s. 47. İngiltere'de parlamentonun egemenliği/üstünlüğü ilkesinin tarihsel gelişimi için bkz. Mustafa Koçak, "İngiltere'de Parlamento ve Parlamentonun Egemenliği Doktrininin Tarihsel Kökleri", **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 5, Temmuz 2005, s. 241 vd.

¹⁷⁷ Munro, s. 61; Heringa, s. 138; Barnett, s. 157; Alder, s. 122. Yine parlamentonun egemenliği ilkesi uyarınca, hiçbir organ ya da mercii Parlamento tarafından usulüne uygun olarak yapılan bir kanunun geçerliliğini sorgulama yetkisini haiz değildir. Leyland, s. 49.

sınırı yoktur. Nitekim Birleşik Krallık'ın şekli ve katı bir yazılı anayasası olmadığı için yasama organının kanun yaparken uymakla yükümlü olduğu üstün bir metin bulunmamaktadır. Bu hususun doğal bir sonucu olarak kanunlar, İngiliz normlar hiyerarşisinde en üst basamakta yer alır¹⁷⁸.

İngiliz anayasal düzeninde kanunla düzenlenmemiş alanlar kraliyet imtiyazı (royal prerogative) kapsamındadır¹⁷⁹. Kraliyet imtiyazı kapsamındaki konular kralın otonom nitelikteki takdiri karar alma yetkisine girmekle birlikte uygulamada kral, kraliyet imtiyazlarını kabinesinin tavsiyesi ile kullanılır. Bu şekilde kraliyet imtiyazları, hükümetin inisiyatifinde kullanılabilir ve bir kraliyet imtiyazı sonucunda ortaya çıkabilecek sorumluluk da yine hükümettedir¹⁸⁰. Daha önce kanunla düzenlenmemiş olduğu için kraliyet imtiyazı kapsamında olan bir konuda kanun çıkarsa o alan artık kraliyet imtiyazı dâhilinde olmaz¹⁸¹. Başka bir ifadeyle kanun ile bir konudaki kraliyet imtiyazı kaldırılabilir¹⁸². Nitekim parlamentonun egemenliği ilkesi uyarınca kanun kraliyet imtiyazında üstün gelir¹⁸³. Kamu hizmetinin iç organizasyonu, savaş ilan etme ve barış yapma, uluslararası antlaşma akdetme, bakanların atanması, günümüzde kanunla düzenlenmeyerek kraliyet imtiyazı kapsamında olan önemli konulardandır¹⁸⁴. Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Fransa, Hollanda gibi ülkelerin parlamentolarının aksine Birleşik Krallık Parlamentosu'nun savaş ilan etme yetkisi bulunmamakta olup savaş ilanı İngiliz anayasal düzeninde kraliyet imtiyazı kapsamında kullanılır¹⁸⁵.

¹⁷⁸ Bkz. Ertaş, ss. 93-94, 120-121, 384.

¹⁷⁹ Heringa, s. 138. Kraliyet imtiyazı kapsamındaki yetkiler Taç'ın doğasında bulunan ve common law bünyesinde sahip olduğu yetkiler olup bunların herhangi bir kanunla tanınması söz konusu değildir. Munro, s. 159; Barnett, s. 108; Alder, s. 299.

¹⁸⁰ Heringa, s. 138.

¹⁸¹ Heringa, s. 138.

¹⁸² Munro, s. 169; Barnett, s. 135. Söz gelimi 1689 Bill of Rights kraliyet imtiyazı kapsamında krala ait olan birtakım yetkileri kaldıran kanunlardan birisidir. Munro, s. 169.

¹⁸³ Leyland, s. 88.

¹⁸⁴ Heringa, s. 138. Bkz. Barnett, s. 116-117.

¹⁸⁵ Heringa, s. 140. Bununla birlikte son yıllarda İngiliz hükümetinin, ordunun yurtdışındaki askeri operasyonlarda görev alıp almaması ile ilgili konuları Avam Kamarası'nda sunduğu gözlemlenmektedir. Söz gelimi 2013 yılında başbakan David Cameron'ın, Suriye'de askeri harekât yapılmasına ilişkin Avam Kamarası'nda sunduğu önerge reddedilmiştir. Sonucuna Cameron tarafından riayet edilen bu oylamanın askeri konularda öncelikle Parlamento'nun onayına ya da en azından görüşüne danışılması şeklinde bir anayasal konvansiyonun/teamülün başlangıcına vesile olduğu söylenebilir. Heringa, s. 140.

Birleşik Krallık'ta genel uygulama kabiliyeti olan kanun tekliflerine *kamu teklifi (public bill)* adı verilmektedir¹⁸⁶. Belirli kişiler veya yerler için verilen kanun tekliflerine ise *özel teklif (private bill)* denilmektedir¹⁸⁷. Yine genel uygulama kabiliyeti olmakla birlikte belirli kişileri etkileme vasfını haiz olan teklifler ise *melez teklif (hybrid bill)* olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁸. Bunların dışında bir de finansal meselelerden başka konular ihtiva etmeyen *mali teklif (money bill)* vardır¹⁸⁹. Kamu tekliflerinin hem Avam Kamarası'nda hem de Lordlar Kamarası'nda verilmesi mümkün iken anayasal konvansiyon uyarınca mali konulara ilişkin kanun teklifleri sadece Avam Kamarası'nda verilebilir¹⁹⁰. Yani vergilendirme veya kamu harcaması içermeyen herhangi bir konudaki kanun teklifinin Lordlar Kamarası'nda sunulması mümkündür¹⁹¹. Avam Kamarası'nda verilen kanun teklifleri açısından gerek hükümet gerekse de Avam Kamarası üyeleri teklifte bulunabilmekte olup, Avam Kamarası üyeleri tarafından verilen kanun tekliflerine *üye teklifi (private member's bill)* denirken hükümet tarafından verilen kanun tekliflerine ise *hükümet teklifi (government bill)* denilmektedir¹⁹². İngiliz siyasi sisteminin bir sonucu olarak kanun tekliflerinin tamamına yakını bakanlar tarafından yapılmakta ve hükümet tarafından desteklenmektedir¹⁹³. Nitekim bir üye teklifinin hükümetin desteğini arkasına almadığı takdirde kanunlaşması pek de olanaklı değildir¹⁹⁴. Avam Kamarası'nda yapılan bir oylamanın geçerli olabilmesi

¹⁸⁶ Heringa, s. 139; Alder, s. 268.

¹⁸⁷ Alder, s. 270. Nitekim özel tekliflerin konuları çoğunlukla özgül ve yerel niteliktedir. Eroğul, s. 12.

¹⁸⁸ Barnett ss. 288-289. Söz gelimi Manş Tüneli'nin yapımı için verilen kanun teklifi bir melez teklif örneğidir. Nitekim Manş Tüneli'nin yapımı ile Tünel yapım bölgesinde arazi sahibi olan kişilerin mülkiyet hakları, kamulaştırma vesilesiyle etkilenmiştir. Barnett, s. 389.

¹⁸⁹ Barnett, s. 389.

¹⁹⁰ Heringa, s. 139.

¹⁹¹ Alder, s. 273. Nitekim hem mevcut İngiliz anayasal konvansiyonu/teamülü uyarınca hem de hukuki boyutta kamu maliyesinin kontrolü Avam Kamarası'ndadır. Alder, s. 275.

¹⁹² Heringa, s. 139.

¹⁹³ Alder, s. 268. Gerçekten de her ne kadar anayasal veya kurumsal düzlemde kanun yapımında Westminster Parlamentosu veya Avam Kamarası'nın yetkili olduğu söylenebilse de İngiliz siyasi düzeninde Avam Kamarası'nda çoğunluğu elinde bulunduran güçlü bir hükümetin ya da partinin varlığı göz önüne alındığında kanunların içeriği hususunda esas belirleyici etmenin hükümet olduğu görülmektedir. Loveland, s. 132.

¹⁹⁴ Alder, s. 268. Peri Uran, **Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 142.

için en az 40 üyenin oy kullanmış olması gereklidir¹⁹⁵. Pek tabii bu sayıya çekimser oylar da dâhildir. Avam Kamarası'nın belirli konular için daha yüksek nisaplar öngörmesinde engel bulunmamaktadır¹⁹⁶. Lordlar Kamarası'nda karar almak içinse en az 30 lordun oylamaya katılması gereklidir¹⁹⁷.

Kanun teklifleri Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası'nda sırasıyla iki görüşme, komite, rapor ve üçüncü görüşme olmak üzere beş aşamadan geçer¹⁹⁸: İlk görüşmede kanun teklifinin kısa başlığı okunur ve teklifin basılması için karar alınır. İkinci görüşmede teklifin temel esasları görüşülür. Eğer kanun teklifinin temel esasları üzerinde Avam Kamarası üyeleri arasında bir anlaşmazlık varsa görüşme sonunda değişiklik önergesi verilebilir. Bununla birlikte ikinci görüşme aşamasında her ne kadar kanun teklifinin eleştirilebilmesi mümkünse de bu aşamanın sonunda hükümet açısından kanun teklifinin bir kısmı üzerinde oylama yapılması ve Avam Kamarası'nda çoğunluğu elinde bulunduran hükümetin oylamayı kaybetmesi oldukça uzak bir ihtimaldir. Hatta böyle bir durum hükümete karşı güvensizlik olarak dahi algılanabilir. Nitekim bu aşamada prensip olarak teklifin içeriğine ilişkin herhangi bir değişiklik ya da oylama yapılmaz. Bununla birlikte Avam Kamarası'nın teklifin bir sonraki aşama olan komite aşamasına geçmesi için oylama yapması gerekir. Bu oylamanın olumlu sonuçlanması üzerine teklifin detaylı inceleme ve değişikliklere tabi tutulmasının söz konusu olduğu komite aşamasına geçilir. Kamu teklifi komiteleri 16 ila 50 kişiden oluşmaktadır. Bunun yanında anayasal önemi haiz teklifler (European Communities Bill gibi) tüm meclis bünyesindeki komite tarafından incelenir. Rapor aşamasında ise komite raporları Avam Kamarası'nın tamamı tarafından değerlendirilmekte ve kabul edilmekte olup

¹⁹⁵ Eroğul, s. 11; Alder, s. 266; Alex Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, 5th Edition, Pearson, Harlow, 2009, s. 145. Avam Kamarası İçtüzüğü'nün (Standing Order) 41. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca oylamaya katılan üye sayısının kırkın altında olduğu anlaşıldığı takdirde müzakere konusu mesele bir sonraki oturuma kadar ertelenir ve diğer meseleye geçilir. Bkz. "Standing Orders", <https://publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmstords/2/body.htm#41>, (23.09.2019).

¹⁹⁶ Eroğul, s. 11.

¹⁹⁷ Eroğul, s. 23. Bkz. Kamusal Meselelere İlişkin Lordlar Kamarası İçtüzüğü (The Standing Orders of the House of Lords Relating to Public Business), m. 57, <https://www.parliament.uk/business/publications/house-of-lords-publications/rules-and-guides-for-business/the-standing-orders-of-the-house-of-lords-relating-to-public-business/#jump-link-4>, (23.09.2019).

¹⁹⁸ Heringa, s. 139; Leyland, ss. 134-136. Bkz. "How does a bill become a law?" <https://www.parliament.uk/about/how/laws/passage-bill/>, (23.09.2019).

komite tarafından teklif metni üzerinde bir değişiklik önerisi söz konusu ise bu değişiklikler Avam Kamarası tarafından kabul edilir ya da reddedilir. Bu aşamada gerek bakanlar gerekse de muhalefet değişiklik önergesi verebilir. Rapor aşamasının hemen akabinde ise üçüncü görüşme aşamasına geçilir. Bu aşamada teklif metni son olarak Avam Kamarası'nın genel oturumunda tartışılır ve oylanır¹⁹⁹. Avam Kamarası tarafından kabul edilen kanun teklifleri Lordlar Kamarası'na havale edilmekte olup, teklif bu Meclis'te de büyük ölçüde aynı aşama ve görüşmelerden geçer²⁰⁰. Lordlar Kamarası'nda verilen bir kanun teklifi ise Lordlar Kamarası'nın kabulü üzerine Avam Kamarası'na havale edilir. Parlamento'nun her bir kanadı, kanun teklifi üzerinde diğerinin yapmış olduğu değişikliği görüşmek zorundadır. Eğer bir kanun teklifi üzerinde Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası'nın her birinde yapılan değişiklikler sonucunda farklı metinler ortaya çıkmış ise Parlamento'nun her iki kanadı da bir metinde uzlaşmaya varana dek teklif metni tabiri caizse masa tenisi müsabakası sırasındaki top gibi bir meclisten diğerine gidip geri döner²⁰¹. İki meclisin bir metin üzerinde uzlaşmaması durumunda ise çok sık karşılaşılmasa da kanun teklifinin düşmesi söz konusu olabilirken Avam Kamarası Parliament Act'i kullanarak Lordlar Kamarası'nın rızası olmaksızın bir sonraki yasama döneminde teklifin geçmesini de sağlayabilir. Bununla birlikte bu yetki Avam Kamarası tarafından çok nadir kullanılmaktadır²⁰². Yine Lordlar Kamarası'nın bir hükümet teklifinin içeriğine müdahil olması sonucunda metnin değişikliğe uğraması da söz konusu olabilmektedir²⁰³.

İngiliz Parlamentosu'nun ilk halinde tek meclisli bir yapıda teşekkül etmesi karşısında Avam ve Lordlar da bir arada oturmaktaydı. Bunların 14. yüzyıldan itibaren ayrı ayrı oturmaları karşısında bir kanun teklifinin geçmesi her iki meclisin de onayını zorunlu kılmıştır. Bu şekilde ortaya çıkan bir kanun teklifinin her iki meclis tarafından da değerlendirilmesi prensibi günümüzde halen geçerliliğini korumaktadır. Bununla birlikte 1911 yılından beri birçok durum açısından teklifin Lordlar Kamarası tarafından kabul edilmesi söz konusu olmasa da metnin kraliyet onayına gönderilmesi mümkün olabilmektedir. Bunun dışında bir meclisin diğer meclisin kanun

¹⁹⁹ Heringa, s. 139.

²⁰⁰ Heringa, s. 139; Leyland, s. 136. Bu hususta Lordlar Kamarası'ndaki komite aşaması farklılık göstermektedir. Nitekim Lordlar Kamarası'ndaki komite aşamasında kanun teklifi tüm meclis tarafından görüşülür. Leyland, ss. 136-137.

²⁰¹ Heringa, s. 139.

²⁰² Leyland, s. 137.

²⁰³ Leyland, s. 138.

teklifine ilişkin yapmış olduğu değişiklik teklifinin, iki meclis uzlaşmaya varıncaya kadar bir meclisten diğerine gidip geri dönmesinin söz konusu olduğu durumda da Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası'nın her birinin teklifi kabul etmeleri halinde kanun teklifi onay için kraliçeye gönderilir²⁰⁴.

3. Kanun Yapım Sürecinde Lordlar Kamarası'nın Rolü

Bir kanun teklifinin Parlamento'dan geçerek kraliyet onayına gönderilmesi için prensip olarak her iki meclisin de teklifi kabul etmesi gerekmektedir birlikte, Avam Kamarası'nın ekseriyetinin ya da hükümetin nihayetinde Lordlar Kamarası'nı aşma ve saf dışı bırakma imkânı vardır. Parliament Act 1911 ve Parliament Act 1949, Lordlar Kamarası tarafından kabul edilmeyen bir kanun teklifinin belirli bir zaman zarfından sonra Avam Kamarası aksi yönde bir karar almadıkça kraliyet onayına gönderilmesini hükme bağlamaktadır²⁰⁵. Buna göre Parliament Act 1911 ve Parliament Act 1949 ile Avam Kamarası tarafından kabul edilen kanun teklifleri üzerindeki Lordlar Kamarası'nın mutlak veto yetkisi geciktirici veto yetkisine dönüştürülmüştür²⁰⁶. Özetle, az önce belirttiğimiz 1911 ve 1949 tarihli Parlamento Kanunları (Parliament Acts) uyarınca Avam Kamarası'nda teklif edilen bir kanun teklifi Avam Kamarası'nda ardı ardına iki yasama döneminde kabul edilirse Lordlar Kamarası'nın onayı olmaksızın dahi kraliyet onayına gönderilebilir. Kanun teklifi ardı ardına iki parlamento döneminde²⁰⁷ kabul edilirken ilk yasama dönemindeki ikinci görüşme ile

²⁰⁴ Heringa, s. 140.

²⁰⁵ Heringa, s. 140.

²⁰⁶ Heringa, s. 141. Alder, s. 53. Hemen belirtelim Lordlar 1949 tarihinden beri bu geciktirme yetkisini sınırlı sayıda kullanmıştır. Leyland, s. 126. Government of Ireland Act 1914, Welsh Church Act 1914, War Crimes Act 1991, The European Parliamentary Elections Act 1999, Sexual Offences (Amendment) Act 2000 ve Hunting Act 2004 Parliament Act 1949'daki Lordlar'ın aşılması yöntemi izlenerek kraliyet onayına gönderilmiştir. Barnett, s. 444.

²⁰⁷ Parlamento dönemleri (parliamentary sessions) genellikle Fixed-Term Parliaments Act 2011 ile belirlenen iki genel seçim arası beş yıllık periyodun içerisindeki bir yıllık zaman dilimleridir. Bununla birlikte parlamento dönemi süresinin, parlamento döneminin başlangıç ve bitiş tarihlerini belirten herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim Parlamento döneminin başlaması ve sona ermesi kraliçenin beyanı ile olur. Bu sebeple parlamento döneminin başlangıcı ve bitiş konularında esas inisiyatif başbakandır. Söz gelimi yakın geçmişte Birleşik Krallık'taki parlamento dönemi 21 Haziran 2017 tarihinde Kraliçe Elizabeth'in konuşması ile (State Opening of Parliament) başlamıştır. Dönemin başbakanı Theresa May, Brexit süreci sebebiyle parlamento döneminin iki yıl olacağını açıklamıştır. Nihayetinde 7 Mayıs 2019 tarihi itibarıyla İngiliz siyasal tarihinde İngiliz İç Savaşı döneminden (1642-1651) bu yana en uzun parlamento

ikinci yasama dönemindeki son oylama ve kabul arasında en az bir yıl geçmesi gerekir²⁰⁸. Başka bir deyişle günümüzde Lordlar Kamarası'nın bir kanun teklifini en fazla bir sene geciktirme yetkisi vardır²⁰⁹. Mali konulara ilişkin kanun tekliflerinde ise bu süre farklıdır. Avam Kamarası başkanının değerlendirmesi ile mali kanun teklifi (money bill) sıfatını haiz olan bir teklif sadece maliye ve vergilere ilişkin hükümler içerebilir²¹⁰. Avam Kamarası tarafından kabul edilen mali kanun teklifleri Lordlar Kamarası tarafından bir ay içerisinde onaylanmadığı takdirde kraliyet onayına gönderilir²¹¹. Mahiyeti itibariyle ilk olarak Lordlar Kamarası'nda sunulan bir kanun teklifi Lordlar'ın onayı olmaksızın kraliyet onayına gönderilemez. Yine genel seçimler arasındaki beş yıllık süreyi uzatan bir kanun teklifinin de Lordlar Kamarası'nın onayı olmaksızın kraliyet onayına gönderilmesi mümkün değildir²¹². Bunlar dışındaki kanun teklifleri açısından Lordlar

dönemi başbakan Boris Johnson'ın tavsiyesi neticesinde Kraliçe Elizabeth'in Parlamento'yu tatile sokma kararıyla (prorogation) 10 Eylül 2019 tarihinde sona ermiştir. Bu karar yeni parlamento döneminin 14 Ekim 2019 tarihinde başlamasını öngörmekteydi. Bununla birlikte Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, Başbakan'ın Kraliçe'ye yapmış olduğu tavsiyenin Parlamento'nun anayasal fonksiyonlarını yerine getirmesini makul bir gerekçe ve dayanak olmadan engellenmesi anlamına geldiğini belirterek Parlamento'nun tatile sokularak yeni parlamento döneminin 14 Ekim'de başlamasına ilişkin kararı hukuka aykırı ve uygulanamaz bulmuştur. Bunun üzerine Avam Kamarası Başkanı John Bercow Parlamento'nun toplanacağını açıklamış ve 24 Ekim'de Parlamento toplanmıştır. Bkz. Edward Hicks, "Is this the longest parliamentary session ever?", **House of Commons Library**, <https://commonslibrary.parliament.uk/parliament-and-elections/parliament/is-this-the-longest-parliamentary-session-ever/>, (18.09.2019); Rowena Mason ve Peter Walker, "MPs to return immediately in wake of supreme court ruling", **The Guardian**, <https://www.theguardian.com/politics/2019/sep/24/bercow-mps-return-urgent-supreme-court-ruling-suspension-parliament>, (24.09.2019); "House of Commons recess dates", <https://www.parliament.uk/about/faqs/house-of-commons/faqs/business-faq-page/recess-dates/>, (18.09.2019); "Prorogation", <https://www.parliament.uk/about/how/occasions/prorogation/>, (18.09.2019); "Parliamentary sessions and sittings", <https://www.parliament.uk/about/how/occasions/calendar/>, (18.09.2019); "Longest UK parliamentary session in history comes to an end", <https://www.thecanary.co/uk/news/2019/09/09/longest-uk-parliamentary-session-in-history-comes-to-an-end/>, (18.09.2019).

²⁰⁸ Heringa, ss. 140-141. Bkz. Parliament Act 1911 § 2/1, Parliament Act 1949 § 2. Parliament Act 1911'in tam metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/1-2/13/contents>, (18.09.2019), Parliament Act 1949'in tam metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/103/introduction>, (18.09.2019).

²⁰⁹ Leyland, s. 127.

²¹⁰ Bkz. Parliament Act 1911 §1/2

²¹¹ Heringa, s. 141. Bkz. Parliament Act 1911 §1/1

²¹² Heringa, s. 141; Leyland, ss. 126-127. Bkz. Parliament Act 1911 §2/1

YUHFD Cilt. XV No.2 (2020)

Kamarası'nın bir kanun teklifinin kanunlaşmasını ve yürürlüğe girmesini engelleme kabiliyeti yoktur.

Parliament Act 1911, birkaç istisna dışında kanun tekliflerinin Lordlar Kamarası'nın onayı olmaksızın en az iki senelik bir zaman diliminde arda ardına üç parlamento dönemi geçtikten sonra kraliyet onayına gönderilmesine olanak tanımıştı. Parliament Act 1911 ile kanun yapımında Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası arasındaki ilişkide son sözü Avam Kamarası'nın söylemesi esası benimsenmiştir²¹³. II. Dünya Savaşı akabindeki İşçi Partisi hükümetinin başbakanı Clement Attlee, Lordlar'ın kanun yapımındaki yetkilerini daha da kısmayı önermiştir²¹⁴. Bu şekilde Parliament Act 1911'in bir kısım hükümlerini değiştiren Parliament Act 1949 kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Parliament Act 1949, hâlihazırda Avam Kamarası tarafından kabul edilerek Lordlar Kamarası tarafından kabul edilmeyen bir kanun teklifinin kraliyet onayına gönderilmesi için gerekli olan iki senelik süreyi bir seneye indirmiştir. İlginçtir, Parliament Act 1949, Lordlar Kamarası'nın onayı olmaksızın Parliament Act 1911'in ilgili hükümlerinin işletilmesiyle yürürlüğe girmiştir. Parliament Act 1911 gereğince Parliament Act 1949'in kraliyet onayına gönderilmesi için dönemin hükümeti iki sene beklemiştir²¹⁵. Parliament Act 1949'un yürürlüğe girmesi ile birlikte Lordlar'ın Avam Kamarası'nda kabul edilen bir kanun teklifini geciktirme süresi bir yıla düşmüştür.

Parliament Act 1911 ve Parliament Act 1949 hükümleri ile aşılmamak için Lordlar Kamarası, oluşan konvansiyon/teamül gereği mali kanun tekliflerine karşı çıkmamaktadır²¹⁶. Hatta *Salisbury Convention* isimli bir konvansiyon/teamül gereğince Lordlar Kamarası, hükümetin seçim beyannamesinin uygulanması niteliğinde olan kanun tekliflerinin kabul edilmesini de zorlaştırmamakta veya bloke etmemektedir²¹⁷. Başka bir ifadeyle Lordlar Kamarası hükümetin seçim beyannamesinde taahhüt ettiği hususlara ilişkin kanun tekliflerini ikinci görüşme safhasındaki oylamada reddetmemektedir²¹⁸. Nitekim bu tür kanun tekliflerinin demokratik meşruiyetleri yoğundur²¹⁹. Bunun dışında kalan kanun teklifleri içinse

²¹³ Alder, s. 214.

²¹⁴ Heringa, s. 141.

²¹⁵ Heringa, s. 141; Barnett, s. 444.

²¹⁶ Heringa, s. 142; Alder, s. 267.

²¹⁷ Heringa, s. 142; Leyland, ss. 126, 138; Loveland, ss. 169-170; Alder, s. 267.

²¹⁸ Leyland, s. 125.

²¹⁹ Heringa, s. 142.

Lordlar Kamarası, değişiklik önergesi vermekte veya teklifi reddetmekte özgürdür²²⁰.

4. Kraliyet Onayı

İngiliz anayasal düzeninde Parlamento tarafından kabul edilen bir kanun teklifi, kraliyet onayı (royal assent) sonucunda kanun halini alır²²¹. Kraliyet onayı, kraliyet imtiyazı kapsamında olan bir yetkidir²²². Yukarıda da belirttiğimiz gibi Birleşik Krallık'ta kanunu yapan organ teknik olarak Parlamento değil Parlamentodaki Kraldır. Yani kraliçenin ya da kralın onayı Parlamento'dan geçen bir metnin yürürlüğe girmesinin ötesinde kanun haline dönüşmesi için de gereklidir. Yine İngiliz anayasal düzeninde kanun yapan organın Parlamentodaki Kral olmasının bir yansıması olarak hükümdar, teorik olarak Parlamento'dan geçerek kendisine gelen kanun teklifleri üzerinde mutlak veto yetkisine sahiptir. Bununla birlikte mevcut anayasal konvansiyon/teamül uyarınca kral, kraliyet onayını vermekten imtina edemez²²³. Parlamento tarafından kabul edilerek hükümdarın önüne gelen bir kanun teklifine kraliyet onayı verilmekten imtina edilmesi en son Kraliçe Anne tarafından 1708 senesinde gerçekleşmiştir²²⁴. Nitekim Birleşik Krallık'ta Parlamento'dan geçen bir kanun teklifine kraliyet onayının verilmemesi en azından normal şartlar altında, olağanüstü olmayan dönemler ve çok istisnai olmayan durumlar açısından kabul edilemez görülmektedir²²⁵. Şu husus da unutulmamalıdır ki gerekçesiz veya meşru olmayan bir kraliyet vetosuna tepki olarak kralın tahtını kaybetmesi ve monarşinin kaldırılması çok da hayal edilemez bir olasılık değildir²²⁶.

²²⁰ Heringa, s. 142.

²²¹ Heringa, s. 140; Leyland, s. 93.

²²² Barnett, s. 409.

²²³ Heringa, s. 140; Leyland, s. 93; Alder, s. 47; Barnett, s. 120; Carroll, s. 57.

²²⁴ Heringa, s. 140; Leyland, s. 93.

²²⁵ Heringa, s. 140.

²²⁶ Heringa, s. 140. Söz gelimi bir sonraki seçimi kaybetme korkusu içerisindeki hükümetin Avam Kamarası seçimleri arasındaki süreyi uzatan bir kanun teklifi verdiğini ve bu teklifin hem Avam Kamarası hem de Lordlar Kamarası tarafından kabul edildiğini varsayalım. "Anayasaya aykırı" görülen böylesine bir teklifin kraliçe ya da kral tarafından onaylanmaktan imtina edilmesi meşru görülebilir olmakla birlikte böylesine durumlarda dahi kraliyet imtiyazından imtina edilmesinin İngiliz anayasal düzeninde hükümdar şahsi imtiyazlarını Avam Kamarası'nın güvenine dayanan başbakanın tercihleri doğrultusunda kullanır. Bu şekilde kraliçe ya da kralın demokratik denetimi de sağlanır. Bununla birlikte Avam Kamarası'nın güvenini kaybetmiş bir başbakanın varlığı durumunda hükümdarın kraliyet imtiyazı kapsamındaki yetkilerini kullanması konusundaki konvansiyonel sınırlamaların *YUHFD Cilt. XV No.2 (2020)*

SONUÇ

Tarihsel süreçte yasama yetkisini hükümdarın bünyesinden kendi bünyesine aktararak hem kurumsal hem de hukuksal düzeyde gerçek bir yasama iktidarı hüviyetine bürünen ilk modern parlamento Westminster Parlamentosu'dur. Westminster Parlamentosu bu özelliği ile kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı gibi anayasal ilkelerin kurumsallaşmasında öncü rol oynamıştır. Yine 1688 Devrimi'nin meyveleri olan parlamentonun egemenliği ilkesi ve parlamenter hükümet sistemi de varlıklarını Westminster Parlamentosu'na borçludur. Nitekim 1688 Devrimi akabinde İngiliz Parlamentosu etrafında şekillenen anayasal monarşi rejimi veya Westminster modeli parlamenter hükümet sisteminin izlerini 18. yüzyılın sonlarında ve 19. yüzyılın başlarında Polonya-Litvanya Birliği, Fransa, Norveç, Hollanda, Belçika gibi Kıta Avrupası ülkelerinde meydana gelen anayasacılık hareketleri ve bunların ürünü olan anayasalarda görmek mümkündür.

Kökenini karma yönetim teorisinden alan Westminster Parlamentosu bünyesinde soyluları, ruhbanı, avamı ve kralı bir araya getiren bir yapıda teşekkül etmiştir. 1688 Devrimi sonrası Britanya, merkezinde Parlamento'nun olduğu karma yönetim teorisi ile kuvvetler ayrılığı ilkesinin harmanlanmasına ev sahipliği yapmıştır. Sınırlı iktidarın tesisi ve yönetimin hesap verebilir niteliğe bürünmesinde başlarda Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası birbirine denk roller paylaşmış olsalar da 19. yüzyıldan başlayarak demokrasi ilkesinin güçlenmesi ve oy hakkının genişlemesiyle Parlamento içerisindeki baskın kanat, Avam Kamarası haline gelmiştir. Nitekim Representation of the People Act of 1832, Representation of the People Act 1918 ve Representation of the People (Equal Franchise) Act 1928 ile İngiliz nüfusunun büyük bir kısmı oy hakkına sahip olmuş ve Avam Kamarası'nın temsil kabiliyeti önemli ölçüde artmıştır. Parliament Act 1911 ve Parliament Act 1949 ile kanun yapımında Parlamento'nun demokratik kanadı olan Avam Kamarası'nın üstünlüğü kurumsal ve hukuksal güvenceye kavuşmuştur. Bununla birlikte günümüz Westminster Parlamentosu'nu hem İngiliz siyasal geleneklerine hem de modern anayasal ve demokratik prensiplere aynı anda riayet edilen bir yapı olarak belirtebiliriz. Her ne kadar günümüze uzanan süreçte fonksiyonel ve kurumsal düzlemde değişimlere uğrayarak Avam Kamarası'nın gölgesinde kalmış olsa da Lordlar Kamarası, İngiliz yönetiminin geleneksel bir kanadı

mahiyeti konusu ise muğlaktır. Hemen belirtelim İngiliz anayasal düzeninde bu nitelikte kanun tekliflerinin görülmesi pek olası değildir. Loveland, ss. 277-278.

ile önemli bir denetim ve karşı denge unsuru olarak görülmektedir. Nitekim Lordlar Kamarası'nın tamamen kaldırılması uzak bir ihtimal olarak görülmekte olup daha çok bu meclis üzerinde reform tartışmaları süregelmektedir. Bu açıdan kalıtsal lordların sayısını bir hayli azaltan House of Lords Act 1999 önemli bir anayasal reformdur. Gelecekte Lordlar Kamarası'nın yapısı ile ilgili yeni anayasal reformların, en azından kanun tekliflerinin söz konusu olması ise şaşırtıcı olmayacaktır.

Günümüz İngiliz siyasal düzeninde hükümdar politik karar alma sürecindeki etkisini tamamen kaybetmiştir. Şanlı Devrim'den günümüze dek gelen süreçte hükümdarın sahip olduğu kraliyet imtiyazının kapsamı çıkarılan kanunlar ile daraltılmıştır. Kaldı ki kraliyet imtiyazı kapsamındaki yetkilerini hükümdar ancak başbakan veya ilgili bakanın tavsiyesi ve karşı imzasıyla kullanabilmektedir. Yine de hükümdar devletin başı sıfatıyla şekli açıdan yasama, yürütme ve yargı organları nezdinde varlığını devam ettirmektedir. Söz gelimi her ne kadar iç ve dış politikanın kontrolü başbakan ve kabinesinde olsa da hükümet teknik olarak kraliçenin hükümetidir. Yine kraliçe anayasal konvansiyon/teamül gereğince Parlamento tarafından kabul edilen bir kanun teklifine kraliyet onayını vermekten imtina edemez ise de kanunu yapan organ teknik olarak Parlamentodaki Kraliçe olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar yargıçların seçiminde kraliçenin herhangi bir etkisi olmasa da yargıçların atanma süreci kraliçenin imzası ile tamamlanmaktadır. Belirttiğimiz bu hususlar anayasal ve demokratik ilkeler çerçevesinde İngiliz siyasal geleneğine bağlılığın bir sonucudur. Avam Kamarası ise Westminster Parlamentosu'nun halkı temsil eden kanadı ve kabineye hayat veren meclis olarak İngiliz siyasetinin asli kurumsal organıdır.

Kodifiye edilmiş yazılı ve katı bir anayasası olmamasına rağmen sınırlı/anayasal devletin kurumsallaşmasının ilk modern örneği olan Birleşik Krallık, hem kendi ülkesinde hem de dünya çapında bıraktığı anayasal etkileri parlamentosuna borçludur. Günümüzde azımsanmayacak sayıdaki üniter yapıdaki siyasal düzenin çift meclisli yasama organına yer verdiğini, anayasal devletlerin birçoğunun ise parlamenter hükümet sistemi veya bu sistemden türeyen sistemleri benimsediğini gözlemlediğimizde Westminster Parlamentosu'nun bıraktığı anayasal ve kurumsal etki veya öncü niteliği daha net gözlemlenebilmektedir. İngiliz anayasal düzeninin şekli ve katı bir yazılı anayasaya sahip olmamasının da başlıca sebebi Westminster Parlamentosu'dur. Yine Avam Kamarası seçim sistemi, Lordlar Kamarası'nın yapısı gibi konularda Westminster Parlamentosu üzerindeki reform talepleri devam etmektedir. Bu açıdan kendisine özgü veya ilk

örneği kendisi olan anayasal ilke ve kurumlara ev sahipliği yapan İngiliz anayasal düzeninin merkezindeki Westminster Parlamentosu ile ilgili yapılması muhtemel anayasal reformlar oldukça merak edilmektedir.

KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR VE MAKALELER

- Akad, Mehmet, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut. **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 13. Basım, İstanbul, 2017.
- Alder, John. **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, 4th Edition, Palgrave Macmillan, Bristol, 2002.
- Arslan, Zühtü. **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Apostolova, Vyara ve Diğerleri. **General Election 2017: results and analysis**, 2nd Edition, House of Commons Library, 2019, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7979#fullreport>, (19.09.2019).
- Baranger, Denis ve Christina Murray. “Systems of Government”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, (Ed. Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders), London and New York, 2013, ss. 73-84.
- Barnett, Hilaire. **Constitutional & Administrative Law**, 8th Edition, Routledge, London and New York, 2011.
- Bellamy, Richard. “The Political Form of the Constitution: Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, **The Rule of Law and Separation of Powers**, (Ed. Richard Bellamy), Ashgate/Darmouth, Hants and Burlington, 2005, ss. 253-274.
- Besselink, Leonard F.M. **Constitutional Law of the Netherlands**, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2004.
- Boyce, Peter. “Magna Carta and the Parliament”, **The Western Australian Jurist**, Vol. 6, 2015, https://www.murdoch.edu.au/School-of-Law/_document/WA-jurist-documents/2015-Vol-6/Boyce---Magna-Carta-and-the-Parliament.pdf, (11.04.2020).
- Brand, Paul. “Development of Parliament: 1215 – 1307”, **A Short History of Parliament**, Ed. Clyve Jones, The Boydell Press, Woodbridge, 2012.
- Brzezinski, Mark F. “Constitutional Heritage and Renewal: The Case of Poland”, **Virginia Law Review**, Vol. 77, No. 1 (Feb., 1991), https://www.jstor.org/stable/pdf/1073115.pdf?_=1466013323744, (18.04.2020)
- Carroll, Alex. **Constitutional and Administrative Law**, 5th Edition, Pearson, Harlow, 2009.

- Carpanter, David. “Magna Carta and the Development of Parliament”, **Magna Carta & Parliament**, Ed. David Carpanter & David Prior, Houses of Parliament Parliamentary Archives, 2015.
- Censer, R. Jack ve Lynn Hunt. **Liberty, Equality, Fraternity: Exploring The French Revolution**, The Pennsylvania University Press, Canada, 2008.
- Dickovick, Tyler J. ve Jonathan Eastwood, **Comparative Politics: Integrating Theories, Methods, and Cases**, 2nd Edition, Oxford University Press, New York and Oxford, 2016.
- Eroğul, Cem. **Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya**, 10. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2016.
- Ertaş, Türker. **Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Esen, Bülent Nuri. **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970.
- Friedrich, Carl J. **Sınırlı Devlet**, Çev. Mehmet Turhan, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 1999.
- Fukuyama, Francis. **The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution**, Profile Books, London, 2012.
- Gönenç, Levent. **Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Göze, Ayferi. **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.
- Gözler, Kemal. **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 1999.
- Griffith Jones, Robin. “Magna Carta: 1215 – 2015”, **London’s Temple and the Road to Rule of Law**, <http://www.templechurch.com/wp-content/uploads/2015/06/magna-carta.pdf>, (11.04.2020).
- Hayton, D.W. **The House of Commons 1690 – 1715**, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Heringa, Aalt Willem. **Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law**, 4th Edition, Intersentia, Cambridge, Antwerp and Portland, 2016.
- Hicks, Edward. “Is this the longest parliamentary session ever?”, **House of Commons Library**, <https://commonslibrary.parliament.uk/parliament->

- and-elections/parliament/is-this-the-longest-parliamentary-session-ever/, (18.09.2019).
- Jones, George. **The Power of the Prime Minister**, The Constitution Society, London, 2016.
- Jowett, Benjamin. **The Politics of Aristotle**, Book IV, Clarendon Press, Oxford, 1885.
- Koçak, Mustafa. “İngiltere’de Parlamento ve Parlamentonun Egemenliği Doktrininin Tarihsel Kökleri”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 5, Temmuz 2005.
- Kutlu, Mustafa. **Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri – Gelişimi, Hukuk Devletin Kökenleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- Lewis-Jones, Janet. **Reforming the Lords: The Role of the Bishops**, June 1999, https://www.ucl.ac.uk/___constitution-unit/sites/constitution-unit/files/41.pdf, (08.09.2019).
- Leyland, Peter. **The Constitution of United Kingdom - A Contextual Analysis**, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford, Portland and Oregon, 2012.
- Little, Patrick. “Monarchy to protectorate: re-drafting the Humble Petition and Advice, March - June 1657”, **Historical Research**, Vol. 79, No. 203, February 2006, ss. 144-149, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2281.2005.00332.x/pdf>, (17.04.2020),
- Locke, John. **Second Treatise of Government**, (Ed. Jonathan Bennett), 2008, <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>, (10.07.2019).
- Magill, M. Elizabeth: “The Real Separation in Separation of Powers Law”, **Virginia Law Review**, Vol. 86, No. 6, (September 2000), ss. 1127-1198, <http://www.jstor.org.ezproxy.ub.unimaas.nl/stable/pdf/1073943.pdf>, (10.04.2020),
- Martinez, Jenny S., “Horizontal Structuring”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, (Ed. Michel Rosenfeld and Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Mason, Rowena ve Peter Walker. “MPs to return immediately in wake of supreme court ruling”, **The Guardian**, <https://www.theguardian.com/politics/2019/sep/24/bercow-mps-return-urgent-supreme-court-ruling-suspension-parliament>, (24.09.2019).
- Miller, John. **The Glorious Revolution**, 2nd Edition, Addison Wesley Longman Limited, New York, 1997.

- Montesquieu, Baron de Secondat Charles. **The Spirit of Laws** (1748), İngilizce'ye çeviren: Thomas Nugent (1752), Batoche Books, Kitchener, 2001.
- Munro, Colin R. **Studies in Constitutional Law**, Butterworths, London, 1987.
- Norton, Philip (Professor the Lord Norton of Louth). "The Westminster Parliamentary System", **The Westminster System: 58th Seminar on Parliamentary Practice and Procedures at Westminster – Summary Report of Discussion Sessions**, Commonwealth Parliamentary Association, s. 3, <https://www.parliament.uk/documents/CPA/Publications-Reports/58th-Seminar-on-Parliamentary-Practice-and-Procedures-at-Westminster-Summary.pdf>, (01.09.2019).
- Redvaldsen, David. "Great Britain and the Norwegian constitution of 1814", **Parliaments, Estates and Representation**, Routledge, 2014, ss. 182-202. <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/02606755.2014.946828?needAccess=true>, (18.04.2020).
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Özbudun, Ergun. **Anayasalcılık ve Demokrasi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.
- Polybius. **The Histories**, (Çev. W. R. Paton), Vol. III, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1979.
- Sajó, András. **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**, Central European University Press, Budapest, 1999.
- Sartori, Giovanni. "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", **American Political Science Review**, Vol. 56, No. 4, December 1962, <http://www.jstor.org/stable/1952788>, (03.07.2019).
- Shepp, Jonah. "Boris Johnson Finally Gets a Brexit Win — Followed by a Huge Setback", **New York Magazine**, 23.10.2019, <https://nymag.com/intelligencer/2019/10/parliament-back-boris-johnson-brexit-deal-rejects-timetable.html>, (18.04.2020).
- Spitzer, Robert J. **The Presidential Veto - Touchdown of the American Presidency**, State University of New York Press, Albany, 1988.
- Takahashi, Kazuyuki. "Contemporary Democracy in a Parliamentary System", **Law and Contemporary Problems**, Vol. 53, No. 1, The Constitution of Japan: The Fifth Decade: [Part 1] (Winter, 1990), ss. 105-122, <http://www.jstor.org/stable>

/pdf/1191830.pdf?refreqid=excelsior%3A9721ea05826d139edf494f6582eac5fc, (02.04.2020)

Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Tomkins, Adam. **Public Law**, Oxford University Press, Oxford and New York, 2003.

Turhan, Mehmet. **Anayasal Devlet**, 4. Bası, Naturel Yayıncılık, Ankara, 2005.

Tushnet, Mark. **The Constitution of the United States - A Contextual Analysis**, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015.

Uran, Peri. **Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Uygun, Oktay. **Devlet Teorisi**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 138.

Vile, John R. **A Companion to the United States Constitution and Its Amendments**, 5th Edition, Praeger, Santa Barbara, California, Denver, Colorado, Oxford, England, 2010

Vile, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**, 2nd Edition, Liberty Fund, Indianapolis, 1998.

Whyte, Frederick. “Mother of Parliaments”, **Parliamentary Affairs**, Volume I, Issue 2, Spring 1948, <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.pa.a052965>, (01.09.2019).

Wijffels, Alain. “The French-Dutch Heritage of the Belgian Constitution of 1830”, **Journal of Constitutional History (Giornale di Storia Costituzionale)**, No. 19, 2010, http://www.storiacostituzionale.it/doc_19/Wijffels_GSC19.pdf, (18.04.2020), ss. 125-140.

Wormouth, Francis D. “The Origins Of Modern Constitutionalism The Humble Petition and Advice”, <http://www.humanitiesweb.org/spa/slc/ID/1837/o/blank>, (17.04.2020).

II. DİĞER KAYNAKLAR

“1997 General election results summary”, <http://www.ukpolitical.info/1997.htm>, (19.09.2019).

“Boris Johnson fails in third attempt to call early general election”, *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/politics/2019/oct/28/boris-johnson-third-attempt-general-election-fails>, (18.04.2020).

“Brexit deal: How did my MP vote on the Withdrawal Agreement Bill?”, *BBC News*, <https://www.bbc.com/news/uk-politics-50145265>, (18.04.2020).

- “British Parliament”, **History**, <https://www.history.com/topics/british-history/british-parliament>, (11.04.2020).
- Declaration of the Rights of Man – 1789, http://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp, (17.04.2020).
- “General Election 2017: full results and analysis”, House of Commons Library, <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7979>, (19.09.2019).
- House of Commons recess dates”, <https://www.parliament.uk/about/faqs/house-of-commons-faqs/business-faq-page/recess-dates/>, (18.09.2019).
- “How does a bill become a law?” <https://www.parliament.uk/about/how/laws/passage-bill/>, (23.09.2019).
- “Is this the longest parliamentary session ever?”, House of Commons Library, <https://commonslibrary.parliament.uk/parliament-and-elections/parliament/is-this-the-longest-parliamentary-session-ever/>, (18.09.2019).
- “Longest UK parliamentary session in history comes to an end”, <https://www.thecanary.co/uk/news/2019/09/09/longest-uk-parliamentary-session-in-history-comes-to-an-end/>, (18.09.2019).
- “Magna Carta (1215) to Henry IV (1399)”, Birth of the English Parliament, <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/keydates/1215to1399/>, (11.04.2020).
- “Parliamentary sessions and sittings”, <https://www.parliament.uk/about/how/occasions/calendar/>, (18.09.2019)
- “Prorogation”, <https://www.parliament.uk/about/how/occasions/prorogation/>, (18.09.2019)
- “The Contents of Magna Carta”, **Birth of English Government**, <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/originsofparliament/birthofparliament/overview/magnacarta/magnacartaclauses/>, (11.04.2020).
- “The First English Civil War”, Northamptonshire County Council, <https://www.northamptonshireheritage.co.uk/learn/historical-events-and-movements/Pages/the-first-english-civil-war.aspx>, (16.04.2020).
- “The Story of Parliament”, Houses of the Parliament, <https://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/Publications-2015/THE-STORY-OF-PARLIAMENT-web.pdf>, (16.04.2020).

UK results: Conservatives win majority, BBC News,
<https://www.bbc.com/news/election/2019/results>, (18.04.2020).
“UK set for 12 December general election after MPs' vote”, BBC News,
29.10.2019, <https://www.bbc.com/news/uk-politics-50229318>,
(18.04.2020).

¶ AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KKTC'DE TAŞINMAZ MAL MÜLKİYETİ

(THE RIGHT TO PROPERTY IN TRNC WITHIN THE FRAMEWORK OF ECHR
DECISIONS)

Arş. Gör. Cenan Eskimuhtaroglu*
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt**

ÖZ

Mülkiyet hakkı geçmişte birçok düşünür tarafından tartışılmış ve tanımlanmaya çalışılmıştır. Mülkiyet hakkı dünya hukuk tarihi açısından önemli olan birçok metinde yer almıştır. Bu metinlerden bazıları, “Magna Carta Libertatum”, “Petition of Rights”, “Bill of Rights”, “Amerikan Devletleri’nin Bağımsızlık Bildirgeleri”, “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi”, “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi” ve “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” olarak dikkat çeker. Söz konusu metinlerden de anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkı devletler açısından da önemlidir. Mülkiyet Hakkı elbette Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) açısından da ayrı bir yere sahiptir. KKTC Devleti’nin 1985 yılında yürürlüğe koymuş olduğu Anayasası incelendiği zaman mülkiyet hakkına ilişkin hükmün hem Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndan hem de 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası’ndan yararlanıldığı ortadadır. Türkiye ve Güney Kıbrıs (GKRY), AİHS’deki Ek 1 No’lu protokole tarafken, tanınır bir devlet olmamasından ötürü KKTC söz konusu sözleşmeye taraf değildir. Devlet olarak KKTC’nin AİHM’ye başvurması mümkün değildir. Buna rağmen; KKTC’yi de ilgilendirecek şekilde AİHM’in bazı kararları dikkat çekicidir. Bu kararların özünü mülkiyet hakkı ihlalleri oluşturmaktadır. AİHM’ye yapılan başvurular neticesinde, 1974 sonrasında Kıbrıslı Türklerin, Kıbrıslı Rumlara ait gayrimenkuller üzerinde, İskân, Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası (İTEM Yasası) ile yaptıkları müdahaleler, hukuka uygun bulunmadığından Türkiye’ye bazı sorumluluklar yüklenmiştir. Buna göre; KKTC, devlet olarak uluslararası arenada tanınmaması nedeniyle de hak

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 05.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 27.05.2020. Onaylanma Tarihi: 30.05.2020.

* Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7679-8897.

** Doç. Dr., LL.M. Eur. Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi – Yeditepe Üniversitesi. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7489-9029 .

Esere Atıf Şekli: Cenan Eskimuhtaroglu, Kutluhan Bozkurt “AİHM Kararları Çerçevesinde KKTC’de Taşınmaz Mal Mülkiyeti”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.501-527.

ihalelerinde KKTC değil, Türkiye sorumlu tutulmuştur. Çünkü AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, Türkiye'nin, KKTC'nin kara, deniz ve hava savunmasında etkin rol oynamasından dolayı KKTC'de yapılan hak ihlallerinde, Türkiye üzerinden yargılanma yapılmaktadır. AİHM'ye yapılan başvurular ilk başlarda herhangi bir iç hukuk kuralına tabi değilken; 2006 yılında Taşınmaz Mal Komisyonunun kurulması ve etkili bir iç hukuk yolu olabilmek için gerekli şartların yerine getirilmesiyle günümüzde AİHM'ye gitmeden önce tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak önem kazanmıştır. Bir başka ifade ile komisyonun kurulmasındaki en büyük amaç, KKTC'de malı kalmış olan Rumların doğrudan AİHM'ye gitmesini önleyerek bir iç hukuk yolu olarak ilk başvuru yapılacak merci olma hedefiydi.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet ve Mülkiyet Hakkı, AİHM, AİHS, KKTC'de Mülkiyet, Loizidou, Demopoulos, Joannou..

ABSTRACT

Right to property has been discussed and tried to be defined by many thinkers in the past. The right to property is included in many texts that are important in terms of world legal history. Some of these texts include "Magna Carta Libertatum", "Petition of Rights", "Bill of Rights", "The Declaration of Independence 1776", "The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen 1789", "Universal Declaration of Human Rights" and "European Human Rights Convention ". As these texts also show, the right to property is also important for states and nations. The concept of the right of property also plays an essential role in the law of the Turkish Republic of Northern Cyprus (hereinafter: TRNC). The Constitution of TRNC, which entered into force in 1985, was taken the related provisions from both the constitutions of the Turkish Republic and TRNC as well concerning the right of property. The main problem is that TRNC is not a party to the ECHR because it is not recognized in the international arena whereas the Turkish Republic and Southern Cyprus are the signatories of the Additional Protocol No 1. Therefore, it is not possible for the TRNC to demand its rights under the related provisions of ECHR. Still, some judgments of the European Court of Human Rights can be closely associated with the law of TRNC, especially in the breaches of the right of property. After 1974, the European Court of Human Rights has rejected the interference of Turkish-Cypriots on the immovables of Greek Cypriots. Moreover, the Court has dismissed the tenancy and certificate of ownership as well, which were given by the ITEM Law concerning the lodging. The logic behind this

situation derives from the nonrecognition of TRNC by the other countries. Thus, the Turkish Republic is responsible for the TRNC's infringements on the issues mentioned above. Due to the Turkish Republic plays a critical role in defence of the TRNC such as the land, sea, and air which is stated in the decisions of the European Court of Human Rights, the Turkish Republic is under the obligation of the TRNC's breaches of rights. In 2006 Immovable Property Commission was established.

Key Words: , ECHR, Property in TRNC, Loizidou, Demopoulos, Orams, Joannou, Right to Property.

Giriş

Mülkiyet hakkı “İnsan Hakları” bağlamında oldukça tartışılan ve değerlendirilen bir kavram olarak dikkat çekmektedir. Değerlendirmelerin merkezinde devletlerin kendi yetki alanlarının mülkiyet ekseninde ne derece sınırlandırmaya tabi olacakları ve bu sınırlandırmaların sınırının nasıl tayin edileceği, yer almaktadır. Kuşkusuz bu değerlendirmeler hem ulusal hem de uluslararası boyutlarda olmuştur. Belirtmek gerekir ki ulusal mevzuatı doğrudan etkileyen ve onları şekillendiren uluslararası düzenlemeler hayli önemlidir. Geçtiğimiz yüzyılda düzenlenen ve hayat bulan İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi mülkiyet hakkı ekseninde özellikle önem kazanmaktadır. Devletler mülkiyete ve mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeleri, egemen devletler olarak, kendileri belirlerler ve bunu ulusal hukuklarına yansıtırlar. KKTC’de de mülkiyet, özellikle taşınmaz mal mülkiyeti oldukça ilginç ve bir o kadar da önemli konu olarak dikkat çekmektedir.

KKTC’nin uluslararası hukuk düzenlemeleri kapsamında statüsünü, başka bir ifade ile konumunu önceden belirlemek gerekir. Bilindiği üzere KKTC, Montevideo Konvansiyonu¹ düzenlemeleri kapsamında uluslararası ölçekte tanınan bir devlet statüsünde değildir. KKTC’nin uluslararası ölçekte tanınmamış bir devlet olmasından dolayı uluslararası sözleşmelere taraf olması mümkün olamamaktadır. 1985 yılında yürürlüğe giren KKTC Anayasası’nın, taşınmaz mülkiyetine ilişkin ilgili maddesinin AIHS’de yer alan düzenlemeye göre geçerliliği bu çalışma kapsamında önem

¹ 1993 tarihinde kabul edilen Montevideo Konvansiyonu devletlerin tanınması konusunda oldukça önemli bir belgedir. Bu Konvansiyon kapsamında KKTC ne yazık ki tanınırlığı olan bir devlet kategorisinde yer almamaktadır. Montevideo Konvansiyonu ile ilgili değerlendirme için bkz. AZARKAN, Ezeli, Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 15 (4), 1055-1068. DOI: 10.21547/jss.265485.

kazanmaktadır. KKTC'nin uluslararası hukuka göre tanınan bir devlet statüsünde olmamasına rağmen, KKTC'deki mülkiyet sorununun nasıl çözüldüğü, AIHM'nin bu sorun kapsamında yapılan başvurular ile ilgili karar verirken, KKTC'nin tanınmamasından ötürü Türkiye'yi sorumlu tutması ile Türkiye'yi sorumlu tutmasındaki temel dayanakların neler olduğu çalışmanın temelini oluşturmaktadır.

I. Mülkiyet Hakkının Yer Aldığı Önemli Metinler

Tarih boyunca mülkiyet hakkına dair kaynaklara ve düzenlemelere farklı anayasalarda veya metinlerde² rastlanılabileceği gibi, çok sayıda ulusal üstü insan hakları belgeleri aracılığıyla da bu düzenlemelere ulaşılabilir. Bu belgelere örnek olarak; *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*, *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*, *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı*, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* gibi belgeler verilebilir³. Vurgulamak gerekir ki insan hakları, İkinci Dünya Savaşı ertesinde sadece ulusal belgelerle sınırlı kalmayıp, devletlerin bölgesel ve uluslararası antlaşmalarla korumaya çalıştığı konu olmuştur⁴. Tarihsel gelişim sürecine bakıldığında, insan haklarını koruma maksadıyla 1948 yılında Birleşmiş Milletler (BM) öncülüğünde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin (İHEB) ilan edildiği görülmektedir ve İHEB'in kendisinden sonraki birçok sözleşmeye kaynaklık ettiği de görülmektedir⁵. Bir diğer önemli sözleşme ise Avrupa Konseyi öncülüğünde 1950 yılında imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir (AİHS)⁶.

A. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde Mülkiyet Hakkı

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde mülkiyete hakkına yer verilmiş olmasına rağmen, mülkiyet hakkı ihlaline ilişkin herhangi bir yaptırım veya

² Bkz. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, Magna Carta.

³ GEMALMAZ, H. Burak, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi, AYD, C: 32, 2015, s. 379.

⁴ TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 11. Bası, 2012, s. 493.

⁵ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın, Bursa, 23. Bası, 2019, s. 144.

⁶ GÖZLER, 144.

tedbir düzenlemesine yer verilmemiştir⁷. Söz konusu beyanname herhangi bir yaptırıma bağlanmamış olsa da kendisinden sonra oluşturulan birçok belgede kaynak olarak kullanılmıştır⁸. İHEB'nin kaynak olarak kullanıldığı en önemli belgelerden biri de AİHS'dir. Bu düzenlemenin başlangıç metnine bakıldığı zaman, İHEB'ndeki hakların tanınmaları ve uygulanmalarının ve ayrıca; Avrupa Konseyi'nin üyeleri arasında insan hak ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin sağlanması hedefleri görülmektedir. İlgili bu düzenleme 1950 yılında kabul edilmiştir⁹.

Belirtilen tüm bu belgelerin ortak özellikleri “insan hakkı” kavramına ilişkin olmalarıdır. Ancak “insan hakkı” kavramı değişken bir kavram olup, zaman zaman bu sözleşmelere taraf devletlerin aralarında da anlaşmazlıklara neden olmuştur¹⁰. Mülkiyet hakkının statik bir hak değil de değişken bir hak olduğu, bölgeden bölgeye veya ideolojiden ideolojiye değişkenlik gösterebildiğini somutlayan en güzel örneklerden biri olan İHEB'nin hazırlanması sürecinde, belirginlik kazanmıştır. Bu süreçte farklı görüşler daha çok Sovyetler Birliği liderliğinde ve çerçevesinde örgütlenen devletler ve kapitalist devletler arasında ortaya çıkmıştı¹¹. Mülkiyet hakkının değişkenlik göstermesi hususunda dikkat edilmesi gereken nokta, mülkiyetin günümüz koşulları ve standartlarına göre de farklılık gösterme potansiyelinin varlığıdır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi mülkiyet hakkı statik değil gelişen ve koşullara ve zamana göre değişebilen bir hak niteliğindedir.

⁷ İHEB'nin 17. maddesi mülkiyeti iki fıkrada düzenlemiştir. İlk Fıkra: “Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır.” şeklindedir. İkinci Fıkra: “Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸ AYBAY, Rona, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2. Bası, 2015, s. 46.

⁹ 4.11.1950 Tarihli, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Başlangıç Metninden Bazı Alıntılar, İnternet Kaynak: <https://tihv.org.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi/>, Erişim Tarihi: 10.01.2019.

¹⁰ AYBAY, İnsan Hakları Hukuku, s. 52.

¹¹ DİNÇ, Günay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı, TBBB, S: 51, 2004, s. 133.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı

AIHS'nin en önemli özelliklerinden biri, içerisinde mahkeme yoluyla oluşturmuş olduğu kontrol ve yaptırım mekanizmasıdır¹². Başka bir ifade ile AIHS'de, denetim mekanizmasının diğer sözleşmelerden daha etkili kullanıldığı söylenilebilir¹³. Ulusal üstü bir yargı mekanizmasının getirilmiş olduğu bu sisteme “*derinleştirilmiş koruma mekanizması*” adı verilmektedir¹⁴. AIHS'yi önemli kılan bir diğer özellik ise karar sayıları açısından bir kıyaslama yapıldığında; yukarıda belirtilen diğer düzenlemeler olan *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi* ve *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı* belgelerince oluşturulan denetim organlarının vermiş olduğu kararlardan çok daha fazlasının sadece AIHM tarafından vermiş olmasıdır¹⁵. Buradan da anlaşılacağı üzere; AIHS'nin denetim organının işlevsel olması nedeniyle; bireyin siyasal iktidarlara karşı korunması yönünden daha güvenli bir sistem yaratılmış ve geliştirilmiştir. Bu gelişen sistemin temeli iki kaynağa dayanmaktadır. Bunlardan ilki AIHS ve buna bağlı olan ek protokoller iken; diğeri ise AIHM kararlarıdır¹⁶. Kısaca AIHS, diğer sözleşmelere kıyasla yaptırım gücü sebebiyle daha elle tutulur bir sözleşme olmasının yanı sıra, AIHM'nin verdiği kararların sözleşmeye taraf devletler açısından bağlayıcılığı da dikkat çekmektedir.

Mülkiyet hakkının AIHS kaleme alınırken metne dâhil edilememesi, sözleşmeyi hazırlayan devletlerin kendi aralarında mutabakata varamamalarından dolayıdır¹⁷. Zira yukarıda da belirtildiği gibi; mülkiyet hakkı, bölgeden bölgeye olduğu kadar, kişiden kişiye ve ülkeden ülkeye de farklılık gösterebilen, sürekli gelişebilen ve değişim gösterebilen önemli bir haktır. Bu sebeplerle, birinci protokolle geliştirilen formül çerçevesinde

¹² AIHS'nin 19. maddesi “Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle “Mahkeme” olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur (...)” şeklindedir.

¹³ GEMALMAZ, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İÜSBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s. 3.

¹⁴ KABOĞLU, Ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, Ankara, 6. Bası, 2002, s.213.

¹⁵ GEMALMAZ, (AIHS'de Mülkiyet Hakkı), s. 3.

¹⁶ YILMAZ, Didem, 6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AIHS, Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme, AÜHFD, C:64, S: 3, 2015 s. 826.

¹⁷ GRGIC, Aida /MATAGA Zvonimir / LONGAR Matija / VILFAN Ana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, Numara: 10, 2007, s. 6.

devletlere daha geniş bir müdahalede bulunma yetkisi veren mülkiyet hakkı AIHS'de yer alabilmiştir¹⁸. AIHS'in ek protokolleri bağlamında ikili bir ayrıma gitmek mümkündür. Zira söz konusu ek protokollerden altı tanesi AIHS'nin maddi anlamda kapsamını genişletmiştir. Bunlar 1, 4, 6, 7, 12 ve 13. nolu Protokollerdir¹⁹. Bu protokollerden ilki mevcut çalışma bağlamında da önemli olan mülkiyet hakkıyla ilgili olan protokoldür. Mülkiyet hakkı önemli haklardan olmasına karşın, yukarıda da belirtilen, mülkiyet hakkının dinamik yapısı ve devletlerin kendilerini bu hak bağlamında sınırlandırmak istememelerinden ötürü, sözleşmenin ana metninde yer almamıştır. Mülkiyet hakkı, AIHS'ye I Numaralı Ek Protokol ile eklenerek, sözleşmenin maddi anlamda genişlemesine yol açmıştır²⁰.

Ek protokolün ilk maddesi “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*” şeklindedir²¹. Bu kapsamda bir hakkın, I Numaralı Ek Protokol ile belirtilen “*mal ve mülk*” kapsamına girip girmediğinin tespitinde bazı ölçütler esas alınır²². Bu ölçütlerden ilki, söz konusu şey ekonomik bir değere sahip olmalıdır. Bir başka ifade ile parasal bir değer ifade etmelidir²³. İkinci ölçüt ise pek yaygın olarak kullanılmayan, istisnai nitelikte olan manevi/ruhsal ölçüttür²⁴. Üçüncü ölçüt ise yukarıda belirtilen diğer ölçütlerin birleşmesiyle oluşan, hem ekonomik değer, hem de manevi değer oluşturan ölçüttür²⁵. Bu ölçütler çerçevesinde, AIHS'nin I Numaralı Ek Protokol'ünde yer alan mülkiyet hakkının kapsamını, gayrimenkul veya menkul malların yanında, patent²⁶, telif hakkı, şirketlerin hisseleri²⁷ ve

¹⁸ GRGIC / MATAGA / LONGAR / VILFAN, s. 6.

¹⁹ YILMAZ, s. 827.

²⁰ AYBAY, İnsan Hakları Hukuku, s. 53.

²¹ AIHS, Ek Protokol No. 1, md 1.

²² GÜNEŞ, Yusuf, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı İhlallerinden Doğan Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İUSBİE, Özel Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2015, s. 63.

²³ BOZKURT, Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2003, s. 190-191; GEMALMAZ, (AIHS'de Mülkiyet Hakkı), s.175 – 182.

²⁴ GEMALMAZ, (AIHS'de Mülkiyet Hakkı), s. 189 – 198.

²⁵ İbid, s. 200 – 204.

²⁶ Bu ölçüt, Smith Kline ve French Laboratories/Hollanda 1990 davasında kabul edilmiştir.

kesinleşmiş tahkim kararları²⁸, emeklilik maaşı hakkı ve kira hakları da oluşturmaktadır²⁹. Özetle, AİHM tarafından verilen kararlardan da anlaşılacağı gibi, AİHS’de yer alan mülkiyet hakkı tek çatı altında geniş bir şekilde düzenlenmiştir.

AİHS’nin 1 numaralı ek protokolünün ilk maddesi, mülkiyet hakkının garantisi olan üç kurala yer vermektedir. Bu üç kural, *Sporrong ve Lönnroth İsveç’e karşı* olan davasında yorumlanmıştır ve bu davadaki karar önemli bir karar olarak dikkat çeker³⁰. Söz konusu davayla yorumlanan üç kuraldan ilki, “*mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesiyle*” ikincisi “*mal ve mülkten yoksun bırakmayla*” ve sonuncusu “*mülkiyetin kullanımının kontrolü*” ile ilgilidir³¹. Kısaca bu üç kuralı; mülkiyete saygı, mülkiyet hakkından yoksunluk ve mülkiyet kullanılırken devletin kontrol hakkı olarak belirtmek mümkündür³². Bu kurallardan ilki olan “mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi” diğer kurallardan farklı olarak, genel nitelik taşımaktadır. Bu nedenle birinci kural, diğer kuralların uygulanmadığı diğer durumlar söz konusu olduğunda uygulanabilecektir³³. Bu kurallardan herhangi biri ile mülke müdahalede bulunulduğu tespit edilirse, devlet yapmış olduğu müdahalenin haklılığını ortaya koyacaktır³⁴. Eğer devlet bu müdahalesinin haklı olduğunu gösterirse I No’lu Protokolün 1. maddesi ihlal edilmiş sayılmayacaktır³⁵. Devletin, mülkiyet hakkına yönelik yapmış olduğu müdahalenin haklı görülebilmesi için bazı aşamalara uyması gerekmektedir³⁶. Bunlardan ilki, müdahale kanunda öngörülmesi, ikincisi müdahale sınırlama ölçütlerine uygun olmalıdır, üçüncüsü ise sınırlamanın demokratik bir toplum için gerekli olmasıdır³⁷.

²⁷ CARSS Monica / FRİSK, Mülkiyet Hakkı, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları Numara 4, 2001, s. 13. Bu ölçüt, 1982’de 8588/79 ve 8589/79 numaralı *Bramelid ve Malmström – İsveç* davasıyla kabul edilmiştir.

²⁸ CARSS / FRİSK, s. 15. Bu ölçüt, *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis-Yunanistan davasında Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis- Yunanistan* davasıyla kabul edilmiştir.

²⁹ GRGIC / MATAGA / LONGAR / VILFAN, s.8.

³⁰ İbid, s. 8.

³¹ İbid, s. 11-12.

³² ATEŞ, Umud, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı, Hukuk Gündemi, S. 3, Ankara Barosu Yayınları, 2005, s. 83.

³³ GRGIC / MATAGA / LONGAR / VILFAN, s. 13.

³⁴ CARSS / FRİSK, s. 8.

³⁵ İbid, s. 8.

³⁶ GEMALMAZ, (AİHS’de Mülkiyet Hakkı), s. 423.

³⁷ İbid, s. 423.

Mülkiyet hakkının uluslararası özelliklerini belirttikten sonra bu sözleşmelerin her devlette uygulanıp uygulanmaması sorunu ortaya çıkmaktadır. Uluslararası antlaşmalar ve sözleşmeler her devlet açısından bağlayıcı olmayabilir veya her maddesi her devleti bağlamayabilir. Konu bağlamında uluslararası antlaşmaların ve/veya sözleşmelerin, tanınmayan bir devlet olan KKTC açısından bazı sorunlar teşkil ettiği görülmektedir.

II. Uluslararası Antlaşmaların T.C. ve KKTC Açısından Uygulanabilirliği

A. Türk Anayasası Bakımından

Uluslararası antlaşmaların, iç hukuk karşısında nasıl değerlendirileceği Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*” ifadeleriyle belirtilmektedir. Ancak burada; doktrinde tartışmaya yol açan önemli bir soruna dikkat çekmek gerekir. Zira bir düşünceye göre; bu antlaşmalar kanunla eş değer kabul edilmektedir. Diğer bir düşünce ise bu antlaşmaların kanunların üstünde olduğunu, çünkü yine 90. madde de bu antlaşmaların “*anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” düzenlemesinden ötürü kanunların üstünde olduğu, bu nedenle AYM'ye bunlara karşı başvuru yapılamayacağını ileri sürmektedir³⁸. Özet olarak; buradaki temel sorun Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan ve çelişmekte olan iki ifadeden kaynaklanmaktadır. Bu ifadelerden ilki “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*” şeklinde olup, bu antlaşmaların kanunla eşdeğer olduğunu ifade etmekte iken; devamında ise bu antlaşmalara karşı “*anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” hususunu ifade etmektedir. Kanunlar, Anayasaya aykırı düzenlenemez, aksi halde söz konusu düzenlemenin AYM tarafından iptali söz konusu olabilir. Ancak yasanın eş değeri olan Uluslararası Andlaşmalar'ın, Anayasayla çelişen düzenlemeleri olsa da, AYM'ye başvuru yolu kapatılmıştır. Söz konusu tartışmayı sona erdirmek niyetiyle 2004 yılında ilgili maddenin son fıkrasına şu cümle “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” eklenmiştir³⁹. AIHS'in usulüne göre yürürlüğe

³⁸ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 497.

³⁹ AYBAY, Rona, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukuku'ndaki Yeri, TBBD, S: 70, 2007, s. 193-194.

konulmuş bir düzenleme olması ve ayrıca; mülkiyet hakkının da temel hak ve özgürlükler içerisinde yer alması sebepleriyle mülkiyete ilişkin yasalarla AİHS’de yer alan düzenlemenin çakışması halinde AİHS hükümleri esas alınacağı açıktır.

B. KKTC Anayasası Bakımından

KKTC Anayasası’nın da 90. maddesinin 5. fıkrası, T. C. Anayasası’ndaki düzenlemeye benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak T. C. Anayasası’na 2004 değişikliği ile eklenen son cümle KKTC Anayasası’nda mevcut değildir⁴⁰. KKTC Anayasası’nda “*usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir*” ibaresine rağmen, KKTC’de Anayasa Mahkemesi sıfatıyla toplanan Yüksek Mahkeme’nin 2006 yılında vermiş olduğu bir kararında; “*(...) usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmalar sadece yasa hükmünde olmakla kalmayıp bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkememize dahi başvurulamaz. Bir başka deyişle bunlar Anayasa ile aynı seviyededir ve diğer yasalardan üstündür*” ifadeleri yer almıştır⁴¹. Başka bir ifade ile KKTC Anayasa Mahkemesi, KKTC Anayasası’nda böyle bir ibare olmamasına rağmen uluslararası antlaşmaları, Anayasa ile aynı seviyede, diğer yasalardan ise üstün tutmuştur. KKTC Anayasa Mahkemesi’nin buradaki tutumu pek doğru bir tutum değildir. Zira bu uluslararası antlaşmalar hakkında AYM’ye başvurulamaması, onları Anayasa ile aynı seviyede saymak için yeterli bir argüman olamamalıdır. Sırf AYM’ye başvurulamayacağı için bunların Anayasa ile aynı seviyede sayılması gerekecekse, bu durumda olan Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerin de bu seviyede sayılması gerekecektir⁴². Bu yorum yapılırken *Sağlam*’ın da dikkat çekmeye çalıştığı nokta, KKTC Anayasası’nın, uluslararası antlaşmaların “yasa hükmünde” kabul edildiğini açıkça belirttiği hususudur. Bu hususun yok sayılarak hareket edilmesi de Anayasa’ya aykırı sonuçlar doğuran bir yaklaşım veya yorum olacaktır⁴³.

⁴⁰ 1985 KKTC Anayasası madde 90. madde, 5. fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi olarak görev yapan Yüksek Mahkemeye başvurulamaz*”.

⁴¹ KKTC Anayasa Mahkemesi, Numara: 3/2006, Dava No: 3/2006; Yüksek İdare Mahkemesi, Numara: 119 / 2003, Dava No: 20 / 2010.

⁴² SAĞLAM, Fazıl, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri, YDÜ Basım, Lefkoşa, 2016, s. 158.

⁴³ SAĞLAM, s. 161.

KKTC Devleti açısından, uluslararası antlaşmalara uyumlu düzenlemelere sahip olmanın önemli bir hedef olarak ortaya çıkmasından ötürü, KKTC'de iç hukuk mevzuatının üstünde bir iç denetim mekanizması yaratılmaya çalışılmıştır. Fakat burada altının çizilmesi gereken bir husus ise KKTC devleti her ne kadar da uluslararası hukuka uygun hareket etmeye çalışsa da, ortaya çıkan ihlallerde AİHM, Türkiye'yi sorumlu tutmaktadır. Burada önemli olan husus, bu düzenlemeleri yapan KKTC Devletinin sözü konusu uluslararası antlaşmalara taraf olamamasıdır. Zira KKTC Devleti, bağımsız bir devlet olarak tanınmamıştır⁴⁴.

KKTC Devletinde mülkiyet hakkı kapsamında özellikle dikkate alınması gereken bir düzenleme Anayasa'da bulunmaktadır. KKTC Anayasası'nın 159. Maddesi'nin (b) fıkrası ve sürekli güncellenen İskân Topraklandırma ve Eşdeğer Mal (İTEM) Yasası nedeniyle belirli kategorilere ayrılmış,⁴⁵ KKTC vatandaşlarına Kuzey'de kalan GKRY malları için tapu (koçan) verilmiştir⁴⁶.

III. AİHS'de Yer Alan Mülkiyet Hakkının KKTC Üzerindeki Bağlayıcılığı

Kıbrıs'ta 1963 olayları gerçekleşmeden önce Kıbrıs Cumhuriyeti devam ederken, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde parlamentoda hem Kıbrıslı Türkler hem de Kıbrıslı Rumlar yer almaktaydı. İşte bu dönemlerde, 39/1962 sayılı yasa ile Kıbrıs Cumhuriyeti parlamentosu AİHS'i onaylayıp kendi iç hukuklarına dâhil etmiştir⁴⁷. Zaten bahsi geçen 39/1962 sayılı yasa, KKTC Anayasası'nın geçici 4. maddesine⁴⁸ göre halen yürürlüktedir ve KKTC Mahkemelerinin uymakla yükümlü olduğu mevzuatlar arasında yerini almaktadır⁴⁹. Buradaki sorun, KKTC'nin bağımsız devlet olarak tanınmamasından ötürü, Avrupa Konseyi, sözleşmenin tarafı olarak GKRY'yi kabul etmektedir. Bu nedenle KKTC'de yaşayan bireyler iç

⁴⁴ NECATİGİL, M. Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2015, s. 42.

⁴⁵ KKTC de taşınmaz mülkiyet belgesi "Mal Koçanı" olarak adlandırılmaktadır. KKTC Devletinde verilen koçanların sınıfı bu bağlamda farklılık göstermektedir. Diğer "Koçan Sınıfı" ise Tahsis'dir ve karşılığı olmayan koçanları ifade etmek için kullanılır.

⁴⁶ GÜREL, Ayla, Kıbrıs'ta Yerinden Olmak Sivil ve Askeri Çatışmanın Sonuçları, PRIO, Rapor 4, 2012, s. 16.

⁴⁷ NECATİGİL, (Anayasa), s. 41.

⁴⁸ 1985 KKTC Anayasası geçici 4. madde, 1. fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: "Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuat, bu Anayasa kurallarına aykırı olmadığı ölçüde yürürlükte kalır."

⁴⁹ KKTC Anayasa Mahkemesi, Numara: 3/2006, Dava No: 3/2006.

hukuk yollarını tükettikten sonra, sözleşmenin ihlali nedeniyle olan başvurularını KKTC aleyhine yapamayacak, bunun yerine şikâyetin muhatabına göre T. C. ve GKRY aleyhine yapabileceklerdir.⁵⁰ Türkiye'nin neden sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin karar Loizidou davasında “*Of particular significance to the present case the Court held, in conformity with the relevant principles of international law governing State responsibility, that the responsibility of a Contracting Party could also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful - it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration*” şeklinde ifade edilmiştir⁵¹. Karara göre; Türkiye burada ulusal toprakları dışında olsa da, Kıbrıs'a yaptığı askeri müdahale sonucunda, (bu yasal veya yasa dışı olabilir) o bölgede etkin kontrolü olduğu var sayıldığından, sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

KKTC de mülkiyet rejimi, 1977 yılında KTFD döneminde yürürlüğe konulan ve İTEM Yasası olarak bilinen “İskân Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası” ile düzenlenmiştir. Daha sonra KKTC'nin ilanından sonra kabul edilen 1985 KKTC Anayasası'nın düzenlediği 159. madde ile söz konusu İTEM Yasası'nda bazı değişikliklere gidilmiştir⁵². Böylece Güneyde malları bulunan Kıbrıslı Türklerin, mallarını KKTC devletine feragat etmeleri halinde Güneydeki mallarına eşdeğer olan bir başka malı KKTC tapusuyla alabilmesinin yolu açılmıştır. Bunun yanında T. C.'den göç ile gelen, dolayısıyla da Güneyde mal bulunmayan kişilere, Güneyde eşdeğer mal aranmaksızın Tahsis Belgesi verilerek KKTC'den mal edinme hakkı verilmiştir. 1995 yılında ise İTEM Yasası'nda değişikliğe gidilerek söz konusu tahsis belgesi sahibi vatandaşlara KKTC tapusu verilmişti⁵³. Tam da bu anlayış nedeniyle gerek KKTC Anayasası'nın 159. maddesi, gerekse İTEM Yasası ile mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler neticesinde uluslararası hukuk açısından “mülkiyet ihlaline” ilişkin çok sayıda dava açılmıştır ve bu davaların muhatabı olarak Türkiye gösterilmiştir. Bu davalar ve içeriklerine kısaca değinilmesinde yarar vardır.

⁵⁰ NECATİGİL, (Anayasa), s. 41 - 42.

⁵¹ Loizidou v. Türkiye Davası para. 52.

⁵² FAZİLOĞLU, Ömer, AİHM'nin Xenides-Arestis Kararı ve Kıbrıs'ta Mülkiyet Sorunu, Tepav Yayınları, s. 5.

⁵³ FAZİLOĞLU, 7 – 8.

A. Loizidou Kararı

Loizidou Davası, bir Kıbrıslı Rum olan Titina Loizidou tarafından, KKTC'de bulunan gayrimenkulü üzerindeki mülkiyet hakkının kullanımının Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından engellendiği gerekçesiyle, AIHM nezdinde Türkiye'ye karşı açılan ilk davadır⁵⁴. Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan ilki, mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle, Türkiye aleyhine açılan bir davanın varlığı değil; AIHM'de ilk kez, KKTC sınırları içerisinde kalan bir gayrimenkul nedeniyle Türkiye aleyhine dava açılmasıdır⁵⁵. İkincisi ise Loizidou'nun "iç hukuk yollarının etkisizliği" nedeniyle, iç hukuk yollarını tüketmeden AIHM'e başvurması ve bu başvurunun da Mahkeme tarafından kabul edilmesidir. Bir başka deyişle Loizidou, KKTC Anayasası'nda yer alan 36. ve 159. maddeler nedeniyle, KKTC makamları önünde hak araması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle Loizidou doğrudan AIHM'e gitmeyi tercih etmiştir⁵⁶.

GKRY, 1974 ve 1975 yıllarında Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna, Türkiye'nin aleyhine, mülkiyet hakkı ihlali nedeniyle iki başvuruda bulunmuş ve Komisyon bu iki başvuruyu birleştirerek incelemiştir⁵⁷. Başka bir ifade ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğine yönelik iddialar daha Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ön başvuru kabul ettiği dönemlerden itibaren vardı ve içerik olarak Loizidou başvurusuna benzeyen bu başvurular Komisyon'un incelemesine tabi tutulmuştu⁵⁸. 1998 yılına kabul edilen 11. Protokolden önce AIHS'nin iki yargı organı vardı. Bunlar; Komisyon ve Divan'dı. Başvurular Komisyon'a yapılmaktaydı, Divan ise temyiz mercii işlevi görmekteydi⁵⁹. 1998 yılından sonra kabul edilen 11. Protokol ile Divan ve Komisyon birleştirilerek yargılama tek bir organ halinde getirilmiş⁶⁰, böylece tüm başvurular Mahkemeye yapılmaya başlamıştır⁶¹.

⁵⁴ GÜNDÜZLER, Ulaş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının Mülkiyet Sorunu Bakımından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukuna Etkileri, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C: 15, 2016, s. 30.

⁵⁵ İbid. s. 30.

⁵⁶ FAZİLOĞLU, s. 10.

⁵⁷ NECATİGİL, (Kıbrıs Uyuşmazlığı), s. 5-6.

Belirtmek gerekir ki bugüne kadar GKRY, Türkiye'ye karşı yaptığı bütün başvuruları Komisyon'a yapmıştır ve bu başvuruların tümünde mülkiyet hakkı ihlali iddiası yer almıştır.

⁵⁸ İbid, s. 5-6.

⁵⁹ RENDA, Yaprak, Loizidou Kararından Bugüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Kıbrıs'taki Mülkiyet Sorununa Etkisi, ANBD, S:1, 2013, s. 389.

⁶⁰ İbid, s. 389.

Türkiye AİHS'nin denetim sürecinde Komisyon'a bireysel olarak başvurma hakkını 1987'de, Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini ise 1990'da kabul etmiştir⁶².

Loizidou Davası incelendiğinde, değerlendirme için iki farklı aşamanın dikkate alınması önem kazanmaktadır. Zira; söz konusu süreç ilk olarak, 22 Temmuz 1989 yılında Titina Loizidou'nun, Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK) başvurmasıyla başlamıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi 1989 tarihinde insan hakları ihlallerine ilişkin bireysel başvuru için önce Komisyon'a başvuru yapılmaktaydı⁶³. Loizidou'nun başvurusunun konusu sadece mülkiyet hakkı ihlali olmayıp, mülküne ulaşmak veya mülkiyetinde olan yere erişmek için organize ettiği protesto yürüyüşü nedeniyle tutuklandığını ve serbest dolaşım hakkının elinden alındığını da iddia etmiştir⁶⁴. AİHK konuya ilişkin olarak mülkiyet hakkının, serbest dolaşım hakkını içermediğini, dolayısıyla Loizidou'nun taşınmaz mallarına ulaşma konusunda herhangi bir ihlalin olmadığını belirtmiştir⁶⁵. Türkiye, davanın Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisine girmemesi nedeniyle ön itirazda bulunmuştur. Zira Türkiye, söz konusu olayın yukarıda da belirtildiği üzere, zorunlu yargı yetkisini kabul ettiği yıl olan 1990'dan önce gerçekleştiğini, başka bir ifade ile AİHM'nin yargı yetkisini henüz kabul etmediği bir zaman diliminde gerçekleştiğini ileri sürmüştür⁶⁶. Belirtmek gerekir ki Türkiye, Deklarasyon ile belirlenen AİHM'nin zorunlu yargı yetkisinin sadece kendi ulusal sınırları içerisinde, Deklarasyondan sonraki olaylar için olduğunu vurgulamıştır⁶⁷. Türkiye'nin zorunlu yargı yetkisine ilişkin bir diğer itirazı ise zorunlu yargı yetkisinin kendi ulusal sınırlarıyla kısıtlı olması gerektiğine ilişkindir⁶⁸.

Komisyon, Loizidou'nun mülkü üzerinde yapılan hak ihlalinin 1974 – 1985 yılları arasında olduğunu ve söz konusu yargı yetkisinin de Türkiye açısından 1990 yılı sonrası meseleler de geçerli olacağını belirtmiştir. Ancak; buradaki istisnanın ise Deklarasyon tarihinden önce başlamış bir ihlalin var olduğunu ve bu ihlalin hala devam etmekte olmasından ötürü

⁶¹ İbid, s. 25.

⁶² İnternet Kaynak: <http://www.mfa.gov.tr/insan-haklari-ve-avrupa-konseyi.tr.mfa>. Erişim Tarihi: 26.05.2020.

⁶³ GÜNDÜZLER, s. 30.

⁶⁴ RENDA, s. 389.

⁶⁵ İbid, s. 389.

⁶⁶ GÜNDÜZLER, s. 31.

⁶⁷ Case Of Loizidou V. Turkey (Preliminary Objections, No: 15318/89, 23.03.1995, Para 27 - 28.

⁶⁸ İbid, Para: 27.

yargı yetkisi kapsamına girdiğini belirtmiştir⁶⁹. Sonuç olarak; Komisyon Türkiye'nin bu itirazlarını geçersiz bulmuş ve söz konusu başvurunun Türkiye'nin zorunlu yargı yetkisi kapsamına gireceğini belirtmiştir⁷⁰. Bunun üzerine Türkiye, 1985 KKTC Anayasası'nda yer alan madde 159'a dayanarak, devletleştirme yapıldığını ve Loizidou'nun mülkiyet hakkında devam eden bir ihlalin olmadığını ileri sürmüştür⁷¹. Bunun üzerine Mahkeme kararında; "Uluslararası organizasyonların çalışmaları ve diplomatik ve uluslararası anlaşmalardaki ilişkiler bağlamında Kıbrıs Cumhuriyeti'nin uluslararası düzeyde tanınan tek hükümeti, Kıbrıs Hükümeti'dir" diyerek⁷², "KKTC'yi uluslararası hukuk kapsamında bir devlet olarak tanımadığını (...)"⁷³ ifade etmiştir. Bu sebeptendir ki Türkiye'nin, KKTC Anayasası'nda yer alan 159. madde nedeniyle hak ihlalinin devam etmediği iddiası, KKTC Devleti ve KKTC Anayasası'nın uluslararası hukuk açısından geçersizliği nedenleriyle, kabul edilmemiştir⁷⁴.

Türkiye'nin zorunlu yargı yetkisine ilişkin yapmış olduğu diğer ön itirazda ise Türkiye'nin zorunlu yargı yetkisinin kendi ulusal sınırlarıyla kısıtlı olması gerektiği hususu yukarıda ifade edilmiş idi. Bununla ilgili olarak Mahkeme'nin tutumu; "*Taraf Devletlerin ulusal topraklarıyla sınırlandırılmadığının vurgulandığını hatırlatmaktadır. Buna göre, Sözleşmeciler Devletlerin sorumlulukları kendi topraklarının dışında da etki yaratan yetki fiilleri ile de bağlantılı olabilmektedir. Mevcut dava açısından özel öneme sahip bir husus olarak Mahkeme, Devlet sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk ilkeleri uyarınca, bir askeri hareket sonucunda -ister kanuni isterse kanun dışı nitelikte olsun -ulusal toprakları dışında bir alanın etkin kontrolü uygulandığında Sözleşmeciler Taraf açısından sorumluluğu ortaya çıkardığı kanaatindedir. Anılan türden bir bölgede, Sözleşme'de altı çizilen hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü, kontrolün ister doğrudan silahlı kuvvetler yoluyla isterse tali yerel bir yönetim yoluyla yapıldığına bakılmaksızın anılan kontrolden kaynaklanmaktadır*" şeklindedir⁷⁵. Yani Türkiye'nin Ada'ya yapmış olduğu askeri müdahale neticesinde kendi toprakları dışında olan bir alanın etkin

⁶⁹ GÜNDÜZLER, s. 33.

⁷⁰ Detaylı bilgi için bkz: Case Of Loizidou V. Turkey (Preliminary Objections, No: 15318/89, 23.03.1995, Para 89.

⁷¹ GÜNDÜZLER, s. 32.

⁷² Loizidou v. Türkiye Davası (Dava Esasları), No: 40/1993/435/514, 18.12.1996, Para 42.

⁷³ İbid, para. 44.

⁷⁴ İbid, para. 44.

⁷⁵ İbid, para. 52.

kontrolünü ele geçirmesi, sorumluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Mahkeme, sözü geçen etkin kontrolün sadece silahlı kuvvetler yoluyla değil, taraf devletin tali bir yerel yönetim yoluyla da yapılabileceğinin altını çizmektedir.

Kıbrıs Rum Yönetimi'nin, Kıbrıs Cumhuriyeti adına ve Türkiye aleyhine açtığı diğer bir davada, Loizidou davasındaki iddiaları tekrarlanmıştır.⁷⁶ Ancak bu davada AİHM önemli saptamada bulunmuştur. Buna göre; KKTC'de kurulabilecek bir iç hukuk yolunun dikkate alınabileceği tespiti yer almıştır⁷⁷. Bu saptamadan hareketle Kıbrıs Türk tarafı, 2003 yılında, Mal Tazmin Yasası'nı yürürlüğe koymuştur. Bu yasa, KKTC Anayasası madde 159 ile devletin mülkiyetine geçmiş olan taşınmaz mallar nedeniyle hak kaybına uğradığını iddia eden kişilerin Mal Tazmin Komisyonuna başvurarak tazminat almalarını sağlayacak olan hukuki bir yoldur. Buradaki amaç, Kıbrıslı Rumların iç hukuk yollarını tüketmeden AİHM'e gitmelerinin önüne geçmektir⁷⁸. KKTC'de oluşacağı varsayılan iç hukuk yolu ile bahsedilenin, Loizidou Davasında AİHM'nin belirttiği, Türkiye'nin iç hukuk başvuru yolu olduğunun altı yeniden çizilmelidir⁷⁹. Bu kurulan Komisyon'un AİHM tarafından değerlendirilebilmesi için, Xenides-Arestis v. Turkey davası pilot dava olarak seçilmiştir⁸⁰.

B. Xenides-Arestis Kararı

Xenides-Arestis başvurusu Türkiye ve KKTC açısından, Mal Tazmin Yasası kapsamında yeni kurulan, Mal Tazmin Komisyonu'nun iç hukuk yolu sayılabilmesi için yapılan çalışmalarının değerlendirildiği ilk karardır⁸¹. Ancak Xenides-Arestis davasında beklenen sonuç gerçekleşmemiştir. Bu davada AİHM, Mal Tazmin Komisyonu'nun görev ve yetkilerini incelemiş ve eksikliklerini dile getirmiş ve bunların tamamlanması halinde iç hukuk yolu olabileceğini belirtmiştir⁸². AİHM'nin yapmış olduğu tespitlerden ilki, Mal Tazmin Yasası'nın menkul mallara ve manevi tazminata yönelik düzenlenmemiş olmasıdır. İkincisi, Komisyon'un

⁷⁶ Bkz. Xenides – Arestis Kararı (Application no. 46347/99). <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-71800%22>} Erişim tarihi: 21.05.2020.

⁷⁷ Xenides – Arestis Kararı (Application no. 46347/99). Bkz. ayrıca; ÖZERSAY, Kudret, AİHM'nin Xenides – Arestis Kararı, AÜSBFD, C: 61, S: 1, 2006, s. 324.

⁷⁸ İbid, s. 325.

⁷⁹ İbid, s. 326.

⁸⁰ İbid, s. 325.

⁸¹ FAZİLOĞLU, 14.

⁸² AYÇİÇEK, İbrahim, Halil, Kıbrıs'taki Mülkiyet Davaları (Loizidou ve Xenides- Arestis Davası), TÜSB, Y: 5, S: 9, 2018, s. 101.

kişilere sunduğu zarar giderme yöntemleri arasında taşınmaz malların iadesi durumunun düzenlenmemiş olmasıdır. Son olarak AIHM, Komisyon'un üyelerinin bağımsızlığına değinerek, üyelerin bir bölümünün yabancı olmasının güven açısından önemine vurgu yapmıştır⁸³.

AIHM 2005 yılında bu dava ile ilgili olarak kararını vermiştir. Xenides-Arestis kararında da AIHM, Loizidou kararıyla vermiş olduğu görüşü yineleyerek, Türkiye'nin Kıbrıs'taki askeri kontrolü nedeniyle sorumluluğun Türkiye'ye ait olacağını bir kez daha belirtmiştir⁸⁴. Mahkeme burada ihlali yapan devletin sadece tazminat ödemekle yükümlü olmadığını, aynı zamanda ihlalin ortadan kaldırılması ve söz konusu ihlal ve benzerlerinin giderilmesi için kendi hukuk sisteminde gerekli önlemleri alma sorumluluğunu da yüklemektedir. Bu tespitle Türkiye'ye, etkin çare üreten iç hukuk yolunun varlığı ve önemi bir kez daha hatırlatılmıştır⁸⁵. Mahkeme, bu davada ortada bir ihlal olduğu sonucuna varmış olmakla birlikte, Türkiye'nin tazminata mahkûm edilmesini, iç hukuk yaratma ve ihlalleri önlemek için alacağı tedbirlere bağlamış ve Türkiye'nin davacıya masraflarını ödemesine hükmetmiştir⁸⁶. Mevcut kararda iç hukuk yolu oluşturmanın önemine bir kez daha değinmekle kalmayıp, bunun için Xenides-Arestis'in ve bekleyen başvuruların haklarını teminat altına alınması açısından 6 ay içerisinde (3 ay içerisinde iç hukuk yolunun oluşturulması + 3 ay içerisinde çözüm yolu bulunması) istemiştir⁸⁷.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 2005 tarihinde Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi Yasası, KKTC Meclisinden geçirilmiştir. Bu yasa KKTC Anayasası'nın 159. maddesinin 1/b kapsamına dayanarak hazırlanmıştır⁸⁸. KKTC Anayasası'nın 159. maddesinin 4. fıkrasından hareketle, Kuzeyde malları kalmış ve meşru hak iddiasında bulunan (genellikle Kıbrıslı Rum) kişilere, bu haklarının ihlali iddiası hallerinde uygulanacak usuller, koşullar ve tazminat ödenmesi 159. maddesinin 4.

⁸³ ÖZERSAY, Xenides – Arestis Kararı, 326.

⁸⁴ DEREBOYLULAR, Özde / ARMAN, Perçem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs ile İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi, TBBD, S: 136, 2018, s. 313.

⁸⁵ ÖZERSAY, Xenides – Arestis Kararı, s. 327 – 328.

⁸⁶ İbid, s. 328.

⁸⁷ RENDA, s. 392.

⁸⁸ 1985 KKTC Anayasası'nın 159. maddesinin, ilk fıkrasının (b) bendi şu şekilde “Kıbrıs Türk Federe Devletinin ilan edildiği 13 Şubat 1975 tarihinde terkedilmiş bulunan veya söz konusu tarihten sonra yasanın terkedilmiş veya sahihsiz taşınmaz mal olarak nitelendirdiği veya hüküm veya tasarrufu kamuya ait olması gerekli olup da aidiyeti saptanamamış olan tüm taşınmaz mallar, bina ve tesisler(...)” ifade edilmiştir.

fıkrası kapsamında düzenlenmektedir⁸⁹. Bu yeni düzenleme ile Taşınmaz Mal Komisyonu (TMK) kurulmuştur. Bu komisyon 7 üyeden oluşup, bu üyelere en az ikisi Kıbrıslı Türk, Kıbrıslı Rum, Türkiye, Yunanistan ve Birleşik Krallık vatandaşı olmamalıdır. Bunun yanı sıra; bu üyelerin, Kuzeyde malı kalmış olan Kıbrıslı Rumlara ait mallarla, doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir ilgisinin veya bağlarının olmaması gereklidir⁹⁰.

Yetki açısından Komisyon, belirli şartların yerine getirilmesiyle taşınmaz malların; iadesi, takası veya tazminat ödenmesine karar verebilecektir⁹¹. KKTC açısından iade meselesi hoş karşılanmamıştır. Aslında burada iade iki şekilde ele alınmalıdır. Bunlardan ilki hemen iade (makul olan süre belirlenir), ikincisi ise kapsamlı çözüm ertesinde yapılacak olan iadedir⁹². İfadeye ilişkin olarak 67/2005 sayılı Yasanın 8. maddesinin 1. fıkrası Komisyon'un hangi şartlarda iade yapabileceğini detaylı bir şekilde düzenlemiştir⁹³. TMK'nın, AİHM'nin belirttiği kıstaslar çerçevesinde faaliyete geçmesi elbette ki AİHM'nin de yükünü azaltacak ve bir nevi süzgeç rolü üstlenecekti. Zira AİHM, Kıbrıs'taki mülkiyet konularında karar vermekte zorlanıyordu ki binlerce dava sırada bekliyor ve davalar çok geç sonuçlanıyordu⁹⁴.

67/2005 sayılı Yasa'nın çeşitli hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla dönemin muhalefet partisi olan Ulusal Birlik Partisi (UBP), iptal talebiyle Anayasa Mahkemesine gitmiştir. Ancak KKTC Anayasa Mahkemesi söz konusu yasa'yı Anayasaya aykırı bulmamıştır⁹⁵. Burada KKTC Anayasa Mahkemesi, 67/2005 sayılı Yasaya dayanak olan KKTC

⁸⁹ 1985 KKTC Anayasası'nın 159. maddesinin, 4. fıkrası şu şekilde, “*Yukarıdaki (1). fıkranın (b) ve (c) bendlerinin kapsamına giren taşınmaz mallar ile ilgili olarak meşru hak iddia edenlerin ortaya çıkması halinde, haklarının ispatı için gerekli usul ve koşullar ile alacakları tazminat esasları yasa ile düzenlenir.*” İfade edilmiştir.

⁹⁰ GÜREL, s. 28.

⁹¹ İbid. s. 28.

⁹² ÖZERSAY, Kudret, Kuzey Kıbrıs'ta Yürürlüğe Giren Yeni Mülkiyet Yasası Hakkında, Mülkiye Dergisi, C: 29, S: 249, 2005, s. 129.

⁹³ 67/2005 sayılı, Anayasanın 159'uncu Maddesinin (1). fıkrasının (b) bendi Kapsamına Giren Taşınmaz Malların Tazmini, Takası Ve İadesi Yasası, md. 8/1 şu ifadelere; “Başvuranın iadesini talep ettiği, yürürlükteki yasalar uyarınca mülkiyet hakkı veya kullanım hakkı herhangi bir gerçek veya devlet dışındaki tüzel kişiye ait olmayan ve iade edilmesi, konumu ve niteliği itibarıyla ulusal güvenliği ve kamu düzenini tehlikeye düşürmeyecek, kamu yararına tahsis edilmemiş olan ve askeri bölgeler veya askeri tesisler dışındaki taşınmaz mallar Komisyon kararıyla makul bir sürede iade edilebilir” yer vermiştir.

⁹⁴ RENDA, s. 392.

⁹⁵ KKTC Anayasa Mahkemesi, Numara: 3/2006, Dava No: 3/2006.

Anayasası'nın 159. maddesini, uluslararası hukuka uygun yorumlaması neticesinde, bu başvuruyu reddetmiştir⁹⁶.

Xenides-Arestis kararıyla, Mal Tazmin Komisyonu'nun eksiklikleri yukarıda da belirtilmiştir. Mal Tazmin Komisyonunda belirtilen eksiklikler, 67/2005 sayılı Yasa ile kurulan TMK ile giderilmeye çalışılmış ve kısmen AİHM'nin belirttiği çerçevede de çözümler üretmeye başlamıştır⁹⁷. TMK'nın kurulmasından sonra AİHM'nin önündeki başvurulardan olan Demades ve Tymvios için TMK, tazminat önerisinde bulunmuştur. Başvurucular TMK'nın önerisini kabul etmiş ve dostane çözüm ile bu sorun çözülmüştür⁹⁸. Bu süreci AİHM de yakından takip etmiş, zira TMK'nın iç hukuk yolu olup olmadığı hususu AİHM'nin üzerindeki iş yükü açısından da önem arz etmekteydi. Bu nedenle sekiz davayı birleştirmiş ve bunları pilot dava olarak belirterek incelemede bulunmuştur⁹⁹.

C. Demopoulos ve Diğerleri Kararı

Demopoulos ve Diğerleri Davasında AİHM, Türkler açısından çok önemli bir karar vermiştir ve bu karar Kıbrıs'ta mülkiyet sorunu açısından da dönüm noktalarından biri olarak sayılmaktadır. Kararda, başvuruda bulunan mülk sahiplerinin iç hukuk yollarını tüketmemesi nedeniyle davanın reddedilmesi gerekliliğine değinilmiştir¹⁰⁰. Bir başka ifade ile TMK artık, AİHM nezdinde bir iç hukuk yolu olmuş ve mülkiyet konusunda AİHM'e başvuru yapılmadan önce bir süzgeç görevi üstlenmiş olacaktır.

Başvurucular, bu kararda Komisyon'un "iade" seçeneğine yeterince yer verilmediğini ileri sürmüş olsa da AİHM, eski hale getirme durumu varsa, davalı devletin bunu yapması gerektiğini; ancak eski hale getirme mümkün değilse de ihlal kararını yerine getirebilme adına maddi tazminat verebileceğini belirtmiştir¹⁰¹. AİHM, iadenin söz konusu olduğu hallerde bazı gayrimenkullerde kişilerin yaşadığını, bazı gayrimenkullerin askeri bölgelerde yer aldığını veya bu gayrimenkullerin önemli bir kamu

⁹⁶ ERHÜRMAN, Tufan, 25 Soruda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kıbrıs'taki Mülkiyet Sorunu Konusundaki Son (Demopoulos ve Diğerleri) Kararı, Yenidüzen Gazetesi, 3.09.2015, md. 3; İnternet Kaynak: <http://www.yeniduzen.com/demopoulos-ve-digerleri-karari-55519h.htm>, Erişim Tarihi: 21.07.2019.

⁹⁷ DEREBOYLULAR / ARMAN, s. 314; ERHÜRMAN, md. 3.

⁹⁸ DEREBOYLULAR / ARMAN, s. 314.

⁹⁹ ERHÜRMAN, md. 3.

¹⁰⁰ DEMOPOULOS and OTHERS v. TURKEY DECISION, Application No. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 19993/04, 21819/04, 1.03.2010, Para: 127.

¹⁰¹ DEMOPOULOS and OTHERS v. TURKEY, Para, 114.

maksadıyla kullanıldığının da göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰². Başvurucuların bir diğer önemli iddiası da, AİHM'e başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra yapılmasına yönelik olan kurala ilişkindir. Zira başvurucular AİHM'e başvurularından belirli bir süre sonra kurulan ve iç hukuk yolu olarak ifa edilen TMK'a başvuru aşamasının pek mümkün olmadığını ifade etmiştir¹⁰³. AİHM'in bu konuyla ilgili olarak başvuruculara verdiği yanıt, iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili olarak verilen kararlarda başvuru tarihlerinin dikkate alındığına dairdir. Fakat AİHM bu durumun istisnalarının olduğu ve bu istisnalardan birinin de Demopoulos ve Diğerleri Davasında ortaya çıktığını ifade etmiştir¹⁰⁴.

Demopoulos ve Diğerleri Davası aslında KKTC ve T. C. için çok önemli bir dönüm noktasıdır. Zira TMK, 17.03.2006 yılında faaliyete geçmiş olmasına karşın, bu kuruma 2006 yılında 100, 2007 yılında 197, 2008 yılında 76, 2009 yılında 70 başvuru yapılırken; Demopoulos ve Diğerleri davasının kararının¹⁰⁵ verildiği yıl olan 2010'da 397 ve en çok başvuru yapılan 2011 yılında ise 1926 başvuru yapılmıştır¹⁰⁶. Verilerden de anlaşılacağı üzere; TMK'nın faaliyete geçmesiyle ilk dönemlerde az da olsa bu kuruma başvurular yapılmıştır. Fakat Demopoulos ve Diğerleri kararı sonrasında TMK'nın iç hukuk yolu sayılmasıyla, bu Komisyon'a yapılan başvurularda anlamlı artışlar görülmüştür. Komisyon'a 2013 yılına kadar 1000 üzeri başvuru yapılmış, sonrasında da başvurular giderek azalmıştır¹⁰⁷. Başvuruların azalması, TMK'nın işlevsiz olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira TMK'nın önüne gelen meselelerin, normal şartlardaki gibi emsal teşkil edilebilecek bir davaya bakarak çözülecek meseleler olmadığı aşıkârdır. Çünkü Demopoulos ve Diğerleri davasında da belirtildiği gibi; mülkiyet hakkına ilişkin davaların teknik davalar olarak sayılmayacağını vurgulanmıştır¹⁰⁸. Ada'nın siyasi ve tarihi durumundaki karmaşıklık, bu karmaşıklık halinin uzun sürmesi ve bu dönemlerde siyasi olarak birçok adımlar atılması, mahkeme tarafından görmezden gelinmemiştir ve bunlar Mahkemenin yorumunda etkili faktörler olarak

¹⁰² GÜNDÜZLER, s. 47.

¹⁰³ ERHÜRMAN, md. 14/a.

¹⁰⁴ İbid, md. 14/a.

¹⁰⁵ Demopoulos ve Diğerleri Davasının Karar Tarihi: 1.03.2010.

¹⁰⁶ Taşınmaz Mal Komisyonu İstatistik: http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman2/istatistik_temmuz19.pdf, Erişim Tarihi: 20.07.2019.

¹⁰⁷ Taşınmaz Mal Komisyonu İstatistik: http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman2/istatistik_temmuz19.pdf, Erişim Tarihi: 20.07.2019.

¹⁰⁸ ERHÜRMAN, md. 16.

dikkat çekmektedir¹⁰⁹. Buradan hareketle, TMK'nın önündeki sorunları karara bağlamasında uzun zaman harcamasının sebebi, tabiri caizse ince eleyip sık dokumasındandır. Komisyonun bu şekilde özenli hareket etmesinin sebebi ise Komisyonun etkinliğiyle ilgili herhangi bir sorgulamaya yer bırakmamak içindir. Zira AİHM, var olan bir insan hakkı ihlalinin ortadan kaldırırken, bir başka insan hakkı ihlaline yol açmamaya önem vermektedir.

TMK'nın iç hukuk yolu sayılmasının ardından Komisyon'un yetkilerinden olan "taşınmazın iadesi" konusunun fiilen uygulanamayacağı hususu, Komisyon çalışmalarının en çok eleştirilen noktalarından biri olmuştur. Ancak TMK, iadenin zor olduğunu hatta sınırlı olabileceğini, çünkü iade yapılmadan önce bazı kriterlere uyulması gerektiğinin altını çizmektedir. Bu tespite rağmen taşınmaz iadelerinin yapıldığı görülmektedir. TMK'nın resmi olarak yayınladığı raporda, başvurular 4 şekilde neticelenmiştir. Bunlardan ilki; 3 başvurucuya taşınmaz iadesi; ikicisi; 1 başvurucuya Kıbrıs'ta çözüm olduktan sonra taşınmazın iadesi; üçüncüsü; 7 başvurucuya tazminat ödenmesi ve taşınmazın iadesi; son olarak da 1 başvurucu için kısmi iade şeklindedir¹¹⁰. Söz konusu neticelenen bu başvurulardan son olarak belirtilen "kısmi iade" ile ifade edilen "iadenin sınırlı" şekilde olması demektir. TMK'nın kurulmasından bu yana bu kurum 1202 başvuruyu sonuçlandırmıştır. Bu başvurulardan 12'si iade kapsamında olduğu görülmekte, kalan 1190 karar ise iade ile ilgili olmayan başvurular bağlamında TMK tarafından sonlandırılmıştır¹¹¹. 2017 yılında TMK'nın taşınmaz mal iadesi kapsamında Kozanköy'deki taşınmaza dair kararı çok eleştirilmiştir. TMK'nın bu kararda vurguladığı hususları aslında Demopoulos ve Diğerleri davasında AİHM de tespit etmiştir. Başka bir ifade ile AİHM, Demopoulos ve Diğerleri davasında başvurucuların mülkiyet haklarını kaybetmediklerini açıkça belirtmiştir. Bunun yanı sıra Türk Hükümetinin, burada yaşayanları göz ardı ederek, hassas ve askeri bölge olduğuna veya kamu yararı için kullanılıp kullanılmadığına bakılmadan taşınmazın başvuruculara iade edilmesini sağlamasının gerçekçi olmadığını da vurgulamıştır¹¹². Kozanköy'de malı iade edilen Nikolas Skuridis'in başvurusunda bu şartlar yerine getirilmiş olmasından dolayı

¹⁰⁹ İbid, md. 16.

¹¹⁰ Taşınmaz Mal Komisyonu İstatistik: http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman2/istatistik_temmuz19.pdf, Erişim Tarihi: 20.07.2019.

¹¹¹ Taşınmaz Mal Komisyonu İstatistik: http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman2/istatistik_temmuz19.pdf, Erişim Tarihi: 20.07.2019.

¹¹² DEMOPOULOS and OTHERS v. TURKEY, Para, 112.

Komisyon iade kararı vermiştir. Sonrasında Skuridis'in, KKTC'deki makamlardan gerekli izinleri neredeyse tamamlayarak arazisi üzerinde inşaata başlayacak olması kamuoyunun dikkatini çekmiştir.

TMK'ya gelen başvuruların sonuçlandırılması sürecinde TMK'nın yeterince hızlı çalışmadığı ve çözüm üretme kriterleri açısından sorunlar yaşandığı görülmektedir. İstatistiklere bakıldığında; TMK'nın kuruluşundan bu yana bu kuruma toplam 6574 başvuru yapıldığı ve bu başvurulardan sadece 1202'si sonuçlandırılmış olduğu görülmektedir.¹¹³.

D. Joannou Kararı

Joannou başvurusunda, TMK'ya başvurmasına rağmen kendisini oyaladıklarını ve bir türlü karar verilmediğini iddia etmiş ve bu nedenle de TMK'nın etkin iç hukuk yolu olmasının da yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹¹⁴. Türkiye henüz TMK önündeki sürecin tamamlanmadığını, iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürerek davanın kabul edilemez olduğuna dair itirazda bulunmuştur¹¹⁵. Fakat AİHM yaptığı değerlendirmede bu davada başvuranın, TMK nezdindeki davasının sürüncemede kalması ve mülkü için tazminat talep edememesi nedeniyle Türk Hükümeti'nin iç hukuka yönelik itirazının, başvuranın şikayeti ile birleştirilerek incelenmesi kanaatine varmıştır¹¹⁶. AİHM, TMK'nın iç hukuk yolu olarak kabul edilip edilmeyeceğiyle ilgili olarak böyle bir değerlendirmeyi gerektirecek bir bulguya rastlanmadığını, söz konusu davada yaşanan gecikmenin Demopoulos ve Diğerleri Davası'ndaki ilkelerin ihlal edildiği anlamını taşımayacağı ve TMK'nın etkin bir iç hukuk yolu olup olmasının değerlendirilmesi açısından yeterli argüman olmadığını belirtmiştir¹¹⁷. Buna rağmen; AİHM yaptığı ilave değerlendirmede TMK'nın bu dava açısından bazı ihmalleri olduğunu, gerekli özeni göstermemesi ve uygun ivedilikte karar vermemesi nedeniyle davanın uzadığını, bu nedenle de Joannou'nun hakkının ihlal edildiğini de ayrıca belirtmiştir¹¹⁸.

Aslında AİHM bu kararıyla TMK'nın iç hukuk yolu olduğunu yeniden tekrar etmiş, ancak bazı özel durumlarda başvuruların AİHM'nin önüne

¹¹³ İnternet Kaynak: Taşınmaz Mal Komisyonu İstatistik: http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman2/istatistik_temmuz19.pdf, Erişim Tarihi: 20.07.2019.

¹¹⁴ JOANNOU v. TÜRKİYE DAVASI, Başvuru No. 53240/14, 12.12.2017, Para: 60.

¹¹⁵ İbid, Para: 63.

¹¹⁶ İbid, Para: 63.

¹¹⁷ İbid, Para: 81 - 86.

¹¹⁸ İbid, Para: 94 - 105.

doğrudan gidebileceğini göstermiştir. AİHM, önüne gelen bu başvuru ile TMK'nın etkinliğine ve Demopoulos ve Diğerleri kararlarıyla belirtilen ilkelerin ihlal edilip edilmemesine bakmıştır. Bir eksiklik görülmesi durumunda, AİHM'nin önüne gelecek olan davalarda TMK'nın etkin iç hukuk yolu mercii olmasına itiraz edebileceği şimdiden öngörülmelidir.

Bugünün koşullarında, TMK etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmektedir ve bu görevi de titizlikle yerine getirmektedir. TMK'nın iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi sadece Türkiye'yi değil, AİHM'mi de rahatlatmış, AİHM'e Ada kaynaklı gelen davalar açısından adeta bir filtre rolü üstlenmiştir. Aslında burada TMK'ya sahip çıkacak olan KKTC ve T. C. devletleridir. Ada'da yaşayan Türkler ile Rumlar arasındaki taşınmaz mal mülkiyeti ihtilafları uluslararası ve karmaşık bir meseledir. AİHM bu yetkiyi TMK'ya kolayca vermemiştir. Unutulmamalıdır ki bugün olduğu gibi ileride de Kıbrıs meselesinin en can alıcı noktası taşınmaz mal mülkiyeti olmaya devam edecektir.

Sonuç

Mülkiyet hakkı, sadece devletlerin kendi mevzuatlarıyla değil, uluslararası antlaşmalarla ve sözleşmelerle de korunmaktadır. Ancak mülkiyet hakkı, Kıbrıs Adası için ayrı bir önem arz etmektedir. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin dağılmasından sonra, Kıbrıslı Türkler kendi hayatlarını devam ettirebilmek için ilk olarak Kıbrıs Türk Otonom Devletini kurmuşlar, hemen ardından Kıbrıs Türk Federe Devletini oluşturulmuş ve KTFD Anayasası da yürürlüğe girmiştir. KTFD Anayasası'nda mülkiyete ilişkin düzenleme olmasına rağmen, KKTC Anayasası'nda da yer alan mülkiyete yönelik düzenlemelerin, ikisi arasında bir karşılaştırma yapıldığında, daha evrensel nitelikte ve uluslararası hukuk düzenlemelerine uygun olduğu görülmektedir.

KKTC'nin ilan edilmesi ve 1985 KKTC Anayasasının yürürlüğe girmesi ile birlikte Anayasada yer alan "mülkiyet hakkı" ile anayasal bir güvence yaratılmışsa da, KKTC'nin, BM raporlarında da yer aldığı üzere, tanınmaması sebebiyle bu anayasal güvencenin niteliği uluslararası hukuk açısından da tartışmalı hale gelmektedir. KKTC Anayasası bazı hükümleriyle AİHM'e uygun olarak hazırlanmışsa da, mülkiyete ilişkin ilgili maddenin hukuka uygunluğunda sorun yaşanmıştır. Bu sorunun aşılması noktasında yeni bir yasa ile TMK oluşturulmuştur.

TMK'nın oluşturulması ve AİHM tarafından etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi sadece Türkiye açısından değil, AİHM açısından da önem arz etmektedir. Zira her geçen gün Ada'da taşınmaz mal ihtilaflarının,

özellikle Ada'nın ikiye bölünmüşlüğü, siyasi ve uluslararası çözümsüzlük sürecinin devam ediyor olmasıyla bağlantılı olarak artması ve AIHM'e yoğun başvurular olması sebebiyle, TMK'nın kurulması önemli bir aşama olarak kabul edilmelidir. TMK'nın etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi ile AIHM önüne gidecek olan başvuruların ve olası davaların azaltılması kısmen de olsa sağlanmıştır. TMK'nın Türkiye açısından önemi ise uyuşmazlıkların AIHM'e ulaşmadan uzlaşma yoluyla çözüm bulabilme olasılığını sağlaması olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak TMK'nın etkin bir kurum olarak ve AIHM'in belirlemiş olduğu ölçütlere göre görevine devam edip etmeyeceği, kendi karar pratiği ile yine AIHM'in ileride vereceği kararlar ile şekillenecektir.

KAYNAKÇA

- AYBAY, Rona, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2. Bası, 2015.
- BOZKURT, Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2003.
- CARSS Monica / FRISK, Mülkiyet Hakkı, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları Numara 4, 2001.
- FAZİLOĞLU, Ömer, AIHM'nin Xenides-Arestis Kararı ve Kıbrıs'ta Mülkiyet Sorunu, TEPAV Yayınları.
- GEMALMAZ, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İÜSBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2008.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın, Bursa, 23. Bası, 2019.
- GRGIC, Aida / MATAGA Zvonimir / LONGAR Matija / VILFAN Ana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları Numara 10, 2007.
- GÜNEŞ, Yusuf, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı İhlallerinden Doğan Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İÜSBE, Özel Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2015.
- GÜREL, Ayla, Kıbrıs'ta Yerinden Olmak Sivil ve Askeri Çatışmanın Sonuçları, PRIO, Rapor 4, 2012.
- KABOĞLU, Ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, Ankara, 6. Bası, 2002.
- NECATİGİL, M. Zaim, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AIHM Kıskaçında Türkiye, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2006.

- NECATİGİL, M. Zaim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, Işık Kitabevi, Lefkoşa, 2015.
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 14. Bası, 2015.
- SAĞLAM, Fazıl, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri, YDÜ Basım, Lefkoşa, 2016.
- SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 11. Bası, 2017.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 11. Bası, 2012.
- Makaleler**
- ATEŞ, Umut, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Hakkı, Hukuk Gündemi, S: 3, Ankara Barosu Yayınları, 2005.
- AYBAY, Rona, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukuku'ndaki Yeri, TBBD, S: 70, 2007, s. 187 – 213.
- AYÇİÇEK, İbrahim, Halil, Kıbrıs'taki Mülkiyet Davaları (Loizidou ve Xenides- Arestis Davası), TÜSBD, Y: 5, S: 9, 2018, s. 87 – 108.
- AZARKAN, Ezeli, Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 15 (4), 1055-1068. DOI: 10.21547/jss.265485.
- BİLGİN, Burak, AİHS ve Diğer Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri Bağlamında 2004 Değişikliğinin Beraberinde Getirdiği Sorunlar ve Bazı Çözüm Önerileri, MÜHFHAD, C: 22, S: 1, 2016, s. 131 – 155.
- DEREBOYLULAR, Özde / ARMAN, Perçem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi, TBBD, S: 136, 2018, s. 293 – 326.
- DİNÇ, Günay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı, TBBD, S: 51, 2004.
- GÜNDÜZLER, Ulaş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının Mülkiyet Sorunu Bakımından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukuna Etkileri, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C: 15, 2016, s. 23 – 58.
- GEMALMAZ, H. Burak, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Usulünde Mülkiyet Hakkının Uygulanabilirliği Meselesi I: AYM Kararlarının Mülkiyet Hakkının Mevcudiyetinin Dayanağı Olarak Uluslararası Hukuka Açıklık Açısından Eleştirel Değerlendirilmesi, AYD, C: 32, 2015, s. 379 – 401.
- ÖZERSAY, Kudret, AİHM'nin Xenides – Arestis Kararı, AÜSBFD, C: 61, S: 1, 2006, s. 323 – 332.

- ÖZERSAY, Kudret, Kuzey Kıbrıs'ta Yürürlüğe Giren Yeni Mülkiyet Yasası Hakkında, Mülkiye Dergisi, C: 29, S: 249, 2005, s. 121 – 131.
- RENDA, Yaprak, Loizidou Kararından Bugüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Kıbrıs'taki Mülkiyet Sorununa Etkisi, ANBD, S:1, 2013, s. 387 – 397.
- YILMAZ, Didem, 6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AİHS, Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme, AÜHFD, C:64, S: 3, 2015, s. 815 – 854.

Diğer Kaynaklar

- 4.11.1950 Tarihli, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Giriş Metninden Bazı Alıntılar, İnternet Kaynak: <https://tihv.org.tr/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi/>, Erişim Tarihi: 10.01.2019.
- ERHÜRMAN, Tufan, 25 Soruda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kıbrıs'taki Mülkiyet Sorunu Konusundaki Son (Demopoulos ve Diğerleri) Kararı, Yenidüzen Gazetesi, 3.09.2015, md. 3. İnternet Kaynak: <http://www.yeniduzen.com/demopoulos-ve-digerleri-karari-55519h.htm>, Erişim Tarihi: 21.07.2019.
- İnternet Kaynak: <http://www.yeniduzen.com/skuridis-ev-insasi-icin-izinleri-tamamliyor-105551h.htm>, Erişim Tarihi: 20.07.2019.

Yargı Kararları

- KKTC Anayasa Mahkemesi, No: 3/2006, Dava No: 3/2006.
- Yüksek İdare Mahkemesi, No: 119 / 2003, Dava No: 20 / 2010.
- CASE OF LOIZIDOU v. TURKEY (PRELIMINARY OBJECTIONS
LOİZİDOU v. TÜRKİYE.
- DEMOPOULOS and OTHERS v. TURKEY DECISION, Application nos. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 19993/04, 21819/04, 1.03.2010, Para: 127.

Kısaltmalar

- AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
 AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
 AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
 AÜHFY : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
 AÜSBFD : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
 AYD : Anayasa Yargısı Dergisi
 AYM : Anayasa Mahkemesi
 C : Cilt

GKRY	: Güney Kıbrıs Rum Yönetimi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İTEM Yasası	: İskân Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası
KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
Para	: Paragraf
PRIÖ	: Peace Research Institute Oslo
S	: Sayı
TBBÖ	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TEPAV	: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı
TMK	: Taşınmaz Mal Komisyonu
TÜSBD	: Toros Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
Y	: Yayın
YDÜ	: Yakın Doğu Üniversitesi

**# 5403 SAYILI TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI
KANUNU'NDA DÜZENLENEN ÖNALIM HAKKININ
KULLANILMASI**

*(THE EXERCISE OF THE RIGHT OF PREEMPTION OF BORDERING
AGRICULTURAL LANDOWNERS REGULATED IN LAW NO. 5403 ON SOIL
PROTECTION AND LAND USE LAW)*

Dr. Öğr. Gör. Simge Aksu Kayacan * **

ÖZ

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/İ maddesinde düzenlenen önalım hakkı, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan önemli değişikliklerden birini oluşturmaktadır. 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin son fıkrasındaki yollama nedeniyle, önalım hakkının kullanılmasında Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Çalışmamızın amacı, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkının kullanılmasını incelemek ve değerlendirmektedir. Bu çerçevede, çalışmamızda yasal önalım hakkının birden fazla sınırdaş tarımsal arazi maliki tarafından kullanılması haline ilişkin 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi hükmü ve bu bağlamda tarımsal bütünlük kavramı ile hâkim tarafından tarımsal bütünlük kriterinin ne zaman uygulanacağı, ayrıca fîli taksimin sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkının kullanılmasına etkisi de incelenerek değerlendirilmiştir. Ancak, sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkının kullanılmasının incelenmesinden önce, kullanılacak bu önalım hakkının konusu ve kapsamı ortaya konulmuştur. Ayrıca çalışmada erişebildiğimiz konuya ilişkin güncel yargı kararlarına ilişkin değerlendirmelerde de bulunulmuştur.

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.04.2020. İlk hakem raporu tarihi: 07.05.2020; İkinci hakem raporu tarihi: 15.06.2020; Onaylanma tarihi: 22.06.2020.

* Yaşar Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Özel Hukuk Bölümü

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7233-7719.

Esere Atf Şekli: Simge Aksu Kayacan, “5403 Sayılı Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Düzenlenen Önalım Hakkının Kullanılması”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.529-598.

Anahtar Kelimeler: Sınırdaş Tarımsal Arazi Maliklerinin Yasal Önalım Hakkı, Önalım Davası, Yenilik Doğuran Dava, Fiili Taksim, Tarımsal Bütünlük.

ABSTRACT

The right of preemption regulated in the Article 8/İ of the Law No. 5403 on Soil Protection and Land Use by Law constitutes one of the significant amendments that have been made by Law No. 6537 Amending Law on Soil Protection and Land Use. The provisions of the Turkish Civil Code are applied in the exercise of the right of preemption due to the citation in the last paragraph of the Article 8/İ of the Law No. 5403. The aim of our study is to examine and evaluate the exercise of legal right of preemption of bordering agricultural land owners. In this context in our study, the last sentence of the second paragraph of the Article 8/İ of the Law No. 5403 regarding the exercise of the legal right of preemption by more than one bordering agricultural land owner and in this context the notion of agricultural land integrity and when the agricultural land integrity criterion will be applied by the judge, also the effect of actual partition on the use of the legal right of preemption of bordering agricultural landowners are examined and evaluated. However, before the examining exercise of the legal right of preemption right of bordering agricultural landowners, the subject and scope of the right of preemption are put forward. Evaluations regarding current judicial decisions that we can access concerning to the subject are also made.

Keywords: *Legal Right of Preemption of Bordering Agricultural Landowners, Preemption Case, Constitutive Lawsuit, Actual Partition, Agricultural Land Integrity.*

GİRİŞ

3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na¹ 30/4/2014 tarihli ve 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun² ile getirilen önemli yeniliklerden biri de, tarımsal arazilerde yasal önalım hakkının tanınmasıdır. 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesi ile 5403 sayılı Toprak

¹ RG. 19/7/2005 T., 25880 S.

² RG. 15/5/2014 T., 29001 S.

Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen “Önalım hakkı” kenar başlıklı 8/İ maddesi, hukukumuzda yeni bir yasal önalım hakkı getirmiştir³.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesi incelendiğinde, tarımsal arazilere ilişkin iki yeni yasal önalım hakkının getirildiği görülmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasında Kanun'un 8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı⁴ kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer ortaklara önalım hakkı, ikinci fıkrasında ise tarımsal arazilerin satılması halinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınmıştır. Söz konusu madde gerekçesinde⁵, mirasçılar arasında aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulması halinde tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin bölünmesini önlemek amacıyla, diğer ortaklara önalım hakkının getirildiği belirtilmiştir. Ne var ki öğretilerde haklı olarak belirtildiği gibi, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin birinci fıkrasında, hukuken doğması ve dolayısıyla uygulama alanı bulması mümkün olmayan bir yasal önalım

³ **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ankara, 2016, s. 384, dn. 1033; **Açıköz**, Osman, Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı), İstanbul, 2018, s. 36, 37.

⁴ Aile malları ortaklığı, Türk Medeni Kanunu'nun 373-385 maddelerinde düzenlenmiş olup, 384 ve 385. maddeler kazanç paylı aile malları ortaklığına ilişkindir. Türk Medeni Kanunu'nun 373. maddesine göre, “*Hısımlar, kendilerine geçen mirasın tamamı veya bir bölümüyle ya da ortaya başka mallar koymak suretiyle aralarında bir aile malları ortaklığı kurabilirler.*” Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus, aile malları ortaklığının yalnızca mirasçılar tarafından değil, maddedeki “*ya da ortaya başka mallar koymak suretiyle*” ifadesinden anlaşıldığı üzere bir miras intikali söz konusu olmadan da hısımların bir araya gelerek aile malları ortaklığı kurabilecekleridir. Ancak aile malları ortaklığı yalnızca hısımlar (kan hısımları, kayın hısımları ve evlat edinme ilişkisinden doğan hısımlar) arasında kurulabilir. Ortakların aralarında yapacakları sözleşme ile aile malları ortaklığının yönetim ve temsilini içlerinden birine bırakarak, diğer ortaklara sadece yıllık kazançtan kendilerine belirli bir pay verileceğini kararlaştırmaları halinde ise kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulmuş olur (TMK m. 384). Ortakların elbirliği ile işlettikleri aile malları ortaklığına ilişkin kurallar, kazanç paylı aile malları ortaklığı hakkında da uygulanır (TMK m. 385/3). Aile malları ortaklığı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümü**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul, 2016, s. 388 vd.; **Öztan**, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 1240 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 680 vd.

⁵ 6537 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 5403 sayılı Kanun'a eklenen 8/İ maddesinin gerekçesi için bkz. 6537 sayılı Kanun'un 5. maddesinin gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf>, s. 11, (Erişim Tarihi: 25.02.2020).

hakkı öngörülmüştür⁶. Şöyle ki: 5403 sayılı Kanun'un 8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca mirasçılar terekede bulunan tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazinin mülkiyetinin, Türk Medeni Kanunu'nun 373 ve devamı maddelerine göre kuracakları aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devrini kararlaştırabilirler. Ancak 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığına ilişkin önalım hakkı, Kanun'un 8/C maddesinde atıfta bulunulan aile malları ortaklığı ve kazanç paylı aile malları ortaklığına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri ile çelişmektedir. Aile malları ortaklığının tüzel kişiliği yoktur ve ortaklar ortaklığa giren malların elbirliği halinde malikidirler (TMK m. 379/1). Aile malları ortaklığı devam ettiği sürece ortaklar paylarını isteyemeyecekleri gibi, bu payları üzerinde tasarruf işlemleri de yapamazlar (TMK m. 376/3). Ortaklar, ortaklık malvarlığına giren tüm değerler üzerinde ancak elbirliği ile tasarrufta bulunabilirler. Elbirliği halinde mülkiyet (iştirak halinde mülkiyet/elbirliği ortaklığı), ortaklardan birinin tek başına tasarrufta bulunmasına engel olmaktadır. Çünkü paylı mülkiyetten (müşterek mülkiyet) farklı olarak, elbirliği mülkiyetinde ortakların üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek payları bulunmamaktadır⁷. Ortakların elbirliği ile işlettikleri aile malları ortaklığına

⁶ **Özçelik**, Barış, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, Sa. 1, (5403), s. 103; **Özay**, Osman Levent, Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara, 2015, s. 172; **Yavuz**, Cevdet/**Topuz**, Murat, "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Özel Sayı, Yıl 2015, Cilt 21, Sayı 2, s. 693; **Erdoğan**, Kemal, Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2016, s. 153; **Şen Doğramacı**, Hayriye, "6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı Cilt: II, Cilt: VIII, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 84; **Saray Türe**, Sultan Melis, Önalım Hakkı ve Sınırları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 16. Ortaklar bu hakkı kullanmazlarsa hakkın sınırdış arazi maliklerine geçtiği görüşünde bkz. **Canarlan**, Gökçe, "Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerin Önalım Hakkı", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 2020, s. 3.

⁷ **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul, 2016, s. 389; **Öztan**, s. 1243, 1244; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

ilişkin kurallar, kazanç paylı aile malları ortaklığında da uygulanmaktadır (TMK m. 385/3). Elbirliği mülkiyetinde paylı mülkiyetten farklı olarak, ortakların üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri farazi bir pay dahi yoktur. Gerek aile malları ortaklığı gerekse kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulması halinde, ortakların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir payları bulunmadığından, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin birinci fıkrasında aile malları ortaklığı ve kazanç paylı aile malları ortaklığında ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer ortaklara tanınan yasal önalım hakkının bir anlamı bulunmamaktadır. Kanaatimizce 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin birinci fıkrasında aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını satması ile kastedilen, miras ortaklığında olduğu gibi, paylaşmada oluşturulacak ve kendisine tasfiyede tahsis edilecek payın satışıdır. Bu nedenle, çalışmamızda 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenerek hukukumuzda kazandırılan yeni bir yasal önalım hakkı olan sınırdış tarımsal arazi malikleri lehine tanınan yasal önalım hakkının kullanılmasını inceleyecek ve değerlendireceğiz.

Çalışmamızda ilk önce sınırdış tarımsal arazi maliklerince kullanılacak yasal önalım hakkının konusu ve kapsamının ne olduğu ortaya konulacaktır. Akabinde sınırdış tarımsal arazi malikleri lehine tanınan yasal önalım hakkının kullanılması ele alınacaktır. 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin üçüncü fıkrasında, sınırdış tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkının kullanılmasında Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, önalım hakkının kullanılabilmesi bakımından önalım olayının sınırdış tarımsal arazi maliklerine bildirilme zorunluluğu, önalım hakkının dava yoluyla kullanılma zorunluluğu, önalım davasının açılması için öngörülen süreler, önalım davasının tarafları ve önalım bedeli konuları inceleme konusu yapılacak ve değerlendirilecektir. Önalım davasında davacı tarafta kimin/kimlerin yer aldığı ele alınırken, 5403 sayılı Kanun'da önalım hakkına sahip olduğu belirtilen "sınırdış tarımsal arazi

Geçirilmiş 20. Bası, İstanbul, 2017, s. 344, 345; **Ayan**, s. 123; **Sirmen**, A. Lâle, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 304-306; **Gürsoy**, Kemal T./**Eren**, Fikret/**Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1984, s. 432-434; **Akintürk**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 410, 413. Ayrıca bkz. **Ertaş**, Şeref, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, İzmir, 2014, s. 255-258; **Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul, 2012. s. 149; **Tekinay**, Selahâttin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1989, s. 631, 634, 635, 638-640; **Erman**, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, İstanbul, 2017, s. 79, 80; **Şen Doğramacı**, s. 84.

malikleri” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ve bu bağlamda özellikle paylı mülkiyete tabi bir sınırdaş tarım arazisinin bulunması halinde paydaşların önalım hakkını kullanıp kullanamayacakları ortaya konulacaktır. Ardından, fiili taksimin sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkının kullanılmasına etkisi ortaya konulacaktır. Son olarak da, önalım hakkının birden fazla sınırdaş tarımsal arazi maliki tarafından kullanılması ele alınacak ve 5403 sayılı Kanun’da buna ilişkin getirilen düzenleme değerlendirilecektir. Bu noktada tarımsal bütünlük ile ekonomik bütünlük kavramları açıklanarak, bunların birbirinden farklı kavramlar olduğu ve tarımsal bütünlük kavramının hâkim tarafından hangi durumda incelenmesi gereken bir kriter olduğu ortaya konulacaktır.

I. SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN YASAL ÖNALIM HAKKININ KONUSU VE KAPSAMI

Sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkının konusu, tarımsal arazilerdir. Tarımsal arazi niteliğindeki taşınmazlar bu yasal önalım hakkının konusunu oluşturduğundan, tarımsal arazinin kural olarak, bütünleyici parçaları ve aksi belirtilmemişse eklentileri de bu yasal önalım hakkının konusu ve kapsamına dahil olacaktır (TMK m. 684-686)⁸. Aşağıda sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkının konusu ve kapsamına dahil olabilecek bütünleyici parçalar, doğal ürünler ve eklentiler ayrı alt başlıklar altında incelenecektir.

A. Bütünleyici Parçalar

Bir şeyin bir başka şeyin bütünleyici parçası sayılabilmesi için gerekli olan şartlar, Türk Medeni Kanunu’nun 684. maddesinin ikinci fıkrasına göre belirlenmektedir. Türk Medeni Kanunu’nun 684. maddesinin ikinci fıkrasına göre, *“Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel*

⁸ **Açıkgöz**, s. 43-52; **Aydoğdu**, Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara, 2013, s. 40; **Kırkbeşoğlu**, Nagehan, Önalım Hakkı, İstanbul, 2019, s. 25; **Akalp Demirtabak**, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul, 2010, s. 39; **Köylüoğlu**, Egemen, Önalım Davası, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2011, s. 41, 42; **Yıldız**, Ekrem, Önalım Davaları, Açıklamalı-İçtihatlı, İstanbul, 2008, s. 20. Bütünleyici parça ve eklenti kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 286 vd. ile 479 vd.; **Ayan**, 35 vd. ile 301 vd.; **Sirmen**, 259 vd. ile 379 vd.; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 374 vd. ile 568 vd.; **Eren**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2016, (Mülkiyet), s. 55 vd.; **Ertaş**, s. 218 vd. ile 356 vd.; **Aküntürk**, 48 vd. ile 519 vd.; **Aybay/Hatemi**, s. 124 vd. ile 204 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 516 vd. ile 796 vd.; **Erman**, s. 63-68, 102-116. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)*

unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır." Bununla birlikte, bu düzenlemede belirtilen bir şeyin bütünleyici parça olarak sayılması gereken şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, Türk Medeni Kanunu bazı şeylere bütünleyici parça vasfı tanımıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 684. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın doğal ürünler (TMK m. 685/3), yapılar, dikili bitkiler⁹ ve kaynaklar¹⁰ (TMK m. 718/2) kanun gereğince bütünleyici parça sayılmıştır¹¹.

Asıl şey üzerindeki mülkiyet hakkı, mülkiyet hakkının kurulduğu sırada mevcut olan bütünleyici parçalar yanında, mülkiyet hakkının kurulmasından sonra asıl şey ile birleştirilen bütünleyici parçaları da kapsar¹². Bu noktada, alıcının taşınmazın mülkiyetini kazanmasından sonra onun bütünleyici parçası halinde getirdiği şeyin önalım hakkının kapsamında yer alıp almadığını değerlendirmek gerekir. Buna ilişkin olarak öğretide¹³, satış esnasında mevcut olan bütünleyici parçaların satışın içinde kendiliğinden yer aldığı ve önalım hakkının kapsamına dahil olduğu, bununla birlikte satış gerçekleştikten sonra alıcı tarafından taşınmaza eklenen bütünleyici parçaların satış içinde yer almadığından önalım hakkının kapsamına girmeyeceği, fakat bunların asıl şeyden ayrılması da hukuken mümkün

⁹ Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinin ikinci fıkrasının yapılar ve bitkiler bakımından uygulanması için bunların taşınır yapı ve taşınır bitki niteliğinde olmaması gerekir. Zira, taşınır yapılar ile taşınır bitkiler taşınmazın bütünleyici parçası sayılmazlar (TMK m. 728, 729). Bu konuda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 480-483 ve s. 522, 523; **Sirmen**, s. 379-381 ve s. 401; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 381, 385 ve s. 581-583; **Eren**, Mülkiyet, s. 358-360 ve s. 353, 354; **Ayan**, s. 303, 304 ve s. 325, 326; **Ertaş**, s. 356, 357 ve s. 379, 380; **Akıntürk**, s. 519, 520.

¹⁰ Türk Medeni Kanunu'nun 756. maddesinin birinci fıkrasında da, kaynakların arazinin bütünleyici parçası olduğu belirtilmiştir. Kaynaklara ilişkin açıklamalar için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 524-529; **Sirmen**, s. 402, 403; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 580, 581; **Eren**, Mülkiyet, s. 356-358; **Ayan**, s. 327-331; **Ertaş**, s. 380, 381; **Akıntürk**, s. 529-533.

¹¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 292-296; **Sirmen**, s. 265-268; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 381, 385; **Eren**, Mülkiyet, s. 63; **Ayan**, s. 302-331; **Ertaş**, s. 221, 222; **Akıntürk**, 57, 58, 519. Yine başkasının arazisine taşırılan yapı (taşkın yapı) (TMK m. 725/1), haksız yapı (TMK m. 722/1), birincil (asıl) nitelikteki bir taşınır ile karışan veya birleşen ikincil nitelikteki eşya (TMK m. 776) da, Türk Medeni Kanunu'nda, Kanun'un 684. maddesinin ikinci fıkrasında aranan şartların bulunup bulunmadığı aranmaksızın bütünleyici parça sayılmıştır.

¹² **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 383; **Eren**, Mülkiyet, s. 66; **Sirmen**, 263; **Açıkgöz**, s. 45.

¹³ **Yıldız**, s. 20; **Köylüoğlu**, s. 41; ayrıca bkz. **Açıkgöz**, s. 45, 46.

olmadığı için alıcı tarafından alıp götürülemeyeceği, bu durumda alıcının önalım hakkı sahibinden sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde bunların bedelini alabileceği belirtilmektedir. Kanaatimizce de satış gerçekleştiği sırada mevcut olan taşınmazın bütünleyici parçaları önalım hakkının kapsamına dahilken, satış gerçekleştikten sonra alıcı tarafından taşınmaza eklenen bütünleyici parçalar önalım hakkının kapsamına dahil değildir. Ancak kanaatimizce, satış gerçekleştikten sonra alıcı tarafından taşınmaza eklenen bütünleyici parçaların hukuken ondan ayrılmasının mümkün olmadığını ve alıcının sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvuracağını söylemek, her somut olay için mümkün olmayıp, önalıma konu taşınmazın ve bütünleyici parçanın niteliğine göre bir değerlendirme yaparak sonuca varmak gerekir. Örneğin, önalıma konu taşınmaz tarımsal arazi niteliğinde ise ve alıcı tarafından satıştan sonra tarımsal araziye bitki dikilmişse, Türk Medeni Kanunu'nun "Araziye dikilen fidanlar¹⁴" kenar başlıklı 729. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre de, alıcının diktiği bitkinin taşınır bitki olup olmadığı belirlenmeli, taşınır bitki niteliğinde değilse, Türk Medeni Kanunu'nun haksız yapıya ilişkin hükümleri (TMK m. 722-724), taşınır bitki niteliğindeyse, taşınır yapılara ilişkin hükümleri (TMK m. 728) uygulama alanı bulmalıdır. Alıcının arazide sürekli bırakmak üzere diktiği taşınır bitki niteliğinde olmayan bitkiler, arazinin bütünleyici parçası olmuştur ve arazinin mülkiyetine tabidir. Dolayısıyla, alıcının kalıcı olarak diktiği bitkiler, önalım hakkının kapsamı içinde yer alır ve önalım hakkı sahibi önalıma konu tarımsal arazinin maliki olduğunda kendiliğinden bu bitkilerin de maliki olur. Ancak alıcı, önalım hakkı sahibine karşı Türk Medeni Kanunu'nun haksız yapıya ilişkin hükümlerinde (TMK m. 722-724) belirtilen haklarını kullanabilir. Buna karşılık, alıcının geçici bir süre için diktiği taşınır bitki niteliğindeki bitkiler, arazinin bütünleyici parçası sayılmaz ve arazinin mülkiyetine tabi olmaz. Alıcı, arazi üzerindeki mülkiyet hakkından bağımsız bir şekilde diktiği taşınır bitkilerin taşınır mal olarak maliki olmuş olup, bunlar üzerinde taşınır mal olarak ayrı bir

¹⁴ Türk Medeni Kanunu'nun 729. maddesinde her ne kadar "fidan" sözcüğü kullanılmışsa da, bu sözcüğün geniş yorumlanarak bununla ekilen ve dikilen şeyleri, bitkileri anlamak gerekir (bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 579; **Eren**, Mülkiyet, s. 354). Fidan, kalıcı olarak değil zaten sökme amacı ile dikilen taşınır bitkidir. Fidana örnek olarak, satış için yetiştirilen süs bitkileri gösterilebilir (bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 522; **Sirmen**, s. 401). Yine dikilen fideler de taşınır bitkiye örnek olarak verilebilir (bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 579; **Eren**, Mülkiyet, s. 354). Keza sonradan kesilmek üzere dikilen kavak ağaçları da taşınır bitkiye örnek olarak gösterilebilir (bkz. **Ertaş**, s. 379).

mülkiyet hakkı söz konusudur. Dolayısıyla, alıcının sökülme üzere geçici bir süre için diktiği taşınır bitkiler, önalım hakkının kapsamı içinde yer almaz ve Türk Medeni Kanunu'nun taşınır yapılara ilişkin hükümleri (TMK m. 728) uyarınca geçici olarak dikilen bu taşınır bitkilerin maliki zaten alıcıdır. Taşınır bitkinin dikilmesi halinde, bunlar arazinin bütünleyici parçası olmadığı için arazinin hukuki kaderine tabi değildir. Bu sayede taşınır yapıda olduğu gibi taşınır bitkinin sahibi ile tarımsal arazinin maliki farklı kişiler olabilir.¹⁵

B. Doğal Ürünler

Türk Medeni Kanunu'nun 684. maddesindeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın bütünleyici parça sayılan (TMK m. 685/3) ve kural olarak önalım hakkının kapsamına giren doğal ürünleri farklı ihtimaller çerçevesinde incelemek gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 685. maddesinin üçüncü fıkrasında, doğal ürünlerin asıl şeyden ayrılincaya kadar onun bütünleyici parçası olduğu; Türk Medeni Kanunu'nun 684. maddesinde ise, bir şeye malik olan kimsenin o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, asıl şeyden henüz ayrılmamış doğal ürünler asıl şeyin bütünleyici parçasıdır. Asıl şeye kim malik ise, kural olarak bütünleyici parçanın da maliki odur. Bu nedenle, asıl şeyden henüz ayrılmamış doğal ürünler asıl şeyin hukuki kaderine tabidir. Asıl şeyden ayrılincaya kadar doğal ürünler, asıl şeyden bağımsız olarak tasarruf işlemlerine konu olamaz. Dolayısıyla, asıl şeyden ayrılincaya kadar doğal şey üzerinde asıl şeyden bağımsız olarak mülkiyet hakkı kurulamaz¹⁶. Böylece, asıl şeyden ayrılmamış olan doğal ürünler önalım hakkının kapsamında yer alır ve önalım hakkı sahibi önalıma konu tarımsal arazi ile birlikte ondan ayrılmamış doğal ürünlerin de mülkiyetini kazanır¹⁷.

Asıl şeyden ayrılan doğal ürünler ise, bütünleyici parça niteliğini kaybederek bağımsız bir taşınır eşya halini alır. Dolayısıyla, asıl şeyden ayrılan doğal ürünler asıl şeyden bağımsız olarak tasarruf işlemlerine konu

¹⁵ Arazi üzerine dikilen bitkilere ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 729. maddesi hakkında açıklamalar için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 522, 523; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 579; **Eren**, Mülkiyet, s. 353, 354; **Ayan**, s. 325-327; **Sirmen**, s. 401; **Ertaş**, s. 379.

¹⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 292-294; **Ayan**, 40, 41, 45; **Sirmen**, 264, 265, 267; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 382, 383, 385; **Eren**, Mülkiyet, s. 65-67, 69; **Ertaş**, s. 221-223; **Akıntürk**, 58-60, 69; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 527, 528, 539, 540; **Erman**, s. 64, 65.

¹⁷ **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Şuf'a Hakkı, İstanbul, 1959, s. 152, 153; **Yıldız**, s. 20; **Köylüoğlu**, s. 42.

olabilir. Bu durumda asıl şeyden ayrılan doğal ürünler yeni bir mülkiyet hakkına konu olabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 685. maddesinin birinci fıkrasında, bir şeyin malikinin onun ürünlerinin de maliki olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, asıl şeyden ayrılan doğal ürünler kural olarak, asıl şeyin malikine aittir¹⁸. Asıl şeyden ayrılan doğal ürünlerin önalım hakkının kapsamında olup olmadığı yarar ve hasarın önalım hakkı sahibine geçiş anı dikkate alınarak belirlenmekte ve buna göre önalım hakkı sahibinin yarar ve hasarın kendisine geçişinden itibaren önalıma konu taşınmazdan ayrılan ürünlerin maliki olabileceği, bundan önceki ürünlerde hak iddia edemeyeceği kabul edilmektedir¹⁹. Yarar ve hasarın önalım hakkı sahibine geçiş anı konusunda ise, öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre²⁰, satış bedeli ile tapu giderlerini depo ettiği andan itibaren yarar ve hasar önalım hakkı sahibine geçer. Bir başka görüşe göre²¹, mahkemenin verdiği karar ile birlikte yarar ve hasar önalım hakkı sahibine geçmelidir. Bir diğer görüşe göre ise²², yarar ve hasarın önalım hakkı sahibine geçişi konusunda yarar ve hasar bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Hasarın geçişi için, Türk Borçlar Kanunu'nun 245. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde sözü edilen teslimin sözleşmeyle ertelendiği duruma benzer bir durumun burada söz konusu olması sebebiyle, depo kararı üzerine satış bedeli ve masraflarının yatırıldığı tarih veya tescile yönelik kararın kesinleştiği tarih değil, taşınmazın fiilen teslim edildiği tarih esas alınmalıdır. Yararın geçişi için ise, hakkaniyet ve dürüstlük kuralı gereğince depo kararı üzerine önalım hakkı sahibinin satış bedeli ve masrafları yatırdığı an dikkate alınmalıdır. Zira, önalım hakkı sahibi taşınmazın kendisine intikal etmesi için üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirdiği için, yararın da kendisine ait olması gerekir. Biz önalım hakkı sahibine yarar ve hasarın geçişi konusunda son görüşe katılıyoruz. Bu

¹⁸ **Ayan**, s. 45, 46; **Sirmen**, s. 267; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 385, 387; **Eren**, Mülkiyet, s. 69, 71; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 293, 294; **Akıntürk**, 70; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 541; **Erman**, s. 65.

¹⁹ **Özenli**, s. 14, 15; **Yıldız**, s. 20, 428; **Köylüoğlu**, s. 43; tarımsal araziler bakımından bu yönde bkz. **Açıkgöz**, s. 49.

²⁰ **Yıldız**, s. 428; **Yücel**, Sevtap, "Önalım Davası", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C: 1, Ankara, 2009, s. 1332, 1333; tarımsal araziler bakımından bu görüşte bkz. **Açıkgöz**, s. 369, 370. Yarar ve hasarın önalım hakkı sahibine satış bedeli ile tapu giderlerini depo ettiği andan itibaren değil, satış sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte geçtiğini ileri süren aksi yöndeki görüş için bkz. **Özenli**, Soysal, Uygulamada Önalım (Şu'fa) Davaları, 2. Basım, İstanbul, 1990, s. 15; **Köylüoğlu**, s. 63.

²¹ **Akalp Demirtabak**, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul, 2010, s. 120.

²² **Aydoğdu**, s. 78, 79.

çerçevede kanaatimizce, asıl şeyden ayrılan doğal ürünlerin önalım hakkının kapsamında yer alıp almadığını, doğal ürünler yarar kavramına dahil olduğuna göre, yararın önalım hakkı sahibine geçtiği ana göre belirlemek gerekir. Burada yararın geçişi bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen durumun gereğinden doğan bir istisnanın bulunduğu kabul edilmelidir. Hâkimin verdiği depo kararı üzerine satış bedelini ve tapu giderlerini yatıran önalım hakkı sahibi sınırdaş malik, tarımsal arazinin mülkiyetinin kendisine intikal etmesi için üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmektedir. Bu nedenle, yararın da önalım hakkı sahibi sınırdaş malike, satış bedeli ve tapu giderlerini yatırdığı an geçmesi gerekir. Hakkaniyet ve dürüstlük kuralı, bunu gerektirmektedir. Böylece, satış bedeli ve tapu giderlerinin hâkim tarafından belirlenecek süre içinde hâkimin belirleyeceği yere yatırıldığı andan itibaren, tarımsal araziden ayrılan doğal ürünlerin mülkiyet hakkı, yasal önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi malikine geçmelidir. Yararın kendisine geçmesinden önce önalıma konu tarımsal araziden ayrılan doğal ürünler için ise, önalım hakkı sahibi sınırdaş malik hak iddia edemez²³. Diğer yandan öğretide bir görüşe göre²⁴, satış sözleşmesinin yapıldığı sırada henüz olgunlaşmamış olan doğal ürünlerin alıcının elindeyken olgunlaşması ve alıcının bunları iktisap etmesi sebepsiz zenginleşme oluşturur. Kanaatimizce, burada önemli olan, yarar, önalım hakkı sahibine geçinceye kadar ister olgunlaşmış ister olgunlaşmamış olsun, doğal ürünlerin tarımsal araziden ayrılmış olup olmamasıdır. Yararın önalım hakkı sahibine geçişine kadar tarımsal araziden ayrılan doğal ürünlerin maliki alıcıdır ve doğal ürünlerin olgunlaşp olgunlaşmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Yararın önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi malikine geçmesinden itibaren alıcı tarafından tarımsal araziden ayrılan doğal ürünler sebepsiz zenginleşme oluşturur. Yararın önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi malikine geçmesinden önce ise, alıcı tarafından tarımsal araziden ayrılan doğal ürünler bakımından alıcı ne sebepsiz zenginleşen ne de haksız zilyettir. Alıcı haklı zilyet olup, tarım arazisine malik olduğu sırada doğal ürünleri devşirmiş ve maliki olmuştur. İyiniyetli haksız zilyedin dahi semereleri tazmin borcu bulunmamaktadır (TMK m. 993/1). Kendisinin malın maliki olduğu kanaatinde olan haksız ama iyiniyetli zilyet dahi elde ettiği malın doğal ürünlerini tazminle yükümlü değilken, malik olduğu sürede tarım

²³ Ayrılmamış doğal ürünlerin bütünleyici parça olduğu için önalım hakkına dahil olduğu, ancak alıcı tarafından ayrılmış olanların sebepsiz zenginleşme olduğu görüşünde bkz. **Feyzioğlu**, s. 153.

²⁴ **Feyzioğlu**, s. 152, 153; **Açıkgöz**, s. 49.

arazisinden elde ettiği doğal ürünlerin evleviyetle alıcıya ait olması ve bunlar yönünden kendisinden bir talepte bulunulamaması doğaldır.

C. Eklenti

Bütünleyici parçadan farklı olarak eklenti, asıl şeyden bağımsız bir eşyadır. Bununla birlikte, kural olarak bütünleyici parça gibi eklentinin de geleceği asıl şeyin hukuki kaderine tabidir. Zira, Türk Medeni Kanunu'nun 686. maddesinin birinci fıkrasında, bir şeye ilişkin tasarrufların aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsadığı hükme bağlanmıştır. Kural olarak, asıl şey üzerinde yapılan tasarruf işlemleri kendiliğinden eklentiyi de kapsar. Dolayısıyla, kural olarak, asıl şeyin maliki kimse eklentinin de maliki de odur. Fakat, eklentinin asıl şeyin hukuki kaderine bağlı olacağı kuralının aksinin kararlaştırılması mümkündür. Buna göre, asıl şeyin maliki isterse eklentiyi istisna ederek yalnızca asıl şey üzerinde borçlandırıcı işlemde veya tasarruf işleminde bulunabilir. Bağımsız bir taşınır mal olduğundan eklenti, asıl şeyden ayrı olarak borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerine konu edilebilir. Dolayısıyla, asıl şeyin maliki tercihine göre yalnızca asıl şey veya eklenti üzerinde borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri yapabilir. Asıl şey ve eklenti üzerinde farklı mülkiyet hakları bulunabilir²⁵.

Bu çerçevede, tarımsal arazinin satışı sırasında istisna edilmemişse önalım konusu tarımsal arazi ile birlikte onun eklentilerinin de mülkiyeti alıcıya geçeceğinden, tarımsal arazi ile birlikte eklentileri de önalım hakkının kapsamında yer alır. Fakat, eklentiler istisna edilerek tarım arazisi alıcıya satılmışsa, bu durumda eklentiler önalım hakkı kapsamında yer almaz²⁶. Tarımsal araziden geçici olarak ayrılmakla eklenti bu niteliğini kaybetmediğinden (TMK m. 686/3), bunlar da önalım hakkının kapsamına dahildir²⁷. Önalıma konu tarımsal arazinin satışından istisna edilen eklentiler tarım arazisinden ayrı olarak alıcıya satılmışsa, alıcının ayrı bir mülkiyet hakkı konusunu oluşturduğu için bu eklentiler yasal önalım hakkının kapsamına girmez²⁸. Tarımsal arazi hariç bırakılarak yalnızca eklentilerin satılması halinde ise, taşınır niteliğinde olduğundan bunların satışına

²⁵ **Ayan**, s. 51, 52; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 296, 299; **Sirmen**, s. 268, 270, 271; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 394, 395; **Eren**, Mülkiyet, s. 81, 82; **Ertaş**, s. 226-228; **Akıntürk**, s. 78, 79; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 543, 544, 553, 554; **Erman**, s. 66, 67.

²⁶ **Feyzioğlu**, s. 150, 151; **Yıldız**, s. 20, 21; **Köylüoğlu**, s. 41; **Açıkgöz**, s. 51, 52.

²⁷ **Feyzioğlu**, s. 151; **Yıldız**, s. 21.

²⁸ Sonuçta aynı yönde bkz. **Yıldız**, s. 21; **Açıkgöz**, s. 51, 52. Aksi yönde bkz. **Köylüoğlu**, s. 40.

dayanılarak kullanılabilir bir yasal önalım hakkı yoktur²⁹. Öğretide bir görüşe göre³⁰, önalım konusunun satışından istisna edilmeyen ve bu sebeple satışın kapsamında bulunan eklentilerin, alıcı tarafından satıştan hemen sonra veya önalım hakkının kullanılmasından önce veya önalım davası sırasında veya önalım davasının kabulüne karar verilmesinden sonra satılmış olması halinde, önalım hakkı sahibi alıcıya karşı tazminat davası açılabilir. Hatta bu durumda önalım hakkı sahibinin talebi üzerine depo edilecek önalım bedelinden, davalı alıcı tarafından satılan bu eklentilerin bedelinin düşülmesi gerekir. Kanaatimizce, önalım davasında verilen davanın kabulü kararının kesinleşmesiyle birlikte, eğer satışta aksi belirtilmediyse eklentiler de önalım hakkının kapsamında yer alacak ve tarımsal arazi ile birlikte eklentilerin de mülkiyeti önalım hakkı sahibine geçecektir. Bununla birlikte, eğer satıştan istisna edilmeyen ve satışın kapsamında yer alan bir taşınır eşya olan eklentiyi alıcı satmışsa meseleyi şöyle değerlendirmek gerekir: Önalım davası açılmadan önce veya önalım davasında mahkemece verilen kararın kesinleşmesinden önce alıcı haklı zilyet olup, malik sıfatıyla eklentiyi sattığı üçüncü kişi eklentinin mülkiyetini kazanır. Bu durumda önalım hakkı sahibi alıcıya karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak başvurabilir. Önalım davasında alıcının talebi üzerine depo edilecek önalım bedeli belirlenirken satış bedelinden eklentilerin bedeli düşülmelidir. Önalım davasında mahkemece verilen kararın kesinleşmesinden sonra ise, davalı alıcı kötüniyetli haksız zilyet olup, tasarruf yetkisine sahip olmadığı fakat emin sıfatıyla zilyet niteliğinde olduğu bu aşamadan itibaren sattığı eklentinin mülkiyetini üçüncü kişi eğer iyiniyetli ise kazanır. Bu durumda önalım hakkı sahibi uğramış olduğu zararı (eklentinin değerini ve eğer varsa uğradığı diğer zararları), kötüniyetli haksız zilyet olan alıcıdan tazmin edebilir (TMK m. 995/1). Eğer üçüncü kişi kötüniyetli ise, önalım hakkı sahibi mülkiyet hakkına dayanarak eklentinin kendisine iade edilmesini üçüncü kişiden isteyebilir. Ancak dilerse üçüncü kişiden eklentinin iadesini istemek yerine, kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğuna da gidebilir³¹. Diğer yandan belirtmek gerekir ki, kötüniyetli haksız zilyet alıcının eklentiyi satarak üçüncü kişiden elde ettiği kazanç eğer önalım hakkı sahibinin uğradığı zarardan daha fazla ise, önalım hakkı sahibi Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesi uyarınca zararının

²⁹ Karş. Yıldız, s. 21; Köylüoğlu, s. 40, 41; Açıkgöz, s. 52.

³⁰ Yıldız, s. 21. Bkz. ve karş. Köylüoğlu, s. 40, 41; Açıkgöz, s. 52.

³¹ Özen, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul, 2003, s. 205-208; Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku Cilt: II Rehin Hukuku, İstanbul, 2016, s. 86 ve s. 86, dn. 214.

tazminini istemek yerine, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak bu zararını aşan alıcının kazancını da talep edebilir. Ancak, önalım hakkı sahibinin alıcıdan sebepsiz zenginleşme talebinin objektif zenginleşme ile sınırlı olması sebebiyle, sübjektif zenginleşmeyi talep eden önalım hakkı sahibinin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurarak kötünuyetli haksız zilyet alıcının sorumluluğuna gitmesi gerekir³².

II. SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN YASAL ÖNALIM HAKKININ KULLANILMASI

A. Sınırdaş Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Kullanılmasında Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Uygulanması

5403 sayılı Kanunu'nun 8/İ maddesinin üçüncü fıkrasına göre, önalım hakkının kullanılmasında Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Türk Medeni Kanunu'nda önalım hakkı, yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Yasal önalım hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 732-734. maddelerinde; sözleşmeden doğan önalım hakkı ise, Türk Medeni Kanunu'nun 735. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 237-242. maddelerinde³³ düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'ndan doğan yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete (müşterek mülkiyete) tabi bir taşınmazın paydaşlarından birinin taşınmaz üzerindeki payını bir üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payı satın alabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır³⁴.

³² **Özen**, s. 213, 214.

³³ Türk Borçlar Kanunu'nun 237-239. maddeleri, önalım hakkının yanı sıra alım hakkı ve geri alım hakkına ilişkin kurallar da içermektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 240-242. maddeleri ise yalnızca sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin kurallar içermektedir.

³⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 554; **Ayan**, s. 384, 385; **Sirmen**, s. 420; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 614; **Eren**, Mülkiyet, s. 408; **Eren**, Fikret, "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, (Yasal Önalım), s. 106, 107; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara, 2015, s. 203, 204; **Özenli**, s. 29; **Taman Şıpka**, Şükran, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK. m. 659) (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları), İstanbul, 1994, s. 8; **Aydoğdu**, s. 3; **Ertas**, s. 391, 392; **Akıntürk**, s. 553; **Aybay/Hatemi**, s. 194; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul, 1988, s. 38, 39; **Önen**, Ergun, İnşaf Dâva, Ankara, 1981, s. 88; **Erman**, s. 120; **Kırca**, Çiğdem, "Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002, s. 1179, 1180; **Günay**, Erhan, Önalım Hakkı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 15, 16; **Akalp Demirtabak**, s. 8; **Açıkgöz**, s. 38; **Köylüoğlu**, s. 37; **Yaşar**, Mert, "Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

Sınırdış tarımsal arazi malikleri lehine getirilen önalım hakkı bir yasal önalım hakkı olduğundan³⁵, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin üçüncü fıkrası ile doğrudan atıf, Türk Medeni Kanunu'nun yasal önalım hakkı ile ilgili hükümlerine yapılmış olmaktadır³⁶. Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yasal önalım hakkı, taşınmazlardaki paylı mülkiyet ilişkisine dayanmaktadır³⁷. 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinde düzenlenen önalım hakkı ise, paylı mülkiyete dayalı bir yasal önalım hakkı değil, sınırdışlık ilişkisine dayalı bir yasal önalım hakkıdır³⁸. Türk Medeni Kanunu'nda

Değişiklikler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, s. 424; **Erkan**, Vehbi Umut, Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. md. 732, 733, 734), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2006, (Tez), s. 17, 19; **Şahin**, Turan, "Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 907; **Ruhi**, Canan/**Ruhi**, Ahmet Cemal, Önalım Davaları, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 14; **Okur**, Sinan, "Önalım Ölçüsüne Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 113, 114; **Özcan**, Zeynep, Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri, Ankara, 2013, s. 114, 115. Önalım olayı olarak satış yanında satışa eşdeğer hukuki işlemleri de belirterek yapılan yasal önalım hakkı tanımları için bkz. **Aydın Ünver**, Tülay, "Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145-146, Eylül-Ekim 2016, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, s. 830, 831; **Erkan**, Vehbi Umut, "Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Yıl 2014, (Anayasa Mahkemesi), s. 10.

³⁵ **Ayan**, s. 384, dn. 1033; **Açıkgöz**, s. 37; **Özay**, s. 172; **Erdoğan**, s. 153; **Ertaş**, s. 392; **Eren**, Mülkiyet, s. 430, 431; **Kırkbeşoğlu**, s. 20, 21; **Şen Doğramacı**, s. 83.

³⁶ **Açıkgöz**, s. 37.

³⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 554; **Sirmen**, s. 420; **Ayan**, s. 384; **Tekinay**, s. 38; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 614; **Eren**, Yasal Önalım, s. 105; **Eren**, Mülkiyet, s. 410; **Aybay/Hatemi**, s. 194; **Özenli**, s. 29; **Taman Şıpka**, s. 8; **Ertaş**, s. 391; **Akıntürk**, s. 553; **Aydoğdu**, s. 3, 97; **Olçay**, Avni: Önalım (Şuf'a) Hakkı ve Davaları, İstanbul, 2013, s. 24; **Ruhi/Ruhi**, s. 20; **Kırkbeşoğlu**, s. 19; **Şahin**, s. 907; **Aydın Ünver**, s. 830; **Yıldız**, Ekrem: Önalım Davaları, 2. Bası, İstanbul, 2009, s. 5; **Akalp Demirtabak**, s. 12, 35; **Yaşar**, s. 425; **Erkan**, Tez, s. 17; **Erkan**, Anayasa Mahkemesi, s. 273; **Okur**, s. 113; **Tunaboşlu**, Müslim, Önalım (Şuf'a) Davaları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2013, s. 28.

³⁸ **Açıkgöz**, s. 37; **Şahin**, s. 910; **Canarslan**, s. 6. Nitekim Yargıtay 14. HD. de 04.04.2016 t., 2015/12473 E., 2016/4024 K. sayılı kararında, "... Somut olaya gelince; davacının maliki olduğu 1284 parsel sayılı taşınmaz ile dava konusu 1285 parsel sayılı taşınmazın sınırdış oldukları dosya içerisindeki kadastro krokisinden anlaşılmaktadır. 5403 sayılı Kanunun 8/İ maddesi gereğince kullanılan önalım hakkı davasında dava konusu taşınmazın

düzenlenen yasal önalım hakkının konusu paylı mülkiyete tabi bir taşınmazdaki pay³⁹, yasal önalım hakkının sahibi de paylı mülkiyete konu taşınmazdaki payını üçüncü kişiye satan paydaşın diğer paydaşı veya paydaşlarıdır⁴⁰. 5403 sayılı Kanun'da düzenlenen sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkının konusu ise, bir taşınmaz niteliğindeki tarımsal araziler, bu yasal önalım hakkının sahibi de önalıma konu tarımsal arazinin sınırdaş malikleridir.

B. Önalım Hakkının Kullanılabilmesi Bakımından Önalım Olayının Sınırdaş Tarımsal Arazi Maliklerine Bildirilme Zorunluluğu

1. Bildirimle Yükümlü Kişiler

Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin ikinci fıkrasında, yasal önalım hakkında, yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirileceği düzenlenmiştir⁴¹. Bildirim yükümlülüğü Kanun'da açıkça düzenlenmekle birlikte temelini dürüstlük kuralından (TMK m. 2/1) almaktadır⁴². Söz konusu hükümde hem alıcıya hem de satıcıya (taşınmaz malikine), satışı önalım hakkı sahibi paydaşlara bildirim yükümlülüğü getirilmiştir⁴³. Her ne kadar bildirim yükümlülüğü alıcı veya satıcıya getirilmişse de, satışın yanı sıra ekonomik bakımdan satışa eşdeğer

paylı mülkiyete tabi olması şartı aranmamaktadır. ...” şeklinde karar vermiştir. Bkz. <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=375384>, (Erişim Tarihi: 02.09.2019).

³⁹ **Ayan**, s. 387; **Tekinay**, s. 39; **Eren**, Yasal Önalım, s. 109; **Eren**, Mülkiyet, s. 411; **Ertaş**, s. 398; **Aydoğdu**, s. 40; **Yıldız**, s. 5, 19; **Ruhi/Ruhi**, s. 21-23; **Akalp Demirtabak**, s. 45, 56; **Tunaboğlu**, s. 28.

⁴⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 554, 555; **Sirmen**, s. 422; **Ayan**, s. 399; **Tekinay**, s. 47; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 614, 615; **Eren**, Yasal Önalım, s. 109; **Eren**, Mülkiyet, s. 421; **Taman Şıpka**, s. 119 vd.; **Ertaş**, s. 379; **Akıntürk**, s. 553; **Kırca**, s. 1192; **Aydoğdu**, s. 10, 98; **Ruhi/Ruhi**, s. 48; **Kırkbeşoğlu**, s. 19, 20, ayrıca bkz. s. 24 vd.; **Şahin**, s. 918, 919; **Aydın Ünver**, s. 832; **Yıldız**, s. 26; **Akalp Demirtabak**, s. 45; **Yaşar**, s. 425; **Erkan**, Tez, s. 78; **Erkan**, Anayasa Mahkemesi, s. 280, 281; **Okur**, s. 114; **Tunaboğlu**, s. 29, 32; **Olca**, s. 232; **Özenli**, s. 81 vd.; **Köylüoğlu**, s. 154; **Özcan**, s. 117.

⁴¹ Sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun 241. maddesinin birinci fıkrasında da, bildirim yükümlülüğü, satıcı veya alıcıya yüklenmiştir.

⁴² **Aydoğdu**, s. 66.

⁴³ **Ertaş**, s. 397; **Gümüş**, Mustafa Alper, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Cilt: VIII, Sayı: 2, Cilt: IX, Sayı: 1, (Akdi Önalım), s. 443; **Aydoğdu**, s. 66; **Ayan**, s. 404; **Sirmen**, s. 423; **Açıkgöz**, s. 233; **Kırkbeşoğlu**, s. 64; **Aydın Ünver**, s. 842, 843; **Erman**, s. 121; **Erkan**, Tez, s. 86; **Erkan**, Anayasa Mahkemesi, s. 282; **Yaşar**, s. 428; **Akalp Demirtabak**, s. 86, 88; **Taman Şıpka**, s. 136; **Özcan**, s. 125, 126.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

işlemlerde de yasal önalım hakkı kullanılabilceğinden, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerde bildirim yükümlülüğü yüklenen kişileri, işlemin tarafları (yani taşınmaz maliki ve malik ile işlem yapan karşı taraf) olarak anlamak gerekir⁴⁴. Bu çerçevede 5403 sayılı Kanun'da düzenlenen sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin yasal önalım hakkı bakımından, tarımsal arazi satılmışsa tarımsal arazi maliki satıcı ile alıcının, satışı, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işleme konu olmuşsa tarımsal arazi maliki ile işlemi yapan tarafın, eşdeğer işlemi, sınırdaş maliklere bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır.

Alıcı ile satıcıya bildirim yükümlülüğü getiren söz konusu düzenlemede, tapu memuruna bildirim yükümlülüğü getirilmemiştir. Bununla birlikte öğretide bazı yazarlara göre⁴⁵, tapu memurunun ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlü olduğunu düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 1019. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, tapu memurunun bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi görüşte olan bazı yazarlara göre ise⁴⁶, tapu memurunun yasal önalım hakkı bakımından bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından alıcı ve satıcı yanında tapu memuruna da bildirim yükümlülüğünün açık bir düzenleme ile getirilmesi gerekir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin üçüncü fıkrasında bildirim yükümlülüğü yalnızca alıcı ve satıcıya yüklenmiştir.

⁴⁴ **Aydoğdu**, s. 70; **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 443.

⁴⁵ **Feyzioğlu**, s. 201, 204; **Taman Şıpka**, s. 138; **Sebük**, Tahir: Şüf'a, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul, 1951, s. 91; **Sirmen**, s. 424; **Erkan**, Tez, s. 87; **Açıkgöz**, s. 235; **Kırkbeşoğlu**, s. 63, 64; **Aydın Ünver**, s. 842, 843; **Hüseyin**, İhsan/**Yaşbey**, Erhan, "Önalım Hakkının Kullanılması Kapsamında Tapu Memurunun İlgilere Bildirim Yükümlülüğü", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 19, Ocak 2020, s. 188, 189.**Yıldız**'a göre de Türk Medeni Kanunu'nun 1019. maddesi tapu memuruna da bildirim zorunluluğu getirmişse de, Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme karşısında bu bildirim hakkının kullanılmasındaki süreler yönünden bir anlamı bulunmamaktadır (bkz. **Yıldız**, s. 66). **Aydoğdu**'ya göre ise, amaca uygun yorumla tapu memuruna şerh edilmiş önalım veya yasal önalım hakkında Türk Medeni Kanunu'nun 1019. maddesinin birinci fıkrası hükmünden yola çıkarak veya kıyasen bu hükmü uygulayarak satışın veya eşdeğer işlemin yapıldığı hususunda tapu memuruna bildirim yükümlülüğü yüklenebilir (bkz. **Aydoğdu**, s. 70). **Erman** ise, alıcı veya satıcının kötüniyetli olarak diğer paydaşlara bildirimde bulunmaması ve iki yıllık sürenin de geçmesi durumunda kanun hükmü karşısında (TMK m. 733/3, 4) önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığını, bu haksızlığın önüne geçmek için masrafi alıcı ve satıcıdan alınarak tapu idaresine de bildirim yükümlülüğünün yüklenmesinin yerinde olacağını belirtmektedir (bkz. **Erman**, s. 121).

⁴⁶ **Akalp Demirtabak**, s. 88; **Özcan**, s. 126; **Yaşar**, s. 429.

2. Bildirimin Muhatabı

Önalım olayının önalım hakkı sahibi olan sınırdış malike, eğer birden fazla sınırdış malik bulunuyorsa da bunlardan her biri önalım hakkı sahibi olduğuna göre, her bir sınırdış malike ayrı ayrı bildirilmesi gerekir. Aşağıda açıklanacağı üzere kanaatimizce, paylı mülkiyete tabi bir sınırdış tarımsal arazide paydaşlardan her biri önalım hakkını kullanabileceği için, paylı mülkiyete tabi bir sınırdış tarımsal arazinin bulunması halinde paydaşlardan her birine bildirim yapılması gerekir. Birden fazla kişinin elbirliği (iştirak) halinde malik olduğu bir sınırdış tarımsal arazinin bulunması halinde ise, bunlar önalım hakkını ancak hep birlikte kullanabileceğinden bildirim elbirliği halinde maliklerin her birine ayrı ayrı yapılması gerekir⁴⁷.

Bildirimin mutlaka önalım hakkı sahibine yapılması gerekmektedir. Bildirimin vekile veya iradi temsilciye yapılması yeterli değildir⁴⁸. Ancak bildirim hukuki sonuç doğurabilmesi, önalım hakkı sahibinin önalım olayını öğrenmesinin hukuken geçerli olabilmesi için önalım hakkı sahibinin tam ehliyetli olması gerekir⁴⁹. Önalım hakkı sahibi tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz (ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı) ise, bildirim yasal temsilciye yapılması gerekir⁵⁰. Önalım hakkı sahibine yasal danışman atanmışsa⁵¹ bildirim kime yapılması gerektiğini ise, önalım hakkı sahibinin Türk Medeni Kanunu'nun 429. maddesinde düzenlenen iki tür yasal danışmanlıktan hangisi altında bulunduğu göre belirlemek

⁴⁷ **Açıkgöz**, s. 238; **Ayan**, s. 405; **Aydoğdu**, s. 66; **Yıldız**, s. 70; **Köylüoğlu**, s. 55; **Akalp Demirtabak**, s. 90.

⁴⁸ **Aydoğdu**, s. 74; **Yıldız**, s. 67; **Açıkgöz**, s. 236. Ayrıca bkz. **Feyzioğlu**, s. 199; **Özenli**, s. 62; **Taman Şıpka**, s. 133. Özel yetki verilmesi halinde vekile yapılan bildirim yeterli olacağı görüşünde bkz. **Yıldız**, s. 67, 68. Önalım hakkını kuran sözleşmede bu konuda özel olarak vekile veya temsilciye bildirimden söz edilmedikçe bildirim önalım hakkı sahibi asile yapılması gerektiği görüşünde bkz. **Aydoğdu**, s. 74, dn. 274. Bize göre de, sözleşmesel önalım hakkı bakımından son görüş yerindedir. Yasal önalım hakkında zaten temsilcinin veya vekilin bu konuda özel yetkisinin bulunduğu bilinmesi pek mümkün olmayabilir. Ancak gerek yasal gerekse sözleşmesel önalım hakkı olsun, hak kaybının önlenmesi açısından bildirim bizzat hak sahibi asile yapılmasında büyük yarar vardır.

⁴⁹ **Taman Şıpka**, s. 132; **Beleş**, s. 57; **Açıkgöz**, s. 237.

⁵⁰ **Feyzioğlu**, s. 200; **Taman Şıpka**, s. 132; **Yıldız**, s. 67-69; **Aydoğdu**, s. 74; **Beleş**, Mehmet, Yasal Önalım Hakkı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2011, s. 57; **Açıkgöz**, s. 237; **Özcan**, s. 125; ayrıca bkz. **Özenli**, s. 63.

⁵¹ Yasal danışman atanmasının fiil ehliyetine etkisi öğretide tartışmalı olup, **Dural/Öğüz**, ehliyetlilerin tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetli şeklinde ayrılması görüşüne katılmamaktadır (bkz. **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015, s. 65).

gerekir. Kanaatimizce, önalım hakkı sahibine oy danışmanı atanmışsa bildirim önalım hakkı sahibine, yönetim danışmanı atanmışsa bildirim yönetim danışmanına yapılması gerekir. Zira oy danışmanı yasal temsilci değildir, önalım davasını bizzat kendisine oy danışmanı atan önalım hakkı sahibi açabilir, ancak önalım davasını açabilmek için oy danışmanının oyunu (görüşünü) alması gerekir (TMK m. 429/1, b. 1)⁵². Yönetim danışmanı ise malvarlığına ilişkin işlemler bakımından danışmanı olduğu önalım hakkı sahibinin yasal temsilcisi durumunda olup, önalım davasını tek başına açabilir⁵³. Ancak yapılan işlem Türk Medeni Kanunu'nun 462. ve 463. maddelerinde sayılan işlemlerden biri olduğunda, yönetim danışmanının ilgili vesayet dairelerinden gerekli izni alması gerektiği savunulmaktadır⁵⁴. Bu doğrultuda, yönetim danışmanının önalım davası açabilmesi için vesayet makamından izin alması gerekir (TMK m. 462/1, b. 8)⁵⁵. Kanaatimizce, önalım hakkı sahibine karma danışman atanması hâlinde de bildirim karma danışmana yapılması gerekir. Zira karma danışmanlık, yönetim danışmanlığı ile oy danışmanlığının birleşiminden oluşmaktadır⁵⁶.

Tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olan önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi malikinin yasal temsilcisine bildirim yapıldıktan sonra tam ehliyetli haline gelmesinin, önalım hakkının kullanılmasına etkisini de değerlendirmek gerekir. Şöyle ki: Önalım hakkı sahibi sınırlı ehliyetsizin

⁵² **Koç**, Nevzat, “Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Cilt: 7, Özel Sayı, 2005, s. 109; **Dural/Öğüz**, s. 67; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 460; **Öztan**, s. 1343, 1344; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 1, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001, (Cilt), s. 1090 vd.; **Tanrıver**, Süha, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara, 2016, s. 500, 501; **Pekcanitez**, Hakan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 587; **Atıcı**, Cansu, Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2020, s. 232, 233; **Tat**, Orkun, Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Danışmanlık, İstanbul, 2018, <https://www.lexpera.com.tr/kitaplar/1-3-1-oy-danismani-978-605-152-728-4/1>, (Erişim Tarihi: 14.01.2020), s. 20-22.

⁵³ **Koç**, s. 109; **Dural/Öğüz**, s. 67; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 460; **Öztan**, s. 1346, 1347; **Kuru**, Cilt, s. 1096, 1097; **Tanrıver**, s. 503; **Atıcı**, s. 238; **Tat**, <https://www.lexpera.com.tr/kitaplar/1-3-2-yonetim-danismani-978-605-152-728-4/1>, (Erişim Tarihi: 14.01.2020), s. 79. Ayrıca bkz. **Pekcanitez**, Cilt I, s. 587.

⁵⁴ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 460; **Dural/Öğüz**, s. 68; **Öztan**, s. 1347; **Tat**, <https://www.lexpera.com.tr/kitaplar/1-3-2-yonetim-danismani-978-605-152-728-4/1>, (Erişim Tarihi: 14.01.2020), s. 79, 80.

⁵⁵ **Tanrıver**, s. 503.

⁵⁶ **Dural/Öğüz**, s. 68; **Öztan**, s. 1347, 1348.

yasal temsilcisine bildirim yapıldıktan sonra, önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi maliki ayırt etme gücüne sahip küçük ise ergin olmuş veya ayırt etme gücüne sahip kısıtlı ise kısıtlılık hali ortadan kalkmış olabilir. Keza tam ehliyetsiz olan önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi maliki de, yasal temsilcisine bildirim yapıldıktan sonra tam ehliyetli hâle gelmiş olabilir. Ayırt etme gücüne sahip küçük ergin oluncaya, ayırt etme gücüne sahip kısıtlının kısıtlılık hali son buluncaya, tam ehliyetsiz de fiil ehliyetine sahip oluncaya kadar onun adına önalım hakkı yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir ve kullanılmışsa da geçerli olarak hukuki sonuç doğurur. Ancak sınırlı ehliyetsiz veya tam ehliyetsiz adına önalım hakkı henüz yasal temsilcisi tarafından kullanılmamışsa, artık önalım hakkını bizzat tam ehliyetli sınırdaş tarımsal arazi maliki kullanabilir. Bu durumda, yasal temsilcisine daha önceden bildirim yapıldığı için, tam ehliyetli hale gelen sınırdaş malike yeniden bildirim yapılmasına gerek olmayıp, önalım hakkı kalan süre içinde sınırdaş malik tarafından kullanılabilir, aksi halde üç aylık hak düşürücü süre dolmuş olacaktır⁵⁷. Aynı sonuç, yönetim danışmanlığı veya karma danışmanlık altındaki önalım hakkı sahibinin malvarlığına ilişkin işlemler bakımından yasal temsilcisi durumunda olan yönetim danışmanına veya karma danışmana bildirim yapıldıktan sonra yasal danışmanlığının sona ermesi bakımından da geçerlidir. Buna göre, yönetim danışmanı veya karma danışman tarafından henüz önalım hakkı kullanılmamışsa, artık önalım hakkını bizzat sınırdaş tarımsal arazi maliki kullanabilir. Yönetim danışmanına veya karma danışmana daha önceden bildirimde bulunulduğu için, önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi malikine yeniden bildirim yapılmasına gerek olmayıp, kalan hak düşürücü süre içinde önalım hakkının sınırdaş malik tarafından kullanılması gerekir.

3. Bildirimin Kapsamı

Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin üçüncü fıkrasında yasal önalım hakkında alıcı veya satıcı tarafından sadece yapılan satışın bildirilmesinden söz edilmektedir. Ancak, alıcı veya satıcı tarafından yapılacak bildirimin, önalım hakkı sahibinin hakkın kullanılıp kullanılmaması yönünde bir karar verebilmesine imkân verecek açıklıkta olması gerekir. Nitekim, sözleşmeden doğan önalım hakkında bildirim yükümlülüğünün kapsamı, Türk Borçlar Kanunu'nun 241. maddesinin birinci fıkrasında, sözleşmenin yapıldığının ve içeriğinin bildirilmesi olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda yasal önalım hakkında bildirim

⁵⁷ Yalnızca sınırlı ehliyetsiz açısından bu yönde bkz. **Belec**, s. 58; **Açıkgöz**, s. 237, 238. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)*

yükümlülüğüne ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin üçüncü fıkrasını, sözleşmeden doğan önalım hakkında bildirim yükümlülüğüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 241. maddesinin birinci fıkrasından kıyasen yararlanarak, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemin yapıldığının ve içeriğinin bildirilmesi şeklinde yorumlamak gerekir⁵⁸. O halde, tarımsal arazinin satışı halinde tarımsal arazi maliki satıcı ile alıcı, ekonomik bakımdan eşdeğer işleme konu olması halinde ise, tarımsal arazi maliki ile malikle işlem yapan diğer taraf, satışın veya eşdeğer işlemin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibi sınırdış tarımsal arazi maliklerine bildirmek zorundadır.

4. Bildirimin Şekli

Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin üçüncü fıkrasında bildirim noter aracılığıyla yapılacağı öngörülmüştür. Buna göre, tarımsal arazi satılmışsa satışın alıcı veya satıcı tarafından, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem yapılmışsa bu işlemin tarımsal arazi maliki veya malikle işlem yapan karşı tarafça, önalım hakkı sahibi sınırdış tarımsal arazi maliklerine noter aracılığıyla bildirilmesi zorunludur.

Bildirim noter aracılığıyla yapılması zorunluluğu emredici niteliktedir⁵⁹. Bizim de katıldığımız öğretilerdeki bir görüşe göre⁶⁰, hak

⁵⁸ Önalım hakkında bildirim yükümlülüğünün kapsamına ilişkin açıklamalar için bkz. **Aydoğdu**, s. 68, 69; **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 444, 445. Ayrıca bkz. **Feyzioğlu**, s. 201, 207; **Taman Şipka**, s. 136; **Açıkgöz**, s. 230, 231; **Yıldız**, s. 70; **Köylüoğlu**, s. 57; **Özcan**, s. 126; **Akalp Demirtabak**, s. 91; **Kırkbeşoğlu**, s. 65; **Aydın Ünver**, s. 844.

⁵⁹ **Burcuoğlu**, Halûk, “Önalım Hakkının Kullanılmasında İki Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı Hakkında Önemli Bir Kararın İrdelenmesi”, Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, Cilt III, Ankara, 2016, (Hak Düşürücü Süre), s. 180; **Burcuoğlu**, Halûk, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, (Sözleşmesel Önalım), s. 293; **Aydoğdu**, s. 73; **Yıldız**, s. 66, 67; **Açıkgöz**, s. 233. Düzenlemenin emredici nitelikte olduğu yönünde bkz. Yargıtay 14. HD., 24.9.2014 t., 2014/6185 E., 2014/10334 K.: “... **TMK'nun 733/3. maddesinin emredici hükmü uyarınca da bildirim Noter aracılığıyla yapılması gerekir. Hak sahibinin Noter bildirim dışında bir şekilde satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması olanaklı değildir. ...**”. Yine aynı yönde bkz. Yargıtay 6. HD., 13.10.2003 t., 2003/7115 E., 2003/7099 K.: “... **MK. 733. maddesi hükmüne göre paylı mülkiyette yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığı ile bildirilmesi gerekir. Kanunun bu hükmü emredici niteliktedir. ...**” Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019). **Gümüş** ise, düzenlemenin kısmen emredici nitelikte olduğu, bildirim yükümlülüğü tamamen ortadan kaldırılamasa bile “noter aracılığıyla” bildirim *YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)*

sahibinin noter aracılığıyla bildirim dışında herhangi bir şekilde satışı öğrendiği ispatlansa bile, üç aylık sürenin işlemeye başlamayacağını kabul etmek gerekir. Aksi görüşe göre ise⁶¹, önalım hakkı sahibinin satışı noter aracılığıyla bildirim dışında herhangi bir şekilde öğrenmesi ve bunun ispat edilmesi halinde üç aylık süre uygulanmalıdır.

yükümlülüğünün ortadan kaldırılabileceği görüşündedir (bkz. **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 443).

⁶⁰ **Eren**, Yasal Önalım, s. 121; **Eren**, Mülkiyet, s. 425; **Ayan**, s. 404, 405; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 544, s. 561, dn. 1227; **Aydoğdu**, s. 73; **Erman**, s. 121; **Günay**, s. 52; **Açıkgöz**, s. 234; **Erkan**, Anayasa Mahkemesi, s. 282. Bkz. ve karşı. **Erkan**, Tez, s. 86; **Yıldız**, s. 66. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Nitekim Yargıtay HGK., 13.4.2005 t., 2005/6-230 E., 2005/244 K. sayılı kararında, "... yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; "öğrenme" olgusu değil "bildirim" olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde "bildirilir" şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin "bildirimden" başlayacağı da devamı fıkrada açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir. Eş söyleyişle; yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Onalım hakkı sahibinin satışı kesin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işlemesine yol açmaz. ..." şeklinde hüküm kurmuştur. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay HGK., 21.9.2005 T., 2005/6-358 E., 2005/470 K.; Yargıtay 14. HD., 19.2.2019 T., 2016/8306 E., 2019/1429 K.; Yargıtay 14. HD., 13.11.2015 T., 2014/14384 E., 2015/10290 K.; Yargıtay 14. HD., 24.9.2014 T., 2014/6185 E., 2014/10334 K.; Yargıtay 14. HD., 28.5.2014 T., 2014/5988 E., 2014/7042 K.; Yargıtay 6. HD., 16.1.2012 T., 2011/11257 E., 2012/134 K.; Yargıtay 6. HD., 8.12.2009 T., 2009/7141 E., 2009/10701 K.; Yargıtay 6. HD., 25.11.2008 T., 2008/10912 E., 2008/13199 K.; Yargıtay 6. HD., 31.01.2006 T., 2005/10546 E., 2006/554 K.; Yargıtay 6. HD., 13.10.2003 T., 2003/7115 E., 2003/7099 K. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019).

⁶¹ **Ertaş**, s. 397; **Gümüş**, Şerhler, s. 140; **Aydın Ünver**, s. 846, 847; **Kırkbeşoğlu**, s. 69; **Arpacı**, Abdülkadir, "Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 104; **Köylüoğlu**, s. 56; **Zevkliler**, Aydın/**Gökayla**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara, 2016, s. 77. Ayrıca bkz. **Yaşar**, s. 428.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

5. Bildirimin Süresi

Türk Medeni Kanunu'nda satışın önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından bildirileceği düzenlenmişse de, bildirim ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁶². Bildirim yükümlülüğü, satış sözleşmesinin kurulduğu anda başlar⁶³. Satışın alıcı veya satıcı tarafından gecikmeksizin bildirilmesi gerekir⁶⁴. Satış sözleşmesinin veya eşdeğer işlemin, kurulduğu tarihten itibaren başlayacak makul bir süre içinde bildirilmesi gerekir.

Beklenen satışın veya eşdeğer işlemin kurulduğu tarihten itibaren makul bir süre içinde bildirim yapılması olmakla birlikte, iki yıllık azami sürenin bitimine yakın bir sürede (örneğin iki yılın bitimine 20 gün kala) bildirim yapılabilir. Ne var ki, bildirim geç yapılmış olması iki yıllık azami sürenin uzamasına yol açmaz. Her ne kadar bildirim tarihinden itibaren üç aylık süre söz konusu olsa da, bu durumda azami iki yıllık süre sebebiyle azami süre içinde (yerilen örnekte kalan 20 gün içinde) önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanması gerekir⁶⁵. Ancak, bildirim yükümlülüğünün kusurlu olarak (hiç bildirimde bulunulmaması, gereği gibi bildirimde bulunulmaması veya geç bildirimde bulunulması nedeniyle) ihlalinden bir zarar doğarsa, önalım hakkı sahibi uğradığı zararın giderilmesini alıcı ve satıcıdan isteyebilir⁶⁶.

⁶² **Ayan**, s. 404; **Kırkbeşoğlu**, s. 71; **Aydın Ünver**, s. 848; **Açıkgöz**, s. 283; **Günay**, s. 52; **Köylüoğlu**, s. 56; **Yıldız**, s. 70.

⁶³ **Taman Şıpka**, s. 136; **Feyzioğlu**, s. 207; **Açıkgöz**, s. 238; **Köylüoğlu**, s. 57; **Yıldız**, s. 71.

⁶⁴ **Kırca**, s. 1190.

⁶⁵ **Ayan**, s. 404; **Kırkbeşoğlu**, s. 71; **Aydın Ünver**, s. 848; **Açıkgöz**, s. 283.

⁶⁶ **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 445; **Kırca**, s. 1190; **Aydoğdu**, s. 71, 72; **Aydın Ünver**, s. 852; **Kırkbeşoğlu**, s. 75, 76; **Sirmen**, s. 423; **Taman Şıpka**, s. 137, 138; **Ayan**, s. 404; **Açıkgöz**, s. 239; **Yaşar**, s. 430. Ayrıca bkz. **Akalp Demirtabak**, s. 89. Alıcının bildirim yükümlülüğünün ihlalinde kusurlu sayılabilmesi için önalım hakkının varlığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi gerekir. Bununla birlikte, önalım hakkı sahibinin iki yıllık hak düşürücü süre içinde önalım olayını bir şekilde öğrenmesine rağmen, önalım hakkını kullanmaması zarar görenin ortak kusuru teşkil ederek nedensellik bağımlı keser ve bu durumda önalım hakkı sahibi satıcı ve alıcıdan tazminat talep edemez (bkz. **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 445; **Aydoğdu**, s. 72 ve s. 72, dn. 267).

C. Sınırdış Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Dava Yoluyla Kullanılması Zorunluluğu

1. Önalım Davasının Hukuki Niteliği

Eski Medeni Kanun zamanında önalım hakkı, önalım hakkı sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir, dava açılmasına gerek bulunmuyordu. Buna karşılık, artık Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, yasal önalım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılır⁶⁷. Yasal önalım hakkının dava açılarak kullanılabilmesine ilişkin bu düzenleme emredici niteliktedir⁶⁸. 5403 sayılı

⁶⁷ *Sirmen*, Eski Medeni Kanun döneminde de uygulamada önalım hakkının genellikle dava yoluyla kullanıldığını, önalım hakkı sahibinin bu davayla hem önalım hakkını kullanmakta hem de Eski Medeni Kanun'un 642. maddesinin birinci fıkrası (TMK m. 716/1) uyarınca taşınmazın mülkiyetinin hükmen kendisine geçirilmesini talep etmekte olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, Yeni Medeni Kanun yapılırken işte uygulama dikkate alınarak önalım hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluğu getirilmiştir. Önalım hakkı sahibinin tescile zorlama davası açmakla, hem önalım hakkını kullanması hem de bu hakkın kullanılmasıyla doğan satış ilişkisine dayanarak taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep etmesi sağlanmak istenmiştir. Buna göre, önalım hakkının dava açılarak kullanılabilmesiyle bir satış ilişkisinin meydana gelmekte ve buna dayanılarak da Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesine göre taşınmazın mülkiyetinin önalım hakkı sahibine geçirilmesine karar verilmesi talep edilmektedir. Mahkeme de, önalım hakkının kullanılabilmesi için gerekli şartların gerçekleşip hakkın kullanıldığını tespit ederek, mülkiyetin davacıya geçtiğine karar vermektedir (bkz. *Sirmen*, s. 416, 423). Ayrıca bkz. *Özmen*, Etem Sabâ/*Aydın*, Gülşah Sinem: "Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 6, Yıl: 2014, s. 189, 190.

⁶⁸ *Burcuoğlu*, Sözleşmesel Önalım, s. 298; *Aydoğdu*, s. 80; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 557; *Yaşar*, s. 427; *Kırkbeşoğlu*, s. 34; *Özmen/Aydın*, s. 189; *Köylüoğlu*, s. 127, s. 127, dn. 553, s. 133; *Tunaboğlu*, s. 29; *Özcan*, s. 118; *Yıldız*, s. 106; *Yücel*, s. 1322. *Ertaş*'a göre ise, Yeni Medeni Kanun'da önalım hakkının dava dışı kullanımı yasaklanmamış yalnızca önalım davası açma hakkı Kanunun 733. maddesinin üçüncü fıkrasında hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur. Önalım hakkının dava dışı kullanılması hak düşürücü süreleri kesmez. Yasal önalım hakkının bu şekilde dava dışı kullanılabilmesi kabul edilirse, yasal önalım hakkının kullanılması ile payı devralan veya henüz tescil yapılmamışsa payı satan paydaş önalım hakkı sahibine önceki satış şartları ile satış sözleşmesi yapıp tapuya tescil borcu altına girer ve yapılan talebe rağmen bu borcu ifa etmezse, önalım hakkını kullanan paydaş Türk Medeni Kanunu'nun 732. ve 716. maddelerine dayanarak Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesindeki hak düşürücü süre içinde açacağı önalım davası ile payın adına tesciline karar verilmesini mahkemeden talep edebilir (bkz. *Ertaş*, s. 398). *Gümüüş*'e göre, yapılacak lafzi ve subjektif tarihi yorum önalım hakkının dava yolu dışında kullanılmasını olanaksızlaştırmakla birlikte, şöyle bir akıl yürütme ile önalım hakkının dava yolu dışında kullanılabilmesi kabul edilebilir: Nasıl ki satım sözleşmesine ilişkin TBK m. 193/2, m. 203/1 ve m. 206/1'deki "dava edebilir" ifadeleri, "ileri sürülebilir" şeklinde anlaşılıyorsa, TMK m. 734/1'deki "dava açılarak YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

Kanun'un 8/İ maddesinin son fıkrası uyarınca önalım hakkının kullanılmasında Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanacağından, tarımsal arazilerde sınırdaşlık ilişkisine dayalı yasal önalım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.

Yenilik doğuran hak niteliğindeki önalım hakkının dava yoluyla kullanılma zorunluluğunu öngören Türk Medeni Kanunu'nun söz konusu düzenlemesi, öğretide birçok yazar tarafından yerinde bulunmayarak eleştirilmektedir⁶⁹. Kanaatimizce de alım ve geri alım hakları yenilik doğuran hak olarak tek taraflı irade beyanı ile kullanılıyorken, önalım hakkının kullanılması için dava açma zorunluluğunun getirilmesi yerinde bir düzenleme olmamıştır. Yeni düzenleme ile, önalım hakkının tek taraflı bir

kullanılır" ifadesi de aynı şekilde yorumlanabilir. Bu şekilde bir uç yorum kabul edilmese bile, en azından tarafların önalım hakkını dava dışı kullanmaları halinde, taraflar hakkın meydana getireceği hukuki sonuç üzerinde her türlü uyumsuzluktan uzak bir biçimde anlaşmaya varırlarsa, önalım hakkının dava dışı kullanımı dürüstlük kuralı (TMK m. 2/1) çerçevesinde hüküm ve sonuç doğurmalı, buna göre tapu memurları önalım hakkının dava dışı kullanıldığının ispatlandığı ve önalım hakkı muhatabının hak sahibi lehine tescil talebinde bulunduğu hallerde önalım hakkı dava yoluyla kullanılmadığı için talebi reddetmeli ve tescili gerçekleştirmelidir. Taraflardan birince sonradan çıkarılan uyumsuzluklarda TMK m. 2/2, çelişkili davranış yasağı kapsamında geniş ölçekli bir uygulama bulmalıdır (bkz. **Gümüş**, Şerh, s. 140, dn. 119). Ayrıca bkz. **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 450; **Kızır**, Mahmut: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İkinci Cilt, Cilt: 22, Sayı, 3, İstanbul, 2016, s. 1789.

⁶⁹ Bu yöndeki eleştiriler için bkz. **Eren**, Yasal Önalım, s. 108; **Eren**, Mülkiyet, s. 410, 411; **Kırca**, s. 1199-1202; **Buz**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 158-160; **Arpacı**, s. 105; **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 450; **Aybay/Hatemi**, s. 195, 196; **Ertaş**, s. 398, 399; **Akın**, Mustafa: "Önalım Hakkı Kullanımının Anayasaya Aykırılığı", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 3, Yıl: 2005, s. 728 vd.; **Köylüoğlu**, s. 132-134; **Özcan**, s. 126-128; **Yücel**, s. 1324; **Akalp Demirtabak**, s. 95-99; **Erkan**, Tez, s. 91-93; **Erkan**, Anayasa Mahkemesi, s. 285-288; **Saray Türe**, s. 45, 46. Eleştirileri yerinde bulmayan ve haksız olduğunu belirten, yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılmasının yerinde olduğu görüşü için ise bkz. **Burcuoğlu**, Sözleşmesel Önalım, s. 298; **Burcuoğlu**, Hak Düşürücü Süre, s. 180, 181; **Yaşar**, s. 426. Yasal önalım hakkının sadece dava açmak suretiyle kullanılabileceğini öngören yeni düzenlemenin isabetli olduğu yönünde bkz. **Tunaboylu**, s. 29. Ayrıca bkz. yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için dava açmayı zorunlu kılan Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinin birinci fıkrasının Anayasaya aykırı oluşu iddiasıyla iptali istemine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin verdiği olduğu 12.12.2007 T., 2003/34 E., 2007/94 K. sayılı itirazın reddi kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0d074cf7-86a6-4fba-843c-a742db9a13f2?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17.10.2019).

irade beyanıyla veya tarafların anlaşmasıyla kullanılmasına⁷⁰ ve iradi tescile imkân tanınmamış, önalım hakkı sahibi önalım hakkını dava yoluyla kullanmak zorunda bırakılarak gereksiz yargılama gideri altına sokulmuş ve mahkemelerin iş yükü gereksiz yere artırılmıştır. Önalım hakkının dava açılarak kullanılma zorunluluğu, Eski Medeni Kanun'da yer almayan Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği önemli bir değişiklik olup, madde gerekçesinde önalım hakkının kullanıldığına ilişkin beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesinin eski Medeni Kanun döneminde daima bir dava açılmasını gerektirdiği, yeni düzenleme ile bunun kanun hükmü haline getirilmiş olduğu belirtilmiştir⁷¹. Oysa kural olarak, yenilik doğuran haklar dava yoluyla değil, diğer tarafa varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır⁷². Nitekim Eski Medeni Kanun döneminde de bir yenilik doğuran hak olan önalım hakkı tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir ve bu beyanın alıcıya varmasıyla taraflar arasında satış ilişkisi kuruluyordu. Dava açmak ise, muhatabın satış ilişkisi kurulması ile doğan mülkiyeti devir borcunu yerine getirmemesi, önalım hakkı sahibi adına tescil isteminde bulunmaya yanaşmaması halinde gerekli olmaktadır⁷³. Yoksa gerekçede belirtildiği gibi uygulamada önalım hakkı ile istenilen sonucun gerçekleşmesi için mutlaka dava açılması gerekli değildi. Açılan bu davanın hukuki niteliği gözetildiğinde, Türk Medeni Kanunu'nun 642. maddesine

⁷⁰ Taraflar elbette anlaşarak önalım hakkının kullanılmasının sağlayacağı sonuca ulaşabilirler. Ancak bu önalım hakkının kullanımı değildir, taraflar arasında doğrudan resmi şekilde satış sözleşmesi yapılmış olur. Aynı yönde bkz. **Aybay/Hatemi**, s. 196; **Umar**, s. 323. Bkz. ve karşı. **Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kâmil/**Derin-Yıldırım**, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 2009, s. 208, dn. 22a.

⁷¹ Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesi gerekçesinde yer alan ifade şöyledir: “Yürürlükteki Kanunda bu maddeyi karşılayan bir hüküm mevcut değildir. Maddenin birinci fıkrası ile önalım hakkının alıcıya karşı dava açılması suretiyle kullanılması esası getirilmiştir. Yürürlükteki hükümler önalım hakkının, dava dışı bir beyanla kullanılabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesi sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmektedir. Yeni düzenlemeyle, uygulamada önalım hakkının gerçekleşmesinin daima bir davayı gerektirmesi, kanun hükmü hâline getirilmiş bulunmaktadır. ...” Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_4.pdf, (Erişim Tarihi: 25.02.2020), s. 221, 222.

⁷² **Eren**, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2015, (Borçlar), s. 66; **Kırca**, s. 1200; **Buz**, s. 183; **Önen**, s. 11.

⁷³ **Önen**, s. 89; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 617; **Aybay/Hatemi**, s. 196; **Akalp Demirtabak**, s. 95, 96. Ayrıca bkz. **Buz**, s. 158, 159; **Kırca**, s. 1200, 1201; **Erkan**, Tez, s. 90, 91; **Erkan**, Anayasa Mahkemesi, s. 285, 286.

(TMK m. 716) dayalı tescili isteme/tescile zorlama davası olduğu kabul edilmektedir⁷⁴.

⁷⁴ Bkz. **Önen**, s. 89; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 617; **Taman Şıpka**, s. 203; **Feyzioğlu**, s. 357; **Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul, 2008, (Özel Borç), s. 290; **Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 609; **Sirmen**, s. 416; **Erkan**, Tez, s. 92, dn. 390; **Erkan**, Anayasa Mahkemesi, s. 283, dn. 37; Yargıtay İBKG., 11.2.1959 T., 1958/10 E., 1959/12 K. sayılı karar, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019); ayrıca bkz. **Tekinay**, s. 30, 57; **Sebük**, s. 98. **Köylüoğlu** ise, olması gereken hukuk açısından bakıldığında bir hakkın ifasını sağlamak amacıyla açılan ve önalım hakkının kullanılması sonucu meydana gelen satım sözleşmesinden kaynaklanan eda davası niteliğinde olduğu açık olan önalım davasının sonunda dava sonunda mahkemece verilecek kararın yeni bir hukuki durum yaratmadığı, taşınmazın ferağını tapu sicil müdürü önünde vermeyen tarafın ferağ iradesi yerine geçtiği, bu sebeple önalım davasının hukuki sebebinin Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi (EMK m. 642) değil, Eski Borçlar Kanunu'nun 106. maddesi (TMK m. 123) olduğu görüşündedir (bkz. **Köylüoğlu**, s. 138, 139, 245, 246). Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesine dayalı olarak açılan davanın eda davası olduğu yönünde bkz. **Sirmen**, s. 343; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 407; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 716; **Aybay/Hatemi**, s. 139, 196; **Pekcanitez**, Hakan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul, 2017, (Cilt II), s. 963; **Köylüoğlu**, s. 138, dn. 55, s. 248; **Erkan**, Tez, s. 92, dn. 390; **Erkan**, Anayasa Mahkemesi, s. 282, dn. 37; **Özcan**, s. 128. **Önen**'e göre ise, Eski Medeni Kanunu'nun 642. maddesine (TMK m. 716) dayalı olarak açılan bu dava bir inşâi davadır (bkz. **Önen**, s. 89). Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesine göre açılan davanın eda davası olmasına rağmen verilen hükmün eda hükmü değil yenilik doğuran hüküm olduğu yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 407; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 716, **Sirmen**, s. 343; **Aybay/Hatemi**, s. 196. Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesine dayalı olarak açılan eda davası sonucunda yenilik doğurucu hüküm verilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. **Köylüoğlu**, s. 138, dn. 55, s. 248; ayrıca bkz. **Pekcanitez**, Cilt II, s. 962. Eski Medeni Kanunu'nun 642. maddesine (TMK m. 716) dayalı olarak açılan önalım davasının bir inşâi dava olduğu görüşünde olan **Önen**'e göre, önalım hakkı sahibinin mülkiyetin kendisine devri için açtığı dava ile aynı zamanda önalım hakkını kullandığını da davalıya bildirmesi halinde inşâi sonuç önalım hakkının kullanılması bakımından dava dilekçesinin davalıya tebliği ile gerçekleşmiş olacak ve mahkemenin bu konuda inşâi bir karar vermesine gerek olmayacak, hâkim kararında bu vakıyı tespit etmekle yetinecek, hâkimin inşâi nitelikteki kararı sadece taşınmazın mülkiyetinin önalım hakkı sahibine geçmesi bakımından olacaktı (bkz. **Önen**, s. 90, 91). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Alman ve İsviçre Usul Kanunlarında olduğu gibi hâkimin davalıyı irade beyanında bulunmaya mahkum etmesi durumunda bu eda hükmünün bu beyanın yerine geçtiğini belirten açık bir düzenleme bulunmasa da, irade beyanında bulunma borcunun bir şey yapma edimi olarak değerlendirilerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesine göre eda davasına konu edilebileceği, zaten eski Kanun zamanında da taşınmaz mülkiyetinin nakli ve alacağın temlik bakımından borçlunun beyanına gerek olmadan hakkın mahkeme hükmü ile intikalini sağlayan TMK m. 716 ve TBK m.185/EBK m. 164 hükümlerine kıyasen bu tür davaların kabul edildiği, bu

Önalım davası, dava türlerinden bir yenilik doğuran (inşai) davadır⁷⁵. İnşai davalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 108. maddesinde düzenlenmiştir. İnşai dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir (HMK m.108/1). Kural olarak, yenilik doğuran hak sahibinin bu hakkını tek taraflı bir irade beyanı ile kullanması ile hukuki sonuç kendiliğinden doğar, bu hukuki sonucun doğması için karşı tarafın kabulü veya mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır⁷⁶. Buna karşılık, maddi hukukun belirlediği bazı yenilik doğuran haklar tarafların tek taraflı irade beyanıyla veya tarafların anlaşmasıyla kullanılamaz,

durumda ilamın cebri icrası ihtiyacı ile karşılaşılmayacağı, aksi halde alacaklının tazminat istemekle yetinmek zorunda kalacağı yönünde bkz. **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 12. Bası, İstanbul, 2014, s. 389; ayrıca bkz. **Eren**, Borçlar, s. 1031, 1032; **Pekcanitez**, Cilt II, s. 962, 963; **Tandoğan**, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010, s. 412, 413.

⁷⁵ **Kuru**, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul, 2016, (İstinaf), s. 209; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı), 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara, 2013, s. 266; **Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2014, s. 322; **Aydoğdu**, s. 77; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 560; **Eren**, Yasal Önalım, s. 108, 117; **Eren**, Mülkiyet, s. 420; **Aybay/Hatemi**, s. 196, 197; **Yücel**, s. 1325; **Kırkbeşoğlu**, s. 61; **Yıldız**, s. 278; **Özcan**, s. 114; **Erkan**, Tez, s. 117; **Şahin**, s. 926; **Demirsatan**, Barış, "Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145-146, Eylül-Ekim 2016, s. 932; **Köylüoğlu**, s. 133. *Eren'e* göre, önalım davasının kazanılması halinde mevcut hukuki durumda bir değişiklik meydana geleceği için önalım davası, değiştirici yenilik doğuran bir davadır (bkz. **Eren**, Yasal Önalım, s. 118; **Eren**, Mülkiyet, s. 421). *Köylüoğlu*, Türk Medeni Kanunu'nda önalım hakkının kullanılması dava açma koşuluna bağladığından önalım davasının yenilik doğuran dava niteliğinde olduğunu belirtmekle birlikte, HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde olması gereken hukuk açısından bakıldığında, bir hakkın ifasını sağlamak amacıyla açılan ve önalım hakkının kullanılması sonucu meydana gelen satım sözleşmesinden kaynaklanan önalım davasının davalının bir şey vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkum edilmesinin talep edildiği eda davası niteliğinde olduğunun açık olduğunu ve TMK ile HUMK'da bu yönde gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini ifade etmiştir (bkz. **Köylüoğlu**, s. 134).

⁷⁶ **Kuru**, İstinaf, s. 209; **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayyaz**, Sema/**Hanağası**, Emel, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2019, s. 308. Ayrıca bkz. **Pekcanitez**, Cilt II, s. 984; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara, 2013, s. 470.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

bunların hukuki sonuç doğurabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardır⁷⁷. İnşâî dava, bir inşâî hakkın mahkeme aracılığıyla kullanılmasıdır⁷⁸.

Yenilik doğuran dava, mutlaka bir yenilik doğuran hakka dayanır⁷⁹. Yenilik doğuran dava, bir yenilik doğuran hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde açılır (HMK m. 108/2). Yenilik doğuran davaların ancak Kanun'da belirtilen hallerde açılabileceği kabul edilmektedir⁸⁰. Bu haller de çoğunlukla maddi hukuk tarafından belirlenir⁸¹. Nitekim, Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinde de açıkça önalım hakkının alıcıya karşı dava açılarak kullanılacağı öngörülmüştür. Yenilik doğuran dava ile davacı bir yenilik doğuran hakkını kullanır ve bu yenilik doğuran hakkına dayanarak mahkemeden mevcut bir hukuki durumun değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına ya da yeni bir hukuki durumun yaratılmasına karar verilmesini talep eder. Fakat belirtmek gerekir ki, her yenilik doğuran hakka dayanarak açılan dava, yenilik doğuran dava değildir⁸². Zira, hukuki sonucun doğması için hak sahibinin tek taraflı irade beyanının yeterli olduğu yenilik doğuran haklarda, taraflar hukuki sonucun doğup doğmadığı konusunda uyuşmazlığa düşerler ve bu uyuşmazlık için bir dava açılırsa bu dava bir yenilik doğuran dava olmayıp, bir eda veya tespit davasıdır⁸³.

Hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile yenilik doğuran hakkını kullanması ile hukuki sonucun kendiliğinden doğmadığı yenilik doğuran haklar iki gruba ayrılmaktadır: İlk grupta yer alan yenilik doğuran haklarda, hukuki sonuç ancak mahkeme kararı ile doğmakta olup, bu yenilik doğuran haklarda taraflar anlaşsalar bile mevcut bir hukuki durumu değiştiremezler

⁷⁷ **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 763; **Kuru**, İstinaf, s. 209, 210.

⁷⁸ **Muşul**, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 134.

⁷⁹ **Önen**, s. 57; **Pekcanitez**, Cilt II, s. 984; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 470; **Kuru**, İstinaf, s. 209; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 308; **Eren**, Mülkiyet, s. 421; **Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 336; **Eren**, Yasal Önalım, s. 117, 118; **Köylüoğlu**, s. 134.

⁸⁰ **Önen**, s. 53; **Pekcanitez**, Cilt II, s. 984; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 470; **Buz**, s. 186, 187.

⁸¹ **Önen**, s. 53; **Kuru**, İstinaf, s. 208; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 308; **Kılıçoğlu**, s. 587.

⁸² **Kuru**, İstinaf, s. 209; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 308; **Üstündağ**, s. 336. Ayrıca bkz. **Pekcanitez**, Cilt II, s. 984; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 470; **Köylüoğlu**, s. 134. Yasal önalım hakkının kurucu yenilik doğuran bir hak olmakla birlikte, yenilik doğuran bir dava hakkı olmadığı yönünde bkz. **Akalp Demirtabak**, s. 95.

⁸³ **Kuru**, İstinaf, s. 209; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 309. Ayrıca bkz. **Pekcanitez**, Cilt II, s. 984; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 470.

veya ortadan kaldıramazlar ya da yeni bir hukuki durum yaratamazlar, bu yenilik doğuran hakların mutlaka dava yolu ile kullanılması gerekir. İkinci grupta yer alan yenilik doğuran haklarda ise, hak sahibinin yenilik doğuran hakkını kullanması ile hukuki sonuç doğmaz, ancak hukuki sonucun doğması için mutlaka dava açılması da gerekmez. Zira eğer taraflar anlaşırsa mahkeme kararına gerek kalmadan tarafların anlaşması ile hukuki sonuç doğar, fakat taraflar anlaşamazlarsa hukuki sonucun doğması için hak sahibinin yenilik doğuran hakkını dava açarak kullanması gerekir⁸⁴. İlk grupta yer alan yenilik doğuran hakların kullanılması için açılan davalar, birinci grup yenilik doğuran davaları, ikinci grup yenilik doğuran hakların kullanılması için açılan davalar ise, ikinci grup yenilik doğuran davaları oluşturur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 108. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen yenilik doğuran davalar daha çok birinci grup yenilik doğuran davlardır. Önalım davası da birinci grup yenilik doğuran davaların örneklerinden biridir. Buna göre, önalım hakkı sahibi önalım hakkını ancak alıcıya karşı dava açarak kullanabilir⁸⁵.

Kural olarak şekli hukuk olan yargılama hukuku ile bir hak durumu değiştirilmemektedir. Yenilik doğuran davalar ise bunun bir istisnasıdır, çünkü yenilik doğuran davalar ile maddi hukuktaki durumda da değişiklik meydana gelmektedir⁸⁶. Mahkeme önalım davası sonunda davanın reddine karar verirse, bu bir yenilik doğuran hüküm değil, bir tespit hükmüdür. Zira mahkemenin red kararı ile davacının varlığını iddia ettiği bir yenilik doğuran hak olan önalım hakkının mevcut olmadığı tespit edilmektedir⁸⁷. Mahkeme, önalım davasının sonunda davanın kabulüne karar verirse, verilen bu kabul kararı inşaî niteliktedir⁸⁸. Dolayısıyla kararın kesinleşmesi

⁸⁴ **Kuru**, İstinaf, s. 209, 210; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 309.

⁸⁵ **Kuru**, İstinaf, s. 210.

⁸⁶ **Pekcanitez**, Cilt II, s. 987; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 470.

⁸⁷ **Kuru**, İstinaf, s. 210; **Pekcanitez**, Cilt II, s. 987; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 470; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 309; **Önen**, s. 58.

⁸⁸ **Kuru**, İstinaf, s. 210; **Pekcanitez**, Cilt II, s. 987; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 470; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 309; **Muşul**, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 134; **Yılmaz**, s. 763; **Önen**, s. 58; **Aydoğdu**, s. 77; **Eren**, Mülkiyet, s. 428; **Eren**, Yasal Önalım, s. 124; **Özenli**, s. 166; **Taman Şıpka**, s. 208, 209; **Aybay/Hatemi**, s. 196; **Tekinay**, s. 57; **Kırkbeşoğlu**, s. 61; **Erkan**, Tez, s. 117; **Şahin**, s. 926; **Demirsatan**, s. 932. Pozitif hukuktaki düzenlemenin aksine olması gereken hukuk açısından önalım davasının eda davası niteliğinde olduğu ve eda davası sonunda yenilik doğurucu hüküm verilmesinin mümkün olmadığı görüşünde bkz. **Köylüoğlu**, s. 136, 228, 229, 248.

ile, mülkiyet, önalım hakkı sahibine geçer⁸⁹. Bu nedenle, tescil açıklayıcı olup⁹⁰, önalım hakkı sahibi verilen karara dayanarak açıklayıcı tescili tapu memurundan herhangi bir süreye bağlı olmaksızın talep edebilir⁹¹.

Önalım hakkını kullanan önalım hakkı sahibi ile alıcı 3. kişi arasındaki satış ilişkisinin kurulma zamanına ilişkin öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁹², önalım hakkının dava yoluyla kullanılması nedeniyle önalım hakkı sahibi ile alıcı 3. kişi arasında satış ilişkisi, önalım hakkına ilişkin dava dilekçesinin alıcıya tebliği ile gerçekleşir. Bir başka görüşe göre⁹³, önalım hakkı sahibinin önalım davasını açmasıyla birlikte, önalım hakkı sahibi ile yükümlüsü arasında satış ilişkisi

⁸⁹ **Aydoğdu**, s. 77, 78; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 560; **Günay**, s. 100; **Özenli**, s. 166; **Taman Şıpka**, s.209; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 618; **Aybay/Hatemi**, s. 196; **Tandoğan**, Özel Borç, s. 290; **Kırca**, s. 1181; **Yücel**, s. 1330, 1333; **Yıldız**, s. 423; **Kırkbeşoğlu**, s. 61; **Akalp Demirtabak**, s. 117; **Özcan**, s. 120; **Erkan**, Tez, s. 117. Olması gereken hukuk açısından, mülkiyetin hükmün kesinleşmesi ile önalım hakkı sahibine geçmediği görüşünde bkz. **Köylüoğlu**, s. 229, 248.

⁹⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 560; **Eren**, Yasal Önalım, s. 125; **Eren**, Mülkiyet, s. 428; **Erman**, s. 121; **Aydoğdu**, s. 78; **Günay**, s. 99; **Taman Şıpka**, s. 209; **Aybay/Hatemi**, s. 196; **Tandoğan**, Özel Borç, s. 290; **Yücel**, s. 1331, 1333; **Kırkbeşoğlu**, s. 61; **Akalp Demirtabak**, s. 117; **Erkan**, Tez, s. 117; **Şahin**, s. 926; **Saray Türe**, s. 55. Olması gereken hukuk açısından, hükmün kesinleşmesinden sonra yapılacak tescilin açıklayıcı değil kurucu nitelikte olduğu, önalım hakkı sahibinin mahkeme ilamını ve yazılı tescil talebini tapu memuruna sunarak adına tescili sağlayabileceği görüşünde bkz. **Köylüoğlu**, s. 229, 248.

⁹¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 560; **Eren**, Yasal Önalım, s. 125; **Eren**, Mülkiyet, s. 428; **Özenli**, s. 167; **Taman Şıpka**, s. 209; **Tandoğan**, Özel Borç, s. 290; **Tekinay**, s. 58; **Aydoğdu**, s. 78; **Yıldız**, s. 423, 424; **Yücel**, s. 1331, 1333; **Kırkbeşoğlu**, s. 61, 62; **Akalp Demirtabak**, s. 117, s. 117, dn. 39; **Erkan**, Tez, s. 117; **Saray Türe**, s. 55. Bu husus Yargıtay İBĞK., 11.2.1959 T., 1958/10 E., 1959/12 K. sayılı kararı ile de kabul edilmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019). Olması gereken hukuk açısından önalım davası sonunda verilen taşınmazın aynına ilişkin olmayan hükmün yeni bir hukuki durum yaratmadığı, yenilik doğurucu nitelikte olmadığı, taşınmazın ferağını tapu memuru önünde vermeyen tarafın ferağ iradesi yerine geçtiği, bu nedenle önalım davası sonunda taraflara verilen ilam hakkında zaman aşımı hükümlerinin uygulanması gerektiği ve bu durumda ilamın on senelik zaman aşımı süresine tabi olduğu görüşünde bkz. **Köylüoğlu**, s. 230, 249.

⁹² **Yücel**, s. 1325; **Aydoğdu**, s. 77; **Nomer**, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2015, s. 31, 32; **Akalp Demirtabak**, s. 96; **Köylüoğlu**, s. 62, 63; **Aral/Ayrancı**, s. 212, 213. Eski Medeni Kanun dönemi bakımından ayrıca bkz. **Özenli**, s. 165, 166; **Taman Şıpka**, s. 202 vd., özellikle s. 208, 209.

⁹³ **Aybay/Hatemi**, s. 195, 196; **Sirmen**, s. 416, 423; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 541 ve s. 541, dn. 1157, 559, 560; **Saray Türe**, s. 53. Benzer yönde bkz. Bkz. **Demirsatan**, s. 930 ve s. 930, dn. 129.

doğar. Bir başka görüşe göre ise⁹⁴, önalım hakkı sahibi ile alıcı arasında satış ilişkisi önalım hakkının kullanılmasıyla değil, lehte verilen mahkeme kararının kesinleşmesi ile kurulur. Zira, Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesine göre önalım hakkı artık tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılabilen bir yenilik doğuran hak olmadığı için, önalım hakkının hak sahibince irade beyanıyla kullanılması halinde değil, açılacak önalım davası sonunda mahkemece verilecek olumlu kararın kesinleşmesi ile inşaf sonuçlarını doğuracak, dolayısıyla davacı ile davalı arasında ilk satışıdaki şartlar ile bir satış ilişkisi kurulmuş olacaktır. Neticeten, önalım davası sonunda davacı önalım hakkı sahibi ile davalı alıcı arasında iki ilişki doğar: 1. İlk satışıdaki şartlar ile kurulan satış ilişkisi, 2. Mülkiyet hakkını geçiren ilişki. Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, önalım hakkı sahibinin bir yenilik doğuran hak olan önalım hakkını dava açarak kullanması zorunludur. Önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, açtığı bu davada, önalım hakkını kullanmakla mülkiyetin bedeli karşılığında kendi adına tesciline karar verilmesini istemektedir. Bu nedenle biz, önalım hakkının dava açılarak kullanılmasıyla, bu hakkın kurucu yenilik doğurucu özelliği gereği davacı ve davalı arasında satış ilişkisinin doğduğunu düşünmekteyiz. Hâkimin önalım hakkının kullanılması için gerekli unsurların bulunup bulunmadığını kontrol etmesi neticesinde vereceği davanın kabulü kararının kesinleşmesi ile, mülkiyet kendiliğinden davalı alıcı veya eşdeğer işlemin tarafı 3. kişiden davacı önalım hakkı sahibine geçer, tescil açıklayıcıdır.

2. Önalım Davası Açma Süreleri ve Sürelerin Hukuki Niteliği

Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin son fıkrasında, önalım hakkının satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşeceği hükme bağlanmıştır⁹⁵. Bu düzenlemede yasal önalım hakkının kullanılabilmesi için üç aylık ve iki yıllık iki süre öngörülmüş olup, üç aylık sürenin başlangıcı bildirim yapıldığı tarih, iki yıllık sürenin başlangıcı ise satışın yapıldığı tarihtir. Hükümün lafzından da anlaşıldığı üzere, önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanılabileceği üç aylık ve iki yıllık süreler, hak düşürücü

⁹⁴ Eren, Mülkiyet, s. 421, 428 ve s. 428, dn. 765; Eren, Yasal Önalım, s.124 ve s. 124, dn. 75.

⁹⁵ Sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun 242. maddesinde de, önalım hakkı sahibinin satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır.

niteliktedir⁹⁶. 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin son fıkrası uyarınca önalım hakkının kullanılmasında Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanacağına göre, önalım hakkını kullanmak isteyen sınırdış tarımsal arazi maliklerinin önalım olayının bildirildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde önalım olayının gerçekleşmesinden itibaren iki yıllık hak düşürücü süreler içinde önalım davasını açması gerekmektedir.

Birden fazla sınırdış tarımsal arazi malikinin bulunması halinde üç aylık hak düşürücü sürenin hesabı, önalım olayının ayrı ayrı bildirilmesi gerektiği önalım hakkını tek başına kullanabilecek olan her bir sınırdış malik için diğerinden bağımsız olarak yapılır. Her sınırdış malik için sürenin başlangıç tarihi, kendisine noter aracılığıyla bildirim yapıldığı tarihtir⁹⁷. Bildirimin elbirliği halinde maliklerin tümüne yapılması gerektiği önalım hakkını ancak birlikte kullanabilecek olan birden fazla kişinin elbirliği (iştirak) halinde malik olduğu sınırdış tarımsal arazilerde üç aylık süre, en son bildirim yapıldığı tarihten itibaren hesaplanmaya başlanır⁹⁸. Bildirimin her bir paydaşa ayrı ayrı yapılması gerektiği önalım hakkını tek başına kullanabilecek olan paylı mülkiyete tabi sınırdış tarımsal arazilerde üç aylık hak düşürücü sürenin hesabı, her paydaş için diğer paydaş/paydaşlardan bağımsız olarak yapılır.

Önalım hakkı sahibi sınırdış tarımsal arazi maliklerince hak düşürücü sürelerin kaçırılması nedeniyle, bir satış veya ekonomik bakımından satışa

⁹⁶ **Eren**, Yasal Önalım, s. 120; **Eren**, Mülkiyet, s. 423; **Akıntürk**, s. 556; **Erman**, s. 121; **Ayan**, s. 407; **Sirmen**, s. 423, 424; **Ertaş**, s. 397; **Aydoğdu**, s. 85; **Kırkbeşoğlu**, s. 70; **Burcuoğlu**, Hak Düşürücü Süre, s. 179; **Burcuoğlu**, Sözleşmesel Önalım, s. 292; **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 444; **Erman**, s. 121; **Günay**, s. 51; **Açıkgöz**, s. 278-280, 286; **Özenli**, s. 19; **Aybay/Hatemi**, s. 197; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 77; **Yıldız**, s. 72, 73; **Erkan**, Anayasa Mahkemesi, s. 282; **Erkan**, Tez, s. 93, 94; **Aydın Ünver**, s. 847; **Tunaboğlu**, s. 156, 157; **Akalp Demirtabak**, s. 92-94; **Köylüoğlu**, s. 57, 58; **Özcan**, s. 118, 125, 132, 133; **Şen Doğramacı**, s. 86; **Şahin**, s. 922. Üç aylık hak düşürücü sürenin noter aracılığıyla bildirim önalım hakkı sahibi paydaşa tebliğ tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı, iki yıllık hak düşürücü sürenin ise yapılan pay satışı tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı görüşünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 561, 562. Üç aylık sürenin noter aracılığıyla önalım hakkı sahibine tebliğini izleyen günden itibaren başlayacağı, iki yıllık sürenin ise satımdan itibaren iki yıl olduğu yönünde bkz. **Yücel**, s. 1319, 1320.

⁹⁷ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 620; **Eren**, Yasal Önalım, s. 122; **Eren**, Mülkiyet, s. 426; **Ayan**, s. 405; **Erman**, s. 121; **Tunaboğlu**, s. 156; **Kırkbeşoğlu**, s. 71; **Köylüoğlu**, s. 55; **Yıldız**, s. 70.

⁹⁸ **Özenli**, s. 61; **Taman Şıpka**, s. 130, 133; **Ayan**, s. 405; **Aydoğdu**, s. 66; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 77, 78; **Yıldız**, s. 70; **Köylüoğlu**, s. 55, 56; **Akalp Demirtabak**, s. 89, 90; **Tunaboğlu**, s. 157.

eşdeğer işlem için önalım hakkı kaybedilmiş olabilir. Ancak bu durumda sadece bu satış veya eşdeğer işlem için önalım hakkı kaybedilmiş olur. Buna karşılık, önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetini kazanan kimse tarafından tarımsal arazinin bir üçüncü kişiye satılması veya eşdeğer işleme konu edilmesi halinde yeni malike karşı yasal önalım hakkı kullanılabilir. Çünkü, her satış ve ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem öncekinden bağımsız olarak sınırdış tarımsal arazi maliklerine yeni bir yasal önalım hakkı kullanma imkânı sağlar⁹⁹. Dolayısıyla, herhangi bir satışta ve ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemde önalım hakkı kaybedilmiş olsa bile, sınırdış tarımsal arazinin maliki olduğu sürece sınırdış tarımsal arazi maliki olmaya bağlı yasal önalım hakkı ileride gerçekleşecek satışlarda veya eşdeğer işlemlerde kullanılabilir. Her satışta ve ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemde, yeniden üç ay ve iki yıllık hak düşürücü süreler işlemeye başlar¹⁰⁰.

Önalım olayına ilişkin yapılacak bildirim, yalnızca üç aylık sürenin işlemeye başlaması bakımından etkisi bulunmaktadır. Zira, alıcı veya satıcı satışı noter aracılığıyla bildirmezse üç aylık süre işlemeye başlamaz. Fakat, önalım hakkı sahibi satışın yapıldığı tarihten itibaren iki yıl içinde önalım hakkını kullanabilir. Zira, iki yıllık hak düşürücü sürenin işlemesi bakımından bildirim herhangi bir önemi ve etkisi bulunmayıp, burada süre satışın yapıldığı tarihten itibaren başlamaktadır¹⁰¹. Noter aracılığıyla bildirimde bulunulmamasına rağmen satışı öğrenen ve iki yıllık süre içinde önalım hakkını kullanan önalım hakkı sahibine karşı, henüz noter

⁹⁹ Yalnızca satış açısından bu yönde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 562; **Tekinay**, s. 53, **Eren**, Yasal Önalım, s. 122; **Eren**, Mülkiyet, s. 425, 426; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 619, 620; **Tunaboğlu**, s. 156; **Özenli**, s. 19, 30; **Ayan**, s. 406; **Akalp Demirtabak**, s. 56; **Kırkbeşoğlu**, s. 72, 121; **Erman**, s.121; **Özcan**, s. 134; **Günay**, s. 20; **Özcan**, s. 134.

¹⁰⁰ **Aydoğdu**, s. 58; yalnızca satış yönünden bkz. **Tunaboğlu**, s. 156.

¹⁰¹ **Eren**, Yasal Önalım, s. 123; **Eren**, Mülkiyet, s. 426; **Kırca**, s. 1191; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 561, 562; **Ayan**, s. 405; **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 444, 445; **Aydoğdu**, s. 72, 73; **Kırkbeşoğlu**, s. 72, 73; **Açıkgöz**, s. 284, 286; **Aydın Ünver**, s. 849; **Akalp Demirtabak**, s. 94, 126. Önalım hakkı sahibinin bildirim yapılmadan satışı öğrenmesi halinde bildirim yapılmadığını ileri sürerek önalım davasını açmaya teşebbüs etmesine imkan tanıyabileceği için, sürenin bildirimden itibaren başlatılmasının uygun olmadığı yönünde bkz. **Yaşar**, s. 428. *Arpacı*'ya göre ise, iki yıllık hak düşürücü süre haklı menfaatler dengesini bozmakta olup, çıkabilecek uyuşmazlıkları en aza indirmek ve haklı görülecek sonuçların oluşmasını önleyebilmek için söz konusu düzenleme şu şekilde olmalıdır: “Yapılan satış tapu memuru tarafından diğer paydaşlara bildirilir; önalım hakkı bu bildirimden veya paydaşların satışı başka biçimde öğrenmelerinden itibaren üç ay ve her halde satıştan başlayarak beş yıl sonra düşer.” (bkz. **Arpacı**, s. 104, 105).

aracılığıyla bildirimde bulunulmadığı ve dolayısıyla önalım hakkını kullanamayacağı şeklinde bir itirazda bulunulamaz¹⁰². Noter aracılığıyla yapılan bildirim eksik veya yanlış olması halinde de üç aylık hak düşürücü süre işlemeye başlamaz. Eksik bildirim örnek olarak satış bedelinin bildirilmemesi, yanlış bildirim örnek olarak ise 200.000TL olan satış bedelinin 300.000TL olarak bildirilmesi verilebilir. Üç aylık hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması için yeniden doğru ve tam bir bildirim yapılması gerekir¹⁰³.

Öğretide bazı yazarlarca¹⁰⁴, iki yıllık hak düşürücü sürenin satıştan itibaren başlaması eleştirilmekte ve İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi (İMK m. 681a/2) Türk Hukuku'nda da tescilden itibaren işlemeye başlamasının yerinde olacağı savunulmaktadır. Bu görüşün dayanağı olarak, yazarların birçoğu, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz iktisap hallerini dikkate almakta, tescilsiz iktisap hallerinden de konu açısından önem taşıyan taşınmaz satış vaadine dayanılarak açılan dava sonunda mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılması halini örnek göstererek, iki yıllık hak düşürücü sürenin tescilden itibaren işlemeye başlamamasının yarattığı sorun dile getirilmektedir. Zira taşınmaz satış vaadine dayanılarak açılan dava sonunda mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılması¹⁰⁵ halinde, önalım hakkı sahiplerinin önalım olayını tapu kütüğüne tescilden önce bildirilmediği sürece öğrenme imkânı bulunmayacak, yeni malik adına tapuya açıklayıcı tescilin önalım hakkını engellemek için iki yıl bekledikten sonra yapılması

¹⁰² **Ayan**, s. 405; **Sirmen**, s. 423; **Kırkbeşoğlu**, s. 65; **Açıkgöz**, s. 284.

¹⁰³ **Gümüş**, Akdi Önalım, s. 444, 445; **Aydoğdu**, s. 69, s. 69, dn. 252; **Kırca**, s. 1195.

¹⁰⁴ **Burcuoğlu**, Hak Düşürücü Süre, s. 181-184; **Burcuoğlu**, Sözleşmesel Önalım, s. 295-297; **Kırca**, s. 1198, 1199; **Erkan**, Tez, s. 95; **Aydın Ünver**, s. 850, 851; **Kırkbeşoğlu**, s. 74, 75. **Burcuoğlu**, Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin son fıkrasındaki satış sözcüğünün tescil olarak yorumlanması gerektiği görüşündedir (bkz. **Burcuoğlu**, Hak Düşürücü Süre, s. 184).

¹⁰⁵ Belirtmek gerekir ki, vaad alacaklının açtığı davada hâkimin vereceği kararın hukuki niteliği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2014, s. 223, 224; **Eren**, Mülkiyet, s. 237, 238; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 491, 492; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 396-398; **Tandoğan**, Özel Borç, s. 249, 250; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 105-108; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 694-697; **Sirmen**, s. 335; **Akıntürk**, s. 472; **Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2015, s. 216, 217; **Albayrak**, Hakan, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 5, Sayı 10, s. 67-69.

halinde önalım olayını öğrenemeyen önalım hakkı sahiplerinin önalım haklarını kullanmaları engellenmiş olacaktır¹⁰⁶. Ülkemizde, taşınmaz satış sözleşmesi ile alıcı yeni malik adına tapu siciline tescil işlemi çoğunlukla aynı anda yapıldığı için kural olarak, iki yıllık sürenin satıştan veya tescilden başlatılması arasında bir fark bulunmamaktadır¹⁰⁷. Ancak bize göre de yalnızca taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılması değil de taşınmaz satış vaadine dayanılarak açılan dava sonunda mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılması önalım olayı oluşturmakta olup, iki yıllık hak düşürücü sürenin satıştan itibaren başlaması özellikle bu tescilsiz iktisap halinde büyük sorunları da beraberinde getirmektedir. Her tescilsiz iktisap hali önalım olayı oluşturmamaktadır. Ancak, önalım olayı oluşturan tescilsiz iktisap hallerinde, önalım hakkının kullanılmasını engellemek için açıklayıcı tescilin iki yıl bekledikten sonra gerçekleştirilmesi durumunda, önalım hakkı sahibi kendisine bildirim yapılmadığı için önalım olayını öğrenemeyecektir. Bu durumda önalım hakkının kullanılması, iki yıllık hak düşürücü süre satıştan itibaren işlemeye başlayacağı için, engellenmiş olacaktır. Bu nedenle, kanaatimizce de söz konusu düzenleme yerinde değildir. Ancak, açıklayıcı tescilin önalım hakkının kullanılmasını engellemek amacıyla geç yapılarak mülkiyeti geçiren mahkeme kararının tapuya geç yansıtılması ve önalım hakkı kullanıldığında da iki yıllık hak düşürücü sürenin dolduğunun ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanımını oluşturacaktır¹⁰⁸. Ne var ki, kanaatimizce, sorun yalnızca tescilsiz iktisap hallerinden ve özellikle de taşınmaz satış vaadine dayanılarak açılan dava sonunda mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılmasından ibaret değildir. *Aydoğdu*'nun da haklı olarak belirttiği gibi¹⁰⁹, İsviçre'deki düzenlemeden (İBK m. 216e) farklı olarak, önalım olayı önalım hakkı sahibine bildirilmese bile, satışın yapılmasından itibaren iki yıllık sürenin geçmesiyle önalım hakkının sona ereceğinin öngörülmüş olması (TMK m. 733/4; TBK m. 242), bildirim yükümlülüğü altında olan alıcı ve satıcıyı veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemde işlemin taraflarını bildirimde bulunmamaya itebilecek ve kanuna karşı hileye veya kişinin kendi kusurundan hak elde etmesine (hakkın kötüye kullanımına) yol açabilecektir. Bu nedenle, bizim de katıldığımız yazarın görüşüne göre¹¹⁰, önalım hakkı sahibine bildirim

¹⁰⁶ **Burcuoğlu**, Hak Düşürücü Süre, s. 182-184; **Burcuoğlu**, Sözleşmesel Önalım, s. 296, 297; **Kırca**, s. 1198, 1199; **Aydın Ünver**, s. 851; **Kırkbeşoğlu**, s. 74, 75.

¹⁰⁷ **Burcuoğlu**, Sözleşmesel Önalım, s. 296.

¹⁰⁸ **Burcuoğlu**, Hak Düşürücü Süre, s. 185; **Burcuoğlu**, Sözleşmesel Önalım, s. 297.

¹⁰⁹ **Aydoğdu**, s. 73.

¹¹⁰ Bu görüşte bkz. **Aydoğdu**, s. 73. Ayrıca bkz. ve karşı. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 77. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)*

yapılmadıkça kural olarak, sürenin işlemeye başlamayacağını veya bildirim yapılmamışsa iki yıllık sürenin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımını (TMK m. 2/2) oluşturacağını kabul etmek gerekir.

3. Önalım Davasının Tarafları

a. Önalım Davasında Davacı

Sınırdışlık ilişkisine dayalı önalım davasında davacı, önalıma konu tarımsal araziye sınırdış tarımsal arazi maliki veya malikleridir¹¹¹. Önalıma konu tarımsal araziye sınırdış birden fazla tarımsal arazinin mevcudiyeti halinde, sınırdış tarımsal arazi maliklerinden her birinin önalım davası açma hakkı vardır. Bu durumda sınırdış tarımsal arazi malikleri birlikte dava açma zorunlulukları söz konusu olmaksızın ayrı ayrı önalım davası açabilecekleri gibi, bunlardan bazılarının veya yalnızca birinin önalım davası açması da mümkündür¹¹². Birden fazla sınırdış malikin önalım davası açması halinde davaların birleştirilmesi gerekir¹¹³. Sınırdış malikler ihtiyari dava arkadaşlığı çerçevesinde birlikte de dava açabilirler¹¹⁴. Tarımsal arazi mülkiyetini tescilden önce kazanma hallerinden biri ile kazanan malik, henüz tescil gerçekleşmeden de önalım davasını açma hakkına sahiptir¹¹⁵.

5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinde sınırdış tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkına sahip olduğu belirtilmiş olup, acaba hükümde geçen "sınırdış tarımsal arazi malikleri" nasıl anlaşılmalıdır? Bu noktada paylı mülkiyete tabi sınırdış tarım arazilerinde paydaşların önalım hakkına sahip olup olmadıkları değerlendirilmelidir. Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün 03.02.2015 tarihli Tarım Arazilerinde Mülkiyet Devrine İlişkin Uygulama Talimatı¹¹⁶,nın birinci

¹¹¹ Açıkgöz, s. 260; Şahin, s. 919; Canarslan, s. 13.

¹¹² Açıkgöz, s. 260. Paylı mülkiyette önalım hakkı açısından bu yönde bkz. Eren, Mülkiyet, s. 421; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 620; Eren, Yasal Önalım, s. 118; Yıldız, s. 225; Erman, s. 122; Özenli, s. 88; Tekinay, s. 48; Ayan, s. 413; Akalp Demirtabak, s. 102; Kırkbeşoğlu, s. 62, 63; Tunaboğlu, s. 30. Ayrıca bkz. Taman Şıpka, s. 127.

¹¹³ Özenli, s. 160; Tunaboğlu, s. 30; Akalp Demirtabak, s. 102.

¹¹⁴ Ayan, s. 413; Kırkbeşoğlu, s. 62, 63.

¹¹⁵ Tekinay, s. 46, s. 47, dn. 21; Ayan, s. 389, 399, 400; Günay, s. 30; Taman Şıpka, s. 121 vd. Ayrıca bkz. ve karşı. Özenli, s. 85; Köylüoğlu, s. 155, 156; Açıkgöz, s. 264, 265.

¹¹⁶ Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün 03.02.2015 tarihli Tarım Arazilerinde Mülkiyet Devrine İlişkin Uygulama Talimatı için bkz. <https://isparta.tarimorman.gov.tr/Belgeler/Arazi%20Edindirme%20C5%9Eb%20M%C3%BCd/Tar%C4%B1m%20Arazilerinde%20M%C3%BClkiyet%20Devrine%20C4%B0li%C5%9Fkin%20Uygulama%20Talimat%C4%B1.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

bölümünün (b) bendinin ikinci paragrafına göre, “*En az bir noktada birbirleri ile ortak sınırı bulunan tarım arazileri sınırdaş olarak değerlendirilir. Ancak, paylı tarım arazileri diğer tarım arazileri sınırdaş olarak değerlendirilmez ve paylı tarım arazilerindeki paydaşlar sınırdaş araziler için önalım hakkını kullanamaz.*” Düzenlemeden paylı tarım arazi ile diğer tarım arazilerinin sınırdaş olarak değerlendirilmeyeceği anlaşıldığına göre, düzenlemenin ikinci cümlesinde “ile” kelimesi unutulmuştur. Kanaatimizce Talimattaki bu düzenleme, Türk Medeni Kanunu ile 5403 sayılı Kanun’a aykırıdır. Türk Medeni Kanunu’nun 688. maddesinin birinci fıkrasına göre, paylı mülkiyette birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesine göre, paylı mülkiyette paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Paylı mülkiyette paydaşlar maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olduklarına göre, paylı tarım arazileri de diğer tarım arazileri ile sınırdaş olarak değerlendirilir. Paylı mülkiyette paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malikin haklarına sahip olduğuna göre, her bir paydaş sınırdaş araziler için önalım hakkını kullanabilir. 5403 sayılı Kanun’da paylı mülkiyete tabi tarım arazilerinde paydaşların sınırdaş tarım arazileri için önalım hakkını kullanmalarını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. 5403 sayılı Kanun’un sınırdaş maliklerin önalım hakkına ilişkin 8/İ maddesi, konuluş amacının tarım arazilerinin büyümesini sağlamak olduğu dikkate alınarak yorumlanmalı ve tek kişi mülkiyetinde bulunan tarımsal arazi malikleri yanında paylı mülkiyete tabi tarımsal arazi paydaşlarının da sınırdaş tarımsal araziler için önalım hakkını kullanabilecekleri sonucuna varılmalıdır. Kanun’a aykırı Talimat olamaz, aksi durum normlar hiyerarşisine ve idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturur. Bu nedenle, söz konusu Talimat’ın bu düzenlemesinin idari veya yargısal yönden iptali gerekmektedir. Ne var ki, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 29.3.2018 T., 2016/1445 E., 2018/2496 K. sayılı kararında¹¹⁷ Talimat’ın bu düzenlemesinden söz edilmemekle birlikte, davacının paylı mülkiyete tabi sınırdaş tarımsal arazinin paydaşı olup taşınmazın tamamına malik olmadığından davalıya satılan taşınmazı devraldığı takdirde toprak bütünlüğünün sağlanamayacak olması nedeniyle önalım hakkını kullanmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Söz konusu kararın hukuka aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Zira yukarıda

¹¹⁷ Yargıtay 14. HD., 29.3.2018 T., 2016/1445 E., 2018/2496 K. sayılı karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-hukuk-dairesi-e-2016-1445-k-2018-2496-t-29-3-2018>, (Erişim Tarihi: 15.01.2020).

belirttiğimiz gibi, paylı mülkiyette birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olduğuna (TMK m. 688/1) ve paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malikin haklarına sahip olduğuna göre (TMK m. 688/3, c. 1), paylı mülkiyete tabi tarımsal arazide paydaşlardan her biri sınırdaş tarımsal arazi için 5403 sayılı Kanun'a göre önalım hakkını kullanabilir. Yine konuya ilişkin İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin 23.10.2018 T., 2018/343 E., 2018/1135 K. sayılı kararında¹¹⁸ da Talimat'ın söz konusu düzenlemesinden söz edilmemekle birlikte, paydaşların sınırdaş tarımsal araziler için önalım hakkını kullanamayacakları sonucuna varılmıştır. Söz konusu kararda özetle, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinde önalım hakkına sahip oldukları öngörülen "sınırdaş tarımsal arazi malikleri"nin sınırdaş arazinin tüm malikleri yani paydaşları olduğu, paylı maliklerin tek başına bu davayı açma olanağı bulunmadığı, paydaşların tek başına açtığı davada önalım hakkına dayanamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu kararın da hukuka aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Kanaatimizce, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasında geçen "sınırdaş tarımsal arazi malikleri" ifadesi, sınırdaş arazinin tüm malikleri yani paydaşları şeklinde yorumlanamaz. Tarımsal arazi üzerinde tek kişi mülkiyeti veya birlikte mülkiyet bulunabilir. Tarımsal arazi üzerindeki birlikte mülkiyet de, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti şeklinde gerçekleşebilir. Paylı mülkiyette paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahiptir (TMK m. 688/3, c. 1). Dolayısıyla paylı mülkiyete tabi bir tarımsal arazide paydaşlardan her biri sınırdaş malik sıfatıyla önalım hakkına sahiptir. Bu nedenle paydaşlardan her biri tek başına önalım davasını açabilir. Paylı mülkiyete tabi sınırdaş tarım arazilerinde önalım davasını paydaşların tamamının birlikte açma zorunlulukları bulunmamaktadır. Birlikte dava açma zorunluluğu, elbirliği mülkiyetinde bulunan tarımsal arazilerde ortaklar için söz konusudur. Birlikte dava açma zorunluluğunun bulunduğu elbirliği mülkiyetine tabi tarımsal arazilerde önalım davasının yalnızca ortaklardan biri tarafından açılması halinde de, mahkemece davanın hemen reddedilmemesi, davacıya diğer mecburi dava arkadaşlarının davaya katılmalarını veya muvafakat etmelerini sağlamak üzere süre verilmesi gerekir¹¹⁹.

¹¹⁸ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD., 23.10.2018 T., 2018/343 E., 2018/1135 K. sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 07.05.2020).

¹¹⁹ **Kuru**, İstinaf, s. 486; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 477; ayrıca bkz. **Pekcanitez**, Cilt I, s. 711; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 330, 331; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 547, 548.

b. Önalım Davasında Davalı

Önalım davası alıcıya karşı dava açılarak kullanılacağına göre (TMK m. 734/1), sınırdaşlık ilişkisine dayalı önalım davasında davalı, önalım hakkına konu tarımsal arazinin alıcısı 3. kişi yani yeni malikidir¹²⁰. Satış sözleşmesinden sonra tapuya tescil yapılmamışsa, önalım davasının alıcıya karşı değil, mülkiyet henüz kendi üzerinde olduğu için satıcıya karşı açılması gerekir¹²¹. Ancak uygulamada bu durumla karşılaşılması çok zordur. Zira, uygulamada tapu memurunca düzenlenen resmi satış sözleşmesinin hemen akabinde tescil gerçekleştirildiği için, alıcı mülkiyeti kazanacak ve bu nedenle de önalım davasının davalısı alıcı olacaktır¹²².

Kanaatimizce satışın yanı sıra ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemler de 5403 sayılı Kanun'da düzenlenen sınırdaşlık ilişkisine dayalı yasal önalım hakkı bakımından önalım olayı oluşturduğu için, tarımsal araziye ilişkin ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemin yapılması halinde davalı, tarım arazisini satan malik ile işlemi yapan diğer taraftır.

¹²⁰ **Açıkgöz**, s. 266.

¹²¹ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 617; **Eren**, Yasal Önalım, s. 120; **Eren**, Mülkiyet, s. 423; **Akıntürk**, s. 554; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 558; **Sirmen**, s. 422; **Tekinay**, s. 50; **Taman Şıpka**, s. 145, 146; **Açıkgöz**, s. 267; **Özcan**, s. 119.

¹²² **Eren**, Mülkiyet, s. 423; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 617; **Eren**, Yasal Önalım, s. 120; **Arpacı**, s. 105; **Taman Şıpka**, s. 146. *Arpacı*, Kanun'da yasal önalım davasının alıcıya karşı açılacağına ilişkin düzenlenmesinin isabetli olmadığını ve Kanun'da teorik hata yapıldığını dile getirmektedir. Çünkü her ne kadar uygulamada taşınmazların satışına ilişkin resmi sözleşmenin içinde aynı zamanda tescil talebi de yer aldığı için olayların çoğunda satışın hemen akabinde tescil yani mülkiyetin devri gerçekleşmekteyse de, satış yapılmakla birlikte henüz alıcı adına tescilin yapılmadığı ihtimalde alıcıya karşı dava açılması mümkün değildir, zira alıcı malik olmadığı için onun mülkiyeti devir borcundan ve bu borcun yaptırımı olan hâkim kararından söz edilemeyecektir (bkz. **Arpacı**, s. 105). *Sirmen*, uygulamada satışa ilişkin resmi senette tescil isteminde de bulunduğu için Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinin birinci fıkrasında önalım hakkının alıcıya karşı kullanılacağına belirtilmediğini ifade etmektedir (bkz. **Sirmen**, s. 422). *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, nitekim sözleşmesel önalım hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 242. maddesine göre taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse bu hakkın alıcıya aksi halde satıcıya karşı dava açılarak kullanılacağını belirtmektedir (bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 558). Aynı yönde bkz. **Kırkbeşoğlu**, s. 34. Sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 242. maddesindeki bu düzenleme ile ilgili olarak *Aydoğdu* ise, bu düzenlemeye göre sözleşmeden doğan önalım hakkını tapu siciline şerh edilmiş ve taşınmaz mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse önalım hakkının alıcıya karşı kullanılabileceği, satıcıya karşı açılacak davanın önalım hakkına ve mülkiyete yönelik olmadığı, satıcıya karşı önalım hakkının değil, önalım hakkının kullanılmasını olanaksız hale getirmesi nedeniyle sözleşmeye aykırılık (TBK m. 112 vd.) hükümlerine dayanan bir tazminat davasının açılmasının söz konusu olduğu görüşündedir (bkz. **Aydoğdu**, s. 83, 85, 86).

Öğretide bir görüşe göre¹²³, mülkiyetin Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesi uyarınca tescilden önce kazanıldığı hallerde, mülkiyeti tescilden önce kazanan kimseye karşı da önalım davası açılabilir. Yalnız mülkiyeti bu şekilde kazanan kimse malik olmasını sağlayan belge veya dayanağını tapuya tescil ettirmemiş olabilir. Fakat, önalım davalarında tapu sicil kaydı, gerek davanın görülebilmesi gerekse alınacak kararın yerine getirilmesi bakımından esaslı bir unsur olduğundan, mülkiyeti tescilden önce kazanan kimsenin tapu sicilinde de malik olarak gözükmesi zorunludur. Bu sebeple, eğer davalı olarak gösterilen kişi kendisi doğrudan tapuda gerekli tescil işlemini yaptırmıyorsa, tescili gerçekleştirmesi için davacıya yetki ve süre verilerek sonucuna göre davaya devam edilmesi gerekir. Aksi halde davanın görülebilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce, Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, mülkiyeti tescilden önce kazanan kişiye karşı önalım davasının açılıp açılmayacağı bakımından her bir tescilsiz iktisap halini önalım olayı oluşturup oluşturmadığına göre ayrı ayrı değerlendirerek sonuca varmak gerekir. Buna göre bizce, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı miras, ticari işletme devri, ticaret şirketlerinin birleşmesi, mahkeme kararı, vakfa özgüleme, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap, eşler arasında mal rejimi olarak mal ortaklığının seçilmesi, aile malları ortaklığı, cebri icra, işgal ve kamulaştırma halleri önalım olayı oluşturmayacağından, bu hallerden biri ile tarımsal arazi mülkiyetini tescilden önce kazanan kişiye önalım davası açılmaz. Taşınmaz satış vaadine dayanılarak açılan dava sonunda mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılması ile eğer önalım hakkının kullanılmasını engelleme amacı taşıyorsa taşınmazın ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak konulması halleri ise bize göre de önalım olayı teşkil ettiğinden¹²⁴, bu hallerden biri ile tarımsal arazi mülkiyetini tescilden önce

¹²³ **Özenli**, s. 87, 88; **Köylüoğlu**, s. 160; **Açıkgöz**, s. 270.

¹²⁴ Yalnızca taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılması halinde önalım hakkının kullanılamayacağı, fakat taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanılarak cebri tescil davası açılmış ve mahkemenin vaad alacaklısı lehine verdiği tescil kararı kesinleşmiş ise önalım hakkının kullanılabilmesi yönünde bkz. **Aydoğdu**, s. 48, dn. 177; **Burcuoğlu**, Sözleşmesel Önalım, s. 296; **Özenli**, s. 100; **Taman Şıpka**, s. 61; **Ertas**, s. 394; **Kırkbeşoğlu**, s. 34; **Akalp Demirtabak**, s. 73, 74; **Günay**, s. 28; **Aydın Ünver**, s. 837. Vaad alacaklısı kendi adına tapuda tescil işlemini yaptırdığı zaman önalım hakkının kullanılabilmesi yönünde bkz. **Yavuz**, Cansu, Önalım Hakkının Kullanılmasında Muvazaa, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 61. Tek başına taşınmaz satım vaadi sözleşmesinin de önalım vakıası olarak yeterli olduğu yönünde aksi görüşte ise bkz. **Demirsatan**, s. 918. Önalım hakkını engellemek amacıyla bir taşınmazın anonim veya limited şirkete aynı sermaye olarak konulması halinde, kanuna *YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)*

kazanan kişiye önalım davası açılabilir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse; tescilden önce kazanma hallerinden miras (TMK m. 705/2, m. 716/2, m. 599), ticari işletme devri (TTK m.11/3) ve ticaret şirketlerinin birleşmesinde (TTK m. 153/1), külli halefiyet halleri önalım olayı oluşturmayacağından önalım davası açılmaz. Tescilden önce kazanma hallerinden taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararı ile kazanılması (TMK m. 705/2, m. 716/2), taşınmaz mülkiyetinin vakfa özgülenmesi (TMK m. 105/1), taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılması (TMK m. 713), mal rejimi sözleşmesiyle eşlerin mal rejimi olarak mal ortaklığını seçmeleri halinde ortaklığa giren taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkında eşlerin elbirliği mülkiyeti şeklinde meydana gelen değişiklik (TMK m. 256, m. 716/son), aile malları ortaklığının kurulması halinde ortaklığa getirilen taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkında ortakların elbirliği mülkiyeti şeklinde meydana gelen değişiklik (TMK m. 374, m. 379), cebri icra, işgal ve kamulaştırma ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılması (TMK m. 705/2, m. 716/2), önalım olayı oluşturmayacağından, bu hallere dayanılarak da önalım davası açılmaz. Buna karşılık, mülkiyetin tescilden önce mahkeme kararı ile kazanılması önalım olayı oluşturmazsa da, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılması değil de taşınmaz satış vaadine dayanılarak açılan dava sonunda mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılması (TMK m. 716/1, 2) önalım olayı oluşturacağından, tarımsal arazi mülkiyetini taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak mahkeme kararı ile kazanan kimseye karşı önalım davası açılabilir. Keza ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak taşınmaz konulması (TTK m. 127, m. 128), eğer önalım hakkını engelleme amacı taşıyorsa, ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemin varlığı kabul edilmek suretiyle, önalım olayının gerçekleştiği (TBK m. 240/1), dolayısıyla önalım davasının açılabileceği sonucuna varılmalıdır. Aynı sonuca, kanuna karşı hile ile de varmak mümkündür. Yani, eğer taşınmazın ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak konulması önalım hakkını engelleme amacı taşıyorsa, kanuna karşı hilenin varlığı kabul edilerek önalım davası açılabilir.

karşı hile veya satışa eşdeğer işlem çerçevesinde önalım hakkının kullanılacağı görüşünde bkz. **Aydoğdu**, s. 54; karş. Türk Borçlar Kanunu'nun 240. maddesinin birinci fıkrasında yer alan önalım hakkının satıştan başka ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemde de kullanılacağı hükmünün, paylı mülkiyette payın bir şirkete sermaye olarak konulması halinde önalım hakkının kullanılamayacağı görüşünün savunulabilirliğini güçleştirdiği görüşünde bkz. **Ertaş**, s. 394. Ayrıca bkz. **Okur**, s. 207 vd.
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

4. Önalım Bedeli

Yasal önalım hakkının kullanılmasında önalım olayını doğuran ilişkinin koşulları dikkate alınır¹²⁵. Dolayısıyla, yasal önalım hakkı sahibi, alıcı 3. kişinin koşullarıyla tarımsal araziye sahip olur. Buna göre, önalım hakkını kullanan sınırdaş tarımsal arazi maliki kural olarak, alıcının ödemiş olduğu bedeli ve tapu giderlerini ödeyecektir¹²⁶.

Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinin ikinci fıkrasında, önalım hakkı sahibinin, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre, önalım hakkı sahibi önalım konusu sınırdaş tarımsal arazi mülkiyetinin kendi adına tesciline karar verilmeden önce satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini hâkim tarafından belirlenen süre içinde ve belirlenen yere nakden yatırmakla yükümlüdür. Satış bedeli ve tapu giderlerinin önalım hakkı sahibi sınırdaş malik tarafından yatırılması için hâkimin süre ve yeri belirlediği karara uygulamada “depo kararı” denilmektedir¹²⁷. Satış bedeli ve tapu giderleri yatırıldıktan sonra hâkim tapu kütüğünün önalım hakkı sahibi sınırdaş tarım arazisi maliki lehine düzeltilmesine karar verecektir¹²⁸. Hükümde satış bedeli ve tapu giderlerinin nakden yatırılması öngörüldüğünden, nakit dışında banka teminat mektubu vb. bir güvencenin tevdi ve depo edilmesi yeterli değildir¹²⁹. Bu husus madde gerekçesinde¹³⁰ de açıkça belirtilmiştir.

¹²⁵ Aydoğdu, s. 39; Ayan, s. 407, 408; Ertaş, s. 395; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 615, 616; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 558; Tekinay, s. 53; Akalp Demirtabak, s. 116; Kırkbeşoğlu, s. 116.

¹²⁶ Aydoğdu, s. 39; Ayan, s. 407, 408; Tekinay, s. 51, 52; Yıldız, s. 366; Özenli, s. 118; Günay, s. 58; Şahin, s. 925.

¹²⁷ Aydoğdu, s. 43, 44; Açıkgöz, s. 344; Tekinay, s. 51; Yücel, s. 1330; Kırkbeşoğlu, s. 118; Akalp Demirtabak, s. 118. Ayrıca bkz. Taman Şıpka, s. 205, 206; Yıldız, s. 366 vd.; Köylüoğlu, s. 189.

¹²⁸ Yargıtay İBĞK., 20.6.1951 T., 1949/13 E., 1951/5 K., www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019); Zevkiler/Gökyayla, s. 80; Aydoğdu, s. 44; Açıkgöz, s. 344.

¹²⁹ Aydoğdu, s. 44; Gümüş, Şerhler, s. 140; Eren, Yasal Önalım, s. 123; Eren, Mülkiyet, s. 427; Kırca, s. 1203; Erman, s. 121; Günay, s. 61; Yücel, s. 1330; Kırkbeşoğlu, s. 117, 118; Akalp Demirtabak, s. 118, 119; Açıkgöz, s. 348; Köylüoğlu, s. 192; Tunaboylu, s. 405; Özcan, s. 120; Erkan, Tez, s. 117; Şahin, s. 926; Yaşar, s. 427. Bu yönde bkz. Yargıtay 14. HD., 25.2.2014 T., 2013/14577 E., 2014/2425 K.; Yargıtay 6. HD., 13.9.2005 T., 2005/7267 E., 2005/8094 K. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019). Aynı yöndeki bir karar için bkz. Yargıtay 6. HD., 13.03.2007 T., 2007/13118 E., 2007/2646 K., https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/6-hd-e-2007-13118-k-2007-2646-t-13-03-2007, (Erişim Tarihi: 18.10.2019). Ancak Yargıtay HGK., 17.06.2009 T.,

III. FİİLİ TAKSİMİN SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKLERİNİN YASAL ÖNALIM HAKKINI KULLANMALARINA ETKİSİ

Tarımsal arazilerde fiili taksimin varlığı halinde, paydaşların Türk Medeni Kanunu'na göre, sınırdaş maliklerin ise 5403 sayılı Kanun'a göre önalım hakkını kullanıp kullanamayacakları değerlendirilmeye muhtaçtır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, fiili taksim halinde önalım hakkının kullanımına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Paylı mülkiyette fiili taksim, Yargıtay kararları ile geliştirilmiş bir kurum olup, kararlarda fiili taksimin şartları şu şekilde belirtilmektedir: 1. Yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu bir taşınmazın varlığı, 2. Bu taşınmazın paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmesi, 3. Davacı ve davalıya pay satan paydaşın (veya paydaşların) taşınmazın belirli bir kısmını kullanması¹³¹. Görüldüğü gibi Yargıtay tarafından, fiili taksimin varlığı için her bir paydaşın kullanımına özgülenen bir bölüm aranmamakta, önalım hakkını kullanan davacı paydaş ile payını devreden davalı paydaşın (veya paydaşların) kullanımına özgülenen

2009/6-221 E., 2009/265 K. sayılı aksi yönde bir karar da mevcuttur. Bu kararda; Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmede, önalım hakkı sahibine satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırma yükümlüğü getiren söz konusu hükmün emredici nitelikte olup olmadığı tartışıldığı ve yapılan değerlendirme sonucunda ağırlıklı görüşün anılan hükmün emredici nitelikte olmadığı, bir önalım davasında davalı tarafın açıkça muvafakat etmesi halinde bu yükümlülüğün teminat mektubu sunulmak suretiyle de yerine getirilmesinin mümkün bulunduğu yönünde olduğu belirtilmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019). *Yıldız* da, Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinin ikinci fıkrasında hâkime herhangi bir takdir hakkı verilmediğinden satış parası ile tapu giderleri toplamının nakit olarak depo yerine yatırılması gerektiğini, ancak davacının banka teminat mektubu veya yabancı para ile de depo etmek istemesi ve davalı alıcının da davacının bu talebini açıkça kabul etmesi halinde Türk parası dışında teminat mektubu veya yabancı para ile deponun gerçekleştirebileceğini belirtmektedir (bkz. *Yıldız*, s. 373).

¹³⁰ Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde yer alan ifade şöyledir: "... Önalım hakkı sahibinin depo edeceği bedelin zaman zaman uygulamada sorunlar yaratan ve haksızlıklara yol açan banka teminat mektubu olarak da tevdi edilebilmesine son verilmiştir. Bedelin "nakden" yatırılması koşulu öngörüldüğünden, nakit dışında yapılacak tevdiatlar geçerli kabul edilmeyecektir." Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_4.pdf, s. 222, (Erişim Tarihi: 25.02.2020).

¹³¹ Örnek olarak bkz. Yargıtay HGK., 12.2.2019 T., 2017/14-1763 E., 2019/129 K.; Yargıtay HGK., 6.11.2018 T., 2017/14-1747 E., 2018/1617 K. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019).

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

bölümlerin bulunması yeterli görülmektedir¹³². İstikrar kazanmış Yargıtay uygulamasına göre¹³³, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda paydaşlar arasında fiili taksimin varlığı halinde, paydaşlarca önalım hakkı, (zamanında taksime uygun olarak önalıma konu yerin kullanımına karşı çıkılmaması ve o yerde hak iddia edilmemesi sebebiyle), hakkın kötüye kullanımı oluşturduğu gerekçesiyle, kullanılamaz. Yargıtay, bu sonucu tarımsal arazi niteliğindeki taşınmazlar bakımından da benimsemiştir¹³⁴. Öğretide bir görüş¹³⁵, fiili paylaşım halinde paydaşların önalım hakkını kullanmasına ilişkin olarak bu çözümü benimsemektedir. Yargıtay'ın bu görüşüne katılmayan diğer bir görüşe göre¹³⁶, önalım hakkını kullanan paydaşın dürüstlük kuralına aykırı davrandığının ileri sürülmesinin mümkün olmadığını ve en azından satışın noter aracılığıyla bildirilmesi durumunda fiilen bölünmüş olan taşınmazlarda diğer paydaşların önalım hakkını kullanmalarının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmesi gerekir. Bir başka görüş ise¹³⁷, fiili taksimin bulunduğu her durumda yasal önalım hakkını kullanmanın hakkın kötüye kullanımı oluşturduğunu söylemenin yerinde olmayacağı yönündedir.

¹³² Örnek olarak bkz. Yargıtay 14. HD., 13.3.2019 T., 2018/1565 E., 2019/2313 K.; Yargıtay 14. HD., 22.12.2016 T., 2015/6177 E., 2016/10816 K.; Yargıtay 14. HD., 8.2.2016 T., 2014/16744 E., 2016/1508 K. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019).

¹³³ Örnek olarak bkz. Yargıtay HGK., 12.2.2019 T., 2017/14-1763 E., 2019/129 K.; Yargıtay HGK., 6.11.2018 T., 2017/14-1747 E., 2018/1617 K.; Yargıtay HGK., 9.11.2016 T., 2014/14-1343 E., 2016/1036 K.; Yargıtay HGK., 28.2.2018 T., 2017/14-1761 E., 2018/407 K.; Yargıtay 14. HD., 13.3.2019 T., 2018/1565 E., 2019/2313 K.; Yargıtay 14. HD., 22.12.2016 T., 2015/6177 E., 2016/10816 K. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019).

¹³⁴ Örnek olarak bkz. Yargıtay 14. HD., 20.3.2017 T., 2015/17174 E., 2017/2116 K.; Yargıtay 14. HD., 5.4.2016 T., 2015/17802 E., 2016/4083 K.; Yargıtay 14. HD., 8.2.2016 T., 2014/16744 E., 2016/1508 K. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019).

¹³⁵ **Tekinay**, s. 45; **Eren**, Mülkiyet, s. 419; **Eren**, Yasal Önalım, s. 116; **Özenli**, s. 144, 145; **Özdek**, Yasemin, “Önalımda (Şu’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1985, Cilt: 3, s. 365, 368; **Aydın Ünver**, s. 836; ayrıca bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 615.

¹³⁶ **Kurdoğlu**, Bülent Nuri: “Önalım Davalarında Dürüstlük Kuralı ve Sınırları”, 20.09.2016, <http://bnkurdoglu.blogspot.com/2016/09/on-alim-davalarinda-durustluk-kurali-ve.html?m=1>, (Erişim Tarihi: 14.01.2020).

¹³⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 555, dn. 1206; **Sirmen**, s. 422, dn. 631; **Taman Şıpka**, s. 116-118; **Sayımlar**, Zeynep, “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 1, Yıl: 2015, s. 646; **Köylüoğlu**, s. 95, 96.

Kanaatimizce, her somut olaya göre bir değerlendirme yapılarak fiili taksim halinde yasal önalım hakkını kullanmanın hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olup olmadığı belirlenmelidir. Özellikle, tarımsal arazi niteliğindeki taşınmazlarda fiili taksim büyük önem arz etmektedir. Zira, paylı mülkiyete tabi tarımsal arazi niteliğindeki taşınmazlarda çoğunlukla paydaşlar fiili taksimi gerçekleştirerek arazinin belli bir bölümünü kullanırlar. Bazı yazarlarca haklı olarak belirtildiği gibi, özellikle 5403 sayılı Kanun'da sınırdaş tarımsal arazi malikleri lehine tanınan önalım hakkı, Yargıtay uygulamasının yerinde olmadığını ortaya koymakta ve hukuk mantığına ters düşen bir sonuca yol açmaktadır. Şöyle ki: Yargıtay uygulamasına göre paylı mülkiyete tabi tarımsal arazi fiilen taksim edilmişse, paydaşların fiilen kullandıkları bölüm önalıma konu paya sınırdaş olsa bile, paydaşlar Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkını hakkın kötüye kullanımını oluşturduğu gerekçesiyle kullanamayacak, fakat sınırdaş tarımsal arazi malikleri 5403 sayılı Kanun'a göre önalım hakkını kullanabilecektir¹³⁸. Yargıtay uygulamasına göre, sırf fiili taksimin yapılmış olması sebebiyle neticede maddi olarak bölünmüş olmayan tarımsal arazinin tamamına belli paylarla malik olan paydaşlar, dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle kendi arazilerinde Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkını kullanamayacak, o tarımsal araziye sınırdaş tarımsal arazi maliki 5403 sayılı Kanun'a göre önalım hakkını kullanabilecektir. Halbuki fiili taksim yapılmış olsa da, neticede paylı mülkiyete tabi tarımsal arazide bir bütün olarak tek bir mülkiyet söz konusu olup, her bir paydaş eşyanın her yerinde hak sahibidir¹³⁹. Önemle belirtmek gerekir ki, paylı mülkiyete tabi tarımsal arazilerde payın önalıma konu olması halinde sınırdaş malikler ancak paydaşlardan birinin Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkını kullanmamaları şartıyla önalım hakkını kullanabilmektedir. Fakat fiili taksim halinde, paydaşların Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkını kullanmasının hakkın kötüye kullanımı oluşturduğunun somut olaya göre bir değerlendirme yapmadan peşinen kabul edilmesi, paydaşların Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkını kullanamamaları, buna karşılık, sınırdaş maliklerin 5403 sayılı Kanun'a göre önalım hakkını

¹³⁸ **Kurdoğlu**, <http://bnkurdoglu.blogspot.com/2016/09/on-alim-davalarinda-durustluk-kurali-ve.html?m=1>, (Erişim Tarihi: 14.01.2020); **Özçelik**, Barış, "Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 141, Yıl: 31, Mart-Nisan: 2019, s. 254, (Fiili Taksim), s. 262, 263.

¹³⁹ Aynı yönde bkz. **Kurdoğlu**, <http://bnkurdoglu.blogspot.com/2016/09/on-alim-davalarinda-durustluk-kurali-ve.html?m=1>, (Erişim Tarihi: 14.01.2020).
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

kullanabilmeleri sonucuna yol açacaktır. Oysa, paydaşların Türk Medeni Kanunu'na göre sahip olduğu önalım hakkı, sınırdaş maliklerin 5403 sayılı Kanun'a göre sahip olduğu önalım hakkına göre önceliğe sahiptir. Türk Medeni Kanunu'nda paylı mülkiyette paydaşlara önalım hakkı tanınmasının sebeplerinden biri de tarımsal arazilerin çok fazla bölünmesinin engellenmesidir¹⁴⁰. 5403 sayılı Kanun'un sınırdaş tarımsal arazilerde önalım hakkının kullanılmasıyla erişmek istediği amaca, paydaşlardan birinin Türk Medeni Kanunu'na göre yasal önalım hakkını kullanmasıyla zaten ulaşılmaktadır. 5403 sayılı Kanun, Türk Medeni Kanunu yanında sınırdaş maliklere tarımsal arazilerin bölünmesini engelleme ve büyümesini sağlama amacıyla ilave bir önalım hakkı tanımaktadır. Bu nedenle, paylı mülkiyete tabi özellikle de tarımsal arazi niteliğindeki bir taşınmazda, fiili taksim halinde paydaşların önalım hakkını kullanmalarının somut olaya göre bir değerlendirme yapılmadan hakkın kötüye kullanımını oluşturduğunu kabul etmemek gerekir. Bu şekilde, hem Türk Medeni Kanunu'nda paydaşlara önalım hakkı tanınmasının amacına hem de 5403 sayılı Kanun'un amacına ulaşılmış olacaktır¹⁴¹.

IV. ÖNALIM HAKKININ BİRDEN FAZLA SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKİ TARAFINDAN KULLANILMASI A. HAKİMİN TARIMSAL BÜTÜNLÜK ARZ EDEN MALİKE TARIMSAL ARAZİNİN MÜLKİYETİNİ DEVİR ZORUNLULUĞU

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması halinde hâkimin, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar vereceği hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, önalım hakkının birden fazla sınırdaş tarımsal arazi maliki tarafından ileri sürülmesi halinde hâkim, önalım hakkına konu tarımsal arazinin mülkiyetinin bunlardan yalnızca birine devrine karar verecek olup, hâkimin karar verirken göz önünde bulunduracağı kriter, tarımsal bütünlüktür.

Önalım hakkı tek bir sınırdaş tarımsal arazi maliki tarafından kullanıldığında, hâkim tarımsal bütünlüğe ilişkin bir inceleme

¹⁴⁰ Ayan, s. 385; Sayımlar, s. 629.

¹⁴¹ Bkz. ve karşı. Kurdoğlu, <http://bnkurdoglu.blogspot.com/2016/09/on-alim-davalarinda-durustluk-kurali-ve.html?m=1>, (Erişim Tarihi: 14.01.2020); Özçelik, Fiili Taksim, s. 262, 263.

yapmayacak¹⁴², sadece önalım hakkının ileri sürülebilmesi için aranan unsurların bulunup bulunmadığını inceleyecek ve eğer bu unsurlar bulunuyorsa davanın kabulü ile tarımsal arazinin mülkiyetinin davacı önalım hakkı sahibine devrine karar verecektir. Hâkim önalım hakkının ileri sürülebilmesi için gerekli unsurların bulunup bulunmadığına ilaveten tarımsal bütünlüğe ilişkin değerlendirmeyi, yalnızca önalım hakkının birden fazla sınırdaş tarımsal arazi maliki tarafından kullanılması halinde yapacaktır. Ayrıca, yapılacak tarımsal bütünlük değerlendirmesinde yalnızca önalım hakkına sahip olmakla birlikte bu hakkını ileri süren sınırdaş malikler dikkate alınacaktır. Zira, önalım hakkına sahip sınırdaş malikler önalım hakkını ileri sürüp sürmemekte tamamen serbesttir.

Erişebildiğimiz konuya ilişkin bazı Yargıtay kararları¹⁴³ ise, tarımsal bütünlük arz etmenin yalnızca önalım hakkının birden fazla sınırdaş tarımsal

¹⁴² Aynı yönde bkz. **Canarslan**, s. 15.

¹⁴³ Yargıtay 14. HD., 12.2.2019 T., 2018/2908 E., 2019/1158 K. sayılı kararda, “... davanın 417 numaralı taşınmazı ile davalının 418 numaralı taşınmazının sınırdaş olup olmadığı, fen bilirkişisine tespit ettirilip usulüne uygun anlaşılabilir şekilde krokide göstermesi istenilmeli, dava konusu taşınmazların fiili kullanım durumlarına göre tarımsal arazi niteliği taşıyıp taşımadıkları tespit ettirilerek tarımsal bütünlük sağlanıp sağlanmadığı hususlarında ayrıntılı, denetime uygun rapor alınmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. ...”; Yargıtay 14. HD., 17.1.2019 T., 2016/3990 E., 2019/486 K. sayılı kararda, “... davacıya ait 1714 parsel sayılı taşınmaz ile davalı tarafından satın alınan 1709 parsel sayılı taşınmazın sınırdaş olduğu anlaşılmaktadır. ... Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş ise de 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesine göre, 1714 ve 1709 parsel sayılı taşınmazların aralarında tarımsal bütünlük olup olmadığı mahallinde yeniden keşif yapılarak, bilirkişi marifetiyle araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken ...” Yargıtay 14. HD., 9.1.2019 T., 2016/3914 E., 2019/193 K. sayılı kararda, “... Somut olayda, dava konusu 713 ve 714 parsel sayılı taşınmazların dava dışı hissedarları tarafından 28.08.2014 tarihinden paylı olarak davalılara satış yoluyla devredildiği, davacının 715 parsel sayılı taşınmazın tam hisse ile maliki olduğu ve davacıya ait taşınmaz ile komşu parselleri gösterir pafta ve kroki örneğine göre, davacıya ait 715 parsel sayılı taşınmaz ile davalılarca satın alınan 714 parsel sayılı taşınmazın sınırdaş olduğu; 715 parsel sayılı taşınmazın 713 parsel sayılı taşınmaz ile sınırdaş olmadığı ancak 713 ile 714 parsel sayılı taşınmazların bitişik olduğu anlaşılmaktadır. ... 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda öngörülen bütünlük tarımsal bütünlük olup, fiziki ve maddi bütünlük değildir. ... Mahkemece yapılması gereken iş; ziraat mühendislerinden oluşan 3 kişilik bilirkişi heyeti ile mahallinde yeniden keşif yapılarak, 715 ve 713 parsel sayılı taşınmazların arasında bulunan 714 parsel sayılı taşınmazın, 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/İ maddesine göre, davacıya ait 715 parsel sayılı taşınmaz ile mi yoksa davanın reddi ile davalılarda kalmasına karar verilen 713 parsel sayılı taşınmaz ile mi arazi bütünlüğü sağladığının saptanması; 713 sayılı taşınmaz ile arazi bütünlüğünü sağladığını tespiti halinde davanın reddine, 715 parsel sayılı taşınmaz ile arazi YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

arazi maliki tarafından kullanılması halinde değil, tek bir sınırdış tarımsal arazi maliki tarafından kullanılması halinde dahi aranması gerektiği yönündedir. Kanaatimizce, söz konusu Yargıtay kararları hukuka aykırıdır. Zira, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, tarımsal arazilerin satılması halinde sınırdış tarımsal arazi maliklerinin de önalım hakkına sahip olduğu, üçüncü cümlesinde ise, önalım hakkına sahip birden fazla sınırdış tarımsal arazi malikinin bulunması halinde hâkimin, tarımsal bütünlük arz eden sınırdış arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar vereceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, tek bir sınırdış tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanabilmesi için, geçerli bir önalım olayının gerçekleşmesi ve önalıma konu tarımsal araziye sınırdış arazi maliki olmasının yeterli olduğu, kanun koyucunun buna ilaveten maliki olunan tarımsal arazinin önalıma konu tarımsal arazi ile tarımsal bütünlük oluşturmasını aramadığı sonucuna varılmalıdır. Bu sonuç, hükmün amacına da uygundur. Hükmün amacı, önalım olayına konu tarımsal araziye sınırdış tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınarak arazilerin büyümesini sağlamaktır. Tek bir sınırdış tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması halinde bu amaca ulaşılmaktadır. Birden fazla sınırdış tarımsal arazi malikinin önalım hakkını kullanması halinde ise, hangi sınırdış malike önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyeti devredilirse devredilsin araziler büyüyecektir, ancak kanun koyucu bunlar içinden tarımsal bütünlük arz eden sınırdış tarımsal arazi malikini tercih etmiştir.

Diğer yandan yukarıda anılan Yargıtay kararlarından ikisi ve Anayasa Mahkemesi'nin 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının iptaline ilişkin istemi reddettiği 30.10.2014 Tarih, 2014/133 E., 2014/165 K. sayılı kararına bakıldığında, yargı organlarınca “tarımsal bütünlük” ile “ekonomik bütünlük” kavramlarının birbiriyle karıştırıldığı ve hatta Yargıtay tarafından 5403 sayılı Kanun'da ve buna dayalı ikincil mevzuatta bulunmayan “tarımsal ekonomik bütünlük” kavramının yaratıldığı ve önalıma konu taşınmazın hangi sınırdış araziyle “tarımsal ekonomik bütünlük” oluşturduğunun teknik olarak tespitinin gerektiğinin belirtildiği görülmektedir¹⁴⁴. Önemle belirtmek gerekir ki, “ekonomik bütünlük” ile

bütünlüğünü sağladığının tespiti halinde ise davanın şimdiki gibi 714 Sayılı parsel yönünden kabulüne karar verilmesi gerekmektedir. ...” Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019).

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 30.10.2014 Tarih, 2014/133 E., 2014/165 K. sayılı kararında, “Kanun koyucu, önalım hakkının birden fazla sınırdış malik tarafından kullanılması durumunda arazinin mülkiyetinin kime devredileceğini belirleme yetkisini hâkime bırakmakla birlikte, bu konuda hâkimi tamamen serbest bırakmamış, taşınmazın tarımsal
YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)

“tarımsal bütünlük” birbirinden farklı kavramlardır¹⁴⁵. Dolayısıyla, bunlara ilişkin yapılacak değerlendirmeler de birbirinden farklıdır. “Ekonomik bütünlük”, mülkiyeti aynı kişiye ait tarımsal araziler arasında tarımsal üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olarak işletildiği Bakanlıkça tespit edilen arazileri ifade eden bir kavramdır¹⁴⁶. Aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazi aralarında belli bir mesafe olsa bile, belirlenen bazı kriterler çerçevesinde ekonomik bütünlük oluşturabilmekte ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü hesaplanırken aynı kişiye ait aralarında ekonomik bütünlük oluşturduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilmekte, yani yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü aralarında ekonomik bütünlük oluşturduğu tespit edilen tarım arazilerinin toplamı ile bulunmaktadır¹⁴⁷.

bütünlük arz eden sınırdaş taşınmaz malikine devrine karar vermekle yükümlü kılmiştir. Dolayısıyla bu davada hâkimin yapacağı inceleme, taşınmazın hangi sınırdaş araziyle ekonomik bütünlük oluşturduğunun tespitinden ibarettir. Hâkimin, taşınmazı, ekonomik bütünlük oluşturan sınırdaş taşınmaz malikine devrine karar vermesinin mülk sahibi aleyhine sonuç doğuracağı söylenemez. ...” denilmiştir. Bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c31a9666-8cc4-4605-b283-7ed5676505a1?excludeGercek=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 08.01.2020). Yargıtay 14. HD., 17.1.2019 T., 2016/3990 E., 2019/486 K. sayılı karara göre, “... 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda öngörülen bütünlük ekonomik bütünlük olup, fiziki ve maddi bütünlük değildir. ... taşınmazın hangi sınırdaş araziyle “tarımsal ekonomik bütünlük” oluşturduğunun teknik olarak tespiti gerekmektedir. ...” Yargıtay 14. HD., 9.1.2019 T., 2016/3914 E., 2019/193 K. sayılı karara göre, “... mahkemece 714 parsel sayılı taşınmazın davacı parseli ile sınırdaş olup ekonomik bütünlük oluşturduğu gerekçesi ile bu parsel yönünden davanın kabulüne ... karar verilmiştir. ... 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda öngörülen bütünlük tarımsal bütünlük olup, fiziki ve maddi bütünlük değildir. ... taşınmazın hangi sınırdaş araziyle “tarımsal ekonomik bütünlük” oluşturduğunun teknik olarak tespiti gerekmektedir. ...” Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019).

¹⁴⁵ Bu iki kavramın farklı kavramlar olduğuna ilişkin aynı yönde bkz. **Canarşlan**, s. 15.

¹⁴⁶ 5403 sayılı Kanun’da ekonomik bütünlük kavramının tanımına yer verilmemiştir. Ekonomik bütünlük kavramının tanımına 31/12/2014 tarihli ve 29222 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik’in 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer verilmiştir. Söz konusu Yönetmelik için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141231-3.htm>, (Erişim Tarihi: 10.01.2020).

¹⁴⁷ Ekonomik bütünlük tespitine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. söz konusu Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik’in “Ekonomik bütünlük” kenar başlıklı 7. maddesi ile özellikle Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü’nün 03.02.2015 tarihli Tarım Arazilerinde Mülkiyet Devrine İlişkin Uygulama Talimatı’nın Birinci Bölümünde yer alan açıklamalar. Söz konusu Uygulama Talimatı için bkz.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

Değnilmesi gereken karşılaşılması muhtemel bir durum da, tarımsal bütünlük arz eden birden fazla sınırdaş arazi malikinin önalım hakkını kullanması halinde, hâkimin hangi sınırdaş malike önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar vereceğidir. Ne var ki, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinde, önalım hakkına konu tarımsal arazi ile tarımsal bütünlük arz eden birden fazla sınırdaş tarımsal arazinin bulunması halinde hâkimin önalım hakkını kullanan sınırdaş tarımsal arazi maliklerinden hangisine mülkiyetin devrine karar vereceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide bir görüşe göre¹⁴⁸, satılan tarımsal araziye bitişik konumda birden çok tarımsal arazinin varlığı ve bunların tümünün maliklerinin önalım hakkını kullanmaları halinde hâkim, özellikle söz konusu sınırdaş arazilerde yürütölen tarımsal faaliyetin türünü dikkate alarak, tarımsal bütünlük açısından bir değerlendirme yapmalı ve satılan arazinin mülkiyetinin o araziyle aynı türden tarımın yapıldığı bitişik arazi malikine devrine karar vermelidir. Eğer sınırdaş tarım arazileri tarımsal bütünlük açısından eşit durumda bulunuyorlarsa, paylı mülkiyette birden fazla paydaşın önalım hakkını kullanması halinde önalım konusu payın önalım hakkını kullanan paydaşlar arasında eşit bir şekilde paylaştırılacağını öngören 11.6.1947 tarihli ve 5/18 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı¹⁴⁹ doğrultusunda, yeterli geliri tarımsal arazi büyüklüğünün sağlanması şartıyla, satılan arazinin mülkiyetinin de önalım hakkı sahibi arazi maliklerine eşit olarak bölünerek devrine karar verilmelidir. Bir başka

<https://isparta.tarimorman.gov.tr/Belgeler/Arazi%20Edindirme%20%C5%9Eb%20M%C3%BCd/Tar%C4%B1m%20Arazilerinde%20M%C3%BClkiyet%20Devrine%20%C4%B0l%C5%9Fkin%20Uygulama%20Taliimat%C4%B1.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

¹⁴⁸ **Özçelik**, 5403, s. 104.

¹⁴⁹ Yargıtay İBGK., 11.6.1947 T., 1947/5 E., 1947/18 K. sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.11.2019). Bu İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda paylı mülkiyette yasal önalım hakkının birden fazla paydaş tarafından kullanılması halinde paydaşların bu haktan sayılarına göre eşit yararlanacakları ve böylece pay oranları dikkate alınmaksızın önalıma konu pay üzerinde eşit oranda hak sahibi olacakları görüşünde bkz. **Aydoğdu**, s. 59; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 562, 563; **Akıntürk**, s. 555; **Akipek**, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İkinci Kitap Mülkiyet, İkinci Bası, Ankara, 1973, (İkinci Kitap), s. 217; **Özenli**, s. 83; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 79; **Sirmen**, s. 424; **Aybay/Hatemi**, s. 198; **Günay**, s. 46; **Akalp Demirtabak**, s. 102; **Tunaboylu**, s. 30; **Köylüoğlu**, s. 97; **Kırkbeşoğlu**, s. 62, 78, 111, 112; **Özcan**, s. 120. Paylı mülkiyet ilişkisine daha uygun olduğundan paydaşların eşit değıl payları oranında bu haktan yararlanmaları gerektiğı yönünde aksi görüşte bkz. **Tekinay**, s. 165, 166; **Eren**, Yasal Önalım, s. 119; **Eren**, Mülkiyet, s. 416; **Taman Şıpka**, s. 126; **Tekinay**, s. 48; **Ertaş**, s. 396. Ayrıca bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 614; **Ayan**, s. 401.

görüşe göre ise¹⁵⁰, bu durumda farklı olasılıkları ayrı ayrı değerlendirmek gerekmekte olup, öncelikle devredilecek arazinin devri isteyen taşınmaz maliklerine eşit olarak paylaştırılması halinde devri isteyen her bir taşınmaz malikine düşen arazi tarımsal bütünlük arz ediyorsa eşit paylaştırılma yoluna gidilebilir, eşit paylaşım yerine tarımsal bütünlüğün gözetilmesi şartıyla devri isteyen arazi maliklerinin arazileriyle orantılı bir paylaşım da gidilebilir. Devredilecek arazinin tümünün devri ile tarımsal bütünlük arz edecek birden çok sınırdış arazi malikinin devri talep etmesi halinde, Kanun'da bir açıklığın bulunmaması karşısında en yüksek bedeli ileri sürene devrin yapılacağı düşünülürse de bu durumda, satışın artırma ile yapılacağına ilişkin bir hüküm olmadığından, hâkimin kura çekeceği kabul edilebilir.

Kanaatimizce, tarımsal bütünlük arz eden birden fazla sınırdış arazi malikinin önalım hakkını kullanması ve sınırdış tarım arazilerinin tarımsal bütünlük açısından eşit durumda bulunmaları halinde, söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün sağlanması şartıyla, satılan arazinin mülkiyetinin önalım hakkı sahibi arazi maliklerine eşit olarak bölünerek devrine karar verilmelidir. Ancak, önalıma konu tarımsal araziye sınırdış birden fazla tarımsal arazi mevcut olduğunda, hâkim tarımsal bütünlük değerlendirmesini, önalım hakkını sınırdış maliklerin tümünün değil birden fazlasının kullanması halinde yapacaktır. Yalnız bu noktada, satılan tarımsal arazinin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü sağlayacak şekilde eşit olarak bölünmemesi ihtimalinde, sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği sorusu akla gelmektedir. Bu durumda farklı ihtimallerle karşılaşılabilir olup, her somut olayda önalım hakkını kullanan sınırdış maliklerin tarımsal arazilerinin yeter geliri sağlayıp sağlamadığına göre bir değerlendirme yapmak ve satılan arazinin bölünmeden mülkiyetinin hangi sınırdış malike devredileceğine karar vermek gerekir. Bu değerlendirmede de önalım hakkını kullanan sınırdış maliklerden, zaten arazisi yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü sağlayanlara göre, satılan arazinin mülkiyetini devraldığında arazi varlığını yeter gelire ulaştıracak olan sınırdış arazi maliki tercih edilmelidir. Buna göre de hâkim, önalım hakkını kullanan sınırdış maliklerden, satılan arazinin mülkiyetini devraldığında mevcut arazi varlığını yeter gelire ulaştıracak olan sınırdış malike, önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar vermelidir. Böylece en azından bir yeter gelirli arazi daha tarıma kazandırılmış ve kamu yararına katkıda

¹⁵⁰ Şen Doğramacı, s. 86.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

bulunulmuş olacaktır. Yapılacak değerlendirmede, önalım hakkını kullanan maliklerin satılan araziye sınırdış olan dışında onunla ekonomik bütünlük teşkil eden diğer tarımsal arazi veya arazilerinin de göz önünde tutulacağını unutmamak gerekir. Eğer önalım hakkını kullanarak arazi varlığını yeter gelire ulaştırabilecek birden fazla sınırdış malik bulunuyorsa, bu durumda hâkim önalım hakkını kullanan sınırdış maliklerden tarımsal arazisini, hatta varsa onunla ekonomik bütünlük arz eden tarımsal arazileri de değerlendirildiğinde arazi varlığını, en büyüğe ulaştıracak olan sınırdış malike önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar vermelidir. Zira, önalıma konu tarımsal arazi ile birleştiğinde oluşan daha büyük yeter gelirli tarımsal arazi diğerlerine göre tarımsal üretimi ve ekonomik verimliliği daha olumlu yönde etkileyecek, bu da kamu yararına katkı sağlayacaktır. Eğer önalım hakkını kullanan sınırdış maliklerin tümü yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne sahipse, bu durumda yine aynı mantıkla önalım hakkını kullanarak en büyük arazi varlığını elde edecek olan sınırdış malik tercih edilmeli ve hâkim tarafından önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin ona devrine karar verilmelidir.

B. TARIMSAL BÜTÜNLÜK KAVRAMI

“Tarımsal bütünlük” kavramı tanımlanmaya muhtaç bir kavramdır. Ancak, 5403 sayılı Kanun’da tarımsal bütünlük kavramı tanımlanmamıştır. 5403 sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin gerekçesinde de tarımsal bütünlük kavramına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik’in¹⁵¹ 3. maddesinin (v) bendinde “tarımsal arazi kullanım bütünlüğü” kavramı tanımlanmıştır. Söz konusu tanıma göre tarımsal arazi kullanım bütünlüğü; “*Tarım arazisinin tarım dışı amaçlı kullanım taleplerinde imarlı alana, karayoluna, köy/mahalle ulaşım yollarına veya tarım dışı alana sınırdış olmayan, çevresinde bulunan arazilerin tamamı tarımsal üretimde kullanılan arazileri*” ifade eder. 26.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı’na bakıldığında, “tarımsal arazi kullanım bütünlüğü” ile “tarımsal bütünlük” kavramlarının birbiri yerine kullanılan kavramlar olduğu anlaşılmaktadır¹⁵². Söz konusu Talimat’ın 9.

¹⁵¹ RG. 9/12/2017 T., 30265 S. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171209-3.htm>, (Erişim Tarihi: 10.01.2020).

¹⁵² Bkz. Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı, <https://www.tarimorman.gov.tr/TRGM/Belgeler/Talimatlar%20ve%20Y%C3%B6netmelikler/Tar%C4%B1m%20Arazilerinin%20Korunmas%C4%B1%20Kullan%C4%B1>
YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)

maddesinin dördüncü fıkrasında ise, “... Planlı alana, karayoluna, köy/mahalle ulaşım yollarına veya tarım dışı alana sınırdaş olan arazilerde tarımsal arazi kullanım bütünlüğü bulunmamaktadır. Ancak, çevresinde bulunan tarım arazilerinin tamamının bitkisel üretime uygun olması halinde mevcutta bitkisel üretim yapılmasa dahi tarımsal bütünlük bulunduğu kabul edilir.” denilmiştir.

Öğretide, 5403 sayılı Kanun’un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasındaki söz konusu düzenleme ile tarımsal bütünlüğün nitelik olarak mı, kullanım tarzı olarak mı, yoksa miktar/nicelik olarak mı arandığının Kanun’da açıklanmadığı dile getirilmiştir¹⁵³. Bu noktada bir yazar¹⁵⁴, tarımsal bütünlükten kastın miktar mı tarımsal faaliyet türü mü olduğunun açık olmadığını, bu konunun hâkimin takdirine bırakıldığını belirtmektedir. Ancak birçok yazar¹⁵⁵, aynı türden tarımsal faaliyetin yürütüldüğü tarımsal arazilerin tarımsal bütünlük arz ettiğini ifade etmektedir. Aynı tür tarımsal faaliyete örnek olarak, zeytinlik gibi dikili tarım arazisi olan önalıma konu tarımsal araziye sınırdaş arazinin bir zeytinlik olması gösterilmektedir¹⁵⁶. Bir yazar da¹⁵⁷, tarımsal bütünlüğün üretim faaliyetine ilişkin olduğunu, üretim faaliyetinde benzer tarım ürünlerinin yetiştirilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini, açılan davada hâkim tarafından takdir yetkisinin kullanılacağını, ancak bu yetkinin sınırını tarımsal bütünlük gösteren arazinin çizeceğini belirtmektedir.

Kanaatimizce, Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik ve bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasına açıklık getirmek ve ülke genelinde uygulama birlikteliğini sağlama amacını taşıyan Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı karşısında, önalıma konu tarımsal arazi ile önalım hakkını kullanan sınırdaş maliklerden hangisinin tarımsal arazisinde aynı türden tarımsal faaliyet yapılıyorsa veya benzer tarım ürünleri yetiştiriliyorsa onun tarımsal bütünlük arz ettiği sonucuna varmak mümkün değildir. Bu bağlamda örneğin, önalıma konu tarımsal arazi maliki pamuk yetiştiriyor, önalım hakkını kullanan birden fazla sınırdaş malikten biri zeytin, biri tütün, biri pamuk yetiştiriyorsa, pamuk yetiştirilen tarımsal

Imas% C4% B1% 20Ve% 20Planlanmas% C4% B1na% 20Dair% 20Uygulama% 20Talimat% C4% B1.pdf, özellikle söz konusu Talimat m. 9/4 ve. m. 14/2, (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

¹⁵³ Adıgüzel, s. 128; ayrıca bkz. Saray Türe, s. 17.

¹⁵⁴ Saray Türe, s. 17.

¹⁵⁵ Özçelik, 5403, s. 104; Adıgüzel, s. 128; Şahin, s. 909, 910.

¹⁵⁶ Adıgüzel, s. 128; Şahin, s. 910.

¹⁵⁷ Canarlan, s. 14, 15.

arazi ile önalıma konu tarımsal arazinin tarımsal bütünlük arz ettiği söylenemeyecektir. Yine örneğin, önalıma konu tarımsal arazi maliki turunçgillerden portakal yetiştiriyor, önalım hakkını kullanan birden fazla sınırdaş malikten biri pamuk, biri limon yetiştiriyorsa, limon yetiştirilen tarımsal arazi ile önalıma konu tarımsal arazinin tarımsal bütünlük arz ettiği kabul edilemeyecektir. Anılan Yönetmelik ve Talimat'a bakıldığında, 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinde geçen tarımsal bütünlük kavramının, önalıma konu tarımsal arazi ile sınırdaş tarımsal arazide aynı tür tarımsal faaliyetin yürütülmesi ile bir ilgisi bulunmadığı görülmektedir. Aynı anlama gelmek üzere, 5403 sayılı Kanun'da "tarımsal bütünlük", Yönetmelikte "tarımsal arazi kullanım bütünlüğü", Talimatta ise, "tarımsal arazi kullanım bütünlüğü" ile "tarımsal bütünlük" kavramları kullanılmıştır. Ancak mevzuatta aynı anlamda farklı terimlerin kullanılması terminolojik açıdan uygun olmamıştır. 5403 sayılı Kanun'da "tarımsal bütünlük" kavramı tercih edildiğine göre, ikincil mevzuatın da buna uygun olması gerekir. Diğer yandan, Yönetmelikte verilen tanım ile Talimatta yer alan açıklama aynı gibi gözükse de, dikkatli incelendiğinde aralarında önemli bir farklılığın bulunduğu göze çarpmaktadır. Zira Yönetmelikte verilen tanımda arazinin tarımsal bütünlük arz etmesi için çevresinde bulunan arazilerin tamamının tarımsal üretimde kullanılması aranmışken, Talimatta ise çevresinde bulunan tarım arazilerinin tamamının bitkisel üretime uygun olması halinde mevcutta bitkisel üretim yapılmaya dahi tarımsal bütünlük bulunduğunun kabul edileceği belirtilmiştir. 5403 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde verilen tarım arazisi tanımında, halihazırda tarımsal üretim yapılan araziler yanında tarımsal üretim yapılmaya uygun olan veya tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen arazilerin de tarımsal arazi sayılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, tarımsal bütünlük kavramına ilişkin Talimatta yer alan açıklama, 5403 sayılı Kanun'a uygun iken, Yönetmelikte verilen tanım 5403 sayılı Kanun'a aykırıdır. Bu bağlamda kanaatimizce, planlı alana, karayoluna, köy/mahalle ulaşım yollarına veya tarım dışı alana sınırdaş olmayan, çevresinde bulunan arazilerin hepsi halihazırda tarımsal üretim yapılmaya bile, tarımsal üretime uygun olan tarımsal arazilerin tarımsal bütünlük arz ettiği kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere, tarımsal bütünlük kavramının tanımına 5403 sayılı Kanun'da yer verilmemekle birlikte, kavram ikincil mevzuatta tanımlanmıştır. Tarımsal bütünlüğe ilişkin söz konusu hükümde kural içi boşluk bulunmamaktadır¹⁵⁸ ve dolayısıyla hâkimin takdir yetkisini

¹⁵⁸ Kural içi boşluk/Hüküm içi boşluk kavramına ilişkin bilgi için bkz. **Edis**, Seyfullah, *YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)*

kullanması söz konusu değildir. Söz konusu hükümde yer alan “karar verir” şeklindeki ifadeden hükmün emredici nitelikte olduğu anlaşılmakta ve bu ifade hükümde hâkime takdir yetkisi tanınmadığını ortaya koymaktadır.

SONUÇ

5403 sayılı Kanun’un “Önalım hakkı” kenar başlıklı 8/İ maddesi incelendiğinde, tarımsal arazilere ilişkin iki yeni yasal önalım hakkının getirildiği görülmektedir. Ancak söz konusu maddenin birinci fıkrasında terekede bulunan tarımsal arazinin mülkiyeti hakkında mirasçılar tarafından Kanun’un 8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer ortaklara tanınan yasal önalım hakkının hukuken doğması ve dolayısıyla uygulama alanı bulması mümkün değildir. Gerek aile malları ortaklığı gerekse kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulması halinde elbirliği mülkiyeti söz konusu olup, paylı mülkiyetten farklı olarak ortakların üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri farazi bir pay dahi bulunmadığından, söz konusu maddenin birinci fıkrasında getirilen yasal önalım hakkının bir anlamı bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bu düzenlemede ortaklardan birinin payını satması ile kastedilen, miras ortaklığında olduğu gibi, paylaşmada oluşturulacak ve kendisine tasfiyede tahsis edilecek payın satışıdır.

Satış gerçekleştiği sırada mevcut olan taşınmazın bütünleyici parçaları, sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin önalım hakkının kapsamına dahilken, satış gerçekleştikten sonra alıcı tarafından taşınmaza eklenen bütünleyici parçalar önalım hakkının kapsamına dahil değildir. Ancak kanaatimizce, satış gerçekleştikten sonra alıcı tarafından taşınmaza eklenen bütünleyici parçaların hukuken ondan ayrılmasının mümkün olmadığını ve alıcının sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvuracağını söylemek her somut olay için mümkün olmayıp, önalıma konu taşınmazın ve bütünleyici parçanın niteliğine göre bir değerlendirme yaparak sonuca varmak gerekir. Örneğin, önalım konusu taşınmaz tarımsal arazi niteliğinde ise ve alıcı tarafından satıştan sonra tarımsal araziye bitki dikilmişse, Türk Medeni Kanunu’nun “Araziye dikilen fidanlar” başlıklı 729. maddesinin kıyasen uygulanması

Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993, s. 132 ve s. 200, 201, 208, 209; **Oğuzman, M. Kemal/Barlas**, Nami, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 18. Bası, İstanbul, 2012, s. 47 ve s. 92-94; **Dural, Mustafa/Sarı**, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 10. Baskı, İstanbul, 2015, s. 137.

gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre de, alıcının diktiği bitkinin taşınır bitki olup olmadığı belirlenmeli, taşınır bitki niteliğinde değilse, Türk Medeni Kanunu'nun haksız yapıya ilişkin hükümleri (TMK m. 722-724), taşınır bitki niteliğindeyse taşınır yapılara ilişkin hükümleri (TMK m. 728) uygulama alanı bulmalıdır.

Asıl şeyden ayrılan doğal ürünlerin önalım hakkının kapsamında yer alıp almadığını, doğal ürünler yarar kavramına dahil olduğuna göre, yararın önalım hakkı sahibine geçtiği ana göre belirlemek gerekir. Kanaatimizce, hâkimin verdiği depo kararı üzerine satış bedelini ve tapu giderlerini yatıran önalım hakkı sahibi sınırdaş malik, tarımsal arazinin mülkiyetinin kendisine intikal etmesi için üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirdiğinden, yararın da, burada Türk Borçlar Kanunu'nun 208. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen durumun gereğinden doğan bir istisnanın bulunduğu kabul edilerek hakkaniyet ve dürüstlük kuralı gereğince, satış bedeli ve tapu giderlerini yatırdığı an, önalım hakkı sahibi sınırdaş malike geçmesi gerekir. Böylece, satış bedeli ve tapu giderlerinin hâkim tarafından belirlenecek süre içinde hâkimin belirleyeceği yere yatırıldığı andan itibaren tarımsal araziden ayrılan doğal ürünlerin mülkiyet hakkı yasal önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi malikine geçmelidir. Yararın kendisine geçmesinden önce önalıma konu tarımsal araziden ayrılan doğal ürünler için ise, önalım hakkı sahibi sınırdaş malik hak iddia edemez. Yararın önalım hakkı sahibine geçişine kadar tarımsal araziden ayrılan doğal ürünlerin maliki alıcıdır ve doğal ürünlerin olgunlaşp olgunlaşmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Yararın önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi malikine geçmesinden itibaren, alıcı tarafından tarımsal araziden ayrılan doğal ürünler sebepsiz zenginleşme oluşturur. Yararın önalım hakkı sahibi sınırdaş tarımsal arazi malikine geçmesinden önce ise, alıcı tarafından tarımsal araziden ayrılan doğal ürünler bakımından alıcı ne sebepsiz zenginleşen ne de haksız zilyettir. Alıcı haklı zilyet olup, tarım arazisine malik olduğu sırada doğal ürünleri devşirmiş ve maliki olmuştur. İyiniyetli haksız zilyedin dahi semereleri tazmin borcu bulunmamaktadır (TMK m. 993/1). Kendisinin malın maliki olduğu kanaatinde olan haksız ama iyiniyetli zilyet dahi elde ettiği malın doğal ürünlerini tazminle yükümlü değilken, malik olduğu sürede tarım arazisinden elde ettiği doğal ürünlerin evleviyetle alıcıya ait olması ve bunlar yönünden kendisinden bir talepte bulunulamaması doğaldır.

Kanaatimizce, satıştan istisna edilmeyen ve satışın kapsamında yer alan bir taşınır eşya olan eklentinin alıcı tarafından satılması halinde meseleyi şöyle değerlendirmek gerekir: Önalım davası açılmadan önce veya önalım

davasında mahkemece verilen kararın kesinleşmesinden önce alıcı haklı zilyet olup, malik sıfatıyla eklentiyi sattığı üçüncü kişi eklentinin mülkiyetini kazanır. Bu durumda önalım hakkı sahibi alıcıya karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak başvurabilir. Önalım davasında alıcının talebi üzerine depo edilecek önalım bedeli belirlenirken satış bedelinden eklentilerin bedeli düşülmelidir. Önalım davasında mahkemece verilen kararın kesinleşmesinden sonra ise davalı alıcı kötüniyetli haksız zilyet olup, tasarruf yetkisine sahip olmadığı fakat emin sıfatıyla zilyet niteliğinde olduğu bu aşamadan itibaren sattığı eklentinin mülkiyetini üçüncü kişi eğer iyiniyetli ise kazanır. Bu durumda önalım hakkı sahibi uğramış olduğu zararı (eklentinin değerini ve eğer varsa uğradığı diğer zararları), kötüniyetli haksız zilyet olan alıcıdan tazmin edebilir (TMK m. 995/1). Eğer üçüncü kişi kötüniyetli ise, önalım hakkı sahibi mülkiyet hakkına dayanarak eklentinin kendisine iade edilmesini üçüncü kişiden isteyebilir. Ancak dilerse, üçüncü kişiden eklentinin iadesini istemek yerine, kötüniyetli haksız zilyedin sorumluluğuna da gidebilir. Diğer yandan, kötüniyetli haksız zilyet alıcının eklentiyi satarak üçüncü kişiden elde ettiği kazanç eğer önalım hakkı sahibinin uğradığı zarardan daha fazla ise, önalım hakkı sahibi Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesi uyarınca zararının tazminini istemek yerine, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak bu zararını aşan alıcının kazancını da talep edebileceğini belirtmek gerekir. Ancak önalım hakkı sahibinin alıcıdan sebepsiz zenginleşme talebinin objektif zenginleşme ile sınırlı olması sebebiyle, sübjektif zenginleşmeyi talep eden önalım hakkı sahibinin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurarak kötüniyetli haksız zilyet alıcının sorumluluğuna gitmesi gerekir.

Önalım olayının mutlaka önalım hakkı sahibine bildirilmesi gerekir. Ancak bildirim hukuki sonuç doğurabilmesi için önalım hakkı sahibinin tam ehliyetli olması gerekir. Eğer önalım hakkı sahibi tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz ise, bildirim yasal temsilciye yapılması gerekir. Kanaatimizce bildirim, önalım hakkı sahibine oy danışmanı atanmışsa önalım hakkı sahibine, yönetim danışmanı atanmışsa yönetim danışmanına, karma danışman atanmışsa karma danışmana yapılması gerekir.

Yenilik doğuran hak niteliğindeki önalım hakkının dava yoluyla kullanılma zorunluluğunu öngören Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme, kanaatimizce isabetsizdir. Önalım hakkının tek taraflı bir irade beyanıyla veya tarafların anlaşmasıyla kullanılmasına ve iradi tescile imkân tanınmamış, önalım hakkı sahibi önalım hakkını dava yoluyla kullanmak zorunda bırakılmıştır. Bu şekilde önalım hakkı sahibi gereksiz yargılama gideri altına sokulmuş ve

mahkemelerin iş yükü gereksiz yere artırılmıştır. Kural olarak, yenilik doğuran haklar dava yoluyla değil, diğer tarafa varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. Alım ve geri alım hakları yenilik doğuran hak olarak tek taraflı irade beyanı ile kullanılıyorken, önalım hakkının kullanılması için dava açma zorunluluğunun getirilmesi yerinde bir düzenleme olmamıştır. Eski Medeni Kanun döneminde de olduğu gibi bir yenilik doğuran hak olan önalım hakkı dava açarak değil, tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilirdi.

Türk Medeni Kanunu'nun 734. maddesinin birinci fıkrası karşısında bir yenilik doğuran hak olan önalım hakkının dava açılarak kullanılması zorunludur. Önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi açtığı bu davada, önalım hakkını kullanmakla mülkiyetin bedeli karşılığında kendi adına tesciline karar verilmesini istemektedir. Bu sebeple bize göre, önalım hakkının dava açılarak kullanılmasıyla, bu hakkın kurucu yenilik doğurucu özelliği gereği davacı ve davalı arasında satış ilişkisi doğar. Hâkimin önalım hakkının kullanılması için gerekli unsurların bulunup bulunmadığını kontrol etmesi neticesinde vereceği davanın kabulü kararının kesinleşmesi ile, mülkiyet kendiliğinden davalı alıcı veya eşdeğer işlemin tarafı 3. kişiden davacı önalım hakkı sahibine geçer, tescil açıklayıcıdır.

Türk Medeni Kanunu'nun 733. maddesinin son fıkrasında, iki yıllık hak düşürücü sürenin satıştan itibaren başlayacağına öngörülmesi yerinde değildir. Zira, iki yıllık hak düşürücü sürenin satıştan itibaren başlaması, önalım hakkının kullanılmasını engellemek için açıklayıcı tescilin iki yıl bekledikten sonra gerçekleştirilmesi durumunda, özellikle bize göre de önalım olayı oluşturan taşınmaz satış vaadine dayanılarak açılan dava sonunda mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılması halinde ve önalım olayı oluşturan diğer tescilsiz iktisap hallerinde, kendisine bildirim yapılmadığı için önalım olayını öğrenemeyen önalım hakkı sahiplerinin önalım hakkını kullanmalarının engellenmesine yol açacaktır. Diğer yandan, bizce de, İsviçre'deki düzenlemeden (İBK m. 216e) farklı olarak, bildirim yapılmaya bile önalım olayının gerçekleşmesinden itibaren iki yıllık hak düşürücü sürenin işlemeye başlayacağına düzenlenmiş olması (TMK m. 733/4; TBK 242), bildirim yükümlülüğü altında olan satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemin taraflarını bildirimde bulunmamaya itebilecek ve kanuna karşı hileye veya kişinin kendi kusurundan hak elde etmesine (hakkın kötüye kullanımına) yol açabilecektir.

Kanaatimizce, 5403 sayılı Kanun'un sınırdaş maliklerin önalım hakkına ilişkin 8/İ maddesi, konuluş amacının tarım arazilerinin büyümesini sağlamak olduğu dikkate alınarak yorumlanmalı ve tek kişi mülkiyetinde

bulunan tarımsal arazi malikleri yanında paylı mülkiyete tabi tarımsal arazi paydaşlarının da sınırdaş tarımsal araziler için önalım hakkını kullanabilecekleri sonucuna varılmalıdır. Uygulamada ise, konuya ilişkin hukuka aykırı kararların verildiği görülmektedir. Diğer yandan, paylı tarım arazileri ile diğer tarım arazilerinin sınırdaş olarak değerlendirilmeyeceğini ve paylı tarım arazilerindeki paydaşların sınırdaş araziler için önalım hakkını kullanamayacaklarını öngören Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün 03.02.2015 tarihli Tarım Arazilerinde Mülkiyet Devrine İlişkin Uygulama Talimatı'nın birinci bölümünün (b) bendinin ikinci paragrafı, Türk Medeni Kanunu ile 5403 sayılı Kanun'a aykırı olup, idari veya yargısal yönden iptali gerekmektedir. Paylı mülkiyette paydaşlar maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olduklarına göre, paylı tarım arazileri de diğer tarım arazileri ile sınırdaş olarak değerlendirilir. Kendi payı bakımından malikin haklarına sahip olduğundan paydaşlardan her biri, sınırdaş tarımsal arazi için 5403 sayılı Kanun'da düzenlenen önalım hakkını kullanabilir.

Kanaatimizce Türk Medeni Kanunu'nun 705. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, mülkiyeti tescilden önce kazanan kişiye karşı önalım davasının açılıp açılmayacağı bakımından her bir tescilsiz iktisap halini önalım olayı oluşturup oluşturmadığına göre ayrı ayrı değerlendirerek sonuca varmak gerekir. Buna göre bizce, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı miras, ticari işletme devri, ticaret şirketlerinin birleşmesi, mahkeme kararı, vakfa özgüleme, olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap, eşler arasında mal rejimi olarak mal ortaklığının seçilmesi, aile malları ortaklığı, cebrî icra, işgal ve kamulaştırma halleri önalım olayı oluşturmayacağından bu hallerden biri ile tarımsal arazi mülkiyetini tescilden önce kazanan kişiye önalım davası açılmaz. Taşınmaz satış vaadine dayanılarak açılan dava sonunda mahkeme kararı ile mülkiyetin kazanılması ile eğer önalım hakkının kullanılmasını engelleme amacı taşıyorsa taşınmazın ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak konulması halleri ise bize göre de önalım olayı teşkil ettiğinden, bu hallerden biri ile tarımsal arazi mülkiyetini tescilden önce kazanan kişiye karşı önalım davası açılabilir.

Yargıtay uygulamasında göre, fiili taksim halinde paydaşların Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkını kullanmasının hakkın kötüye kullanımı oluşturduğunun somut olaya göre bir değerlendirme yapmadan peşinen kabul edilmesi, paydaşların Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkını kullanamamaları, buna karşılık sınırdaş maliklerin 5403 sayılı Kanun'a göre önalım hakkını kullanabilmeleri sonucuna yol açacaktır. Oysa, paydaşların Türk Medeni Kanunu'na göre sahip olduğu önalım hakkı,

sınırdış maliklerin 5403 sayılı Kanun'a göre sahip olduğu önalım hakkına göre önceliğe sahiptir. Türk Medeni Kanunu'nda paylı mülkiyette paydaşlara önalım hakkı tanınmasının sebeplerinden biri de, tarımsal arazilerin çok fazla bölünmesinin engellenmesidir. 5403 sayılı Kanun'un sınırdış tarımsal arazilerde önalım hakkının kullanılmasıyla erişmek istediği amaca, paydaşlardan birinin Türk Medeni Kanunu'na göre yasal önalım hakkını kullanmasıyla zaten ulaşılmaktadır. 5403 sayılı Kanun, Türk Medeni Kanunu yanında sınırdış maliklere tarımsal arazilerin bölünmesini engelleme ve büyümesini sağlama amacıyla ilave bir önalım hakkı tanımaktadır. Bu nedenle, paylı mülkiyete tabi özellikle de tarımsal arazi niteliğindeki bir taşınmazda, fiili taksim halinde paydaşların önalım hakkını kullanmalarının somut olaya göre bir değerlendirme yapılmadan hakkın kötüye kullanımı oluşturduğunu kabul etmemek gerekir. Bu şekilde hem Türk Medeni Kanunu'nda paydaşlara önalım hakkının tanınmasının amacına hem de 5403 sayılı Kanun'un amacına ulaşılmış olacaktır.

Yargı organlarınca “tarımsal bütünlük” ile “ekonomik bütünlük” kavramlarının birbiriyle karıştırıldığı ve hatta Yargıtay tarafından 5403 sayılı Kanun'da ve buna dayalı ikincil mevzuatta bulunmayan “tarımsal ekonomik bütünlük” kavramının yaratıldığı ve önalıma konu taşınmazın hangi sınırdış araziyle “tarımsal ekonomik bütünlük” oluşturduğunun teknik olarak tespitinin gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. Oysa “ekonomik bütünlük” ile “tarımsal bütünlük” birbirinden farklı kavramlar olup, dolayısıyla bunlara ilişkin yapılacak değerlendirmeler de birbirinden farklıdır.

5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinde önalım hakkına konu tarımsal arazi ile tarımsal bütünlük arz eden birden fazla sınırdış tarımsal arazinin bulunması halinde, hâkimin önalım hakkını kullanan sınırdış tarımsal arazi maliklerinden hangisine mülkiyetin devrine karar vereceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bize göre de, bu durumda paylı mülkiyette birden fazla paydaşın önalım hakkını kullanması halinde önalım konusu payın önalım hakkını kullanan paydaşlar arasında eşit bir şekilde paylaştırılacağını öngören 11.6.1947 tarihli ve 5/18 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün sağlanması şartıyla, satılan arazinin mülkiyetinin önalım hakkı sahibi arazi maliklerine eşit olarak bölünerek devrine karar verilmelidir. Ancak kanaatimizce bu noktada, satılan tarımsal arazinin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü sağlayacak şekilde eşit olarak bölünememesi ihtimalinde sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği sorusu akla gelmektedir. Bu durumda farklı ihtimallerle karşılaşılabilecek olup, her somut olayda önalım hakkını

kullanan sınırdaş maliklerin tarımsal arazilerinin yeter geliri sağlayıp sağlamadığına göre bir değerlendirme yapmak ve satılan arazinin bölünmeden mülkiyetinin hangi sınırdaş malike devredileceğine karar vermek gerekir. Bu değerlendirmede de önalım hakkını kullanan sınırdaş maliklerden, zaten arazisi yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü sağlayanlara göre, satılan arazinin mülkiyetini devraldığı anda arazi varlığını yeter gelire ulaştıracak olan sınırdaş arazi maliki tercih edilmeli, buna göre de hâkim önalım hakkını kullanan sınırdaş maliklerden satılan arazinin mülkiyetini devraldığı anda mevcut arazi varlığını yeter gelire ulaştıracak olana önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar vermelidir. Böylece en azından bir yeter gelirli arazi daha tarıma kazandırılmış ve kamu yararına katkıda bulunmuş olacaktır. Yapılacak değerlendirmede, önalım hakkını kullanan maliklerin satılan araziye sınırdaş olan dışında onunla ekonomik bütünlük teşkil eden diğer tarımsal arazi veya arazilerinin de göz önünde tutulacağını unutmamak gerekir. Eğer önalım hakkını kullanarak arazi varlığını yeter gelire ulaştırabilecek birden fazla sınırdaş malik bulunuyorsa, bu durumda hâkim önalım hakkını kullanan sınırdaş maliklerden tarımsal arazisini, hatta varsa onunla ekonomik bütünlük arz eden tarımsal arazileri de değerlendirildiğinde arazi varlığını, en büyüğe ulaştıracak olan sınırdaş malike, önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar vermelidir. Zira, önalıma konu tarımsal arazi ile birleştiğinde oluşan daha büyük yeter gelirli tarımsal arazi diğerlerine göre tarımsal üretimi ve ekonomik verimliliği daha olumlu yönde etkileyecek, bu da kamu yararına katkı sağlayacaktır. Eğer önalım hakkını kullanan sınırdaş maliklerin tümü yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne sahipse, bu durumda yine aynı mantıkla önalım hakkını kullanarak en büyük arazi varlığını elde edecek olan sınırdaş malik tercih edilmeli ve hâkim tarafından önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin ona devrine karar verilmelidir.

Kanaatimizce, tanımlanmaya muhtaç bir kavram olan “tarımsal bütünlük” kavramının tanımına 5403 sayılı Kanun’da yer verilmemesi yerinde olmamıştır. Keza, 5403 sayılı Kanun’da “tarımsal bütünlük”, Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelikte “tarımsal arazi kullanım bütünlüğü”, Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı’nda ise “tarımsal arazi kullanım bütünlüğü” ile “tarımsal bütünlük” kavramları kullanılarak mevzuatta aynı anlama gelmek üzere farklı terimlerin kullanılması da terminolojik açıdan uygun olmamıştır. 5403 sayılı Kanun’da “tarımsal bütünlük” kavramı tercih edildiğine göre, ikincil mevzuatın da buna uygun olması gerekir. Diğer yandan, anılan Yönetmelikte verilen tanım ile anılan

Talimatta yer alan açıklama aynı gibi gözükse de, dikkatli incelendiğinde aralarında önemli bir farklılığın bulunduğu göze çarpmaktadır. Ancak tarımsal bütünlük kavramına ilişkin anılan Talimatta yer alan açıklama 5403 sayılı Kanun'a uygun iken, anılan Yönetmelikte verilen tanım 5403 sayılı Kanun'a aykırıdır. 5403 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde verilen tarım arazisi tanımı göz önünde bulundurularak planlı alana, karayoluna, köy/mahalle ulaşım yollarına veya tarım dışı alana sınırdaş olmayan, çevresinde bulunan arazilerin hepsi halihazırda tarımsal üretim yapılmaya bile tarımsal üretime uygun olan tarımsal arazilerin tarımsal bütünlük arz ettiği sonucuna varılmalıdır. Emredici nitelikteki 5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi hükmünde kural içi boşluk bulunmamaktadır ve dolayısıyla hâkimin takdir yetkisini kullanması söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar ve Süreli Yayınlar

- AÇIKGÖZ** Osman, Tarım Arazilerinde Yasal Önalım Hakkı (Tarımsal Önalım Hakkı), İstanbul, 2018.
- AKALP DEMİRTABAK**, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul, 2010.
- AKIN**, Mustafa, “Önalım Hakkı Kullanımının Anayasaya Aykırılığı”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 3, Yıl: 2005, ss. 728-734.
- AKINTÜRK**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.
- AKİPEK**, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), İkinci Kitap Mülkiyet, İkinci Bası, Ankara, 1973, (İkinci Kitap).
- ALANGOYA**, H. Yavuz/**YILDIRIM**, M. Kâmil/**DEREN-YILDIRIM**, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 2009.
- ALBAYRAK** Hakan, “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 5, Sayı 10, ss. 43-95.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara, 2015.
- ARPACI**, Abdülkadir, “Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, ss. 89-113.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR** **AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2019.

- ATICI**, Cansu, Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2020.
- AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ankara, 2016.
- AYBAY**, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul, 2012.
- AYDIN ÜNVER**, Tülay, “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145-146, Eylül-Ekim 2016, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, ss. 829-857.
- AYDOĞDU**, Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara, 2013.
- BURCUOĞLU**, Halûk, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, ss. 285-298, (Sözleşmesel Önalım).
- BURCUOĞLU**, Halûk, “Önalım Hakkının Kullanılmasında İki Yıllık Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı Hakkında Önemli Bir Kararın İrdelenmesi”, Prof. Dr. İlhan Ulsan’a Armağan, Cilt III, Ankara, 2016, ss. 179-194, (Hak Düşürücü Süre).
- BUZ**, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.
- CANARSLAN**, Gökçe, Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerin Önalım Hakkı, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 2020, ss. 1-18.
- DEMİRSATAN**, Barış, “Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanıman Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145-146, Eylül-Ekim 2016, ss. 905-946.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul, 2016.
- DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 10. Baskı, İstanbul, 2015.
- EDİS**, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993.

- ERDOĞAN**, Kemal, “Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2016, ss. 123-179.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2014.
- EREN**, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2015, (Borçlar).
- EREN**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2016, (Mülkiyet).
- EREN**, Fikret, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, ss. 103-126, (Yasal Önalım),
- ERKAN**, Vehbi Umut, Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkı (MK. md. 732, 733, 734), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2006, (Tez).
- ERKAN**, Vehbi Umut, “Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Yıl 2014, ss. 269-294, (Anayasa Mahkemesi).
- ERMAN**, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, İstanbul, 2017.
- ERTAŞ**, Şeref, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, İzmir, 2014.
- ESENER**, Turhan/**GÜVEN**, Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2015.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Şuf’a Hakkı, İstanbul, 1959.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Cilt: VIII, Sayı: 2, Cilt: IX, Sayı: 1, ss. 435-453, (Akdi Önalım).
- GÜNAY**, Erhan, Önalım Hakkı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2018.
- GÜRSOY**, Kemal T./**EREN**, Fikret/**CANSEL**, Erol, Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1984.
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.
- HÜSEYİN**, İhsan/**YAŞBEY**, Erhan, “Önalım Hakkının Kullanılması Kapsamında Tapu Memurunun İlgililere Bildirim Yükümlülüğü”, Hasan

Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 19, Ocak 2020, ss. 175-200.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara, 2015.

KIRCA, Çiğdem, “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2002, ss. 1179-1203.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Önalım Hakkı, İstanbul, 2019.

KİZİR, Mahmut, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İkinci Cilt, Cilt: 22, Sayı, 3, İstanbul, 2016, ss. 1773-1796.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPAÇI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul, 2008.

KOÇ, Nevzat, “Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Özel Sayı, 2005, ss. 109-120.

KÖYLÜOĞLU, Egemen, Önalım Davası, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul, 2016, (İstinaf).

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 1, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001, (Cilt).

KURU, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder, Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı), 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara, 2013.

MUŞUL, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012.

NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2015.

NOMER, Haluk Nami/**ERGÜNE**, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku Cilt: II Rehin Hukuku, İstanbul, 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal/**BARLAS**, Nami, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 18. Bası, İstanbul, 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 12. Bası, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 20. Bası, İstanbul, 2017.

- OKUR**, Sinan, “Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2019, ss. 101-158.
- OLCAY**, Avni, Önalım (Şuf'a) Hakkı ve Davaları, İstanbul, 2013.
- ÖNEN**, Ergun, İnşâî Dâva, Ankara, 1981.
- ÖZAY**, Osman Levent, Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara, 2015.
- ÖZCAN**, Zeynep, Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri, Ankara, 2013.
- ÖZDEK**, Yasemin, “Önalımda (Şuf'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1985, Cilt: 3, s. 337-369.
- ÖZEN**, Burak, Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul, 2003.
- ÖZÇELİK**, Barış, “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, Sa. 1, (5403), ss. 87-110, (5403).
- ÖZÇELİK**, Barış, “Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılamayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 141, Yıl: 31, Mart-Nisan: 2019, s. 254, (Fiili Taksim).
- ÖZMEN**, Etem Sabâ/**AYDIN**, Gülşah Sinem, “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 6, Yıl: 2014, ss. 179-215.
- ÖZENLİ**, Soysal, Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, 2. Basım, İstanbul, 1990.
- ÖZTAN**, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2015.
- PEKCANITEZ**, Hakan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, 15. Bası, İstanbul, 2017, (Cilt I).
- PEKCANITEZ**, Hakan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul, 2017, (Cilt II).
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara, 2013.
- RUHİ**, Canan/**RUHİ**, Ahmet Cemal, Önalım Davaları, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2017.

- SAYIMLAR**, Zeynep, “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 1, Yıl: 2015, ss. 627-657.
- SARAY TÜRE**, Sultan Melis, Önalım Hakkı ve Sınırları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- SEBÜK**, Tahir, Şüf'a, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul, 1951.
- SİRMEN**, A. Lâle, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2017.
- ŞAHİN**, Turan, “Paylı Mülkiyette ve 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Kapsamında Yasal Önalım Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi”, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, ss. 906-930.
- ŞEN DOĞRAMACI**, Hayriye, “6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı Cilt: II, Cilt: VIII, Sayı: 2, Yıl: 2016, ss. 69-94.
- TAMAN ŞIPKA**, Şükran, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şüf'a) Hakkı (MK. m. 659) (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları), İstanbul, 1994.
- TANDOĞAN**, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010.
- TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşimci Basım'dan Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul, 2008, (Özel Borç).
- TANRIVER**, Süha, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara, 2016.
- TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, İstanbul, 1988.
- TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Halûk/**ALTOP**, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1989.
- TUNABOYLU**, Müslim, Önalım (Şüf'a) Davaları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2013.
- UMAR**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000.
- YAŞAR**, Mert, “Yeni Medeni Kanunda Önalım Hakkına İlişkin Değişiklikler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”, Yıl: 1, Sayı: 2, ss. 423-434.

YAVUZ, Cevdet/**TOPUZ**, Murat, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan, Özel Sayı, Yıl 2015, Cilt 21, Sayı 2, ss. 663-700.

YAVUZ, Cansu, Önalım Hakkının Kullanılmasında Muvazaa, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

YILDIZ, Ekrem, Önalım Davaları, 2. Bası, İstanbul, 2009.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2013.

YÜCEL, Sevtap, “Önalım Davası”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C: 1, Ankara, 2009.

ZEVKLİLER, Aydın/**GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara, 2016.

II. Elektronik Kaynaklar

KURDOĞLU, Bülent Nuri, “Önalım Davalarında Dürüstlük Kuralı ve Sınırları”, 20.09.2016, <http://bnkurdoglu.blogspot.com/2016/09/on-alim-davalarinda-durustluk-kurali-ve.html?m=1>, (Erişim Tarihi: 14.01.2020).

TAT, Orkun, Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Danışmanlık, İstanbul, 2018, <https://www.lexpera.com.tr/kitaplar/1-3-1-oy-danismani-978-605-152-728-4/1>, (Erişim Tarihi: 14.01.2020).

<https://www.kararara.com/> (Erişim Tarihi: 02.09.2019)

<https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 22.11.2019, 07.05.2020)

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 17.10.2019, 08.01.2020)

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tbmm_internet.anasayfa (Erişim Tarihi: 25.02.2020)

<https://isparta.tarimorman.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.11.2019)

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat> (Erişim Tarihi: 18.10.2019)

<https://www.resmigazete.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.01.2020)

<https://www.tarimorman.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.11.2019)

KISALTMALAR

Bkz./bkz. : Bakınız

c. : cümle

C. : Cilt

dn. : dipnot

E. : Esas

EBK	: Eski Borçlar Kanunu (818 sayılı mülga Borçlar Kanunu)
EMK	: Eski Medeni Kanun (743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi)
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İBGK.	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
Karş./karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
ss.	: sayfa aralığı

**¶ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE
SINIRLAMANIN DAR YORUMU İLKESİ**
(THE STRICT INTERPRETATION OF RESTRICTIONS IN THE EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS)

Dr. Ümit Kılınc * **

ÖZ

Hukukta kurallara istisna getiren hükümler genel olarak dar yoruma tabi tutulur. Bu durum « exceptio est strictissimae interpretationis » deyiminin hukuk alanında kabul edilmesinin bir sonucudur. Bu anlayışın bir sonucu olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde hak ve özgürlüklerin geniş yorumu kural ama bunları sınırlama nedenleri istisna kabul edildiği için, sınırlama nedenleri dar yorum metoduna tabi tutulmaktadır. Bu çalışmanın amacı, bu ilkenin uygulama alanını tespit ettikten sonra, AİHM'in hak ve özgürlüklere yapılan sınırlamaları dar yorum metoduna tabi tutarken hangi ölçütleri dikkate aldığıın araştırılması ve tartışılmasıdır.

***Anahtar Kelimeler:** , AİHM, Sınırlamaların dar yorumu, Askıya alınabilen haklar, Takdir yetkisi teorisi, Pozitif yükümlülük.*

ABSTRACT

In law, the provisions that make exception to the rules are generally subjected to a strict interpretation. This is the result of the adoption of the term « exceptio est strictissimae interpretationis » in the legal field. As a result of this understanding, the rights and freedoms are the rule in the European Convention on Human Rights whereas reasons for limiting them are the exception. As such, the reasons for restricting rights are subject to a strict interpretation method. After determining the application of this principle, the purpose of this study is to examine and discuss what criteria the ECtHR takes into account when subordinating the restrictions on rights and freedoms to the strict interpretation method.

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.04.2020. İlk hakem raporu tarihi: 20.04.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 04.06.2020. Onaylanma tarihi: 04.06.2020.

* Strazburg Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi ve Strazburg Barosu üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0868-0763.

Eser Atf Şekli: Ümit Kılınc, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Sınırlamanın Dar Yorumu İlkesi”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.599-623.

Key Words: ECtHR, Strict interpretation of restrictions, Derogatable rights, Theory of margin of appréciation, Positive obligation.

GİRİŞ

Gerek özel hukukta gerekse kamu hukukunda kurallara istisna getiren hükümler dar yoruma tabi tutulur. Bu durum «*exceptio est strictissimae interpretationis*» deyiminin hukukta kabul edilmesinin bir sonucudur¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi («*AİHS* veya «*Sözleşme*») ile düzenlenen hak ve özgürlükler kural, bunları sınırlama nedenleri ise istisna olarak kabul edilmektedir. Sözleşme’de düzenlenen sınırlamaların dar yorumlanması ilkesi² bu anlayışın bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme sisteminde hak ve özgürlükler kural gereği geniş yorumlanmalarına karşın³, bunları sınırlama nedenleri dar bir şekilde yorumlanmaktadır.

Sözleşmedeki haklar ve bunları sınırlama nedenleri, biri diğerini ortadan kaldıracak şekilde kullanılmamaktadır: sınırlamalar hakları ihlal etmemekte, tam tersine onları tamamlamaktadır. Nitekim Sözleşmeyi kaleme alanlar kurallarla birlikte istisnalarını da öngördüğü için, hakların ve sınırlama nedenlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşme ile tanınan haklar kişisel haklardır ve bu hakların sınırlama nedenlerinin temelinde ise kamu yararı bulunmaktadır⁴. Bireyin hakları ile kamu yararı arasında yapılan denge işleminde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi («*AİHM*» veya «*Mahkeme*») dar yorum metodunu uygular⁵.

¹ TINÇ Mehmet, «*Règles, exceptions, paradigmes, transgressions et cohérence du droit*», Travaux & documents, Université de La Réunion, Faculté des lettres et des sciences humaines, 2012, s. 137 (bu makaleye bu internet adresinden ulaşılabilir : <https://hal.univ-reunion.fr/hal-01913325/document>. Son erişim tarihi : 6.4.2020.

² Bu ilke («*interprétation stricte des restrictions/strict interpretation of restrictions*») yabancı dilden «*sınırlamaların sıkı yorumlanması*» ilkesi olarak çevrilebilir. Ancak, bu şekilde yapılacak çeviri söz konusu ilkenin özünün anlaşılmasına neden olabilir. Bu nedenle yazar, bu ilke için sınırlamanın dar yorumlanması ifadesini tercih etmektedir.

³ Örnek olarak AİHM, Sözleşme’nin 6. maddesi ile koruma altına alınan adil yargılanma hakkının dar yorumlanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir (*Perez/Fransa*, 12 Şubat 2004 tarihli karar, n° 47287/99, § 64). Bu çalışmada kullanılan tüm AİHM kararlarına, Mahkeme’nin resmi internet sitesi üzerinden erişilmiştir (www.echr.coe.int).

⁴ Aynı şekilde bkz., TINÇ, s. 133 ve s. 139.

⁵ Yargıç Loucaides *Amihalachioaie/Moldova* kararındaki (20 Nisan 2004 tarihli karar, no 60115/00) karşı oy yazısında, Sözleşme ile tanınan haklara getirilen sınırlamaların dar ve sıkı bir şekilde yorumlanması ilkesinin tamamen yerleşmiş bir ilke olduğunu belirtmektedir.

Sözleşme'deki haklara getirilen sınırlamaların dar yorumu ile ceza hukukunda var olan ceza yasalarının dar yorumu ilkesi birbirinden tamamen farklıdır. Her iki ilkenin amacının kişilerin hak ve özgürlüklerinin geniş bir şekilde yorumlanması olduğu doğrudur. Aynı şekilde Sözleşme'nin 7. maddesi ile ilgili davalarda AİHM'in, ceza yasalarının dar yorumlanması ilkesini kabul ettiği ve uyguladığı tartışmasızdır⁶. Ancak ceza yasalarının dar yorumlanması ilkesi sadece ceza hukuku alanında geçerli olup, yasallık ilkesi ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkeleriyle sıkı sıkıya bağlıdır⁷. Buna karşın, haklara getirilen sınırlamaların dar yorumunu sadece ceza davalarıyla sınırlayamayız: medeni hukuk ve idare hukuku davalarında ihlal edildiği iddia edilen haklara getirilen sınırlamalar da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁸.

Sözleşme sisteminde sınırlamaların dar yorumlanması ilkesi doğal olarak sınırlamaya tabi olan haklar için geçerlidir⁹. Sözleşme'nin işkence ve her türlü kötü muamaleyi yasaklayan 3. maddesi, kölelik ve zorla çalıştırmayı yasaklayan 4. maddesi ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini düzenleyen 7. maddesi mutlak haklar kapsamında oldukları için sınırlama konusu olamazlar. Buna karşın, Sözleşme metninde açıkça düzenlenmeyen ama içtihatlarla geliştirilen haklar da¹⁰ sınırlanabildikleri için, sınırlama

⁶ TOUILLER Marc, « L'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDLF*, 2014, n°08 (makaleye bu internet adresinden ulaşılabilir : <http://www.revuedlf.com/cedh/linterpretation-strictede-la-loi-penale-et-larticle-7-de-la-cesdh-article/#return-note-4959-6>. Son erişim tarihi : 6.4.2020. Bkz ayrıca, RENUCCI Jean-François, **Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme**, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, ss. 73-74.

⁷ Fransanın Yeni Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 111-4 maddesine göre « [c]eza yasası dar bir şekilde yorumlanır ». Fransa Anayasa Konseyi daha da ileri giderek ceza yasalarının dar yorumlanması ilkesinin anayasal bir ilke olduğunun altını çizmiştir (Fransa Anayasa Konseyi, 16 Temmuz 1996 tarihli karar, no 96-377, § 11 ve 5 Mayıs 1998 tarihli karar, no 98-399, § 8).

⁸ Örnek olarak, birçok hukuk davasında ve idari davada Sözleşme'nin 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13 ve 14. maddeleri ile Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesi uygulanmaktadır.

⁹ Sınırlamaların dar yorumu metodu Avrupa Birliği Adalet Divanı (« ABAD ») tarafından da uygulanan bir kuraldır (TINÇ, s. 138. Örnek olarak, serbest dolaşım hakkının sınırlama nedeni olarak kabul edilen kamu düzeni kavramı ABAD tarafından dar yorumlanmaktadır. Lüksemburg Mahkemesine göre, Avrupa Birliği Hukuku kapsamında ve özellikle temel bir hak olan işçilerin serbest dolaşım hakkının sınırlanma nedeni olan kamu düzeni kavramının dar bir şekilde anlaşılması gerekmektedir (ABAD, *Bouchereau*, 27 Ekim 1977 tarihli karar, no 30/77, §§ 33-35). Daha güncel bir karar için bkz., *Funke Medien NRW GmbH*, 29 Temmuz 2019 tarihli karar, no C-469/17.

¹⁰ Sözleşme'nin 6. maddesinde açıkça düzenlenmeyen ama mahkeme hakkı kapsamında değerlendirilen mahkemeye erişim hakkı bu bağlamda örnek olarak gösterilebilir. Bu hak ile *YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)*

nedenleri dar bir yoruma tabi tutulmaktadır¹¹. Aynı şekilde, Sözleşme’de düzenlenen ve madde metninde herhangi bir sınırlama nedeninin yer almadığı ama sınırlanabilen haklar da dar yorum metoduna tabi tutulabilmektedir¹².

Bu çalışmanın amacı, Mahkeme’nin hak ve özgürlüklere yapılan sınırlamaları dar yorum metoduna tabi tutarken hangi ölçütleri dikkate aldığına araştırılmasıdır. Bu konuda Mahkeme’nin iki ölçütü göz önünde bulundurduğunu ve bu ölçütlerden hareketle, yorumun dar veya geniş olma derecesinin değişebileceğini gözlemlemek mümkündür: ilk olarak dar yorum metodunun uygulanması hak ve özgürlüğün niteliğine (I), ikinci olarak, ise sınırlamanın nedenlerinin niteliğine göre değişmektedir (II).

I. DAR YORUM METODUNDA HAK VE ÖZGÜRLÜĞÜN NİTELİĞİ

AİHM’in dar yorum metodunu uygularken gözönüne aldığı ilk ölçüt, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüğün niteliğidir. Bu konuda Mahkeme, doktrinden farklı olarak¹³, Sözleşme ile korunan haklar konusunda bir hiyerarşi olduğu fikrini reddetmektedir. Ancak, AİHM askıya alınabilir hak ve özgürlükler (A) ile askıya alınamayacak hak ve özgürlükler arasında (B) bir ayırım yapma yoluna gitmekte ve askıya alınamayan haklara getirilen sınırlamaları daha dar yorumlamaktadır.

ilgili ilke kararı için, bkz., AİHM, *Golder/Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975 tarihli karar, no 4451/70.

¹¹ AİHM ayrıca, Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklerden faydalanmak için öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi kriterinin de yumuşak ve geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bu konudaki ilke kararı için, bkz., AİHM, *Akdıvar ve diğeri/Türkiye*, 16 Eylül 1996 tarihli karar, no 21893/93, § 69.

¹² Sözleşme’nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı bu bağlamda örnek olarak gösterilebilir. Bu maddeye göre, « [E]vlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir ». Dikkate edilecek olursa, madde metninde herhangi bir sınırlamadan bahsedilmemektedir. Ancak AİHM içtihatlarında, bu hakkın orantılılık ilkesine uygun bir şekilde sınırlanabileceğini belirtmektedir. Bu hak ile ilgili ilke kararı için, bkz., AİHM, *Frasik/Polonya*, 5 Ocak 2010 tarihli karar, no 22933/02. Aynı şekilde 1 nolu Protokol’ün 3. maddesi ile korunan seçme ve seçilme hakkı bu bağlamda örnek olarak gösterilebilir. Bu konuda bkz., *Matthews/Birleşik Krallık*, 18 Şubat 1999 tarihli karar, no 24833/94.

¹³ DUCOULOMBIER Peggy, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l’Homme*, Kamu hukuku Doktora Tezi, Strasbourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2008, s. 336.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

A. ASKIYA ALINAMAYAN HAKLARIN SINIRLANMA NEDENLERİNE DAR YORUM METODUNUN UYGULANMASI

Sözleşme sisteminde askıya alınabilen haklar ile mutlak haklar aynı anlama gelmemektedir. Sözleşme'nin 15. maddesine göre¹⁴; savaş ve sıkıyönetim halinde yaşam hakkının korunduğu 2. madde, işkence ve kötü muamelenin yasaklandığı 3. madde, kölelik ve zorla çalıştırma yasağının düzenlediği 4. madde ile kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin düzenlendiği 7. madde hiçbir şekilde askıya alınamamaktadır. Ayrıca, aynı suçtan iki defa yargılanamama ve cezalandırılmama hakkının düzenlendiği Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün 4. maddesi de Sözleşme'nin 15. maddesine göre askıya alınamayacak haklar arasında sayılmaktadır.

Ancak yukarıda açıklandığı üzere, Sözleşme'nin 3, 4 ve 7. maddelerindeki haklar sınırlamaya tabii olmayan mutlak haklar olduğu için dar yorum metoduna konu olamazlar. Buna karşın, Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi ile aynı suçtan iki defa yargılanamama ve cezalandırılmama hakkının düzenlendiği Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesi askıya alınabilen haklar olsa da mutlak haklar kapsamında olmadıkları için sınırlanabilmektedir ve sınırlama nedenleri dar yorum metoduna tabi tutulabilmektedir.

Yaşam hakkı konusunda Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrası açıkça, yaşam hakkına yapılan müdahalelerin « mutlak anlamda gerekli » olanı aşmayacak bir güç kullanımını sonucunda meydana gelmesi halinde Sözleşme'ye uygun olacağı belirtilmektedir. Bu güç kullanımı üç durumda söz konusu olabilmektedir: « a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulan bir kişinin kaçmasının önlenmesi; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması ».

Bu sınırlamaların dar yorumu ile ilgili olarak AİHM, bu hakkın temel bir hak olması nedeniyle, ölüm olayının meydana gelme şartlarının dar yorum metoduyla incelenmesi gerektiğini belirtmektedir: « yaşam hakkı temel bir

¹⁴ Sözleşme'nin 15. maddesi savaş ve olağanüstü durumlarında hangi hakların hangi şartlarda askıya alınacağını düzenlemektedir. Buna göre: « 1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez. (...) ».

hak niteliğine sahip olduğu için, meşru bir şekilde öldürme eyleminin meydana geldiği şartlar dar bir yoruma tabidir»¹⁵. Ayrıca Mahkeme'ye göre, yaşam hakkına yapılan müdahaleler çok istisnai durumlarda Sözleşme'ye uygun olabilmektedir zira güç kullanımının meşru olarak kabul edilebilmesi için, öldürme olayına karışan kişinin veya 3. kişilerin yaşamına veya vücut bütünlüklerine yapılan saldırıların yakın ve gerçek olması hususunun hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması gerekmektedir¹⁶.

Sözleşme'nin 2. maddesinde belirtilen güç kullanımının « mutlak anlamda gerekli » olması gerekmektedir. Mahkeme bu gereklilik kavramının Sözleşme'nin 8. 9. 10 ve 11. maddelerinde belirtilen « demokratik toplumda gereklilik » kavramına oranla daha sıkı ve dar bir şekilde yorumlanması gerektiğinin altını çizmektedir. Ayrıca, ölüme neden olan güç kullanımının mutlak anlamda gerekli olmasının yanında « mutlak anlamda orantılı » olması da gerekmektedir. Buradaki orantılılık incelemesi de Sözleşme'nin 8. 9. 10 ve 11. maddeleri ile ilgili davalarda yapılan orantılılık incelemesinden daha dar ve sıkı bir şekilde uygulanmaktadır¹⁷.

Aynı durum, Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesi için de geçerlidir. Bu maddenin ilk fıkrası aynı suçtan iki defa yargılanamama ve cezalandırılmama hakkını düzenlemektedir. İkinci fıkra ise, ilk fıkranın « yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını » engellemediğini belirtmektedir. Dolayısıyla, ikinci fıkra birinci fıkrada belirtilen hakkın, davanın yeniden açılması şeklinde sınırlandırılmasına imkan vermekte ve dolayısıyla da yargılamanın yeniden yapılması bir sınırlama nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mahkeme, davanın yeniden açılmasının sıkı şartlara bağlandığını ve bu şartların dar biçimde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre davanın yeniden açılması, ancak yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya davanın sonucunu etkileyen esaslı bir kusurun varlığı halinde haklı görülebilir. AİHM, davanın yeniden açılması için bu iki şartın istisnai durumlar oluşturduğunu ve üst bir yargı organının uygulamadaki farklılıkları ortadan kaldırmak için yargılamayı yeniden yapmasının

¹⁵ Birçok karar arasından bkz., AİHM, *Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs*, 9 Ekim 1997 tarihli karar, no 25052/94, § 171.

¹⁶ AİHM, *Giuliani ve Gaggio/İtalya*, 24 Mart 2011 tarihli karar, no 25458/02, § 189.

¹⁷ Bu konudaki ilke kararı için, bkz., AİHM, *McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995 tarihli karar, no 18984/91, § 149.

Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesine aykırı olduğunu belirtmektedir¹⁸.

Sözleşme sisteminde askıya alınamayacak haklar diğer haklara oranla daha geniş bir korumadan faydalanmaktadır. Zira bu hakların Avrupa Konseyi'nin kurulmasının temelinde yatan değerlerden olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Dolayısıyla bu haklara getirilen sınırlamalar dar yorum metoduna tabidir. Ancak bu durum, sınırlanabilen ve askıya alınabilen haklara getirilen sınırlamaların dar yorum yöntemine tabi tutulmasını engellememektedir. Tam tersine sınırlamanın dar yorumu metodunu, Sözleşme'nin 5. maddesi ile 8 ve 11. maddeleri arasında öngörülen haklar ile ilgili davalarda da bariz bir şekilde görmek mümkündür.

B. ASKIYA ALINABİLEN HAKLARIN SINIRLANMA NEDENLERİNE DAR YORUM METODUNUN UYGULANMASI

Sözleşme'nin askıya alınabilen ve sınırlanabilen haklardan kişi özgürlüğü ve güvenliğini hakkını düzenleyen 5. maddesinde öngörülen sınırlama nedenleri dar yorum metoduna tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen ve kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasına imkan veren altı neden²⁰ dar bir şekilde yorumlanmaktadır. Bu dar yorum metodu belirtilen nedenler dışında kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasına engel olmasının yanında, bu nedenlerin geniş bir şekilde yorumlanarak kişinin keyfi bir şekilde hürriyetinden mahrum bırakılmasının da önüne geçmektedir²¹.

Mahkemeye göre, bu maddede belirtilen hürriyeti sınırlama nedenleri, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında belirtilen geniş sınırlama nedenlerinden farklıdır. Başka bir deyişle, kişi hürriyeti için öngörülen sınırlama nedenleri, özel hayat ve aile hayatı, din ve vicdan

¹⁸ AİHM, *Mihalache/Romanya*, 8 Temmuz 2019 tarihli karar, no 54012/10, §§ 130-139.

¹⁹ Örnek olarak bkz., AİHM, *Makaratsiz/Yunanistan*, 20 Aralık 2004 tarihli karar, no 50385/99, § 56.

²⁰ Bkz. Sözleşme'nin 5/1 a ve f bentlerinde belirtilen nedenler.

²¹ Bu konuda önemli kararlar şunlardır : AİHM, *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, 18 Haziran 1971 tarihli karar, no 2832/66, 2835/66, 2899/66, § 68; *Winterwerp/Hollanda*, 24 Ekim 1979 tarihli karar, no 6301/73, § 37; *Guzzardi/İtalya*, 6 Kasım 1980 tarihli karar, no 7367/76, § 98; *Witold Litwa/Polonya*, 4 Nisan 2000 tarihli karar, no 26629/95, § 59; *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 19 Şubat 2009 tarihli karar, no 3455/05, § 171; *Velinov/Eski Yugoslavya Cumhuriyeti Makedonya*, 19 Eylül 2013 tarihli karar, no 16880/08, § 49 ve *S. V. ve A./Danimarka*, 22 Ekim 2018 tarihli karar, no 35553/12, 36678/12 ve 36711/12, § 73.

özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve toplanma ile örgütlenme özgürlüğü hakları için öngörülen sınırlama nedenlerine göre daha dar yorumlanmaktadır²².

Sözleşme'nin 8. maddesi ile ilgili davalarda da Mahkeme açıkça, sınırlamaların dar yorum metoduna tabi olduğunu belirtmektedir²³. Aynı tespiti Sözleşme'nin 9. maddesi için de yapmak mümkündür²⁴. Ancak bu iki madde ile ilgili davalarda dar yorum ilkesi çok detaylı bir şekilde işlenmemiştir. Zira Mahkeme, bu davalarda dar yorum metodunun uygulandığını belirtmekle yetinmiştir. Buna karşın dar yorum metodunun, Sözleşme'nin ifade özgürlüğünün korunduğu 10. maddesi ile toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkının korunduğu 11. maddesi ile ilgili davalarda sürekli bir şekilde uygulandığını söylemek mümkündür.

Sözleşme'nin 10. maddesi ile ilgili olarak içtihatlarında Mahkeme, basın²⁵, sanat²⁶ ve politika²⁷ konularında kullanılan ifadelerin, normal sıradan vatandaşın ifadelerine veya ticari konularda kullanılan ifadelere oranla daha geniş bir korumadan faydalandığını belirtmektedir²⁸. Strazburg yargı organı burada, toplum ve kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğüne yapılan sınırlamaları daha dar bir şekilde yorumlamaktadır²⁹.

²² AİHM, *Buzadji/Moldova Cumhuriyeti*, 5 Temmuz 2016 tarihli karar, no 23755/07, § 84.

²³ Bkz. özellikle AİHM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, 6 Eylül 1978 tarihli karar, no 5029/71, § 42; *Rotaru/Romanya*, 5 Nisan 2000 tarihli karar, no 28341/95, § 47; ve *Funke/Fransa*, 25 Şubat 1992 tarihli karar, no 10828/84, § 55.

²⁴ AİHM, *Svyato-Mykhaylivska Parafiya/Ukrayna*, 14 Haziran 2007 tarihli karar, no 77703/01, § 132 ve *Nolan ve K./Rusya*, 12 Şubat 2009 tarihli karar, no 2512/04, § 73.

²⁵ Örnek olarak bkz., AİHM, *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, 26 Kasım 1991 tarihli karar, no 13585/88.

²⁶ Türkiye ile ilgili olması açısından, bkz., AİHM, *Karataş/Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, no 23168/94 ve *Alinak/Türkiye*, 29 Mart 2005 tarihli karar, no 40287/98.

²⁷ Mahkemenin politik tartışmalar konusundaki başlıca ilke kararları şunlardır : AİHM, *Lingens/Avusturya*, 8 Temmuz 1986 tarihli karar, no 9815/82 ; *Incal/Türkiye*, 9 Haziran 1998 tarihli karar, no 22678/93 ; *Jerusalem/Avusturya*, 27 Şubat 2001 tarihli karar, no 26958/95 ve *Jersild/Danimarka*, 23 Eylül 1994 tarihli karar, no 15890/89.

²⁸ Hatta bazı yazarlar daha da ileri giderek bu konuda Mahkemenin bir hiyerarşi oluşturduğunu, basın ve politik konulardaki ifade özgürlüğünün, ticari ve idari konulardaki ifade özgürlüğüne oranla daha üstün ve daha geniş bir korumadan faydalandığını öne sürmüşlerdir (VOYATZIS Panoyatis, **La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression**, Kamu hukuku Doktora tezi, Paris Üniversitesi I - Panthéon Sorbonne, 1999, ss. 127-166).

²⁹ KILINÇ Ümit, **La liberté d'expression en Turquie à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme**, Uluslararası Kamu Hukuku Doktora Tezi, Strasbourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, ss. 59-90 (politikacıların ifade özgürlüğü), ss. 104-106 (sanatçıların ifade özgürlüğü), ss. 117-146 (basın özgürlüğü) ve s. 135.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

Basının ifade özgürlüğü konusunda, her ne kadar 10. madde metninde açıkça basın özgürlüğüne değinilmiyorsa da bu durum basın mensuplarının ifade özgürlüğünden faydalanmayacağı anlamına gelmemektedir. Tam tersine Mahkeme, basına demokratik toplumda ve hukuk devletinde kendine yükletilen « bekçi köpeği »³⁰ rolünü oynayabilmesi için gazetecilerin geniş bir korumadan faydalanması gerektiğini belirtmektedir. Klasik *Handyside* kararında belirtilen ilkelerden faydalanması bir yana³¹ basın, « kamu yararını ilgilendiren konularla ve politik arenada tartışılan sorunlarla ilgili fikir ve düşünceleri yayma görevini görmektedir »³². Bu şekilde, basın özgürlüğü ülkeyi yönetenlerin davranışlarını ve fikirlerini öğrenmek için en iyi yöntemlerden biri olarak kalır³³. Dolayısıyla basın özgürlüğüne ilişkin davalarda sınırlama nedenlerinin dar yorum metoduna tabi tutulması, bu özgürlüğün Sözleşme sistemi içinde gördüğü değer ve demokratik toplumda oynadığı rol ile açıklanabilir³⁴.

Basın özgürlüğü konusundaki dar yorum ilkesini Mahkeme'den önce Eski İnsan Hakları Komisyonu uygulamıştır. Komisyon, basın özgürlüğü konusunda ilke kararlarında olan *Sunday Times* davasında hazırladığı raporda, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinin, evrensel olarak kabul edilen kural gereği dar bir şekilde yorumlanması gerektiğinin altını çizmiştir. Eski Komisyon ayrıca, dar yorum ilkesinin iki anlama geldiğini belirtmiştir: Bunlardan ilki, ifade özgürlüğünün Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinin dışında başka bir nedenle sınırlanmasını engellemek; ikincisi,

³⁰ Örnek olarak, bkz., *Sunday Times/Birleşik Krallık (no 2)*, 26 Kasım 1991 tarihli karar, no 13166/87, § 50.

³¹ « İfade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan birini ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturmaktadır. 10. maddenin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere, ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız veya ilgisiz kabul edilen « bilgi » ve « fikirler » için değil, incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir: bu durum yokluğu halinde « demokratik bir toplumdan » söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. 10. maddede güvence altına alınan bu hak, bazı istisnalara tabi ise de, bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerekir » AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, no 5493/72, § 49 ve *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 26 Nisan 1979 tarihli karar, n° 6538/74, § 65.

³² AİHM, *Lingens/Avusturya*, 8 Temmuz 1986 tarihli karar, no 9815/82, § 41.

³³ İbidem, § 42.

³⁴ AİHM'e göre, basın özgürlüğü hakkı belli bir oranda abartma ve provake etme hakkını da kapsamaktadır (*Prager ve Oberschlick/Avusturya*, 26 Nisan 1995 tarihli karar, no 15974/90, § 38).

sınırlama nedenlerinin olağan anlamlarını aşacak şekilde yorumlanmasını yasaklamaktır³⁵.

Dar yorum metodunun yoğun olarak uygulandığı bir başka alan politikacıların ifade özgürlüğüdür. Bu konuda Mahkeme *Castells* kararında, herkes için değerli olan ifade özgürlüğünün özellikle halk tarafından seçilen kişiler için büyük bir önem arzettiğini, zira seçilmişlerin seçmenlerin kaygılarını dile getirme ve çıkarlarını savunma amacıyla olduklarını belirtmektedir. Bu nedenle, bir seçilmişin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların sıkı bir kontrole tabi tutulması gerekmektedir³⁶. Bu sıkı kontrol beraberinde sınırlama nedenlerinin dar yorumunu getirmektedir.

Politikacıların ve politik ifade özgürlüğünün sınırlanma nedenlerine dar yorum metodunun uygulanmasının temelinde yatan nedeni AİHM şu şekilde açıklamaktadır: « *Sözleşme'nin 10 § 2 maddesi politik konusmalara ve toplumun genel sorunlarını ilgilendiren tartışmalara getirilen sınırlamalara çok az yer vermektedir* »³⁷ zira « *demokrasi ve politik tartışma özgürlüğü genel sorunlar konusunda toplumun bilgilendirilmesini zorunlu kılar* »³⁸. Dolayısıyla Mahkeme, politik tartışmalar ile demokrasi arasında bir bağ kurarak, politik tartışmalara yapılan sınırlamaların dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir³⁹.

Buna karşın, kişisel ifade özgürlüğüne ile ticari reklam konularında yapılan sınırlamaların daha geniş yorumlandığını gözlemlemek mümkündür. Bunun nedeni kişisel ve ticari çıkarlar konusundaki ifadelerin, toplumun genel çıkarları ile ilgili olarak kullanılan ifadelere oranla daha dar bir korumadan faydalanmalarıdır. Bu dar koruma sınırlamanın geniş bir şekilde yorumlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu konuda AİHM'in *Barthold*,

³⁵ AİHK, *Sunday Times/Birleşik Krallık*, 17 Mayıs 1977 tarihli rapor, n° 6538/74, § 194.

³⁶ AİHM, *Castells/İspanya*, 23 Nisan 1992 tarihli karar, no 11798/85, § 42.

³⁷ AİHM, *Nilsen ve Johnsen/Norveç*, 25 Kasım 1999 tarihli karar, no 23118/93, § 46.

³⁸ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Medyada politik tartışma özgürlüğü ile ilgili deklarasyon (*Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias*), 12 Şubat 2004 tarihli 872. dayılı delegeler toplantısında kabul edilmiştir (bu belgeye Bakanlar Komitesinin resmi internet sitesinden erişilebilir : https://www.ebu.ch/CMSimages/fr/leg_ref_coe_decl_political_debate_120204_fr_tcm7-11948.pdf. Son erişim tarihi : 9.4.2020).

³⁹ Basın mensupları ve politikacılar dışında, toplumun genel çıkarını ilgilendiren bir konuda kullanılan ifadelerle getirilen sınırlamalar da dar yorum metoduna tabii tutulmaktadır (örnek olarak, bkz., *Gündüz/Türkiye*, 4 Aralık 2003 tarihli karar, no 35071/97, § 43 ve *Giniewski/Fransa*, 31 Ocak 2006 tarihli karar, no 64016/00, § 51).

Markt intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann ile Casado Coca kararları örnek olarak gösterilebilir⁴⁰.

Bu iki başlıca ölçütün yanında (kamu yararı ile kişisel yarar) Mahkeme, dar yorum metodunu uygularken kullanılan dili⁴¹ ve başvuruçunun toplumdaki yerini⁴² de gözönünde bulundurmaktadır. Ayrıca, bazı meslek gruplarının, mesela yazarların⁴³, akademisyenlerin⁴⁴, nadir de olsa devlet memurlarının⁴⁵ ve savunma hakkını kullanan sanıkların⁴⁶ ifade özgürlüğüne yapılan sınırlamalar dar yorum metoduna tabi tutulmaktadır.

Sözleşme'nin 10. maddesi gibi, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkının düzenlendiği 11. maddenin 2. paragrafında belirtilen sınırlama nedenleri de dar yorum metoduna tabii tutulmaktadır. Bu konuda AİHM defalarca, siyasi partiler ile ilgili davalarda kullanılan sınırlama nedenlerinin dar yorumlanması gerektiğini ve sadece zorunlu ve ikna edici nedenlere dayanılarak siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğüne hakkına sınırlama getirilebileceğini belirtmektedir⁴⁷. Aynı durum derneklerin⁴⁸, sendikaların⁴⁹ ve vakıfların⁵⁰ örgütlenme özgürlüğü için de söz konusudur.

⁴⁰ AİHM, *Barthold/Almanya*, 25 Mart 1985 tarihli karar, no 8734/79, § 42 ; *Markt intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann/Almanya*, 20 Kasım 1989 tarihli karar, no 10572/83, § 26 ve *Casado Coca/İspanya*, 24 Şubat 1994 tarihli karar, no 15450/89, §§ 35-37.

⁴¹ AİHM, *Soulas ve diğerleri/Fransa*, 10 Temmuz 2008 tarihli karar, no 15948/03, § 39.

⁴² AİHM, *Erbakan/Türkiye*, 6 Temmuz 2006 tarihli karar, no 59405/00.

⁴³ AİHM, *Yalçın Küçük/Türkiye*, 5 Aralık 2002 tarihli karar, no 28493/95.

⁴⁴ AİHM, *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, no 23536/94 ve 24408/94.

⁴⁵ AİHM, *Karademirci ve diğerleri/Türkiye*, 25 Ocak 2005 tarihli karar, no 37096/97 ve 37101/97 ve *Kayasu/Türkiye*, 13 Kasım 2008 tarihli karar, no 64119/00 ve 76292/01.

⁴⁶ AİHM, *Saday/Türkiye*, 30 Mart 2006 tarihli karar, no 32458/96.

⁴⁷ AİHM, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 30 Ocak 1998 tarihli karar, no 19392/92, § 46; *Sosyalist Parti ve diğerleri/Türkiye*, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, no 21237/93, § 50; *Özgürlük de Demokrasi Partisi (ÖZDEP)/Türkiye*, 18 Aralık 1999 tarihli karar, no 23885/94, § 44; *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 13 Şubat 2003 tarihli karar, no 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, § 100; *Parti populaire démocratique-chrétien/Moldova*, 16 Şubat 2006 tarihli karar, no 28793/02, § 68; *Türkiye Sosyalist Partisi/Türkiye*, 12 Kasım 2003 tarihli karar, no 26482/95, § 44; *Parti nationaliste basque – Organisation régionale d'Iparralde/Fransa*, 7 Temmuz 2007 tarihli karar, no 71251/01, § 46; *Herri Batasuna et Batasuna/İspanya*, 30 Haziran 2009 tarihli karar, no 25803/04 ve 25817/04, § 77 ve *Linkov/Cek Cumhuriyeti*, 7 Aralık 2006 tarihli karar, no 10504/03, § 31.

⁴⁸ AİHM, *Union nationale turque ve Kungyun/Bulgaristan*, 8 Haziran 2016 tarihli karar, no 4776/08, § 36; *Branche de Moscou de l'Armée du Salut/Rusya*, 5 Ekim 2010 tarihli karar, no 72881/01, § 62 ve § 76; *Magyar Keresztény Mennonita Egyház/Macaristan*, 8 Nisan 2014 tarihli karar, no 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 ve 56581/12, § 84; *Tebieti Mühafize Cemiyeti ve*

Mahkeme daha da ileri giderek, ulusal hukukta da sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğini zorunlu kılmaktadır. *Tüm Haber Sen ve Çınar/Türkiye* davasında AİHM, ulusal yargı organları tarafından sendikaların örgütlenme özgürlüğüne yapılan sınırlamaların geniş bir şekilde yorumlanmasını devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı bulmuş ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵¹. Dolayısıyla sınırlamaların dar yorumu ilkesinin ulusal hukukta uygulanması devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dar yorum metodunun uygulanma biçimi aynı zamanda sınırlamanın nedenlerine göre değişmektedir. Başka bir deyişle, sınırlı sayıda sınırlama nedenine dar yorum metodunun uygulanmadığını gözlemek mümkündür.

II. DAR YORUM METODUNDA SINIRLAMA NEDENLERİNİN NİTELİĞİ

AİHM kamu yararına ve kişisel yarara yönelik sınırlama nedenleri arasında ayırım yapma yoluna giderek, kamu yararına yönelik sınırlama nedenlerini daha geniş yorumlamaktadır (A). Çoğu zaman bazı sınırlama nedenleri söz konusu olduğunda devletlere geniş taktir yetkisi tanınmakta ve bu şekilde dar yorum metodu uygulanmamaktadır (B).

Israfilov/Azerbeycan, 8 Ekim 2009 tarihli karar, no 37083/03, § 67; *Association de citoyens « Radko » ve Paunkovski/Eski Yugoslavya Cumhuriyeti Makedonya*, 15 Ocak 2009 tarihli karar, no 74651/01, § 66; *Vona/Macaristan*, 9 Temmuz 2017 tarihli karar, no 35943/10, § 53; *Association Rhino/İsviçre*, 11 Ekim 2011 tarihli karar, no 48848/07, § 61 ve § 64; *Sidiropoulos ve diğerleri/Yunanistan*, 10 Temmuz 1998 tarihli karar, no 26695/95, § 38 ve § 40; *AGVPS-Bacău/Romanya*, 9 Kasım 2011 tarihli karar, no 19750/03, § 67; *Tourkiki Enosi Xanthis ve diğerleri/Yunanistan*, 27 Mart 2008 tarihli karar, no 26698/05, § 45; *Metodiev/Bulgaristan*, 16 Haziran 2017 tarihli karar, no 58088/08, § 35; *Bozgan/Romanya*, 11 Kasım 2007 tarihli karar, no 35097/02, § 20; *Emin ve diğerleri/Yunanistan*, 23 Temmuz 2008 tarihli karar, no 34144/05, § 24; *Altunkaynak/Türkiye*, 15 Ocak 2019 tarihli karar, no 12541/06, § 32; *Bekir-Ousta ve diğerleri/Yunanistan*, 11 Ekim 2007 tarihli karar, no 35151/05, § 38 ve *Genov/Bulgaristan*, 23 Mart 2017 tarihli karar, no 40524/08, § 36.

⁴⁹ AİHM, *Gorzelik ve diğerleri/Polonya*, 17 Şubat 2004 tarihli karar, no 44158/98, § 95; *Demir ve Baykara/Türkiye*, 12 Kasım 2011 tarihli karar, no 34503/97, § 97; *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.)/İspanya*, 21 Nisan 2015 tarihli karar, no 45892/09, § 30; *Doğan Altun/Türkiye*, 26 Mayıs 2015 tarihli karar, no 7152/08, § 26; *Adefdromil/Fransa*, 2 Ekim 2014 tarihli karar, no 32191/09, § 43; *Matelly/Fransa*, 2 Ekim 2014 tarihli karar, no 10609/10, § 57 ve *İsmail Gezer/Türkiye*, 24 Mart 2015 tarihli karar, no 36807/07, § 29.

⁵⁰ AİHM, *Fondation Mihr/Türkiye*, 5 Mayıs 2019 tarihli karar, no 10814/07, § 40 ve *Fondation Zehra ve diğerleri/Türkiye*, 10 Temmuz 2018 tarihli karar, no 51595/07, § 56.

⁵¹ AİHM, *Tüm Haber Sen ve Çınar/Türkiye*, 21 Şubat 2006 tarihli karar, no 28602/95, § 40. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)*

A. KAMU YARARINA YÖNELİK SINIRLAMA NEDENLERİNE DAR YORUM METODUNUN UYGULANMASI

Bilindiği üzere AİHM, Sözleşme'nin 8. ile 11. maddeleri arasında düzenlenen hakların ihlal edilip edilmediğini tespit etmek için üç aşamalı bir denetim yapmaktadır. İlk olarak, bu haklara yapılan müdahalenin yasa ile öngörülüp öngörülmediğini tespit etmektedir. Eğer müdahale yasa ile öngörülmüşse Mahkeme, müdahalenin bu maddelerin 2. fıkralarında belirtilen meşru amaçlardan birine yönelik olup olmadığını değerlendirmektedir. Yasa ile öngörülmeye ve meşru bir amaca yönelik olma kriterlerini sağlayan bir davada AİHM, son olarak, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını tespitini yapmaktadır. Demokratik toplumda gereklilik kriteri de yine üç aşamada yapılmaktadır. İlk olarak, müdahalenin sosyal bir ihtiyaca cevap verip vermediği; ikinci olarak, hak ve özgürlüğün sınırlandırılması haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından öne sürülen gerekçelerin yerinde ve yeterli olup olmadığı ve son olarak, orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığı incelenmektedir.

AİHM, yukarıda belirtilen Sözleşme hükümleri ile ilgili davalarda dar yorum metodunu müdahalenin demokratik toplumda gereklilik kriteri altında orantılılık incelemesini yaparken uygulamaktadır. Orantılılık incelemesinde çatışan haklar (hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin şahsi çıkarı ile toplumun veya üçüncü kişilerin çıkarları) arasında bir denge kurma yoluna gidilmektedir. Kural ve istisnalar arasında yapılan makul denge kurma işleminde, dar yorum metodunun uygulanması sınırlama nedeninin niteliğine göre değişmektedir. Başka bir deyişle, AİHM içtihatlarında bazı sınırlama nedenleri diğerlerine göre daha geniş yorumlanmaktadır.

Bu bağlamda, dar yorum açısından Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında öngörülen sınırlama nedenlerinin kamu yararına veya kişisel yarara yönelik olup olmaması önemlidir. Kişisel yarara yönelik olan sınırlama nedenleri kamu yararına yönelik sınırlama nedenlerine oranla daha dar bir şekilde yorumlanmaktadır. Kamu yararına yönelik sınırlama nedenleri arasında ulusal güvenlik, ülkenin ekonomik refahı, ülke bütünlüğü, kamu düzeni, genel sağlık ve ahlak ile suçluluğun önlenmesi sayılabilir. Buna karşın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ile yargı erkinin yetki ve

tarafsızlığının güvence altına alınması kişisel çıkarlara yönelik sınırlama nedenleri olarak kabul edilmektedir⁵².

Bu meşru amaçlar çok sayıda davada savunmacı devletler tarafından 8. ile 11. maddeleri arasında belirtilen hakların sınırlanmasında öne sürülmektedir. Hatta devletler çoğu zaman birden fazla meşru amacın sınırlamanın temelinde yattığını belirtmektedir⁵³. Yukarıda belirtilen sınırlama nedenlerini ayrı ayrı her davada incelemek bu çalışmanın kapsamını aşacağından her meşru amaç için kısa birer örnek vermek yerinde olacaktır. Ulusal güvenlik nedeniyle gizli takip yapılması ve kötüye kullanma durumunda mevzuatta yeteri kadar güvencenin olması halinde Sözleşme ihlal edilmemektedir⁵⁴. Alacağı devlet yardımı kapsamında bir kişinin tıbbi bilgilerinin sigorta kurumuna bildirilmesi ülkenin ekonomik refahı meşru amacına yöneliktir ve kendisinin özel hayatına yapılan müdahale ulaşılmak istenen amaç ile orantılıdır⁵⁵. Kamu sağlığı nedeniyle evde doğum yaparken hemşire yardımından faydalanma talebinin reddedilmesi Sözleşmeye aykırı değildir⁵⁶. Ayrıca kişinin halkı kin ve düşmanlığa tahrikten dolayı mahkûm edilmesi devletin toprak bütünlüğünün korunması meşru amacına yöneliktir⁵⁷. Aynı şekilde, bir mahkûmun yazışmalarının kontrol edilmesi kamu düzenine ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amaçlarına⁵⁸, çocuklara yönelik müstehcen bilgiler içeren yayımların yasaklanması genel ahlakın korunması meşru amacına⁵⁹, başkalarına ait vergi beyanlarının ifşa edilmesi başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi meşru amacına⁶⁰ ve mahkemeyi eleştirmekten dolayı mahkum olma yargı erkinin

⁵² GREER Steven, **Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme**, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, s. 18. Yazara göre, yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması sınırlama nedeni, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki davalarda tarafların kullandığı ifadelerle ilgili olduğu için, kişisel çıkar kapsamında değerlendirilmelidir.

⁵³ Birçok karar arasından, örnek olarak bkz., *T. P ve K. M./Birleşik Krallık*, 10 Mayıs 2001 tarihli karar, no 28945/95, § 69. Bu davada, öne sürülen meşru amaçlar şunlardır: sağlık ve ahlakın korunması ile başkalarının hak ve özgürlükleri.

⁵⁴ AİHM, *Klass ve diğerleri/Almanya*, 6 Eylül 1978 tarihli karar, no 5029/71.

⁵⁵ AİHM, *M.S./İsviçre*, 27 Ağustos 1997 tarihli karar, no 20837/92.

⁵⁶ AİHM, *Dubská ve Krejzová/Çek Cumhuriyeti*, 15 Kasım 2016 tarihli karar, no 28859/11 ve 28473/12.

⁵⁷ AİHM, *Ceylan/Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, no 23556/94, § 28.

⁵⁸ AİHM, *Campbell/Birleşik Krallık*, 25 Mart 1993 tarihli karar, no 13590/88, § 41.

⁵⁹ AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, no 5493/72, § 46.

⁶⁰ AİHM, *Fressoz ve Loire/Fransa*, 29 Ocak 1999 tarihli karar, no 29183/95, § 43.

yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması meşru amacına⁶¹ yönelik olarak yapılmaktadır.

Mahkeme içtihatlarından Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen « ahlak » kavramının diğer sınırlama nedenlerine göre geniş yorum metoduna tabi tutulduğu sonucuna varmak mümkündür. Sanatçılara tanınan geniş ifade özgürlüğüne rağmen⁶², meşru amaç « ahlak » olması durumunda, bu sınırlama nedeni geniş yorumlanmaktadır. Bu konuda, *Handyside*, *Müller*, *Otto-Preminger-Institut*, *Wingrove* ve *I. A.* kararları örnek olarak gösterilebilir⁶³. Bunun nedeni, bu meşru amaç söz konusu olduğu zaman devletlerin takdir yetkisinin geniş olarak kabul edilmesidir⁶⁴.

B. SINIRLAMA NEDENLERİNDE DEVLETLERİN TAKDİR YETKİSİNİN GENİŞLİĞİ VE DAR YORUM METODU

Takdir yetkisi kavramı, taraf devletlerin hukuk sistemlerini ve hassasiyetlerini dikkate alma ile davalarda doğrudan doğruya taraflarla muhatap olan ulusal yargı organlarının kararlarına saygının bir sonucudur. Sözleşme metninde ve Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında ifadesini bulmayan bu kavram, tamamen içtihatlarla oluşturulmuş bir ilkedir. Taktir yetkisi teorisi ilk defa eski Komisyon tarafından *Yunanistan/Birleşik Krallık*⁶⁵ davasında uygulanmış ve sonrasında AİHM kararlarında sistematik olarak yer edinmiştir. Bu teori özellikle Sözleşme'nin 8. ile 11. maddeleri arasındaki haklar ve Sözleşmeye Ek 1 Nolu Protokol ile güvence altına alınan haklarla ilgili uyuşmazlıklarda uygulanmaktadır. Mutlak haklar ile

⁶¹ AİHM, *Morice/Fransa*, 23 Nisan 2015 tarihli karar, no 29369/10, § 143.

⁶² Eski Komisyon bu geniş korumayı şu şekilde açıklamaktadır : « [İfade] özgürlüğünün kullanımı demokratik toplumda esaslı bir öneme sahiptir. Nitekim demokratik olmayan toplumlarda bir taraftan sanatsal çalışmalar yapma özgürlüğü ve diğer taraftan sanatsal eserleri yayma özgürlüğü çok sayıda kısıtlamalara maruz kalmaktadır. Sanatsal çalışmalarıyla sanatçı, sadece dünyaya kendi bakış açısını değil, ama aynı zamanda yaşadığı toplum ile ilgili fikirlerini de ifade etmektedir. İşte bu bağlamda, sanatsal ifadeler kamuoyunun oluşmasına [...] katkı sunmaktadır. Sanatsal ifadeler ayrıca, halkın kendi döneminin önemli sorunlarıyla yüzyüze gelmesini sağlamaktadır » (AİHK, *Müller ve diğerleri/İsviçre*, 8 Ekim 1986 tarihli rapor, no 10737/84, § 70).

⁶³ AİHM, *Müller ve diğerleri/İsviçre*, 24 Mayıs 1988 tarihli karar, no 10737/84, § 33 ; *Otto-Preminger-Institut/Avusturya*, 20 Eylül 1994 tarihli karar, no 13470/87, § 48 ; *Wingrove/Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1996 tarihli karar, no 17419/90, § 27 ve *İ. A. /Türkiye*, 13 Eylül 2005 tarihli karar, no 42571/98, § 20.

⁶⁴ KILINÇ, ss. 92-104 ve s. 427.

⁶⁵ AİHK, *Yunanistan/Birleşik Krallık*, 8 Temmuz 1959 tarihli rapor, n° 299/57.

askıya alınamayacak haklarda devletlerin takdir yetkisi söz konusu değildir⁶⁶.

Devletlerin takdir yetkisinin geniş olduğu durumlarda sınırlama nedeni geniş yoruma tabi tutulmaktadır. Bu nedenle takdir yetkisi kavramı, sınırlama nedenlerinin dar yorumlanması ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. İfade özgürlüğünün sınırlama nedeni olan « ahlak » kavramı ve bu kavramın yukarıda belirtilen davalarda uygulanma biçimi bu tespiti teyit etmektedir. Gerçekten de *Handyside, Müller, Otto-Preminger-Institut, Wingrove* ve *I. A.* davalarında Mahkeme, Avrupa’da tek bir ahlak kavramından bahsetmenin mümkün olmamasından ve Avrupa Konseyi’ne üye taraf devletlerde bu konuda farklılıklar olmasından dolayı, devletlerin geniş bir taktir yetkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır⁶⁷.

Bu davalarda takdir yetkisinin geniş bir şekilde uygulanarak dar yorum metoduna istisna olarak ortaya çıkması Fransız doktrini tarafından ele alınmış ve eleştirilmiştir. Eleştirilerin çoğu takdir yetkisi kavramının belirsiz olmasına⁶⁸ ve davalarda farklı şekilde uygulamasına yöneliktir⁶⁹. Doktrine göre, takdir yetkisinin geniş olarak tanınması, haklar arasında yapılacak denge kurma işleminde orantılılık ilkesinin sembolik bir şekilde uygulanması anlamına gelmektedir⁷⁰. Doktrin ayrıca, taktir yetkisi kavramının uyumlu ve öngörülebilir bir şekilde uygulanmadığını belirtmektedir⁷¹. Bu eleştiriler, Sözleşmeye Ek 15 Nolu Protokol’ün hazırlanmasından önce yapılmıştır. Bu protokolün yürürlüğe girmesi ile

⁶⁶ GREER Steven, **La marge d’appréciation : Interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l’Homme**, Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1997, s. 5.

⁶⁷ Mahkeme bu durumu *Mouvement raëlien suisse/İsviçre* (13 Temmuz 2012 tarihli karar, no 16354/06, § 61) kararında teyit etmiştir.

⁶⁸ WACHSMANN Patrick, « Une certaine marge d’appréciation, considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d’expression », in **Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire**, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Bruxelles, Bruylant, 2000, s. 1024.

⁶⁹ COHEN-JONATHAN Gérard, « Article 10 », in PETITI L.-E. & DECAUX E. & IMBERT P.-H., **La Convention Européenne des Droits de l’Homme, Commentaire article par article**, 2ème éd., Paris, Economica, 1999, s. 408.

⁷⁰ VOYATZIS, s. 271.

⁷¹ SUDRE Frédéric *vd*, **Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme**, 4. baskı, Paris, Puf, 2007, s. 83 ve GREER Steven, **La marge d’appréciation : Interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l’Homme**, ss. 5-6.

takdir yetkisi kavramı Sözleşme metnine geçen bir ilke haline gelecek ve bu kavrama yönelik eleştiriler de başka bir boyut alacaktır⁷².

Takdir yetkisi kavramının geniş veya dar olarak yorumlanmasının davadaki sınırlama nedenine bağlı olduğunu Fransız doktrini kabul etmektedir. SUDRE sınırlama nedenlerini objektif ve sübjektif olarak ayırdıktan sonra, sübjektif sınırlama nedenlerine oranla objektif sınırlama nedenlerinde devletlerin taktir yetkisinin daha dar olduğunu belirtmektedir. Yazar, objektif sınırlama nedeni olarak *Sunday Times* davasında öne sürülen yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması meşru amacını örnek göstermesine karşın, sübjektif sınırlama nedeni olarak *Handyside* davasında öne sürülen ahlak meşru amacını saymaktadır⁷³.

Ayrıca, sınırlama nedeni konusunda taraf devletlerde konsensüs olup olmaması taktir yetkisinin dar veya geniş olması açısından önemlidir. Sınırlama nedeni konusunda konsensüs varsa devletlerin taktir yetkisi dar; buna karşın bu konuda bir konsensüs yoksa taktir yetkisi genişir⁷⁴. Taktir yetkisi ile sınırlamanın dar yorumu arasındaki ilişki dikkate alındığında, taraf devletlerde konsensüs olan sınırlama nedenlerine dar yorum metodu uygulandığı halde, konsensüs olmayan sınırlama nedenlerine bu metodun uygulanmadığı veya daha yumuşak bir şekilde uygulandığı sonucuna varmak mümkündür.

Bununla birlikte, devletin pozitif yükümlülüğünün olduğu davalarda sınırlamanın dar yorumu ilkesinin söz konusu olup olmadığı sorusu üzerinde durmakta fayda vardır. Sınırlamanın dar yorumu ilkesinin sınırlama nedeninin niteliğine göre değiştiği ve sınırlama nedenine göre devletin takdir yetkisinin dar veya geniş olduğu yukarıda detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Ancak bu durum devletin kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmeme negatif yükümlüğü ile ilgilidir. Bu yükümlülük ile ilgili davalarda yukarıda açıklanan denetim mekanizması (sınırlamanın yasa ile öngörülmesi, meşru bir amaca yönelik olması ve demokratik toplumda

⁷² Bu Protokolün İngilizce ve Fransızca metinlerine AİHM'nin resmi internet sitesi üzerinden erişilebilir: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ENG.pdf ve https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_FRA.pdf. Son erişim tarihi 12.4.2020.

⁷³ SUDRE *Frédéric vd.*, s. 81.

⁷⁴ *İbidem*, ss. 81-83. Bu durumun istisnasını oluşturan davaların varlığını gözlemlemek mümkündür. Örnek olarak AİHM, *Christine Goodwin/Birleşik Krallık* davasında (11 Temmuz 2002 tarihli karar, no 28957/95, § 85), transseksüellere evlenme hakkı verilmesi konusunda taraf devletlerde konsensüs olmamasını dikkate almaktan çok, bu konuda uluslararası alandaki yeni gelişmeleri gözönüne alarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

gerekli olması) uygulanır ve çatışma halinde olan hak ve özgürlükler ile bunların sınırlama nedenleri arasında denge kurma işlemi yapılır.

Ancak pozitif yükümlülük ile ilgili davalarda sözleşmeye uygunluk denetimi farklı olmaktadır. Pozitif yükümlülük ile ilgili davalarda, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler kamu makamları tarafından değil, 3. kişiler tarafından yapıldığı için Mahkeme, sadece orantılılık ilkesi gereğince haklar arasında denge kurma yoluna gitmektedir. Başka bir deyişle, Sözleşme'nin 8. ile 11. maddeleri arasında korunan hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin yasa ile öngörülüp öngörülmediği ve bu müdahalelerin 2. fıkralarda belirtilen meşru amaçlara yönelik olup olmadığı incelemesi yapılmamaktadır⁷⁵. Dolayısıyla sınırlama nedenleri söz konusu olmadığı için sınırlamanın dar yorumu ilkesinin devletin pozitif yükümlülüğü ile ilgili davalarda uygulanması söz konusu değildir.

AIHM içtihatlarında, pozitif yükümlülük ile ilgili davalarda sınırlamanın dar metodu ilkesinden çok, hakların geniş yorumu ilkesi uygulanmaktadır⁷⁶. Aslında bu iki ilke birbirine tamamen bağlıdır ve birbirini tamamlamaktadır; hatta sınırlamanın dar yorumu ilkesinin hakların geniş yorumu ilkesinin bir sonucu olduğunu da söylemek mümkündür. Nitekim her iki yorum ilkesinin uygulanması aynı amaca hizmet etmektedir: Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin etkili ve somut bir şekilde korunmasının sağlanması⁷⁷.

Pozitif yükümlülük ile ilgili davalarda, hak ve özgürlüğe müdahale 3. kişiler tarafından yapıldığı için, devlete geniş bir taktir yetkisi tanınmaktadır. Bu taktir yetkisi orantılılık incelemesinde dikkate alınmaktadır⁷⁸. AIHM Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediğini tespit etmek için, kamu makamlarının Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere 3. kişiler tarafından müdahale edildiğini bilip bilmediklerini; bilmeleri halinde bu hak ve özgürlükleri korumak için gerekli tedbirleri alıp almadıklarını incelemektedir⁷⁹. Kamu makamları, söz konusu müdahaleyi biliyorlarsa

⁷⁵ KILINÇ, ss. 131 ve 132.

⁷⁶ AIHM, *Djavid An/Türkiye*, 20 Mart 2003 tarihli karar, no 20652/92, § 56 ve *Özgür Gündem/Türkiye*, 16 Mart 2000 tarihli karar, no 23144/93, § 50.

⁷⁷ AIHM, *Loizidou/Türkiye*, 23 Mart 1995 tarihli karar, no 15318/89, § 72. Ayrıca bkz., MURZEA Cristinelm, « The European Court of Human Rights and Its Theories of Interpreting the European Convention of Human Rights », *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, Vol. 5 (54), No. 1, 2012, s. 144.

⁷⁸ AIHM, *Rees/Birleşik Krallık*, 17 Ekim 1986 tarihli karar, no 9532/81, § 37.

⁷⁹ Bu iki kriter ilk defa yaşam hakkının söz konusu olduğu *Osman/Birleşik Krallık* davasında (28 Ekim 1998 tarihli karar, § 116) uygulanmıştır ve sonrasında Sözleşme ile korunan tüm hakları kapsayacak bir şekilde genişletilmiştir.

veya bilmeleri gerekiyorsa ve buna rağmen gerekli tedbirleri almamışlarsa, Sözleşmeyi ihlal etmiş sayılırlar⁸⁰.

Son olarak, Sözleşme metninde düzenlenmeyen ama içtihatlarla ortaya çıkan haklar⁸¹ ile Sözleşme metninde sınırlama nedeni belirtilmeyen ama sınırlamaya tabi haklara⁸² getirilen sınırlama nedenlerinin dar yorum metoduna tabi olup olmadığı sorusu üzerinde durmak gerekmektedir. Mahkeme bu haklarla ilgili olarak, « zımni sınırlamalardan (*implied limitations/limitations implicites*) » bahsetmektedir. Doktrin, bu zımni sınırlamalar kavramının, Sözleşme’de düzenlenen hakların dar yorumlanması ile aynı anlama geldiğini belirtmektedir⁸³. Ancak bu tespite katılmak mümkün değildir, zira bu tür sınırlamalar karşısında AİHM, Sözleşme’ye uygunluk denetimi yaparken orantılılık ilkesi bağlamında hakkın özü kavramını (*very essence of the right/substance même du droit*)⁸⁴ dikkate alır. Bu zımni sınırlamalar hakkın özüne zarar vermişse, bu durumda Sözleşme ihlal edilmiştir. Dolayısıyla hakkın özüne zarar gelmesini engelleyerek AİHM’in zımni sınırlamaları ayrı tutmadığını, bilakis diğer sınırlama nedenleri gibi dar yorum metoduna tabi tuttuğunu söylemek mümkündür.

SONUÇ

Mahkeme içtihatlarına göre, sınırlamanın dar yorumu metodu Sözleşme ile korunan ve mutlak olmayan tüm hak ve özgürlüklere uygulanmaktadır. Bu metod Sözleşme sisteminde genel anlamda kabul edilen ve Mahkeme içtihatlarıyla detaylandırılmış bir ilke haline gelmiştir. Ancak, yukarıda açıklandığı gibi bu ilke, askıya alınabilen haklara getirilen sınırlamalara daha katı bir şekilde uygulanmaktadır. Bununla birlikte, aynı Sözleşme

⁸⁰ Pozitif yükümlülüğün Sözleşme sisteminde kabul edilmesi dahi Sözleşme’nin dinamik ve geniş bir yorumunun bir sonucudur. Gerçekten de Sözleşme metni sadece negatif yükümlülüğü öngörmekte ve devletlere hak ve özgürlüklere müdahalede bulunmasını yasaklamaktadır. Pozitif yükümlülük içtihatlarla kabul edilmiş ve geliştirilmiş bir durumdur (SUDRE Frédéric, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme », *RTDH*, 1995, n° 23, pp. 363-366).

⁸¹ Bkz. dipnot 10.

⁸² Bkz. dipnot 12.

⁸³ CHRISTOFFERSEN Jonas, **Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhof Publishers, International Studies in Human Rights, Leiden/Boston, 2009, s. 78.

⁸⁴ Birçok karar arasından Türkiye ile ilgili olması bakımından, bkz., AİHM, *Bakan/Türkiye*, 12 Haziran 2007 tarihli karar, no 50939/99, § 66 ve *Yumak ve Sadak/Türkiye*, 8 Temmuz 2008 tarihli karar, no 10226/03, § 109 ve § 118.

maddesi ile ilgili davalarda da bu ilkenin uygulanması farklı olabilmektedir. Bu farklılık korunan hak ve özgürlüğün kullanılma biçimine göre değişebileceği gibi, sınırlama nedeninin niteliğine göre de değişebilir.

Sınırlama nedeninin olmadığı pozitif yükümlülük ile ilgili davalarda, sınırlamanın dar yorumu ilkesinden çok, Sözleşme'deki hakların geniş yorumu ilkesinin uygulandığı görülmektedir. Bu iki ilkenin birbirine bağlı olduğu ve birbirini tamamladığı tartışmasızdır. Kaldı ki, pozitif yükümlülüğün kendisi Sözleşme'nin geniş bir şekilde yorumlanması ilkesinin bir sonucudur. Ancak, gerek pozitif yükümlülük olsun gerekse negatif yükümlülük olsun bir çok davada devletlerin taktir yetkisi kavramı ile karşılaşılmaktadır. Peki Sözleşmeye Ek 15 Nolu Protokol ile Sözleşme metnine girecek olan taktir yetkisi kavramının Sözleşme sisteminde genel bir sınırlama olarak kabul edilmesi mümkün müdür ?

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- CHRISTOFFERSEN Jonas, **Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhof Publishers, International Studies in Human Rights, Leiden/Boston, 2009.
- GREER Steven, **Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme**, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997.
- La marge d'appréciation : Interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme**, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997.
- HARRİS David, O'BOYLE Michael, Ed Bates, Carla Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, 2. baskı, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- RENUCCI Jean-François, **Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme**, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005
- SUDRE Frédéric *vd*, **Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme**, 6 baskı, Puf, Paris, 2011.

TEZLER

- DUCOULOMBIER Peggy, **Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme**, Kamu hukuku Doktora Tezi, Strasbourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2008.

- KILINÇ Ümit, **La liberté d'expression en Turquie à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme**, Uluslararası Kamu Hukuku Doktora Tezi, Strasbourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009.
- VOYATZIS Panoyatis, **La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression**, Kamu hukuku Doktora tezi, Paris Üniversitesi I - Panthéon Sorbonne, 1999.

MAKALELER

- COHEN-JONATHAN Gérard, « Article 10 », in PETITI L.-E. & DECAUX E. & IMBERT P-H., **La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article**, 2ème éd., Paris, Economica, 1999, ss. 365-408.
- MURZEA Cristinelm, « The European Court of Human Rights and Its Theories of Interpreting the European Convention of Human Rights », *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, Vol. 5 (54), No. 1, 2012, ss. 141-148.
- SUDRE Frédéric, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, n° 23, ss. 363-384.
- TINÇ Mehmet, « Règles, exceptions, paradigmes, transgressions et cohérence du droit », **Travaux & documents, Université de La Réunion**, Faculté des lettres et des sciences humaines, 2012, ss. 133-140.
- TOUILLER Marc, « L'interprétation stricte de la loi pénale et l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDLF*, 2014, n°08.
- WACHSMANN Patrick, « Une certaine marge d'appréciation, considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in **Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire**, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Bruxelles, Bruylant, 2000, ss. 1016-1042.

AİHM KARARLARI (tarih sırasına göre)

- De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, 18 Haziran 1971 tarihli karar, no 2832/66, 2835/66, 2899/66.
- Golder/Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975 tarihli karar, no 4451/70.
- Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, no 5493/72.
- Klass ve diğerleri/Almanya*, 6 Eylül 1978 tarihli karar, no 5029/71
- Sunday Times/Birleşik Krallık*, 26 Nisan 1979 tarihli karar, n° 6538/74.
- Winterwerp/Hollanda*, 24 Ekim 1979 tarihli karar, no 6301/73.
- Guzzardi/İtalya*, 6 Kasım 1980 tarihli karar, no 7367/76.
- Barthold/Almanya*, 25 Mart 1985 tarihli karar, no 8734/79.
- Lingens/Aviusturya*, 8 Temmuz 1986 tarihli karar, no 9815/82.
- Rees/Birleşik Krallık*, 17 Ekim 1986 tarihli karar, no 9532/81.

- Müller ve diğerleri/İsviçre, 24 Mayıs 1988 tarihli karar, no 10737/84.
- Markt intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann/Almanya, 20 Kasım 1989 tarihli karar, no 10572/83.
- Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, 26 Kasım 1991 tarihli karar, no 13585/88.
- Sunday Times/Birleşik Krallık (no 2), 26 Kasım 1991 tarihli karar, no 13166/87.
- Funke/Fransa, 25 Şubat 1992 tarihli karar, no 10828/84.
- Castells/İspanya, 23 Nisan 1992 tarihli karar, no 11798/85.
- Campbell/Birleşik Krallık, 25 Mart 1993 tarihli karar, no 13590/88.
- Casado Coca/İspanya, 24 Şubat 1994 tarihli karar, no 15450/89.
- Otto-Preminger-Institut/Avusturya, 20 Eylül 1994 tarihli karar, no 13470/87.
- Jersild/Danimarka, 23 Eylül 1994 tarihli karar, no 15890/89.
- Loizidou/Türkiye, 23 Mart 1995 tarihli karar, no 15318/89.
- Prager ve Oberschlick/Avusturya, 26 Nisan 1995 tarihli karar, no 15974/90.
- McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995 tarihli karar, no 18984/91.
- Akdivar ve diğerleri/Türkiye, 16 Eylül 1996 tarihli karar, no 21893/93.
- Wingrove/Birleşik Krallık, 22 Ekim 1996 tarihli karar, no 17419/90.
- M.S./İsviçre, 27 Ağustos 1997 tarihli karar, no 20837/92.
- Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs, 9 Ekim 1997 tarihli karar, no 25052/94.
- Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye, 30 Ocak 1998 tarihli karar, no 19392/92.
- Sosyalist Parti ve diğerleri/Türkiye, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, no 21237/93.
- Incal/Türkiye, 9 Haziran 1998 tarihli karar, no 22678/93.
- Sidiropoulos ve diğerleri/Yunanistan, 10 Temmuz 1998 tarihli karar, no 26695/95.
- Fressoz ve Loire/Fransa, 29 Ocak 1999 tarihli karar, no 29183/95.
- Matthews/Birleşik Krallık, 18 Şubat 1999 tarihli karar, no 24833/94.
- Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, no 23536/94 ve 24408/94.
- Ceylan/Türkiye, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, no 23556/94.
- Karataş/Türkiye, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, no 23168/94.
- Nilsen ve Johnsen/Norveç, 25 Kasım 1999 tarihli karar, no 23118/93.

- Özgürlük de Demokrasi Partisi (ÖZDEP)/Türkiye*, 18 Aralık 1999 tarihli karar, no 23885/94.
- Özgür Gündem/Türkiye*, 16 Mart 2000 tarihli karar, no 23144/93.
- Witold Litwa/Polonya*, 4 Nisan 2000 tarihli karar, no 26629/95.
- Rotaru/Romanya*, 5 Nisan 2000 tarihli karar, no 28341/95.
- Jerusalem/Avusturya*, 27 Şubat 2001 tarihli karar, no 26958/95.
- T. P ve K. M./Birleşik Krallık*, 10 Mayıs 2001 tarihli karar, no 28945/95.
- Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, 11 Temmuz 2002 tarihli karar, no 28957/95.
- Yalçın Küçük/Türkiye*, 5 Aralık 2002 tarihli karar, no 28493/95.
- Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 13 Şubat 2003 tarihli karar, no 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98.
- Djavid An/Türkiye*, 20 Mart 2003 tarihli karar, no 20652/92.
- Türkiye Sosyalist Partisi/Türkiye*, 12 Kasım 2003 tarihli karar, no 26482/95.
- Gündüz/Türkiye*, 4 Aralık 2003 tarihli karar, no 35071/97.
- Perez/Fransa*, 12 Şubat 2004 tarihli karar, n° 47287/99.
- Gorzelik ve diğerleri/Polonya*, 17 Şubat 2004 tarihli karar, no 44158/98.
- Amihalachioaie/Moldova*, 20 Nisan 2004 tarihli karar, no 60115/00.
- Makaratsiz/Yunanistan*, 20 Aralık 2004 tarihli karar, no 50385/99.
- Karademirci ve diğerleri/Türkiye*, 25 Ocak 2005 tarihli karar, no 37096/97 ve 37101/97.
- Alınak/Türkiye*, 29 Mart 2005 tarihli karar, no 40287/98.
- İ. A. /Türkiye*, 13 Eylül 2005 tarihli karar, no 42571/98.
- Giniewski/Fransa*, 31 Ocak 2006 tarihli karar, no 64016/00.
- Parti populaire démocrate-chrétien/Moldova*, 16 Şubat 2006 tarihli karar, no 28793/02.
- Tüm Haber Sen ve Çınar/Türkiye*, 21 Şubat 2006 tarihli karar, no 28602/95.
- Saday/Türkiye*, 30 Mart 2006 tarihli karar, no 32458/96.
- Erbakan/Türkiye*, 6 Temmuz 2006 tarihli karar, no 59405/00.
- Linkov/Cek Cumhuriyeti*, 7 Aralık 2006 tarihli karar, no 10504/03.
- Bakan/Türkiye*, 12 Haziran 2007 tarihli karar, no 50939/99.
- Svyato-Mykhaylivska Paraftya/Ukrayna*, 14 Haziran 2007 tarihli karar, no 77703/01.
- Parti nationaliste basque – Organisation régionale d'Iparralde/Fransa*, 7 Temmuz 2007 tarihli karar, no 71251/01.
- Bekir-Ousta ve diğerleri/Yunanistan*, 11 Ekim 2007 tarihli karar, no 35151/05.

- Bozgan/Romanya*, 11 Kasım 2007 tarihli karar, no 35097/02.
- Tourkiki Enosi Xanthis ve diğerleri/Yunanistan*, 27 Mart 2008 tarihli karar, no 26698/05.
- Yumak ve Sadak/Türkiye*, 8 Temmuz 2008 tarihli karar, no 10226/03.
- Soulas ve diğerleri/Fransa*, 10 Temmuz 2008 tarihli karar, no 15948/03.
- Emin ve diğerleri/Yunanistan*, 23 Temmuz 2008 tarihli karar, no 34144/05.
- Kayasu/Türkiye*, 13 Kasım 2008 tarihli karar, no 64119/00 ve 76292/01.
- Association de citoyens « Radko » ve Paunkovski/ Eski Yugoslavya Cumhuriyeti Makedonya*, 15 Ocak 2009 tarihli karar, no 74651/01.
- Nolan ve K./Rusya*, 12 Şubat 2009 tarihli karar, no 2512/04.
- A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 19 Şubat 2009 tarihli karar, no 3455/05.
- Herri Batasuna et Batasuna/İspanya*, 30 Haziran 2009 tarihli karar, no 25803/04 ve 25817/04.
- Tebieti Mühafize Cemiyeti ve Israfilov/Azerbeycan*, 8 Ekim 2009 tarihli karar, no 37083/03.
- Frasik/Polonya*, 5 Ocak 2010 tarihli karar, no 22933/02.
- Branche de Moscou de l'Armée du Salut/Rusya*, 5 Ekim 2010 tarihli karar, no 72881/01.
- Giuliani ve Gaggio/İtalya*, 24 Mart 2011 tarihli karar, no 25458/02.
- Demir ve Baykara/Türkiye*, 12 Kasım 2011 tarihli karar, no 34503/97.
- Association Rhino/İsviçre*, 11 Ekim 2011 tarihli karar, no 48848/07.
- AGVPS-Bacău/Romanya*, 9 Kasım 2011 tarihli karar, no 19750/03.
- Mouvement raëlien suisse/İsviçre*, 13 Temmuz 2012 tarihli karar, no 16354/06.
- Velinov/Eski Yugoslavya Cumhuriyeti Makedonya*, 19 Eylül 2013 tarihli karar, no 16880/08.
- Magyar Keresztény Mennonita Egyház/Macaristan*, 8 Nisan 2014 tarihli karar, no 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 ve 56581/12.
- Adefdromil/Fransa*, 2 Ekim 2014 tarihli karar, no 32191/09.
- Matelly/Fransa*, 2 Ekim 2014 tarihli karar, no 10609/10.
- İsmail Gezer/Türkiye*, 24 Mart 2015 tarihli karar, no 36807/07.
- Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.)/İspanya*, 21 Nisan 2015 tarihli karar, no 45892/09.
- Morice/Fransa*, 23 Nisan 2015 tarihli karar, no 29369/10.
- Doğan Altun/Türkiye*, 26 Mayıs 2015 tarihli karar, no 7152/08.
- Union nationale turque ve Kungyun/Bulgaristan*, 8 Haziran 2016 tarihli karar, no 4776/08.
- Buzadji/Moldova Cumhuriyeti*, 5 Temmuz 2016 tarihli karar, no 23755/07.

- Dubská ve Krejzová/Çek Cumhuriyeti*, 15 Kasım 2016 tarihli karar, no 28859/11 ve 28473/12.
- Genov/Bulgaristan*, 23 Mart 2017 tarihli karar, no 40524/08.
- Metodiev/Bulgaristan*, 16 Haziran 2017 tarihli karar, no 58088/08.
- Vona/Macaristan*, 9 Temmuz 2017 tarihli karar, no 35943/10.
- Fondation Zehra ve diğerleri/Türkiye*, 10 Temmuz 2018 tarihli karar, no 51595/07.
- S. V. ve A./Danimarka*, 22 Ekim 2018 tarihli karar, no 35553/12, 36678/12 ve 36711/12.
- Altunkaynak/Türkiye*, 15 Ocak 2019 tarihli karar, no 12541/06.
- Fondation Mihr/Türkiye*, 5 Mayıs 2019 tarihli karar, no 10814/07.
- Mihalache/Romanya*, 8 Temmuz 2019 tarihli karar, no 54012/10.

AIHK RAPORLARI

- Yunanistan/Birleşik Krallık*, 8 Temmuz 1959 tarihli rapor, n° 299/57.
- Sunday Times/Birleşik Krallık*, 17 Mayıs 1977 tarihli rapor, n° 6538/74.
- Müller ve diğerleri/İsviçre*, 8 Ekim 1986 tarihli rapor, no 10737/84.

AB ADALET DİVANI KARARLARI

- Bouchereau*, 27 Ekim 1977 tarihli karar, no 30/77.
- Funke Medien NRW GmbH*, 29 Temmuz 2019 tarihli karar, no C-469/17.

FRANSA ANAYASA KONSEYİ KARARLARI

- 16 Temmuz 1996 tarihli karar, no 96-377.
- 5 Mayıs 1998 tarihli karar, no 98-399.

DiĞER

- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Medyada politik tartışma özgürlüğü ile ilgili deklarasyon (*Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias*), 12 Şubat 2004 tarihli 872. dayılı delegeler toplantısında kabul edilmiştir.

¶ VERİMLİ BİR İFLAS SİSTEMİ BAKIMINDAN ERKEN UYARI ARAÇLARI

(EARLY WARNING TOOLS IN AN EFFICIENT INSOLVENCY SYSTEM)

Dr. Öğr. Üyesi Mert Namlı * **

ÖZ

Makalenin temel amacı, 21. yüzyılın modern iflâs anlayışı içinde erken uyarı araçlarının yerinin belirlenmesi ve karşılaştırmalı hukuktaki son gelişmeler ışığında Türk Hukuku'nun konuya bakış açısının değerlendirilmesidir. Bu nedenle ilk olarak, UNCITRAL, Dünya Bankası ve Avrupa Birliği metinleri esas alınarak verimli bir iflâs sisteminin temel özellikleri tespit edilmiştir. Mali zorluk içindeki işletmelerin yaşayabilirliğini sağlamak modern iflâs hukukunun önceliğidir. Bu öncelik, “iflâs tehdidinin mümkün olduğunca erken bir dönemde teşhis edilmesini gerekli kılmakta olup; bu da erken uyarı araçları ile sağlanabilecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, karşılaştırmalı hukukta erken uyarı araçlarına ilişkin gelişmelerin incelenmiştir. Bu bağlamda Avrupa Birliği'nin 20.06.2019 tarih ve 2019/1023 sayılı Yönergesi, Fransız, İtalyan ve Alman Hukuku'ndaki erken uyarı araçları ile Avrupa Birliği bünyesinde gerçekleştirilen Early Warning Europe projesi inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmanın dördüncü bölümünde ise Türk Hukuku'nun konuya bakış açısı ele alınmıştır. Bu çerçevede Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 378. maddesinde düzenlenen riskin erken saptanması ve yönetilmesi komitesinin özellikleri değerlendirilmiş ve bu yapının güçlendirilmesi bakımından bazı öneriler oluşturulmuştur.

Anahtar Kelimeler : erken uyarı, iflâs, risk yönetimi, riskin erken saptanması komitesi, 2019/1023 Sayılı Yönerge.

ABSTRACT

The main goal of the article is to determine the place of early warning tools in the modern insolvency concept of 21st century and to evaluate the

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 06.05.2020. İlk hakem raporu tarihi: 10.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 23.05.2020. Onaylanma Tarihi: 23.05.2020.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8335-2308

Eser Atıf Şekli: Mert Namlı, “Verimli Bir İflas Sistemi Bakımından Erken Uyarı Araçları”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.625-663.

perception of Turkish Law on this subject in light of recent developments in comparative law. In the article, firstly, the basic features of an efficient insolvency system were determined based on the texts of UNCITRAL, World Bank and European Union. Ensuring the viability of businesses having financial difficulties is the priority of modern insolvency law. This priority requires “the threat of insolvency to be diagnosed as early as possible; this can be achieved with early warning tools.

In the third part of the study, developments in early warning tools in comparative law are examined. In this context, the European Union's Directive dated 20.06.2019 and numbered 2019/1023, the Early Warning Europe project under the European Union and the early warning tools in French, Italian and German Law were reviewed.

In the fourth part of the study, the perspective of Turkish Law on the subject has been discussed. In this regard, the features of the committee for early detection and management of the risk regulated in the article 378 of Turkish Commercial Code (TTK), were evaluated and some suggestions were brought to strengthen this structure.

Keywords : *early warning, insolvency, risk management, early detection committee, directive no 2019/1023.*

GİRİŞ

20. yüzyılın sonlarından itibaren piyasaların “küreselleşme” yönündeki hızlı eğilimi, devletleri, finansal krizlerin önlenmesi ve işletmelerin iflâslarının önüne geçilmesi için hukukî değişiklikler yapmaya yöneltmiştir. Şöyle ki bir yandan uluslararası ticaret hacminin artması, ulusal ekonomileri daha açık, birbiriyle daha ilişkili alanlar hâline getirmiş; bunun sonucunda da bir işletmenin iflâsı, coğrafi sınırların ötesinde etkiler doğurmaya başlamıştır ¹. Diğer yandan ise küreselleşme içinde her devlet, kendi ülkesine yatırım yapılmasını teşvik etmek suretiyle küreselleşen piyasadan mümkün olduğunca büyük bir payı alma çabasına girişmiştir.

Bir ülkeye yabancı yatırımın yapılması noktasında, diğer birçok unsurun yanı sıra, “öngörülebilirlik” ve “risk yönetimi” kavramları büyük önem taşımaktadır. Basit bir şekilde düşünmek gerekirse yeni bir işletme kurmak veya işletmesini geliştirmek isteyen kişilerin bu yöndeki motivasyonlarını sekteye uğratan en önemli unsurlardan biri, karşılaşılabileceği mali

¹ Federico Mucciarelli, “Not Just Efficiency: Insolvency Law In The EU and Its Political Dimension”, **European Business Organization Law Review**, 2013, S. 14, s. 176; Emilie Ghio, “European Insolvency Law: Development, Harmonisation and Reform; A Case Study on the European Internal Market”, **Trinity College Law Review**, 2015, S. 179, s. 155.
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

zorluklarda yalnız kalma ve bir anda her şeyini kaybetme (tasfiye) ihtimalidir. Bir başka anlatımla, olası bir mali zorlukta nasıl bir uygulama ile karşılaşacağını bilmeyen veya kendisini yalnız hisseden ya da mali kriz durumunda tek yol olarak tasfiye ile karşılaşacağını bilen bir kişinin, o ülkeye yatırım yapma eğiliminde olmayacağını tahmin etmek zor değildir. Bu nedenle de iflâs sistemi, tasfiyenin haricinde birçok bileşeni barındıran verimli bir sistem olmalıdır.

Bu çalışmada öncelikle 21. yüzyılda verimli bir iflâs sisteminin temel özellikleri belirlenecektir. Bunun ardından verimli bir iflâs sisteminde erken uyarı araçlarının önemi açıklanacaktır. Sonraki bölümde, erken uyarı araçları bakımından karşılaştırmalı hukuktaki son gelişmeler üzerinde durulacak ve nihâyet erken uyarı araçları bakımından Türk bakış açısı ele alınıp buna ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. VERİMLİ BİR İFLAS SİSTEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Makro boyutta hukuk ile ekonomi, mikro boyutta ise iflâs ile finansal sistemin stabilitesi arasındaki güçlü ilişkiler, uluslararası alanda verimli bir iflâs sisteminin temel özellikleri hakkında birçok çalışma yapılmasını teşvik etmiştir. Bunlar içinde değinilmesi gereken ilk çalışma, borçluların mali zorluklarını çözmek için etkin ve etkili bir yasal çerçevenin oluşturulmasına yardımcı olmayı amaçlayan 2005 tarihli UNCITRAL Borca Batıklık Rehberi'dir ².

Rehberde göre bir iflâs kanunu yapılırken temel bakış açısı, ekonomik istikrar ve büyümenin teşvik edilmesi için piyasanın güvence altına alınması olmalıdır. Bu bağlamda yaşaması mümkün olan işletmelerin yeniden yapılandırılmaları, yaşaması mümkün olmayan işletmelerin hızlı bir şekilde tasfiye edilebilmeleri, işletmelerin kurulmaları ve yeniden yapılandırılmaları için finansal desteğin kolaylaştırılması ve hem ulusal hem de uluslararası alanda kredi riskinin değerlendirilmesinin mümkün kılınması gerekmektedir ³.

İflâs sistemine genel bakış açısını bu şekilde ortaya koyan UNCITRAL, daha sonra bu çerçevede gözetilmesi gereken ilkeleri belirlemiştir. Buna göre; borçlunun aktiflerinin değeri maksimize edilmeli, bunun için yeniden yapılandırma ile tasfiye arasında denge sağlanmalı, aynı durumda bulunan alacaklılar arasında hakkaniyet gözetilmeli, tasfiye prosedürü hızlı, etkili ve

² Rehberin Fransızca tam metni için bkz https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/05-80723_ebook.pdf; İngilizce tam metin için bkz https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80723_ebook.pdf.

³ Rehber 10.

tarafsız bir şekilde gerçekleştirilmeli, tasfiye hâlinde hakkaniyete uygun bir dağıtım için iflâs masasının korunmasına özen gösterilmeli, şeffaflık ve öngörülebilirliğin sağlanması adına borçlu hakkında mali bilgilerin toplanması ve yayımına ilişkin düzenlemeler sevk edilmelidir⁴.

Dünya Bankası da 2016 yılında, verimli bir iflâs sisteminin temel ilkelerini yayınlamıştır⁵. Dünya Bankası'na göre kredi bazlı modern bir ekonomi, öngörülebilir, şeffaf ve etkin bir iflâs sistemine ihtiyaç duymaktadır. Böyle bir iflâs sistemi, öncelikle mali zorluk içinde bulunan işletmeler hakkında zamanında ve doğru finansal bilgilerin açıklanmasını veya bunlara erişilmesini sağlayan, böylece işletmenin mali zorluklarını erken bir aşamada uyarıcı açık yasal düzenleme ve prosedürler barındırmalıdır⁶.

Dünya Bankası'na göre erken uyarı araçları haricinde verimli bir iflâs sistemi; işletmenin varlıklarının değerini maksimize eder, işletmelerin yaşayabilirliğini göz önüne alarak yeniden yapılandırma ile tasfiye arasında dikkatli bir denge sağlar, aynı durumda bulunan alacaklıların tatmininde (yerli ve yabancı alacaklılar dâhil) hakkaniyeti gözetir, tasfiye prosedürünü hızlı, etkin ve tarafsız bir şekilde gerçekleştirir, sistemin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılmasını önler, borçlu hakkında mali bilgilerin toplanması ve yayımına ilişkin düzenlemeler içerir, sınır ötesi iflâs için bir çerçeve oluşturur⁷. Görüldüğü gibi UNCITRAL ile Dünya Bankası'nın belirlediği kıstaslar büyük ölçüde aynıdır.

Verimli bir iflâs sistemine ilişkin en güncel gelişme ise Avrupa Birliği'nin 20.06.2019 tarihinde kabul ettiği 2019/1023 Sayılı Önleyici Yeniden Yapılandırma Çerçevesi, Borçtan Kurtulma Ve Yeniden Yapılandırma, İflas Ve Borçtan Kurtulma Prosedürlerinin Verimliliğini Artıracak Önlemlere İlişkin Yönerge'dir⁸. Bu Yönerge'de, verimli bir iflâs sisteminin barındırması gereken, mali zorlukların erken bir dönemde teşhisine yönelik erken uyarı araçları, etkin ve verimli bir yeniden yapılandırma yolu, tasfiye prosedürünün verimliliğinin artırılmasına yönelik

⁴ Rehber 10-15.

⁵ Bkz. <http://pubdocs.worldbank.org/en/919511468425523509/ICR-Principles-Insolvency-Creditor-Debtor-Regimes-2016.pdf>

⁶ Principles 6-7.

⁷ Principles 7.

⁸ Directive 2019/1023, 20.06.2019, Relative Aux Cadres De Restructuration Préventive, À La Remise De Dettes Et Aux Déchéances, Et Aux Mesures À Prendre Pour Augmenter L'efficacité Des Procédures En Matière De Restructuration, D'insolvabilité Et De Remise De Dettes, Et Modifiant La Directive (UE) 2017/1132 (Directive Sur La Restructuration Et L'insolvabilité), OJ L 172/18.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

tedbirler ve dürüst borçlulara ikinci şans tanıma amacına yönelik borçtan kurtulma kurumunun genel şartları düzenlenmektedir.

Tüm bu araştırmalar çerçevesinde, her şeyden önce 21.yüzyıl'da iflâs anlayışının yalnızca tasfiyeden ibaret olmadığı sonucuna rahatlıkla ulaşılabilecektir. Bir başka anlatımla, mali zorluk içinde bulunan borçluları ticaret yaşamının dışında bırakıp⁹ mallarına el konularak alacaklıların tatmin edilmesi düşüncesine dayanan¹⁰ klasik iflâs anlayışı artık terk edilmiştir¹¹. Bir işletmenin faaliyet hâlindeki işletme değeri genellikle tasfiye değerinden fazla olduğu için, mali zorluk içindeki işletmelerin yaşayabilirliğini sağlamak modern iflâs hukukunun önceliğidir¹². Hattâ örneğin Fransız ve İtalyan Hukuku'nda kanun koyucular, 21. yüzyılda gerçekleştirdikleri reformlar ile, bu klasik iflâs anlayışını tamamen ortadan kaldırmak adına “iflâs” (*faillite, fallimento*) terimini kanundan tamamen çıkarmışlardır¹³. Elbette ki verimli bir iflâs sistemi, yaşaması mümkün olmayan işletmelerin kendilerine ve ekonomik sisteme daha fazla olumsuz etki yapmamaları için mutlaka etkin, hızlı, şeffaf ve hakkaniyete uygun bir tasfiye prosedürünü barındırmak zorundadır. Ancak verimli bir iflâs sistemi, mali zorluk ve tehditlerin erken bir dönemde tespiti amacına yönelik erken uyarı araçlarını, bunun üzerine borçlunun bu durumu düzeltmesini sağlayacak yargısal veya alternatif destek mekanizmalarını, mali zorluk içinde bulunup da yaşayabilir nitelikte olan borçluların faaliyetlerine devam etmesini sağlayacak etkin bir yeniden yapılandırma yolunu, ekonomik bakımdan yaşayabilir nitelikte

⁹ Thomas H. Jackson and David A. Skeel, **Bankruptcy And Economic Recovery**, s. 2 (<http://ssrn.com/abstr act=23061389>, Son erişim: 30.01.2020).

¹⁰ Thomas H. Jackson, **The Logic And Limits Of Bankruptcy Law**, Harvard University Press 1986, s. 10; Charles W. Mooney, “A Normative Theory Of Bankruptcy Law: Bankruptcy As (İs) Civil Procedure”, **Washington and Lee Law Review**, 2004, S. 61, s. 946.

¹¹ Vanessa Finch, “The Recasting of Insolvency Law”, **The Modern Law Review**, 2005/5, s. 713.

¹² Ali Cem Budak, “Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu İle İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflâs Kanunu'ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği”, **MaÜHFF**, 2006/1, s. 257-258; Daoning Zhang, “Preventive Restructuring Frameworks: A Possible Solution for Financially Distressed Multinational Corporate Groups in the EU”, **European Business Organization Law Review**, 2019, S. 20, s. 289. Karşılaştırmalı Hukuktaki yeniden yapılandırma yolları hakkında bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, **İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma**, Yetkin Yayınları, Ankara Yetkin 2005, s. 41-216.

¹³ Her iki hukuk sisteminde de bunun yerine “yargısal tasfiye” (*liquidation judiciaire, liquidazione giudizaria*) kavramını benimsemişlerdir. Bunun bir kültürel reform olduğu hakkında bkz. Carlo Ghia, “Italian Insolvency Reforms: Some Comments on the February 2018 draft Legislative Decree”, s. 3 (www.insol-europe.org, Son erişim: 02.02.2020).

olmayan borçluların faaliyetlerine son verilerek mallarının paraya çevrilmesine yönelik bir tasfiye prosedürünü ve dürüst borçlulara ikinci bir şans tanımayı amaçlayan borçtan kurtulma kurumunu içinde barındıran kompleks bir sistemi ifade etmektedir¹⁴. Ancak böyle bir yapı, mikro boyutta alacaklıların alacaklarına azami düzeyde kavuşmalarını, makro boyutta ise borçlanma faiz oranlarının düşürülmesini ve böylece yatırımları teşvik edilmesine yardımcı olarak ekonomik büyümeye katkıda bulunabilecektir¹⁵.

II. VERİMLİ BİR İFLAS SİSTEMİNDE ERKEN UYARI ARAÇLARININ GEREKLİLİĞİ VE TÜRLERİ

21. yüzyıl iflâs anlayışının yeniden yapılandırma veya kurtarmayı incelemesi, ikinci aşamada iflâs tehdidinin mümkün olduğunca erken bir dönemde teşhis edilmesini gerekli kılmaktadır. Çünkü iflâs tehdidi yaratan durum ne kadar erken teşhis edilebilirse, müdahale edilerek durumun tedavi edilme ihtimali de o ölçüde yükselecektir. Dolayısıyla erken uyarı araçlarının temel amacı, borçlunun karşı karşıya kalabileceği mali risklerin, iflâsının önüne geçebilecek kadar erken bir dönemde teşhis edilmesidir¹⁶.

Yukarıda yer verilen açıklamalar, aynı zamanda erken uyarı araçlarının borçlu bakımından gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Gerçekten iflâs tehdidi teşkil edecek bir mali zorluk ile karşı karşıya olduğunun erken bir dönemde tespiti üzerine borçlu, bu durumdan kurtulabilmek için yargısal veya yargısal olmayan (örneğin alacaklılar ile müzakere edip borçlarını yeniden yapılandırma, uygun kredi imkânları araştırma vb.) birçok imkândan yararlanabilecektir.

Günümüzde devletlerin en önemli ve istikrarlı gelir kaynaklarının başında vergiler gelmektedir. Bu gelir kaynağının korunması ve artması, verimli bir ekonomik ortamda işletmelerin varlıklarını koruması ve kârlılıklarını artırmaları ile doğrudan ilintilidir. Ayrıca işletmelerin iflâs etmeleri, işsizliğin artmasını da doğrudan tetikleyecektir. Tüm bu nedenlerle

¹⁴ Jean-Luc Vallens, *L'Insolvabilité Des Entreprises En Droit Comparé*, Joly éd., Paris 2011, s. 1.

¹⁵ Zhang, *Preventive Restructuring Frameworks*, 289.

¹⁶ Gaia Balp, "Early Warning Tools At The Crossroads Of Insolvency Law And Company Law", *Global Jurist*, 2019/2, s. 3. Türk Hukuku'nda da bu alanda mutlaka bir erken uyarı mekanizmasının kurulması gerektiği hakkında bkz. Selçuk Özbek, *Özbek-Konkordato Şerhi*, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2019, m 285 no 30 dn 62.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

erken uyarı araçları ile mali risklerin erken bir dönemde tespit edilmesi, sırf bu nedenlerle bile devlet için de gereklidir ¹⁷.

Çalışmanın en başında değinildiği üzere, bir ülkeye yatırım yapılması noktasında, diğer birçok unsurun yanı sıra, “öngörülebilirlik” ve “risk yönetimi” kavramları büyük önem taşımaktadır. Bir mali zorluk ile karşı karşıya kalma ihtimalinin bulunduğunu tespit eden erken uyarı araçları, öngörülebilirliği sağlamaları açısından yatırımcıları teşvik edecektir.

Bu yararlarının yanında, bir sistemde erken uyarı araçları düzenlenirken dikkat edilmesi gereken bazı hususlar da mevcuttur. Şöyle ki öncelikle erken uyarı araçları, borçluların risk almalarını tamamen engellemeyi amaçlamamaktadır. Aksine erken uyarı araçları, “start-up kültürü”nü yok etmemelidir; çünkü bir ekonomik sistemin dinamizmi için risk alınması bir ihtiyaçtır ¹⁸. Yine bunun bir yansıması olarak erken uyarı araçları, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelere ağır bir mali külfet getirmemelidir ¹⁹. Kezâ erken uyarı araçlarının temel işlevi, borçlunun kendisini veya işletmenin yöneticilerini, karşı karşıya oldukları riskler konusunda uyarmak ve onları gerekli tedbirleri almaya yöneltmektir. Bu nedenle de erken uyarı araçları bu çerçevenin dışına taşmamalı ve erken uyarı araçları ile işletmenin yönetimine müdahale edilmesi veya yönetimin devri söz konusu olmamalıdır.

Erken uyarı araçları, genellikle borçlunun (çoğunlukla bu bir şirket olacaktır) iç yapısında düzenlenmiş ve gizli bir şekilde başlayan raporlama faaliyetinden ibarettir. Bu raporlama yetki ve görevi, borçlunun mali verileri hakkında bilgisi olan kişilere ²⁰, bazı kamu alacaklılarına ²¹ veya yönetime katılma yetkisine sâhip olmaları itibarıyla işçi temsilcilerine ²² tanınabilecektir. Bu gizli raporlama faaliyeti, özellikle yönetim kurulunun

¹⁷ Sinan Aktan, **Early Warning System for Bankruptcy: Bankruptcy Prediction** (Yayınlanmamış Doktor Tezi, Karlsruhe 2011), s. 67.

¹⁸ Sascha Haghani, “Die Umsetzung von Frühwarnsystemen im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren : zur Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019”, **Brüsseler Sanierungsrahmen**, 2019, s. 21.

¹⁹ Haghani, s. 21.

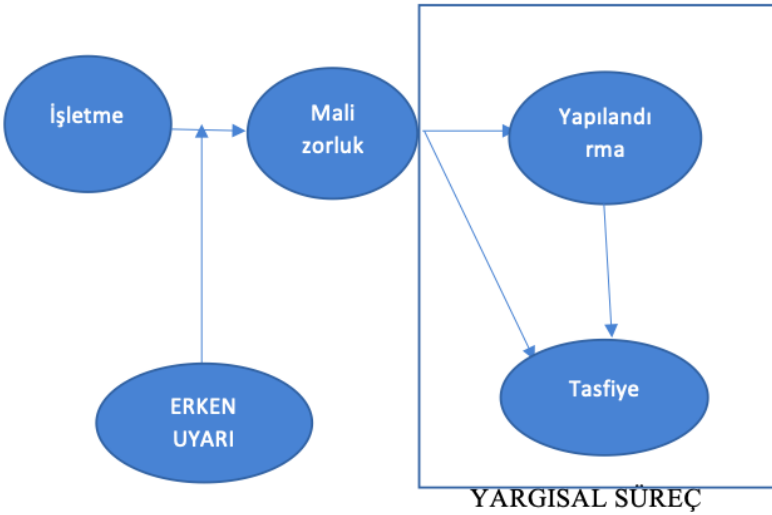
²⁰ Örneğin Fransız ve İtalyan Hukuku’nda erken uyarı prosedürünü başlatma yetkisi aslı olarak denetçiye verilmiştir.

²¹ İtalyan Hukuku’nda “nitelikli kamu alacaklıları”na bu yetki tanınmıştır.

²² Fransız Hukuku’nda işçileri temsil eden organ olan ekonomik ve sosyal komite, erken uyarı prosedürünü başlatma yetkisini haizidir.

pasif kalması durumunda, bir dış ayak ile tamamlanarak yönetim kurulunun doğru müdahalelerde bulunması amaçlanmaktadır²³.

Erken uyarı araçlarının etkinliğinin sağlanması için bazı kanun koyucular, hukuk düzenlerinde önleyici kurum veya prosedürlere yer vermişlerdir. Örneğin Fransız Hukuku'nda erken uyarı prosedürü, “uzlaştırma” (*conciliation*) ve “kurtarma” (*sauvegarde*) prosedürleri ile eklemlendirilmiştir. Buna karşın erken uyarı araçlarının önleyici prosedürler ile bir arada düzenlenme zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna örnek olarak da Türk ve Alman Hukuku gösterilebilecektir. Şöyle ki her iki hukuk sisteminde de risklerin erken bir dönemde saptanabilmesi adına yönetim kuruluna bir iç sistem kurma yükümlülüğü getirilmiş; ancak bunun üzerine uygulanacak bir kurum veya prosedür düzenlenmemiştir²⁴.



²³ Aşağıda üzerinde duracağımız gibi, Fransız Hukuku'nda bu dış ayak ticaret mahkemesi başkanı iken İtalyan Hukuku'nda ise ticaret odaları bünyesinde oluşturulan risk komiteleridir.

²⁴ Steffen Koch, “Restructuring: the German Approach”, **Insolvency & Restructuring International** 2009/3, s. 27-28.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ERKEN UYARI ARAÇLARINA İLİŞKİN BAZI GELİŞMELER

A-) AVRUPA BİRLİĞİ'NİN 2019/1023 SAYILI YÖNERGESİ

Üye devletler arasında bir kurtarma ve yeniden yapılandırma kültürünün geliştirilmesi, 2012 yılından bu yana Avrupa Komisyonu'nun gündemindedir. Bu bağlamda Avrupa Konseyi, Komisyonu ve Ekonomik ve Sosyal Komitesi, 12.12.2012 tarihli “Borca Batıklık ve İflâsa İlişkin Yeni Avrupa Yaklaşımı” başlıklı belgeyi kabul etmiştir²⁵. Burada modern iflâs hukukunun, sağlam şirketlerin hayatta kalmasına yardımcı olması ve girişimcileri ikinci şansa sâhip olmaları için teşvik etmesi gerektiği açıklanmıştır²⁶. Bu metni takiben Avrupa Komisyonu, 12.03.2014 tarihinde İşletmelerin Borca Batıklığı ve İflâsı Hakkında Yeni Yaklaşım İlişkin Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir²⁷. Bu tavsiye kararında önleyici (*préventive*) yeniden yapılandırma çerçevesi çizilmiştir²⁸. Burada “önleyici” kavramı kullanılarak, mevcut kurtarma kültürünün, iflâs öncesine odaklanmaya dönüştüğü ortaya konulmaktadır²⁹.

2016 Ekonomi Büyüme Raporu, bir ülkeye yapılacak yatırım kararları bakımından “verimli bir iflâs prosedürünün” mevcudiyetinin temel öneme sâhip olduğunu belirtmiştir. Bu raporu esas alan Avrupa Komisyonu, üye devletlerin iflâs sistemleri arasındaki farkların neden olduğu sermayenin serbest dolaşımının önündeki engelleri kaldırmak amacıyla verimli bir iflâs sisteminin genel çerçevesini çizen Önleyici Yeniden Yapılandırma Çerçevesi, İkinci Şans ve Yeniden Yapılandırma ve İflas Prosedürlerinin

²⁵ Commission, Communication De La Commission Au Parlement Européen, Au Conseil Et Au Comité Économique Et Social Européen, Nouvelle Approche Européenne En Matière De Défaillances Et D'Insolvabilité Des Entreprises ,COM(2012) 742 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52012DC0742>.

²⁶ Paolo Manganelli, “The Modernization of European Insolvency Law: An Ongoing Process” (2016) 178 Journal Of Business & Technology Law, 2016, S. 178, s. 159-161.

²⁷ Commission, Recommandation De La Commission Du 12 Mars 2014 Relative À Une Nouvelle Approche En Matière De Défaillances Et D'insolvabilité Des Entreprises Texte Présentant De L'intérêt Pour L'EEE (2014/135/UE), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32014H0135>.

²⁸ Tavsiye kararına göre önleyici yeniden yapılandırma yolunun başlıca altı işlevi bulunmaktadır. Bunlar; Erken uyarı, borçlunun tasarruf yetkisinin korunması, mahkemelerin asgari düzeyde müdahalesi, izleme, alacaklı sınıfları arasında hakkaniyete uygun paylaşım ve yeniden finansmandır.

²⁹ Vanessa Finch, “Corporate Rescue In A World Of Debt”, **Journal of Business Law**, 2008/8, s. 756-757.

Verimliliğini Artırmak İçin Alınması Gereken Önlemlere İlişkin Yönerge Tasarısı'nı³⁰ hazırlamıştır³¹.

Yönerge Tasarısı'nın 23.11.2016 tarihinde kabul edilmesi üzerine Avrupa Sosyal ve Ekonomik Komitesi³², Avrupa Bölgeler Komitesi³³ ve Avrupa Merkez Bankası görüşlerini sunmuş; Avrupa Konseyi'nde gerçekleştirilen görüşmeleri tâkiben söz konusu metin, 20.06.2019 tarihinde, 2019/1023 Sayılı Önleyici Yeniden Yapılandırma Çerçevesi, Borçtan Kurtulma Ve Yeniden Yapılandırma, İflas Ve Borçtan Kurtulma Prosedürlerinin Verimliliğini Artıracak Önlemlere İlişkin Yönerge olarak kabul edilmiştir³⁴. Yönerge'de, verimli bir iflâs sisteminde bulunması gereken erken uyarı araçları, yeniden yapılandırma prosedürü, borçtan kurtulma ve tasfiye prosedürünün verimliliğinin artırılmasına ilişkin başlıca hususlar düzenlenmiştir. Yönerge'nin uygulama alanı, uygulama alanına dâhil olmayan kişilerin sayılması suretiyle olumsuz bir şekilde düzenlenmiş

³⁰ Doktrinde bu tasarının, aslında tasfiye edilmesi gereken işletmeler için bir sığınak oluşturduğu, mahkemeye sürece müdahale için etkin araçlar tanınmaksızın sistemin başarıya ulaşmasının zor olduğu ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. Horst Eidenmüller, "The Rise and Fall of Regulatory Competition in Corporate Insolvency Law in the European Union", **European Business Organization Law Review**, 2019, S. 20, s. 559; Horst Eidenmüller, "Contracting For A European Insolvency Regime", *European Business Organization Law Review*, 2017, S. 18, s. 275 ss.

³¹ Yönerge Tasarısı'nın tam metni için bkz <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:52016PC0723>.

³² Komite, işçilerin tüm süreçlere etkin bir şekilde katılmalarının sağlanması ve "sosyal uyarı" mekanizmasının hayata geçirilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Sosyal uyarı, şirketin tüm paydaşlarına şirketin karşılaştığı zorluklarla ilgili bilgi verme yükümlülüğüdür. Komiteye göre, her bir özel duruma uygun olarak kabul edilecek olan bu hüküm, borçlunun davranışının dürüst ve sosyal olarak sorumluluk sâhibi olup olmadığını belirlemek için de yararlı bir test olacaktır. Bkz. Comité Économique Et Social Européen, Avis Sur La «Proposition De Directive Du Parlement Européen Et Du Conseil Relative Aux Cadres De Restructuration Préventifs, À La Seconde Chance Et Aux Mesures À Prendre Pour Augmenter L'efficience Des Procédures De Restructuration, D'insolvabilité Et D'apurement Et Modifiant La Directive (2017/C 209/04), JO C 209/21, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AE6275&from=EN>.

³³ Avrupa Bölgeler Komitesi, erken uyarı araçlarına işçilerin ve temsilcilerinin erişebilmelerine imkân sağlanması yönünde görüş bildirmiştir. Bkz. Comité Européen Des Régions, Avis – Encourager Les Jeunes Pousses Et Les Entreprises En Expansion Européennes: Le Point De Vue Régional Et Local (2017/C 342/07), JO C 342/43, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IR0032&from=EN>.

³⁴ Yönerge'nin tam metni için bkz <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>.

olup (m 2); burada sayılmayan tüm borçlular hakkında Yönerge uygulama alanı bulacaktır ³⁵.

Yönerge’de benimsenen temel bakış açısı, bir borçlunun mali zorlukları ne kadar erken bir dönemde tespit edilebilirse, uygun önlemlerin alınarak iflâstan kurtulma ihtimalinin o kadar yüksek olacaktır. Bu nedenle de Yönerge’ye göre, borçluların mali zorluklarını erken teşhis ederek gerekli önlemleri alabilmelerinin teşvik edilmesi amacıyla iflâs sistemlerinde bir veya birden fazla erken uyarı aracına yer verilmelidir ³⁶. Üye devletler, işletmelerin büyüklüğünü göz önüne alarak, her işletme grubu için farklı erken uyarı araçları düzenleyebileceklerdir.

Erken uyarı araçları, bu bakış açısı çerçevesinde Yönerge’nin 3. maddesinde düzenlenmiş olup; bu düzenlemeler büyük ölçüde Fransız Hukuku’ndan esinlenilerek hazırlanmıştır ³⁷. Buna göre üye devletler, borçluların iflâs olasılığına yol açabilecek durumları tespit ederek gecikmeksizin harekete geçmeleri gerektiğini bildirebilecek bir veya daha fazla açık ve şeffaf erken uyarı aracına erişmelerini sağlayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında iflâs sisteminde yer verilebilecek üç tür erken uyarı aracı düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, borçlunun bazı tür borçlarını ödememesini tespit eden uyarı araçlarıdır. İkinci olarak kamu veya özel kuruluşlar tarafından sağlanan danışmanlık hizmetleri, uyarı aracı olarak düzenlenebilecektir. Üçüncü olarak ise, muhasebeciler, vergi veya sosyal güvenlik kurumları gibi borçlu hakkında düzenli bilgi elde eden üçüncü kişilerin, her türlü olumsuz gidişat hakkında borçluyu uyarmasını sağlayan erken uyarı araçları söz konusu olabilecektir. Yönerge’de üye devletlere, bu araçlardan hangisini tercih edeceklerine yönelik bir yönlendirme

³⁵ Yönerge’nin ikinci maddesi uyarınca; 2009/138 sayılı Yönerge’nin 13/1 ve 4 maddelerinde tanımlanan sigorta şirketleri veya reasürans şirketleri, 2013/575 sayılı Yönetmeliğin 4/1. maddesinde tanımlanan kredi kuruluşları, 2013/575 sayılı Yönetmeliğin 4.1/2 ve 7. maddelerinde tanımlanan yatırım firmaları veya toplu yatırım teşebbüsleri, 2012/648 sayılı Yönetmeliğin 2/1. maddesinde tanımlanan merkez karşı taraflar, 2014/909 sayılı Yönetmeliğin 2.1 /1. maddesinde tanımlanan merkezi menkul kıymetler depoları, 2014/59 sayılı Yönerge’nin 1/1. maddesinde sayılan diğer finans kurum ve kuruluşları, ulusal yasalara göre kamu kurumları, girişimci olmayan gerçek kişiler bu Yönerge’nin uygulama alanına girmemektedir.

³⁶ Yönerge § 22.

³⁷ Reinhard Dammann and Mylène Boché-Robinet, “Transposition Du Projet De Directive Sur L’Harmonisation Des Procédures De Restructuration Préventive En Europe”, Recueil Dalloz, 2017, S. 22, s. 1264.

yapılmamıştır. Ancak özellikle ilk erken uyarı aracının iflâs tehdidini ortaya koyması bakımından verimli olacağı söylenebilecektir ³⁸.

Yönerge’de kabul edilen bir diğer husus ise, erken uyarı araçları bakımından işçilerin desteklenerek sürece katılımlarının sağlanmasıdır. Bu çerçevede işçi temsilcilerinin erken uyarı araçlarının kullanımı ve bu araçlar çerçevesinde elde edilen bilgilere ulaşımı sağlanmalıdır (m 3/3). Yine işçi temsilcilerinin, borçlunun ekonomik durumunun düzeltilmesi sürecine yardım etmeleri de mümkün kılınmalıdır (m 3/5).

B-) FRANSIZ HUKUKU :

1-) 1984 Reformu ve Genel Özellikleri

Bugün Fransa’da yürürlükte bulunan küllî tâkip sistemi, 1984, 1994 ve 2005 yılında gerçekleştirilen üç reformun üzerinde inşa edilmiştir ³⁹. 1984 Reformu’nun hazırlanma sürecine temel oluşturan 1975 tarihli Sudreau Raporu’nda ileri sürülen en önemli düşünce, işletmenin karşı karşıya bulunduğu mali zorlukların erken bir dönemde tespiti ve yöneticilerin bu konuda erken bir dönemde uyarılması gerektiğidir ⁴⁰.

Sudreau rapor üzerine hazırlanan 01.03.1984 tarihli kanun, konunun ekonomik boyutunu da göz önüne alan, ekonomik zorluk içinde bulunan şirketlerin yeniden yapılandırılarak yaşamlarını sürdürmelerini amaçlayan, omurgasını erken uyarı araçlarının oluşturduğu bir sistem yaratarak mevcut iflâs sistemini tümüyle değiştiren bir reform niteliği taşımaktadır ⁴¹.

3-) Erken Uyarı Prosedürünün İşleyişi

Fransız Hukuku’ndaki erken uyarı prosedürü, genel olarak, sürecin raporlama faaliyeti ile başlatılması, yöneticilerin sürece dâhil olması ve yöneticilerin pasif kalmaları veya yeterli tedbir almamaları üzerine durumun

³⁸ Daoning Zhang, **Insolvency Law And Multinational Groups: Theories, Solutions, And Recommendations For Business Failure**, Routledge éd. 2019, s. 32.

³⁹ Fransız İflâs Hukuku’nun tarihsel gelişimi hakkında bkz. Mert Namlı, “Küllî Tâkip Sisteminin Verimliliğini Arttırma Bakımından Bir Romanist Ülkenin Geçirdiği Değişim: Fransa Örneği ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri”, **İÜHFMD**, 2015/2, s. 306-312.

⁴⁰ Sudreau Raporu’nun VIII no’lu başlığı “Zorlukların Uyarılması ve İşletmelere Bunlarla Mücadelede Yarım Edilmesi”dir. Raporun tam metni için bkz. Pierre Sudreau, **La Réforme De L’Entreprise** (Oct-18 1975).

⁴¹ Corinne Saint-Alary-Houin, **Droit Des Entreprises En Difficulté**, 11. Édition, LGDJ, Paris 2018, s. 37.

dış ayak olarak ticaret mahkemesi başkanına intikal ettirilmesi üzerine kuruludur⁴².

Fransız sisteminde erken uyarı prosedürü, dört şekilde başlatılabilmektedir. Öncelikle kanun koyucu, hesapları inceleme görevi nedeniyle bir işletmenin âdetâ kalbinde yer alan denetçiye (*commissaire aux comptes*), şirket türüne⁴³ göre bu konuda bir görev yüklemiş veya yetki

⁴² Alain Lienhard, “La Prévention”, **Délmás Procédures Collectives**, 2017, no: 14 ss.

⁴³ Fransız Hukuku’nda özel hukuk tüzel kişileri, ticaret şirketi (*société commerciale*), ekonomik menfaat grupları (*groupement d’intérêt économique*), dernek (*association*), vakıf (*fondation*), bağış fonu (*fonds de dotation*) ve sendika (*syndicat*) olarak sınıflandırılabilirler.

Ticaret şirketleri, limited şirketi (*société à responsabilité limitée – SARL*), tek kişilik limited şirket (*entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée – EURL*), liberal limited şirket (*société d’exercice libéral à responsabilité limitée – SELARL*), anonim şirket (*société anonyme – SA*), basitleştirilmiş anonim şirket (*société par actions simplifiée – SAS*), tek kişilik basitleştirilmiş anonim şirket (*société par actions simplifiée unipersonnelle – SASU*), kolektif şirket (*société en nom collectif – SNC*) ve profesyonel sivil şirkettir (*société civile professionnelle – SCP*).

Limited şirket, basit bir yapı sunması ve ortakların getirdikleri kadar ile sorumlu olmaları itibarıyla Fransa’da en sık karşılaşılan şirket türüdür. SARL’in en az iki ortak tarafından kurulması gerekmekte olup; kanunda asgari bir sermaye miktarı aranmamaktadır.

SARL’in özel bir türü olan tek kişilik limited şirket, isminden de anlaşılacağı üzere tek ortaktan oluşmaktadır. Diğer özellikleri de SARL’a çok yakın olup; yalnızca vergilendirme bakımından bir farklılık söz konusudur. Şöyle ki EURL’in kârı, ortağı adına gelir vergisi üzerinden vergilendirilmektedir. Bununla birlikte kurumlar vergisinin tercih edilmesi de mümkündür.

Liberal limited şirket, limited şirket özelliklerinin serbest meslek faaliyetlerine adapte edilmesi sonucunda doğmuştur. Kuralları genel olarak limited şirkete çok benzer olmakla birlikte, serbest meslek özellikleri de ortaya çıkmaktadır.

Anonim şirket, en az yedi ortağın bir araya gelmesi ile en az 37.000 Euro sermaye ile kurulmaktadır. Anonim şirket, bir başkan, bir genel müdür ve en az üç kişiden oluşan bir yönetim kurulu tarafından idare edilmektedir. Anonim şirkette de ortaklar getirdikleri ile sorumludurlar.

Basitleştirilmiş anonim şirket, isminden de anlaşılacağı üzere, anonim şirket kurallarının basitleştirilmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. Şöyle ki bir SAS’da asgari ortak sayısı iki olup; asgari sermaye şartı da bulunmamaktadır. Bu şirket türünün ortaya çıkması sonucunda Fransa’da anonim şirketlerin önemli çoğunluğu SAS’a dönüşmüştür.

Tek kişilik basitleştirilmiş anonim şirket, tamamen SAS ile aynı özellikleri taşımakta olup; tek fark olarak bu şirket türünde bir ortak bulunmamaktadır.

Kollektif şirket, tâcir sıfatı taşıyan en az iki ortak tarafından asgari sermaye tutarı olmaksızın kurulan bir şirket türüdür. Kollektif şirkette ortaklar tüm kişisel malvarlıkları ile şirket borçlarından sorumlu oldukları için, Fransa’da nadiren bu şirket türü ile karşılaşılabilmektedir.

tanımıştır ⁴⁴. İkinci olarak, işletmenin aslî unsuru olan işçilere, onların temsilcisi olan sosyal ve ekonomik komite aracılığıyla prosedürü başlatma hakkı tanınmıştır. Üçüncü olarak şirket ortakları da bu hakka sâhiptir. Son olarak ise onaylı önleme grupları da gerekli hâllerde prosedürü başlatabileceklerdir.

a-) Prosedürün Denetçi Tarafından Başlatılması

Prosedürün başlatılması için gerekli objektif unsur, kanunda, “*işletmenin devamlılığını sekteye uğratabilecek nitelikte vakıaların tespit edilmesi*” şeklinde belirlenmiştir (CC L 234-1) ⁴⁵. Görüldüğü gibi kanunda hem oldukça geniş bir kıstas belirlenmiş ⁴⁶, hem de bundan ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Bu çerçevede işletmenin mali dengesindeki bir anomali belirtisi, işletmenin finansal kaynaklarında ödemelerin tatiline yol açarak işletmenin devamlılığını tehdit edecek boyuttaki bir aksama denetçinin prosedürü başlatması için yeterli olacaktır ⁴⁷. Bununla birlikte önemli pazarların kaybı, hammadde tedarik zorlukları, franchising sözleşmesinin sona ermesi, işletmenin büyük çapta faaliyette bulunduğu bir ülkedeki siyasi dalgalanmalar, üretim araçlarının imhası, önemli ve tekrar eden grevler gibi

Profesyonel sivil şirket, aynı serbest mesleği icra eden kişilerin bir araya gelerek bir şirket kurmalarına imkân sağlamak üzere yaratılmış bir şirket türüdür. Bu şirket için de asgari kuruluş sermaye şartı bulunmamaktadır. Burada ortaklar, şirket borçlarından sınırsız bir şekilde sorumludurlar.

⁴⁴ Denetçiler için erken uyarı prosedürünün başlatılması, ticaret şirketleri bakımından bir görev iken, diğer işletmeler bakımından bir yetki niteliğindedir. Bu noktada özel hukuk tüzel kişileri bakımından denetçi tayininin zorunlu olup olmadığı incelenmelidir. 01.09.2019'a kadar Fransız Hukuku'nda anonim şirketler için denetçi belirlenmesi zorunlu iken, diğer şirketler bakımından denetçi bulundurma zorunluluğu farklı şartlara tâbi tutulmuştu. 22.05.2019 tarihinde kabul edilen ve 01.09.2019 tarihinde yürürlüğe giren kanun uyarınca, denetçi belirleme zorunluluğu tüm şirketler bakımından aynı şartlara tâbi tutulmuştur. Şöyle ki şu unsurlardan en az ikisinin gerçekleştiği tüm şirketler (anonim şirketler de dâhil olmak üzere) denetçi belirlemek zorundadırlar:

- Bilançonun 4.000.000 Euro'yu aşması
- Vergiler hariç yıllık cironun 8.000.000 Euro'yu aşması
- 50'den fazla işçinin çalışması

⁴⁵ Aslında “işletmenin devamlılığı” (*continuité de l'exploitation*) kıstası, Anglosakson Hukukunda benimsenen “*going concern*” kavramından alınmıştır.

⁴⁶ Saint-Alary-Houin, s. 110.

⁴⁷ Emmanuel du Pontavice, “Le Nouveau Role Du Commissaire aux Comptes et L'Alerte Du Tribunal De Commerce”, **RJ comm.**, 1986/2, s. 57.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

finansal olmayan sebepler de prosedürün başlatılması için sebep teşkil edebilecektir⁴⁸.

Denetçi tarafından başlatılacak erken uyarı prosedürü, anonim şirketler ile diğer özel hukuk tüzel kişileri arasında farklılık göstermektedir. Anonim şirketlerdeki prosedür toplam dört aşamadan oluşmaktadır. İlk aşamada denetçi, işletmenin devamlılığını etkileyebileceğini tespit ettiği hususları yöneticilere bildirecektir⁴⁹. Yöneticiler, bildirimden itibaren 15 gün içinde denetçiye iadeli taahhütlü mektup ile cevap vermek zorundadırlar (CC R 234-1)⁵⁰. Bu cevapta yöneticiler, denetçiye, işletmenin durumu hakkında bir analiz ile alınması öngörülen tedbirleri belirteceklerdir (CC L 234-1). Bu süreç tamamen gizli nitelikte olup; denetçi ile yöneticiler arasında bir diyalog kurulması amaçlanmaktadır. Bu nedenle de bildirim ile cevap, ortaklara veya işçilerin temsilcisi konumundaki sosyal ve ekonomik komiteye gönderilmeyecektir.

Yöneticiler 15 gün içinde cevap vermez veya denetçi, verilen cevapların işletmenin devamlılığını sağlayacak nitelikte bulmazsa ikinci aşama başlayacaktır. Bu aşamada denetçi, yönetim kurulu başkanını, sekiz gün içinde saptanan hususlar hakkında yönetim kurulu ile müzakere etmesi için yazılı olarak dâvet edecektir. Bu dâvet yazısının bir örneği, ticaret mahkemesi başkasına da gönderilecektir⁵¹. Yönetim kurulu başkanı, dâveti almasından itibaren sekiz gün içinde yönetim kurulunu toplantıya çağırarak zorunda olup; bu toplantı, davetin alınmasından itibaren 15 gün içinde gerçekleştirilecek ve denetçi de bu toplantıya çağırılacaktır.

Yönetim kurulu belirlenen sürede toplanmaz veya denetçi bu toplantıya çağırılmaz ya da bu toplantıda alınan kararlara rağmen denetçi işletmenin devamlılığının sağlanamayacağını tespit ederse üçüncü aşamaya geçilecektir. Bu aşamada yönetim kurulu başkanı, kendiliğinden veya denetçinin bu yöndeki dâvetini aldıktan sonra sekiz gün içinde genel kurulu toplantıya çağıracaktır⁵². Genel kurul toplantısında denetçi, tespit edilen

⁴⁸ Dominique Vidal, “Prévention Des Difficultés Des Entreprises”, **JurisClasseur Commercial**, 2017, s. 56-57.

⁴⁹ Bu bildirim şekli bakımından kanunda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte ispat bakımından iadeli taahhütlü mektup ile yapılması doktrinde tavsiye edilmektedir. Bkz. Saint-Alary-Houin, s. 112.

⁵⁰ Bu süre içinde cevap verilmemesi, yöneticilerin hukuki sorumluluğuna neden olabilecektir. Bu yönde bkz. Michel Jeantin and Paul Le Cannu, **Droit Commercial: Entreprises En Difficulté**, 7. Édition, Dalloz, Paris 2006, s. 49.

⁵¹ Bu düzenleme, 26.07.2005 tarihli Kanun ile kabul edilmiştir.

⁵² Denetçinin dâveti üzerine genel kurulun toplantıya çağırılması durumunda, toplantı tarihini denetçi belirleyecektir (CC L 234/2).

hususlar hakkında özel bir rapor sunacaktır. Bu rapor, toplantı tarihinden 15 gün önce sosyal ve ekonomik komiteye de gönderilecektir.

Denetçi, genel kurulda alınan kararların da işletmenin devamlılığını sağlamaya yetmeyeceği düşüncesindeyse, prosedür içindeki tüm adımlar ile bunların sonuçları hakkında ticaret mahkemesi başkanına derhâl bilgi verecektir⁵³. Bunun üzerine ticaret mahkemesi başkanı, yöneticileri görüşmeye çağırarak onlara alınacak tedbirleri sorabilecektir⁵⁴.

Diğer ticaret şirketleri bakımından ise prosedür üç aşamadan oluşmaktadır. İlk aşamada yine denetçi, işletmenin devamlılığını etkileyecek hususlar tespit ettiğinde bunlar hakkında yöneticiden açıklama isteyecektir. Yönetici, açıklama talebini almasından itibaren 15 gün içinde buna iadeli taahhütlü mektup ile cevap vermek durumundadır. Bu talebin ve cevabın bir örneği sosyal ve ekonomik komiteye de iletilecektir. Ayrıca denetçi, yöneticinin cevabını alınca veya cevap verilmezse 15 günlük sürenin sonunda durumu ticaret mahkemesine bildirecektir.

Yöneticinin 15 gün içinde cevap vermemesi veya alınan kararlara rağmen denetçinin işletmenin devamlılığının sağlanamayacağına kanaat getirmemesi durumunda, denetçi özel bir rapor hazırlayacak ve yöneticiyi, tespit edilen vakıalar hakkında genel kurulu toplantıya çağırmaya dâvet edecektir. Bu dâvetin bir örneği de ticaret mahkemesi başkanına gönderilecektir.

Üçüncü aşama ise anonim şirketler ile aynıdır. Genel kurulda alınan kararlara rağmen işletmenin devamlılığının tehlikede olduğunu düşünen denetçi, sürecin tüm adımları hakkında ticaret mahkemesi başkanını bilgilendirecek; mahkeme başkanı da yöneticileri toplantıya dâvet edilebilecektir. Söz konusu toplantının konusu, durumun düzeltilmesine yönelik tedbirlerin görüşülmesidir.

Mahkeme başkanı tarafından dâvet edilen yöneticiler toplantıya katılmak zorunda değildirler. Kanunda bunun için bir yaptırım düzenlenmemiş olsa bile, mali zorlukların ilerlemesi ve işletme hakkında yeniden yapılandırma veya tasfiye yolunun açılması hâlinde, toplantıya katılmama, yöneticilerin hukukî sorumluluklarının ağırlaşmasına neden olabilecektir⁵⁵.

⁵³ Bu çerçevede denetçi, prosedürün tüm aşamalarına ilişkin tüm belgeleri ve alınan kararların yetersizliğine ilişkin gerekçeli görüşünü mahkeme başkanına sunacaktır.

⁵⁴ Mahkeme başkanı şirketin ödemelerin tatili durumunda bulunduğu kanaatine varsa dahi, yeniden yapılandırma veya tasfiye prosedürünün açılmasına re'sen karar veremeyecektir.

⁵⁵ Grenoble İstinaf Mahkemesi, 2013 tarihli bir kararında, yöneticilerin toplantıya katılmamalarını "işletme hatası" olarak değerlendirmiştir. Bkz. CA Grenoble, 20.06.2013, no: 10/03483, Rev Proc. Coll (2013) 28.

Denetçi, görevi gereği yukarıda belirtilen bir durumu tespit ettiğinde, erken uyarı prosedürünü başlatabilecek veya başlatmak durumunda olacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki hiçbir durumda denetçinin işletmenin yönetimine müdahale etmesi mümkün değildir⁵⁶.

b-) Prosedürün Sosyal ve Ekonomik Komite Tarafından Başlatılması

Sosyal ve ekonomik komite, Fransız Anayasası'nın çalışanların işletmenin yönetimine katılmasını öngören 8. maddesine⁵⁷ dayanılarak 22.09.2017 tarihli Macron Kararnâmesi ile oluşturulmuş bir organdır⁵⁸. Söz konusu Kararnâme uyarınca 01.01.2020 itibariyle, 11'den fazla çalışanı olan her işletmede sosyal ve ekonomik komite oluşturulması zorunludur.

Fransız İş Kanunu'nun (*Code Du Travail* – CT) L 2312-63 maddesine göre sosyal ve ekonomik komite, işletmenin ekonomik durumunu endişe verici şekilde etkileyecek nitelikte vakıaların tespiti hâlinde prosedürü başlatabilecektir. Görüldüğü gibi kanun koyucu, denetçilere göre daha geniş bir kıstas belirlemiştir⁵⁹. Buna göre işletmenin pazar kaybı, işçi ücretlerinin ödenmemesindeki artış veya borçluluğun artması, komitenin prosedürü başlatması için yeterli olacaktır⁶⁰.

İşletmenin ekonomik durumunu endişe verici şekilde etkileyecek nitelikte bir durum tespit eden komite, öncelikle işverenden bu konuda açıklama yapmasını talep edebilecektir (CT art 2323-78). Bu noktada prosedürün başlatılması komite bakımından bir yükümlülük olmayıp, bir hak niteliğindedir⁶¹.

İşverenin açıklama yapmayı reddetmesi veya yaptığı açıklamaların yeterli bulunmaması durumunda prosedürün ikinci aşaması başlayacaktır. İkinci aşamada komite, ekonomik durumu analiz eden bir rapor

⁵⁶ Marie-Hélène Monsèrié-Bon, “Entreprises En Difficulté: Détection Des Difficultés”, **Répertoire De Droit Commercial**, 2017, no: 95.

⁵⁷ Fransız Anayasası'nın 8. maddesi şu şekildedir: “Tüm çalışanlar, temsilcileri aracılığıyla, çalışma şartlarının kollektif bir şekilde belirlenmesi ile işletmelerin yönetimine katılırlar.”

⁵⁸ JORF no:0223, 23.09.2017.

⁵⁹ Saint-Alary-Houin, s. 122.

⁶⁰ Örneğin Paris İstinaf Mahkemesi, gelecekteki ortaklarının kim olacağı ve bunu haklı kılacak projenin belirsiz olması nedeniyle 50 yıldan uzun süredir devlet tarafından kontrol edilen bir anonim şirketin özelleştirilmesi hâlinde prosedürün başlatılabileceğine karar vermiştir. Bkz. CA Paris, 28.02.2008, n 06-22696, **BRDA**, 14/08, n 08.

⁶¹ Saint-Alary-Houin, s. 122.

hazırlayacaktır ⁶². Bu raporda komite, işletmenin yönetim organının toplantıya çağrılmasının veya durumun ortaklara haber verilmesinin yerinde olup olmayacağı hususunda görüş oluşturacaktır. Bunun üzerine komite, yapacağı toplantıda, yönetim organının toplantıya çağrılmasına veya durumun ortaklara bildirilmesine ya da prosedürün durdurulmasına karar verecektir.

c-) Prosedürün Ortaklar Tarafından Başlatılması

Bir işletmenin mali zorluk içine düşmesi hâlinde en fazla endişeli olacak gruplardan biri, o işletmeye yatırım yapmış bulunan ortaklardır. Bu nedenle de kanun koyucu, işletmenin mali zorluk içine düşmesi durumunda ortaklara müdahale araçları tanımış olup; bunlardan biri de erken uyarı prosedürünün başlatılmasıdır. Bununla birlikte bu imkân, hem kişi hem de müdahale araçları bakımından sınırlandırılmıştır ⁶³.

CC L 223-36 ve L 225-232'e göre bu hak, limited şirket ve anonim şirket ortaklarına tanınmıştır ⁶⁴. CC L 227-1 uyarınca basitleştirilmiş anonim şirketler ortakları da bu hakkı haizdir. Anonim şirketler bakımından, yalnızca şirket sermayesinin % 5'ini temsil eden ortaklar bir araya gelerek prosedürü başlatabileceklerdir ⁶⁵. Limited şirketler bakımından ise böyle bir kıstas düzenlenmemiş; ancak bu hak sadece yönetici olmayan ortaklara tanınmıştır.

Ortakların prosedürü başlatabileceği durum denetçiler ile aynıdır. Böylece *“işletmenin devamlılığını sekteye uğratacak nitelikte vakıaların tespit edilmesi”* durumunda ortaklar prosedürü başlatabileceklerdir.

⁶² Bu raporu hazırlarken komite, denetçileri dinleyebilecek ve mali müşavirin bilgisine başvurabilecektir. Yine bu süreçte komisyon, bu konuda uzmanlığı bulunan iki çalışanı istihdam edebilecektir. Bu rapor, işverene ve denetçilere gönderilecektir. Burada denetçi, ticari sır gerekçesiyle cevap vermeyi reddedemeyecektir (CT art L 2312-63).

⁶³ Bu nedenle doktrinde bu imkân “küçük uyarı hakkı” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Jeantin and Le Cannu 118. Hattâ bu nedenle doktrinde bazı yazarlar, bunun aslında “erken uyarı prosedürü” olarak adlandırılmayacağını da savunmaktadırlar. Bkz. André Brunet and Michel Germain, “L'information Des Actionnaires Et Du Comité D'entreprise Dans Les Sociétés Anonymes Depuis Les Lois Du 28 Octobre 1982, Du 1er Mars 1984 Et Du 25 Janvier 1985”, Rev. Sociétés 1985, s. 40; B. Soinnie, “La Nouvelle Réforme Du Droit De La Faillite : Continuité ou Changement”, JCP CI 1981 II 13613, s. 2.

⁶⁴ CC L. 226-1'de anonim şirket hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde komandit şirketlere de uygulanacağı düzenlendiği için, komandit şirket ortakları da bu imkândan yararlanabileceklerdir.

⁶⁵ Komandit şirketler bakımından da aynı şart geçerlidir.

Kanun koyucu, ortakların kullanabileceği erken uyarı araçlarını da oldukça sınırlamıştır. Şöyle ki ortakların bu çerçevede yararlanabilecekleri tek imkân, yöneticilere yazılı soru sorulmasından ibarettir. Yöneticiler, sorunun ulaştırılmasından itibaren bir ay içinde soruya cevap vermek zorunda olup⁶⁶; cevabın bir örneği denetçiye gönderilecektir⁶⁷. Ortaklara tanınan erken uyarı prosedürü bununla sınırlı olup; cevabın gönderildiği denetçi, kendisi için düzenlenen erken uyarı prosedürünü çalıştırabilecektir.

d-) Prosedürün Onaylı Önleme Grupları Tarafından Başlatılması

Onaylı önleme grupları, katılımcılarına, kendilerine düzenli olarak sundukları ekonomik, muhasebe ve finans bilgilerinin analizini gizli bir şekilde sunan kuruluşlardır⁶⁸. Ticaret veya bir meslek siciline kayıtlı olan tüm gerçek kişiler ile tüm özel hukuk tüzel kişileri, istemeleri durumunda bir önleme grubuna katılabileceklerdir. 01.03.1984 tarihli Kanun, bu kuruluşlara erken uyarı prosedürünü başlatma yetkisi de vermiştir.

CC L 611-3'e göre önleme grubu, işletmenin zorluk belirtisi (*indice de difficulté*) tespit ederse, işletme müdürünü konu hakkında bilgilendirecek ve bir uzman müdahalesini teklif edecektir. Kanunda "zorluk belirtisi"nden ne anlaşılacağı hususunda herhangi bir açıklama yapılmamış olup; görüldüğü gibi burada da son derece geniş bir kavram tercih edilmiştir.

Önleme gruplarının başlatabileceği erken uyarı prosedürü bununla sınırlı olup; yöneticiler, buna karşı harekete geçme veya uzman müdahalesini teklif etme zorunlu değildirler.

C-) İTALYAN HUKUKU:

1-) 2017 Reformunun Genel Özellikleri

İtalyan İflâs Hukuku, iflâs kurumunu merkeze alan ve borçlarını ödeyemeyen borçlunun iflâs yaptırımına uğramasını öngören 267/1942 sayılı Krallık Kararnâmesi'ne dayanmaktadır. Burada benimsenen iflâs merkezli yaklaşım, 20. yüzyılın sonuna kadar kadar mikro boyuttaki

⁶⁶ Süresi içinde cevap verilmemesi yöneticilerin hukukî sorumluluklarının doğmasına neden olacaktır. Bkz. Saint-Alary-Houin, s. 130.

⁶⁷ Doktrinde bazı yazarlar, kanun koyucunun, yöneticinin verdiği cevabın içeriği hakkında bir düzenleme yapmadığını, bu nedenle de bu yolun nadiren işlerlik kazanacağını belirtmektedirler. Bu yönde bkz. Brunet and Germain, s. 40.

⁶⁸ Onaylı önleme grupları, katılımcıları için kredi ve sigorta kuruluşları ile anlaşma yapmaya yetkili oldukları gibi, onlara hukuki destek de bulunabileceklerdir.

değişiklikler ile uygulanmıştır ⁶⁹. İtalyan İflâs Hukuku'nda yapısal değişiklik yapma ihtiyacı, 2000'li yılların başında çok uluslu şirketlerin mali zorluğa düşmesi sonucunda ortaya çıkmış ve kanun koyucu, İngiliz ve Amerikan Hukuku'ndan etkilenecek bir reform hareketi başlatmıştır. Bunun bir sonucu olarak 2005-2007 yılları arasında iflâsın borçlu bakımından dramatik sonuçlarının önüne geçilebilmesi amacıyla, yeniden yapılandırma plânları (*accordi di ristrutturazione*) ve önleyici konkordato (*concordato preventivo*) gibi yargısal ve yargısal olmayan yollara erişimin kolaylaştırılması ve geliştirilmesi amacıyla çeşitli değişiklikler gerçekleştirilmiştir ⁷⁰.

Bu değişikliklerin yanı sıra 2015 yılının başında kanun koyucu, iflâs hukukunun modernleştirilmesi bakış açısıyla yeni bir reform hazırlığına girişmiştir. Bu çerçevede oluşturulan Rordorf Komisyonu ⁷¹, modern iflâs hukukunun ortak ilkelerini belirleyecek bir çerçeve oluşturma amacıyla çalışmalara başlamıştır. Uluslararası iflâs hukuku uygulamaları, UNCITRAL Model Kanunu, 2014/135 sayılı Tavsiye Kararı başta olmak üzere AB mevzuatını dikkate alan komisyon 2016 yılının başında hazırladığı raporu sunmuştur ⁷². Bu rapor esas alınarak hazırlanan kanun tasarısı Adalet Bakanlığı tarafından 11.03.2017'de sunulmuş ⁷³ ve bu tasarı 11.10.2017 tarihinde parlamento tarafından kabul edilerek 155/2017 Sayılı Kanun hâline gelmiştir ⁷⁴.

2017 Reformu, en başta kültürel bir reform getirmiştir. Şöyle ki, 2017 Reformu ile birlikte iflâs ve müflis kavramlarının kullanımına son verilmiş

⁶⁹ İtalyan iflâs sistemi ilk olarak 1970'li yılların sonunda yaşanan ve özellikle büyük şirketleri etkileyen ekonomik kriz sonucunda değişikliğe uğramış; kanun koyucu, büyük şirketler ile sınırlı olmak üzere, kanunda kriz yönetimine ilişkin düzenlemeler sevk etmiştir. Yine 20. yüzyılın sonuna kanun koyucunun iflâs alanına müdahalesi, büyük şirketler ile grup şirketleri öncelikle onlara ilişkin bazı düzenlemelerin yapılması ile sınırlı kalmıştır.

⁷⁰ 2007'den sonra da borçlu ile alacaklıların mahkeme dışında müzakere etmelerinin sağlanması ve şirket varlığının korunması ile alacaklıların menfaatlerinin gerçekleştirilmesi arasındaki en iyi dengenin bulunması amacıyla bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu dönemdeki en önemli değişiklikler ise 3/2012 sayılı Kanun ile getirilmiş olup; burada farklı gerçek kişi grupları (örneğin tüketiciler) için borca batıklık yönetimine ilişkin yeni yollar kabul edilmiştir.

⁷¹ Komisyonun ismi, başkanlığını İtalyan Temyiz Mahkemesi üyesi Renato Rordorf'un yürütmesine dayanmaktadır.

⁷² Raporun tam metni için bkz Renato Rordorf, "Relazione Allo Schema Di Legge Delega Per La Riforma Delle Procedure Concorsuali", www.fallimentiesocietà.it, 07.01.2016, 1-39.

⁷³ Taslak metin için bkz. <https://tinyurl.com/yd8khjag>.

⁷⁴ GO, 30.10.2017.

ve kanunda yer alan bu terimler “yargısal tasfiye” ve “borçlu” şeklinde değiştirilmiştir⁷⁵. Böylece kanun koyucu, geçmiş ile arasına set çekerek, olumsuz bir algıya neden olan iflâs kavramını kaldırarak, borçluya ikinci şans verilmesi için imkânları artırmayı amaçlamıştır. Bu doğrultuda borçluya, yargısal tasfiye prosedürünün kapanmasından sonra derhâl ve her durumda prosedürün başlamasından üç yıl sonra borçtan kurtarma (*discharge*) talebinde bulunma imkânı tanınmıştır.

2-) Erken Uyarı Prosedürünün Objektif ve Subjektif Şartları

Kanun koyucunun 2017 Reformu’nu hazırlarken en önemli amaçlarından biri de mali krizin öngörülebilirliği ve önlenmesidir. Bu çerçevede de kanun koyucu, Fransız Hukuku’ndaki “*procédures d’alerte*”’yi büyük ölçüde aynen iktibas etmek suretiyle İtalyan Hukuku’nda erken uyarı prosedürünü (*procedure di allerta*) düzenlemiştir⁷⁶.

Kanunun 4. maddesi erken uyarı prosedürünün uygulama alanını olumsuz bir şekilde düzenlemiş, yalnızca prosedürün uygulanması bakımından bazı istisnalara yer vermiştir. Buna göre kamu kuruluşları (m 2/e) ile hisseleri borsada veya regüle edilen diğer piyasalarda işlem gören şirketler ile Avrupa Birliği düzenlemeleri çerçevesinde büyük ölçekli olarak tanımlanan şirketlerde⁷⁷ erken uyarı prosedürü uygulanmayacaktır⁷⁸. Bunun haricinde kanunda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Bu nedenle

⁷⁵ Aynı şekilde kanun koyucu borca batıklık terimini “kriz durumu” olarak değiştirmiştir. Kriz durumu, gelecekte borca batık duruma düşme ihtimali şeklinde tanımlanmaktadır.

⁷⁶ Kurumun Fransız Hukuku’ndan hemen hemen aynen alınması doktrinde eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede Fransa’daki sisteminin başarısının, ticaret mahkemesinin (*tribunal de commerce*) kendine özgü yapısının güçlendirilmesinden kaynaklandığı, İtalyan Hukuku’nda erken uyarı görevinin tamamen kanuna dayandığı oysa Fransa’da bunun zaten mevcut olan uygulamalar ile zenginleştiği,

⁷⁷ 2003/361 sayılı Tavsiye Kararı’nın 2/1. maddesine göre, 250’den fazla işçinin çalıştığı ve yıllık toplam cirosu 50.000.000 Euro ya da yıllık bilançosu 43.000.000 Euro olan şirketler büyük ölçekli sayılabilecektir.

⁷⁸ Bu düzenleme, ülke ekonomisi bakımından büyük önem taşıyan fazla sayıda şirketin bu imkândan yararlanamayacak olması nedeniyle kanunun genel düşüncesiyle örtüşmediği için eleştirilmektedir. Bkz. Federica Pernazza, “The Legal Transplant into Italian Law of the Procédure d’Alerte. Duties and Responsibilities of the Companies’ Bodies”, **The Italian Law Journal**, 2017/2, s. 559.

Bununla birlikte böyle bir istisnanın öngörülmüş olmasının temelinde, istisna tutulan şirketlerin mali zorluklar ile mücadele için farklı prosedürler uygulayabilecek olmaları düşüncesi bulunmaktadır. Yine doktrinde, bu istisnanın getirilen yeni prosedüre şu an için güven duyulmadığını da gösterdiği ifade edilmektedir. Bkz Pernazza, s. 559.

de erken uyarı prosedürü, gerçek veya tüzel kişi her borçlu (tüketici, esnaf, zanaatkâr vb.) bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Erken uyarı prosedürü, borçlunun kriz durumuna (*stato di crisi*) düşmesi hâlinde işlerlik kazanacaktır. Kanunun 2. maddesinde bu durum oldukça geniş bir şekilde tanımlanmıştır. Şöyle ki kriz durumu, işletme raporları göz önüne alınmak suretiyle gelecekte borca batıklığa yol açacak durumdur.

3-) Erken Uyarı Prosedürünün Başlatılması

Erken uyarı prosedürünü başlatabilecek kişiler; borçlu, borçlunun denetim organları ve nitelikli kamu alacaklıları olmak üzere üç grupta toplanabilecektir. Öncelikle kriz durumunda borçlu, erken uyarı prosedürünü başlatmak zorunda değildir. Borçlu alternatif olarak, alacaklılar ile yeniden yapılandırma anlaşması için müzakere edebilecek ya da konkordatoya başvurabilecektir; ancak artık borçlu, herhangi bir tedbir almaksızın faaliyetlerine devam edemeyecektir.

Borçlunun (veya yönetim organının) pasif kalması durumunda ise süreç, şirketin denetim organı veya yasal ya da bağımsız denetçiler tarafından da başlatılabilecektir⁷⁹. Bu noktada denetim organı ve denetçiler tercih hakkına sâhip değildirlere; kriz belirtilerini tespit etmeleri durumunda insiyatif kullanarak prosedürü başlatmak zorundadırlar⁸⁰.

Kanun koyucu, erken uyarı prosedürünü başlatma görevini, Fransa'dan farklı olarak, nitelikli kamu alacaklılarına da tanımıştır. Bu çerçevede örneğin Gelir İdaresi Başkanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu ve vergi tahsilat memurları prosedürü başlatabilecektir⁸¹. Bu noktada söz konusu alacaklılar için borçlunun belirli bir seviyeyi aşan borçluluğunun devamlılık arz etmesi, prosedürün başlatılması için gerekli ve yeterlidir. Bu görevlerini aksatırlarsa, iflâs durumunda, imtiyazlı alacakları imtiyazsız kabul edilecektir.

4-) Erken Uyarı Prosedürünün İşleyişi

Denetim organı veya denetçiler, kriz emarelerini tespit etmeleri üzerine, ilk olarak bunları derhâl şirketin yönetim organına bildirmek zorundadırlar. Yönetim organının bildirim üzerine hareketsiz kalması hâlinde, denetim

⁷⁹ Erken uyarı prosedürünün kapsamı kişi bakımından oldukça geniş olduğu için her borçlunun bir denetim organı elbette ki bulunmamaktadır. Böyle bir durumda erken uyarı prosedürünün başlatılmasının borçlunun iradesine tâbi olacaktır.

⁸⁰ Aksi durum, Medeni Kanununun 2407. maddesi gereğince denetim organı veya denetçilerin, borçlunun uğrayacağı zarardan sorumlu olmaları sonucunu doğuracaktır.

⁸¹ Pernazza, s. 570.

organı veya denetçiler, durumu 2017 Reformu ile oluşturulan kriz yönetim birimine (*organismo di composizione della crisi d'impresa*) bildirmek zorundadırlar.

Kanun koyucu, erken uyarı prosedürüne işletme dışından müdahale ederek işlerlik kazandırmak amacıyla, ticaret odaları bünyesinde bağımsız kriz yönetim birimleri oluşturulmasını kararlaştırmıştır. İç aşamada gerekli tedbirlerin alınmayarak durumun kriz yönetim birimlerine bildirilmesi üzerine bu birimler, borçluyu çağırabilecek ve mahkeme dışı hızlı tedbirlerin alınmasını önerebilecektir. Yine borçlu da bu birimlerden, alacaklılar ile yeniden yapılandırma anlaşması yapmasını kolaylaştırma talebinde bulunabilecektir.

D-) ALMAN HUKUKU

Alman Hukuku'nda erken uyarı araçları, Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (*Aktiengesetz-* AktG) § 91/2. maddesinin 01.05.1998 tarihinde değiştirilmesi ile düzenlenmiştir. Şöyle ki bu hükme göre yönetim kurulu, özellikle şirketin varlığını tehdit eden gelişmeler için uygun önlemleri almak ve özellikle bir kontrol sistemi kurmakla yükümlüdür. Bu düzenleme ile şirketin karşı karşıya olduğu risklerin erken bir dönemde saptanarak yönetim kurulunun dikkatinin çekilmesi ve bununla mücadele için erken harekete geçilmesi amaçlanmaktadır⁸².

Alman Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch – HGB*) § 317/4'de denetçilerin, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde yönetim kurulunun AktG § 91/2'de düzenlenen kontrol sistemini kurup kurmadığını denetleyecekleri düzenlenmiştir⁸³. Bu maddenin lâfzı, kontrol sistemi kurulmasının yalnızca pay senetleri borsada işlem gören senetler bakımından zorunlu olduğu şeklinde yorumlanabilecektir. Bununla birlikte doktrinde, bu zorunluluğun tüm anonim şirketleri kapsadığı kabul edilmektedir⁸⁴.

Kanunda yönetim kuruluna getirilen zorunluluk, şirketin varlığını tehdit eden gelişmelerin erken bir dönemde saptanmasını sağlayacak bir kontrol

⁸² Michael Kort, in Heribert Hirte, Peter O. Mülberr and Markus Roth, **Großkommentar AktG**, 5.édition, De Gruyter, 2015, § 91, n 22; Hüffer, Uwe/Koch, Jens, **Kommentar zum AktG**, 13. Edition, Beck, 2018, §91, no: 1.

⁸³ HGB § 321/4 uyarınca denetçi HGB § 317/4 gereğince bir değerlendirme yapmışsa, bu değerlendirmenin sonucunun denetim raporunun özel bir kısmında sunulması gerekmektedir.

⁸⁴ Kort, §91 n 23; Gerald Spindler, Eberhard Stilz and Holger Fleischer, **Kommentar zum AktG**, 3. Auflage, Beck, 2015, §91 no: 38.

sisteminin kurulmasından ibaret olup; bu bağlamda risk yönetimine ilişkin kapsamlı bir sistem kurma zorunluluğu düzenlenmemektedir ⁸⁵.

E-) KÜÇÜK VE ORTA ÖLÇEKLİ ŞİRKETLERİN DESTEKLENMESİ İÇİN ÖRNEK BİR PROJE: ERKEN UYARI AVRUPA (EARLY WARNING EUROPE)

1-) Proje Hakkında Genel Bilgi

2016 yılında, AB üyesi yedi ülkeden 15 kuruluş ⁸⁶, EU COSME Programı çerçevesinde açılan “Erken Uyarı ve İkinci Başlangıç Desteği için Avrupa Ağı” çağrısına başvuruda bulunmak üzere bir ortaklık kurmuşlardır. Söz konusu ortaklık, Temmuz 2016'da Avrupa'nın dört hedef ülkesinde erken uyarı araçlarının uygulanmasını yönetmek ve Avrupa ağını kurmak için seçilmiştir.

Erken Uyarı Avrupa Projesi, başta 2007 yılında başlayan “Erken Uyarı Danimarka ⁸⁷” olmak üzere Almanya ⁸⁸ ve Belçika'da ⁸⁹ gerçekleştirilen üç başarılı tecrübenin Avrupa Birliği'ne yaygınlaştırılmasının bir ürünüdür. Projenin temel amacı, dört hedef ülke olarak belirlenen Polonya, İspanya, İtalya ve Yunanistan'da erken uyarı aracı oluşturarak 2017-2019 yılları

⁸⁵ Kort, §91 n 22a; Spindler, Stilz and Fleischer, §91 n 34.

⁸⁶ Erken Uyarı Avrupa Projesi'nin ortakları şu kuruluşlardır: Polonya İşletme Geliştirme Ajansı (PARP), Polonya'da aile şirketlerinin dönüşümüne destek olan Fundacja Firmy Rodzinne, Almanya'da küçük şirketlere iflâstan ve finansal krizden korunmaları için destek olan Team-U, İspanya Serbest Meslek Sâhipleri ve Küçük İşletmeler Birliği (ATA), Yunanistan Serbest Meslek, Çiftçi ve Zanaatkârlar Birliği Konfederasyonu'nun Küçük İşletmeler Enstitüsü (IME GSEVEE), Avrupa Sanayi ve Ticaret Odaları Kuruluşu (Eurochambres), Avrupa Küçük İşletmeler Birliği (ESBA), Madrid Bölgesel Yönetimi, Torino Sanayi Birliği, Atina Ticaret Odası, Avrupa Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Birliği, Almanya'da 8 yıldan fazla süredir erken uyarı danışmanlığı yapan Dyzo, İspanya Girişimciler Derneği (CECOT), Danimarka'da girişim koşullarını geliştirmekle sorumlu Danimarka İş Otoritesi ve Danimarka İş Geliştirme Merkezi.

⁸⁷ 2007 yılında faaliyete başlayan Erken Uyarı Danimarka çerçevesinde 5.500'den fazla şirkete destek olunmuş ve bunların yarısının faaliyetlerine devam etmesi sağlanmıştır.

⁸⁸ Almanya'da Team-U, 2007 yılında küçük şirketlere iflâsın önüne geçmek ve iflâs eden girişimcilere de yeni başlangıç yapmaları için yardımcı olmak amacıyla gönüllüler tarafından oluşturulmuş bir sivil toplum kuruluşu olup, 2007 yılından bu yana yaklaşık 14.000 işletmeciyi destek vermiştir. Bugün itibarıyla Almanya'nın en büyük bağımsız kuruluşu olan Team-U, 2017 yılında “Almanya - Fikir Ülkesi Ödülü”nü (Deutschland – Land der Ideen) almıştır.

⁸⁹ Belçika'da Dyzo, 2015 yılında Efrem ve Tussenstap kuruluşlarının birleşmesi ile kurulmuştur. Aslında Dyzo'nun asıl amacı, mali zorluk içinde bulunan serbest meslek sâhiplerine destek olmaktır. Dyzo, her yıl yaklaşık 2600 serbest meslek sâhibine, mali zorlukları aşmada yardımcı olmaktadır.

arasında mali zorluğa düşen yaklaşık 3500 küçük ve orta ölçekli şirkete destek olmaktadır.

2-) Proje Çerçevesinde Sağlanan Erken Uyarı

Erken Uyarı Avrupa Projesi, mali kriz ile karşı karşıya bulunan küçük ve orta ölçekli şirketlere erken uyarı desteği sağlamaktadır. Bu noktada proje çerçevesinde hangi şirketlerin başvuruda bulunabileceğine ilişkin ortak bir düzenleme yer almadığı için, her ülkede farklı bir kıstas belirlenebilecektir⁹⁰.

Erken Uyarı Avrupa Projesi çerçevesinde gerçekleştirilen erken uyarı sistemi, aralarında güçlü bir zincir oluşturulması gereken üç sütun üzerine kurulmuştur. Bunlardan ilki, deneyimli erken uyarı uzmanları tarafından ilk tarama ve teşhisin yapılması ve bunun sonucunda sonraki eylem plânının çerçevesinin belirlenmesidir. İşletmenin mali zorluk içine düşmemesi veya bundan kurtulabilmesi için, doğru zamanda doğru adımların atılması büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda da danışman, aslında erken uyarı sisteminin merkezinde bulunmaktadır ve bu nedenle sistemi yürüten kuruluşun kıdemli bir çalışanı olmalıdır.

İkinci sütun, deneyimli iş insanları⁹¹ tarafından işletme sâhibine, işletmenin hayatta kalması ve yeniden büyümesi için gönüllü olarak tavsiyelerde bulunulmasıdır. Oynadıkları rol itibariyle sistemin temel taşı oldukları için, burada belirlenecek gönüllünün yeterli uzmanlığı haiz olması sürecin verimliliğini doğrudan etkileyecektir⁹².

⁹⁰ Örneğin projenin temelini oluşturan Danimarka’da, bu sistemden yalnızca şirketler yararlanabilmektedir. Kezâ bu imkân “hobi şirketlerine” (yıllık geliri 13.000 Euro’dan az olan) tanınmamıştır. Yine “ana gelir kaynağı” bulunmayan şirketler Erken Uyarı Danimarka sistemine kabul edilmemektedir.

Yunanistan’da da sistemden yararlanmak için iki şart bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Avrupa Birliği mevzuatına göre şirketin “küçük ölçekli” şirket olmasıdır. İkinci olarak ise bu şirketin en az üç yıldır faaliyette bulunması gerekmektedir.

⁹¹ Örneğin 2018 yılı itibariyle Erken Uyarı Danimarka’da yaklaşık 100 iş insanı gönüllü olarak görev almaktadır.

⁹² Bu noktada şüphe uyandıracak en önemli nokta, deneyimli iş insanların proje çerçevesinde ücretsiz bir şekilde yardımda bulunmalarının mümkün olup olmayacağıdır. Bununla birlikte projeye ilişkin internet sitesinde, Erken Uyarı Avrupa birimlerini oluştururken yapılan en önemli hatanın, gönüllü iş insanların seçiminde yeterince eleştirel davranılmadığı, birlikte çalışmak isteyen her iş insanının mutlulukla kabul edilmesi olduğu belirtilmektedir. Bkz <https://www.earlywarningeurope.eu/manual/5-building-maintaining-and-use-of-a-well-tuned-corps-of-volunteeradvisors>.

Üçüncü sütun ise, hukuki tedbirlerin alınması gereken hâllerde, deneyimli iflâs avukatlarıyla yakın iş birliğinin sağlanmasıdır ⁹³. Burada iflâs avukatının başlıca görevi, sorunun çözümü için belirlenen yolun hukukiliğinin denetimi ve hukukî olarak daha iyi bir ihtimalin mevcudiyetinin araştırılmasıdır ⁹⁴.

Erken Uyarı Avrupa ile temasa geçen bir şirket ⁹⁵, ilk olarak bir erken uyarı danışmanı ile iletişim kuracaktır. Verilen bilgiler çerçevesinde danışman, telefon ile, işletmenin destek almak için gerekli şartları taşıyıp taşımadığı hakkında bilgi vermekte ve karşı karşıya bulunulan duruma ilişkin bir genel görünüm çizmektedir. Burada işletme hakkında daha detaylı mali bilgileri iletmesini istemekte ve bunun ardından işletme sâhibi ile tarama toplantısı (1-5 gün içinde) yapılmaktadır ⁹⁶. Genellikle iki saati aşmayan bu toplantıda danışman genel durum hakkında bilgi sâhibi olmaya çalışmakta ve bir sonraki aşamanın gönüllü iş insanı ile sürecin devamı veya avukat ile görüşme olacağına karar verilmektedir ⁹⁷.

İlk aşamanın sonunda duruma göre ilk ihtimal, yargı dışı yollar ile doğru müdahalelerde bulunularak durumun düzeltilebileceğine kanaat getirilmesidir. Bu durumda belirlenecek gönüllü iş insanı, işletme mali bakımdan tekrar güvene kavuşuncaya dek danışmanlık yapacaktır ki bu süre, genellikle 5-15 ay arasında değişmektedir. İkinci ihtimal ise ilk görüşmeler sonunda, hukukî adımların atılmasının gerekmesidir ki bu

⁹³ Aslında Erken Uyarı Danimarka'nın ilk kurulduğu dönemde, sistem içinde bu sütun mevcut değildi. Bu nedenle de hukukî yardım ihtiyacı hâlinde şirket, bu yardımı sistem dışından kendisi almak durumundaydı. Ancak 2008 yılında şirkete mümkün olduğunca hızlı ve etkin bir hukuki yardım sağlanabilmesi için avukatlar ile işbirliği de sistem içine dâhil edilmiştir.

⁹⁴ Avukatlara proje çerçevesinde bir ücret ödenmemektedir. Avukatlar, tasfiye, yeniden yapılandırma vs. bir yargısal yola başvurmaları hâlinde, vekâlet ilişkisi çerçevesinde şirketten ücret alacaklardır.

⁹⁵ Şirketin Erken Uyarı Avrupa ile iletişim kurma yolları da ülkeden ülkeye değişkenlik gösterebilmektedir. Örneğin İspanya'da, Madrid Özerk Bölgesi ile yapılan protokol çerçevesinde şirket, Madrid Özerk Bölgesi Yönetimi'ne başvuracak; bu başvurular program yöneticilerine iletilmektedir. Bkz. Comunidad De Madrid Action Protocol, step 1 (<https://www.earlywarningeurope.eu/manual/4-screening-and-defining-the-further-process>) Son erişim: 29.01.2019.

⁹⁶ İspanya'da bu toplantı, Bölgesel Ekonomi, İş ve Finans Bakanlığı'nda bunun için tahsis edilen yerlerde gerçekleştirilmektedir. Bkz. Protocol, step 3.

⁹⁷ Burada ele alınacak temel hususlar şunlardır: İşletmenin yapısı, borç tutarları ve muacceliyet durumları, gösterilen teminatlar, işletmenin faaliyet alanları ve kârlılığı, güncel nakit akışı, asıl alacaklılar ile ilişkilerin durumu.

durumda genel olarak 1-3 gün içinde iflâs avukatı ile görüşme gerçekleştirilecektir.

Erken Uyarı Avrupa, bir şirketin karşı karşıya kaldığı risklerin saptanması ve yönetilmesi sürecine uzman kişilerce destek olan önemli bir proje olup; burada elde edilen başarılı sonuçlar 2019/1023 sayılı Yönerge'nin hazırlanmasında ilham kaynağı olmuştur. Bunun sonucunda da Yönerge'nin 3. maddesinde, “kamu veya özel kuruluşlar tarafından sağlanan danışmanlık hizmetlerine”, üye devletlerin düzenleyebilecekleri üç tür erken uyarı aracı arasında yer verilmiştir. Kanaatimizce de benzer bir proje, yine gönüllülük esası çerçevesinde ve özel sektör – kamu iş birliğiyle ülkemizde ivedi bir şekilde gerçekleştirilmelidir.

III. TÜRK HUKUKUNDA RİSKİN ERKEN SAPTANMASI VE YÖNETİMİ KOMİTESİ⁹⁸

A-) GENEL OLARAK

21. yüzyılda iflâs hukukunun geçirdiği değişim ve bunun sonucunda erken uyarı araçlarına atfedilen değer artışı doğal olarak Türk Hukuku'na da sirayet etmiştir. İflâs Hukuku'nda erken uyarı araçları, Türk Hukuku'nda ilk olarak 13.01.2011 tarih ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile düzenlenmiştir. Şöyle ki burada kanun koyucu, kurumsal yönetim ilkelerinin bir görünümü olarak, pay senetleri borsada işlem gören şirketler (m 378) ile bazı limited şirketlerde (m 625) riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin⁹⁹ oluşturulacağını düzenlemiştir.

⁹⁸ Komiteye verilen isim bakımından kanunda ne yazık ki terim birliği bulunmamaktadır. Şöyle ki TTK m. 378'in kenarbaşlığında “riskin erken saptanması ve yönetimi” kavramı kullanılmaktadır. Buna karşılık TTK m. 625/1 (e)'de “risklerin erken teşhisi ve yönetimi” kavramı tercih edilmiştir. TTK m. 378'in gerekçesinde ise “tehlikelerin erken teşhisi komitesi” kavramına yer verilmiştir.

⁹⁹ Doktrinde bazı yazarlar, bunun yerine “riskin erken teşhisi komitesi” kavramını kullanmaktadırlar. Bu kullanım için bkz. Hasan Pulaşlı, **Yeni Şirketler Hukuk Genel Esaslar**, Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet, Ankara 2016, s. 438 ; Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat, Yayınları, İstanbul 2015, s. 240; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 4. Bası, Seçkin Yayınlar Ankara 2019, s. 124; Soner Altaş, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 353; Adem Şahin, “Riskin Erken Teşhis Komitesi (TTK m.378 ve 625/1-e'nin Değerlendirilmesi”, İnönüHFD, 2016/2, s. 295.

Doktrinde farklı kavramların kullanılmasının nedeni ise TTK m. 378 ile 625/1 (e)'de farklı kavramların kullanılmış olmasıdır. Bir komitenin isminin iki maddede farklı şekilde anılması ise kanun koyma tekniği bakımından bir eksikliklerdir.

Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu düzenlemeyi takiben 2011 yılında Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'de de (Seri IV no 56) konuya ilişkin bir düzenleme yapılmıştır¹⁰⁰. Söz konusu Tebliğin 4.5.12. maddesinde, borsa şirketleri bakımından şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürebilecek risklerin erken teşhisi, tespit edilen risklerle ilgili gerekli önlemlerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla riskin erken saptanması komitesi oluşturulacağı öngörülmüştür.

Aynı düzenleme, yukarıda adı geçen tebliği yürürlükten kaldıran, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2014 tarihli Kurumsal Yönetim Tebliği'nin (II-17.1, KYT)¹⁰¹ kurumsal yönetim ilkelerini belirleyen EK-1'inin 4.5.1 ve 4.5.12. maddelerinde de yer almıştır.

B-) KOMİTENİN KURULACAĞI ŞİRKETLER

TTK m. 378/1 uyarınca pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde yönetim kurulu, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi oluşturmakla yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite, denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde¹⁰² derhâl kurulacaktır¹⁰³.

Kurumsal Yönetim Tebliği'nin bu tebliğe tâbi olmayan şirketlerin düzenlendiği 1/2 (a) hükmü¹⁰⁴ ile komite kurulmasını düzenleyen 4.5.1. maddesinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, komitenin uygulama alanının, bankalar hariç payları borsada işlem gören şirketler olarak belirlendiği anlaşılmaktadır.

¹⁰⁰ Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ, Tebliğ no: Seri IV 56, RG, 30.12.2011/28158).

¹⁰¹ Kurumsal Yönetim Tebliği, Tebliğ no: II-17.1, RG, 03.01.2014/28871.

¹⁰² Böylece denetçinin görevlerinden biri de, gerekliliğin ortaya çıkması durumunda, bu komitenin kurulmasını taleo etmektir. Bkz. Altaş (n 100) 353.

¹⁰³ Tüm anonim şirketlerde kurulması zorunlu olmadığı için bu komitenin anonim şirketin bir organı sayılamayacağı hususunda bkz. Aslı Gürbüz Usluel, "İcra Kurulu", TBBB, 2019, S. 142, s. 361.

¹⁰⁴ Söz konusu madde uyarınca, payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıklar, payları ulusal pazar, ikinci ulusal pazar veya kurumsal ürünler pazarı dışındaki diğer pazar, piyasa veya platformlarında işlem gören ortaklıklar, paylarının ilk defa halka arz edilmesi ve/veya borsada işlem görmeye başlaması için kurula başvuran/başvurulan ortaklıklardan; payları ulusal pazar, ikinci ulusal pazar veya kurumsal ürünler pazarı dışındaki diğer pazar, piyasa veya platformlarında işlem görecektir olanlar, 7/8/1989 tarihli ve 89/14391 sayılı bakanlar kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Türk parası kıymetini koruma hakkında 32 sayılı karara göre dışarıda yerleşik sayılan ortaklıklar kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin usul ve esaslara tâbi değildirler.

Her iki düzenlemede de riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin oluşturulması, yalnızca “pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler” bakımından zorunlu kılınmıştır. Pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler, halka açık anonim şirketlerin bir alt türü olup; bunların özdeş kavramlar olmadığı belirtilmelidir¹⁰⁵. Şöyle ki Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) m. 16/1 uyarınca payları borsada işlem gören ortaklıklar ile kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan ortaklıklar hariç olmak üzere pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır¹⁰⁶. Dolayısıyla söz konusu komitenin oluşturulması, tüm halka açık şirketler için değil, yalnızca pay senetleri borsada işlem gören şirketler için getirilmiş bir zorunluluktur¹⁰⁷.

TTK m 378/1 c.2’ye göre, diğer şirketlerde bu komite, denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulacaktır. Kanunun ilk hâlinde, hangi şirketlerin denetime tâbi olacaklarına ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. Kezâ maddenin gerekçesinde de denetimin tüm anonim şirketler için kabul edildiği belirtilmekteydi¹⁰⁸. Bununla birlikte 26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun ile Türk Hukuku’nda denetime tâbi olacağının Bakanlar Kurulu tarafından belirleneceği düzenlenerek bunun kapsamı daraltılmıştır. Daha sonra 02.07.2018 tarih ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnâme ile bu yetki Cumhurbaşkanına verilmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla denetçinin bildirim üzerine komitenin kurulmasının uygulama alanının da kısıtlı olacağı söylenebilecektir.

¹⁰⁵ Doktrinde Tekinalp, bunların farklı kavramlar olduğunu, kanunda bazı hükümlerin

¹⁰⁶ Payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklar, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorundadırlar. Aksi durumda, Kurul, bu payların borsada işlem görmesi veya ortaklığın halka açık ortaklık statüsünden çıkarılması için, ortaklığın talebini aramaksızın gerekli kararları alacaktır (SPK m. 16/2).

¹⁰⁷ Pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerin bu kapsamda yer alıp almayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu tartışma için bkz. Hediye Sayın, “Halka Açık Anonim Şirket Kavramı v Halka Açık Anonim Şirket Statüsünün Kazanılması”, **BAÜHFD**, 2013, S. 109-110, s. 95-96;

¹⁰⁸ Bağımsız denetime tâbi olan şirketler, 2018/11597 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Karar ile belirlenmiştir. Buna göre karara ekli (I) no’lu listede sayılı şirketler, herhangi bir kısıt olmaksızın bağımsız denetime tâbi olacaktır. Diğer şirketler için ise üç kısıt belirlenmiş ve art arda iki hesap döneminde bu kısıtlardan ikisini sağlayan şirketlerin de bağımsız denetime tâbi olacakları kabul edilmiştir.

¹⁰⁹ Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnâme, Kararnâme no: 700, RG, 07.07.2018/30471.

Limited şirketlerde riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin kurulmasına ilişkin tek düzenleme TTK m 625/1'de yer almaktadır. Burada müdürlerin devredilemez ve vazgeçilemez görevleri arasında, küçük limited şirketler hariç, risklerin erken teşhisi ve yönetimi komitesinin kurulması da sayılmıştır (TTK m 625/1 e) ¹¹⁰.

Yukarıda yer alan düzenlemelerden, kanun koyucunun, erken uyarı araçlarını büyük ölçekli şirketlerde kurmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu tutum Alman Hukuku ile örtüşmekte olsa bile, yukarıda açıklandığı üzere, Fransız ve İtalyan Hukuku'ndaki eğilim erken uyarı araçlarını ayırım yapmaksızın tüm şirketlere yaygınlaştırılması yönündedir. Yine 2019/1023 Sayılı Yönerge de de erken uyarı araçları özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler göz önünde bulundurularak hazırlanmıştır. Küçük ve orta ölçekli işletmelerin ülke ekonomisi bakımından önemi dikkate alındığında, denetimin onlara da yaygınlaştırılması ve bunun sonucunda denetçinin raporu üzerine komitenin oluşturulması gerektiği kanaatini taşımaktayız ¹¹¹. Ayrıca bu komitenin yanı sıra özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler bakımından, Fransız ve İtalyan Hukuku'nda düzenlenen erken uyarı prosedürüne benzer bir mekanizmanın Türk Hukuku'nda da düzenlenmesinin en önemli önceliklerden olması gerektiğini düşünüyoruz.

Yukarıda açıklandığı üzere Fransız sisteminde erken uyarı prosedürü, denetçinin haricinde ortaklar ile sosyal ve ekonomik komite tarafından da başlatılabilmektedir. Yine 2019/1023 sayılı Yönerge'de de, erken uyarı araçları bakımından işçilerin desteklenerek sürece katılımlarının sağlanması gerektiği kabul edilmiştir (m 3). Türk Hukuku'nda da bu konuda bir değişiklik yapılarak işletme içinde işçileri temsil eden bir organ yaratılmalı

¹¹⁰ TTK m 1522'ye göre küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri tanımlayan ölçütler, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun görüşleri alınarak, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yönetmelikle düzenlenecektir. TTK m 1523 uyarınca ise, bu ölçütler sermaye şirketleri için de geçerli olacaktır.

Küçük ve orta ölçekli işletmenin tanımı ise 2005/9617 sayılı Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkındaki Yönetmelik'te yapılmıştır. Yönetmeliğin 4. Maddesinin (b) bendi uyarınca küçük ve orta ölçekli işletmeler, 250 kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri 125.000.000 TL'yi aşmayan ve bu Yönetmelikte mikro işletme, küçük işletme ve orta büyüklükteki işletme olarak sınıflandırılan ekonomik birimler veya girişimlerdir.

¹¹¹ Benzer bir düşünce için bkz. Nuran Cömert, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında İç Denetim ve İç Kontrol", **İç Denetim Dergisi**, 2008, S. 21, s. 27.

ve bu organa, soru sorma ve rapor hazırlama gibi erken uyarı araçlarından yararlanma imkânı tanınmalıdır.

C-) KOMİTENİN YAPISI

TTK m 378 ve 625’de komitenin hangi hâllerde kurulacağı genel olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, kurulun yapısına ilişkin herhangi bir hüküm sevk edilmemiştir. Bu noktada kanun koyucu, TTK m 378/1’de “uzman bir komite” nitelendirmesi yapmakla yetinmiştir. Madde gerekçesinde ise bu komitenin, yönetim üyelerinden bazılarının görevlendirilmesi sonucunda oluşturulabileceği gibi, tamamen üçüncü kişilerden de kurulabileceği belirtilmektedir.

Payları borsada işlem gören şirketler bakımından ise KYT m 5/3’de komitenin yapısına ilişkin bazı şartlara yer verilmiştir. Buna göre komite en az iki üyeden oluşacaktır. Komitenin iki üyeden oluşması durumunda her ikisinin, ikiden fazla üyeden oluşması durumunda ise çoğunluğunun, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden seçilmesi zorunludur. Komitenin başkanı ise bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilecektir.

Görüldüğü gibi TTK m 378/1’de konuya ilişkin bir düzenleme bulunmasa da, KYT m 5/3’de komitenin oluşturulmasında yönetim kurulu üyelerine, egemenlik veya en azından çoğunluk tanınmaktadır. Bununla birlikte söz konusu komite, şirketin karşı karşıya bulunduğu riskleri tespit ederek yönetim kurulunu bilgilendirecektir. Bu nedenle de bu komitenin uzman¹¹² ve bağımsız kişilerden oluşturulması, kanaatimizce görevini etkin, şeffaf ve bağımsız bir şekilde yerine getirebilmesi bakımından daha yerinde olacaktır¹¹³.

¹¹² Bu komitede yer alacak kişilerin konunun uzmanı olmaları büyük önem taşımaktadır. Çünkü yönetim kurulu üyeleri bazen meslekî tecrübeleri sayesinde risk tespitinde başarılı olabilmekle birlikte, çoğu kez risk tespiti ve yönetimi konusunda yetkin bir değerlendirme yapabilecek profesyonel donanımdan yoksun olabileceklerdir. Bu yönde bkz. Zeynep Özsoy, **Kurumsal Yönetim ve Yönetim Kurulları**, İmge Yayınları, İstanbul 2011, s. 107.

¹¹³ Benzer görüş için bkz. Tekin Memiş/Savaş Bozbel, **Karşılaştırmalı, Gerekeçli, İctihathı ve Kavram İndeksli 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu**, Cilt I, 2013, s. 553; Beşir Fatih Doğan, **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, Vedat Yayınları, İstanbul 2011, s. 111; Evin Emine Demir, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler**, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s. 91; Şahin, s. 305. Tecrübelerinden yararlanılmasının şirketin lehine olacağı gerekçesiyle bu komitede icrada görevli yönetim kurulu üyelerinin de görev alması gerektiği hususunda bkz. Ülkü Ay Kaplan, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Gözetim Görevi**, Adalet Yayınları, *YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)*

D-) KOMİTENİN GÖREVLERİ

Komitenin düzenlendiği TTK m 378 ve 625'in kaleme alınış şekli, komitenin görev alanının sınırları bakımından belirsizlikleri barındırmaktadır. Şöyle ki TTK m 378'in kenar başlığı "riskin erken saptanması ve yönetilmesi"dir. Madde metninde de komitenin görevi, "şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi" olarak belirlenmiştir. Aynı şekilde TTK m. 625/1 (e)'de de risklerin erken teşhisi ve yönetilmesi için komite kurulacağı belirtilmektedir. Tüm bunlar, komitenin görev alanının "risklerin saptanması" ile sınırlı olmadığı, "risk yönetimi"nin¹¹⁴ de komitenin görev alanına girdiğine işaret etmektedir¹¹⁵.

TTK m 378'in gerekçesinde ise bu komitenin yalnızca risklere odaklandığı ve komitenin amacının, "yönetimi, yönetim kurulunu ve genel kurulu devamlı uyanıklık (teyakkuz) altında tutmak, gereğinde organlarca derhal etkili önlemlerin alınmasını sağlamak" olduğu açıklanmaktadır¹¹⁶. Burada komitenin görev alanı, risk yönetiminden ziyade, riskleri saptayarak risk yönetimine yardımcı olmak şeklinde belirlenmektedir.

KYT m 4.5.12'de ise komitenin görevi, "şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürebilecek risklerin erken teşhisi, tespit edilen risklerle ilgili gerekli önlemlerin alınması ve riskin yönetilmesi amacıyla çalışmalar yapmak" şeklinde tanımlanmıştır. Burada yer alan "çalışmalar yapmak" ibaresi, doktrinde bir görüş tarafından komitenin

Ankara 2017, s. 98; Erdal Demir, **Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 137.

¹¹⁴ Risklerin erken saptanması ile risk yönetimi birbirinden farklı kavramlardır. Risklerin erken saptanması, adından da anlaşılacağı üzere bir şirketin karşı karşıya bulunduğu risklerin tespitinden ibarettir. Oysa risk yönetimi, bu risklerin bertaraf edilebilmesi için alınacak önlemler ile izlenecek politikaların belirlenmesini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Tekinalp, s. 240.

¹¹⁵ Doktrinde bu yöndeki bir görüş için bkz. Mustafa İsmail Kaya, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi", **DEÜHFD**, 2014, S. 16, s. 3267.

¹¹⁶ TTK m. 378'in gerekçesi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin, denetim komitesinden farkını da ortaya koymaktadır. Şöyle ki denetim komitesi yönetimi izleyip denetlerken, nu komite yalnızca risklere odaklanmaktadır. Bkz. Demir, s. 96; Ufuk Ünlü, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurullarının Risk Yönetimi", (2017) 147 MHD, 2017, S. 147, s. 609.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

görevinin “risk yönetimi” olmadığı, komitenin görevinin risk yönetimine destek olmaktan ibaret olduğu şeklinde yorumlanmıştır ¹¹⁷.

Kanaatimizce kanunda yer alan ifadeler, komitenin görev alanının “risklerin erken saptanması ve risklerin yönetimi” şeklinde belirlenmesine elverişlidir. Bununla birlikte risk yönetimi, risklerin erken bir dönemde saptanmasının yanında, riskleri bertaraf etmek veya etkilerini en aza indirmek için aksiyon planlarını oluşturma, gelişmeleri izleme ve gözden geçirmeyi kapsayan kompleks bir faaliyet olup yönetim kurulunun görev alanına dâhil olmalıdır ¹¹⁸. Bu nedenle de bize göre komitenin görev alanı, “risklerin erken saptanması ve alınacak önlemlere ilişkin görüş bildirmek suretiyle risk yönetimine destek olmak” şeklinde belirlenmelidir.

Komitenin en önemli görevi, şirketin varlığını, gelişmesini ve sürekliliğini tehdit edebilecek muhtemel risklerin erken saptanmasıdır . Kanun koyucu, komitenin hangi boyuttaki riskleri saptamakla görevli olduğu hususunda ise herhangi bir açıklama yapmamıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere 2019/1023 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinde, borçluların iflâs olasılığına yol açabilecek durumları tespit edebilen erken uyarı araçlarına sistem içinde yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kezâ Fransız, Alman Hukuku ve İtalyan Hukuku'nda da, erken uyarı aracı ile “iflâs sebebi”ne yol açabilecek vakıaların tespitinin amaçlandığı kabul edilmektedir. Biz de kanunda yer alan “şirketin varlığını tehdit etme” ibaresinin “iflâs” şeklinde yorumlanması ve komitenin aslı görevinin, şirket için iflâs sebebi oluşturabilecek risklerin saptanması olacağını kabul ediyoruz ¹¹⁹.

Komite, riskleri erken bir dönemde teşhis etmekle görevlidir. Bu noktada “erken” kavramına objektif bir anlam yüklemek mümkün olmamakla birlikte; yönetim kurulunun gerekli önlemleri alabilmesi mümkün ise, risk erken teşhis edilmiş olacaktır ¹²⁰. Eğer şirket bakımından iflâs sebebi gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi kaçınılmaz ise, bu durumda risk erken teşhis edilmemiştir.

¹¹⁷ Şahin, s. 306.

¹¹⁸ Şahin, s. 306.

¹¹⁹ Şahin, s. 307-308. Komitenin bulunmaması veya işlevini yerine getirememesi durumunda şirketin varacağı muhtemel noktanın “sermaye kaybı ve borca batıklık” olacağı, bu nedenle komitenin bu durumun ortaya çıkmaması için bir ön denetim işlevini yerine getirdiğini belirtmek suretiyle aynı görüşte Zekeriyya Arı, **Anonim Şirketlerin Denetimi**, Ekin Yayınları, 2019, s. 22.

¹²⁰ Şahin, s. 308.

Komite, yönetim kuruluna iki ayda bir rapor verecektir (TTK m 378/2 c 1) ¹²¹. Bu raporunda komite, tespit ettiği riskleri belirtmenin haricinde, durum değerlendirmesi yapacak ve bu durumdan çıkılması için çareleri de gösterecektir (TTK m 378/2 c 1). Bu rapor aynı zamanda denetçiye de gönderilecektir (TTK m 378/2 c 2) ¹²².

Türk Hukuku'nda düzenlenen erken uyarı aracı, komitenin riskleri yönetim kuruluna bildirmesi ile sona ermektedir. Yönetim kurulu bu raporu değerlendirmek durumunda olmasına rağmen, rapor yönetim kurulu bakımından bağlayıcı değildir ¹²³. Böylece raporun sunulması üzerine yönetim kurulu duruma müdahale edip gerekli önlemleri almak zorunda değildir ¹²⁴. Bu noktada prosedürün etkinliğinin sağlanabilmesi adına iki değişiklik önerisinde bulunulabilecektir. Bunlardan ilki, prosedüre şirketin ortaklarının dâhil edilmesidir. Riskleri ortaya koyan rapor üzerine yönetim kurulunun pasif kalması hâlinde, durumdan ortakların haberdar olmaları, böylece de genel kurulun toplantıya çağrılabilmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise prosedüre bir dış ayak eklenilebilecektir. Bu bağlamda Fransız sisteminin başarısının, ticaret mahkemesi başkanına atfedilen role bağlı olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte Türk Hukuku'nda ticaret mahkemesi başkanına aynı rolün tanınması, yargı kültürümüz bakımından kolay değildir. Bu nedenle de İtalyan sisteminde olduğu gibi, sanayi ve ticaret odaları bünyesinde bağımsız risk yönetim birimlerinin kurulması önemli bir seçenek olarak görülmelidir. Yönetim kurulunun pasif kalması durumunda, risklere ilişkin tespitler uzman ve bağımsız kişilerden oluşacak risk yönetim birimlerine haber verilebilecek ve bu birimler de şirket yöneticilerini görüşmeye çağırarak mahkeme dışı çözümler üzerinde görüşebileceklerdir.

¹²¹ Pay senetleri borsada işlem görenlerin haricindeki şirketlerde ise komite, ilk raporunu, kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verecektir.

¹²² TTK m. 398/4 uyarınca denetçi, yönetim kurulunun şirketi tehdit eden veya edebilecek nitelikteki riskleri zamanında teşhis edebilmek ve risk yönetimini gerçekleştirebilmek için 378 inci maddede öngörülen sistemi ve yetkili komiteyi kurup kurmadığını, böyle bir sistem varsa bunun yapısı ile komitenin uygulamalarını açıklayan, ayrı bir rapor düzenleyerek, denetim raporuyla birlikte, yönetim kuruluna sunacaktır. Burada düzenlenen rapor etme yükümlülüğünün “denetim” kavramının içine dahil edilemeyeceği hakkında bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2019, s. 521.

¹²³ Doğan, s. 110.

¹²⁴ Aynı yönde Doğan, s. 110; Tuğçe Nimet Yaşar, “Anonim Şirketlerde Riskin Erken Saptanması Ve Yönetimi”, TFM, 2016/2, s. 80 dn 138.

SONUÇ

Erken uyarı araçları, borçlunun karşı karşıya bulunduğu riskleri erken bir dönemde saptanması ve böylece iflâsının önüne geçilmesi ya da en azından iflâsın verimli ve düzenli bir şekilde gerçekleştirilebilmesi bakımından önemli unsurlardandır. Avrupa Birliği de 2019/1023 Sayılı Yönerge’de erken uyarı araçlarının önemini açık bir şekilde kabul etmiş ve Yönerge’nin üçüncü maddesinde, üye devletlerin üç tür erken uyarı aracından en az ikisine yer vermesi gerektiğini düzenlemiştir.

Türk Hukuku’nda da kanun koyucu, erken uyarı araçlarının önemine inandığı için TTK m 378 ve 625’de “riskin erken saptanması ve yönetilmesi komitesi”ni düzenlemiştir. Bununla birlikte söz konusu komitenin kurulacağı şirketler bakımından uygulama alanı oldukça dar tutulmuştur. Kezâ komite üyelerinin yönetim kurulu üyeleri arasından seçilebilmesi, komitenin görevi göz önüne alındığında, bu sistemin etkinliğini kanaatimizce olumsuz şekilde etkileyebilecektir.

Yine TTK m 378/2’ye göre komite, yönetim kuruluna sunacağı raporda riskleri tespit edecek ve durumun düzeltilmesi için çareleri de sunacaktır. Bununla birlikte yönetim kurulunun bu raporda sunulan çareleri uygulamaması hâlinde başvurulabilecek bir imkân düzenlenmemiştir. Dolayısıyla kanaatimizce burada düzenlenen sistem, yönetim kurulunun pasif kalması durumunda başvurulabilecek imkânlar ile desteklenmelidir. Bu noktada ilk olarak durumun ortaklara haber verilmesi ve bunun sonucunda şirket genel kurulunun toplantıya çağırılması sisteme eklenmelidir. Yine Fransız ve İtalyan Hukuku’nda olduğu gibi, sisteme bir dış ayağın eklenmesi de kurumun etkinliğini artıracaktır. Ancak biz, Fransız Hukuku’da ticaret mahkemesi başkanına yetki tanınmasının ülkemizde uygulanabilirliğinin zor olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle de İtalyan Hukuku’nda olduğu gibi sanayi ve ticaret odaları bünyesinde bağımsız risk yönetim birimlerinin kurulmasının daha uygun olacağı kanaatini taşımaktayız.

Türk Hukuku, risklerin erken saptanması bakımından risklerin erken saptanması ve yönetilmesi komitesini merkeze almıştır. 2019/1023 sayılı Yönerge’de ise yer verilen hususlardan biri de, işçi temsilcilerinin, borçlunun ekonomik durumunun düzeltilmesi sürecine yardım etmelerinin sağlanmasıdır. Bu bağlamda Fransız Hukuku’nda olduğu gibi, Türk Hukuku’nda da şirket içinde bir sosyal komitenin oluşturularak prosedüre katılmasının sağlanması düşünülmelidir.

2019/1023 sayılı Yönerge’de yer verilen erken uyarı araçlarından biri de , borçlunun bazı tür borçlarını ödememesini tespit eden uyarı araçlarıdır. Bu

noktada İtalyan Hukuku'nda olduğu gibi, bazı kamu alacaklılarına da erken uyarı prosedürünü yetkisi tanınabilecektir.

Verimli bir iflâs sisteminde yer verilecek erken uyarı araçları bununla da sınırlı görülmemelidir. 2019/1023 sayılı Yönerge'de, kamu veya özel kuruluşlar tarafından sağlanan danışmanlık hizmetleri de düzenlenebilecek erken uyarı araçları arasında sayılmaktadır. Bu bağlamda Erken Uyarı Avrupa (ve bunun temelini oluşturan Erken Uyarı Danimarka) projesi ülkemiz bakımından da bir örnek teşkil etmektedir. Bu bağlamda kamu – özel sektör işbirliği ile uzmanları bir araya getiren bir proje kurulmalı ve bu çerçevede özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelere üç adımdan (uzman – danışman – avukat) oluşan risk teşhis ve yönetimi desteği sağlanmalıdır.

Nihayet unutulmamalıdır ki, erken uyarı araçları verimli bir iflâs sistemi için büyük önem taşıyacakları dahi, tek başlarına bir etki doğurmaları mümkün değildir. Bu nedenle de erken uyarı prosedürü, mutlaka yargı dışı alternatif çözüm yolları, kamusal yardımlar, devlet katkısı vb. kurumlar ile desteklenmelidir.

KAYNAKÇA

- AKTAN, Sinan:** Early Warning System for Bankruptcy: Bankruptcy Prediction, Yayınlanmamış Doktor Tezi, Karlsruhe 2011.
- ALTAŞ, Soner:** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 9. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- ARI, Zekeriyya:** Anonim Şirketlerin Denetimi, Ekin Yayınları, Bursa 2019.
- AY KAPLAN, Ülkü:** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Gözetim Görevi, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- BALP Gaia:** “Early Warning Tools At The Crossroads Of Insolvency Law And Company Law”, Global Jurist, 2019/2.
- BRUNET, André/GERMAIN Michel:** “L'information Des Actionnaires Et Du Comité D'entreprise Dans Les Sociétés Anonymes Depuis Les Lois Du 28 Octobre 1982, Du 1er Mars 1984 Et Du 25 Janvier 1985”, Rev. Sociétés, 1985, s. 23-54.
- BUDAK, Ali Cem:** “Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu İle İlgili Usullerin Amacı Işığında İcra ve İflâs Kanunu'ndaki 5092 Sayılı Kanun Değişikliği”, MaÜHFD, 2006/1, s. 257-274.
- CÖMERT, Nuran:** “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında İç Denetim ve İç Kontrol” İç Denetim Dergisi, 2008, S. 21, s. 24-28.
- DAMMANN, Reinhard/BOCHE-ROBİNET, Mylène:** “Transposition Du Projet De Directive Sur L'harmonisation Des Procédures De YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

- Restructuration Préventive En Europe”, Recueil Dalloz, 2017, S. 22, no: 1264.
- DEMİR, Erdal:** Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- DEMİR, Evin Emine:** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- DOĞAN, Beşir Fatih:** 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, Vedat Yayınları, İstanbul 2011.
- EIDENMULLER, Horst:** “Contracting For A European Insolvency Regime”, European Business Organization Law Review, 2017, S. 18, s. 273-304.
- EIDENMULLER, Horst:** “The Rise and Fall of Regulatory Competition in Corporate Insolvency Law in the European Union”, European Business Organization Law Review, 2019, S. 20, s. 547-566.
- FINCH, Vanessa:** “The Recasting of Insolvency Law”, The Modern Law Review, 2005/5, s. 713-736.
- FINCH, Vanessa:** “Corporate Rescue In A World Of Debt”, Journal of Business Law, 2008/8, s. 756-777.
- GHIA, Carlo:** “Italian Insolvency Reforms: Some Comments on the February 2018 draft Legislative Decree”, www.insol-europe.org.
- GHIO, Emilie:** “European Insolvency Law: Development, Harmonisation and Reform; A Case Study on the European Internal Market”, Trinity College Law Review, 2015, S. 179, s. 154-179.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı:** “İcra Kurulu”, TBBD, 2019, S. 142, s. 357-382.
- HAGHANI, Sascha:** “Die Umsetzung von Frühwarnsystemen im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren : zur Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019”, (2019) Brüsseler Sanierungsrahmen 20-22.
- HUFFER, Uwe/KOCH, Jens:** Kommentar zum AktG, 13. Edition, Beck, 2018.
- JACKSON, Thomas H.:** The Logic And Limits Of Bankruptcy Law, Harvard University Press 1986.
- JACKSON, Thomas H./SKEEL, David A.:** Bankruptcy And Economic Recovery, 2 (<http://ssrn.com/abstr act=23061389>).
- JEANTIN, Michel/LE CANNU, Paul:** Droit Commercial: Entreprises En Difficulté, 7. Édition, Dalloz, Paris 2006.

- KAYA, Mustafa İsmail:** “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi” DEÜHFD, 2014, S. 16, s. 3261-3286.
- KOCH, Steffen:** Restructuring: the German Approach, 3 Insolvency & Restructuring International, 2009.
- KORT, Michael:** § 91 in Heribert HIRTE/ Peter O. MULBERT/Markus ROTH, Großkommentar AktG, 5.édition, De Gruyter 2015.
- LIENHARD, Alain:** “La Prévention”, Délmas Procédures Collectives, 2017.
- MANGANELLI, Paolo:** “The Modernization of European Insolvency Law: An Ongoing Process”, Journal Of Business & Technology Law, 2016, S. 178, s. 152-177.
- MEMİŞ, Tekin/BOZBEL, Savaş:** Karşılaştırmalı, Gerekçeli, İçtihatlı ve Kavram İndeksli 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Cilt I, 2013.
- MONSERIE-BON, Marie Hélène:** Entreprises En Difficulté (Détection Des Difficultés), Répertoire De Droit Commercial, 2017.
- MOONEY, Charles W.:** “A Normative Theory Of Bankruptcy Law: Bankruptcy As (İs) Civil Procedure”, Washington and Lee Law Review, 2004, S. 161, s. 931-1061.
- MUCCIARELLI, Federico:** “Not Just Efficiency: Insolvency Law In The EU and Its Political Dimension”, European Business Organization Law Review, 2013, S. 14, s. 175-200.
- NAMLı, Mert:** “Külli Tâkip Sisteminin Verimliliğini Arttırma Bakımından Bir Romanist Ülkenin Geçirdiği Değişim: Fransa Örneği ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri” İÜHFM, 2015/2, s. 305-323.
- ÖZSOY, Zeynep:** Kurumsal Yönetim ve Yönetim Kurulları, İmge Yayınları, İstanbul 2011.
- ÖZTEK, Selçuk/BUDAK Ali Cem, TUNÇ YÜCEL, Müjgan/KALE, Serdar/YEŞİLOVA, Bilgehan:** Yeni Konkordato Hukuku, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2019.
- PERNAZZA, Federico:** “The Legal Transplant into Italian Law of the Procédure d’Alerte. Duties and Responsibilities of the Companies’ Bodies”, The Italian Law Journal, 2017/2, s. 553-581.
- POROY, Reha TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2019.
- PULAŞLI, Hasan:** Yeni Şirketler Hukuk Genel Esaslar, Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne:** Droit Des Entreprises En Difficulté, 11. Édition, LGDJ, Paris 2018.

- SAYIN, Hediye:** “Halka Açık Anonim Şirket Kavramı v Halka Açık Anonim Şirket Statüsünün Kazanılması”, BAÜHFD, 2009, S. 109-110, s. 89-116.
- SOINNE, Bernard:** “La Nouvelle Réforme Du Droit De La Faillite: Continuité Ou Changement” JCP Cl. 1981 II 13613.
- SPINDLER, Gerald/STILZ, Eberhard/FLEISCHER Holger:** Kommentar zum AktG, 3. Auflage, Beck, 2015.
- SUDREAU, Pierre:** La Réforme De L’Entreprise, Oct-18, 1975.
- ŞAHİN, Adem:** “Riskin Erken Teşhis Komitesi (TTK m.378 ve 625/1-e’nin Değerlendirilmesi)”, İnönüHFD, 2016/2, s. 287-314.
- ŞENER, Oruç Hami:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- TAŞPINAR-AYVAZ, Sema:** İcra-İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- TEKİNALP, Ünal:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2015.
- ÜNLÜ, Ufuk:** “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurullarının Risk Yönetimi”, MHD, 2017, S. 147, s. 607-610.
- VALLENS, Jean-Luc:** L’Insolvabilité Des Entreprises En Droit Comparé, Joly Editions, Paris 2011.
- VIDAL, Dominique:** “Prévention Des Difficultés Des Entreprises”, JurisClasseur Commercial, 2017.
- YAŞAR, Tuğçe Nimet:** “Anonim Şirketlerde Riskin Erken Saptanması Ve Yönetimi”, TFM, 2016/2, s. 69-91.
- ZHANG, Daoning:** “Preventive Restructuring Frameworks: A Possible Solution for Financially Distressed Multinational Corporate Groups in the EU”, European Business Organization Law Review, 2019, S. 20, s. 285-318.
- ZHANG, Daoning:** Insolvency Law And Multinational Groups: Theories, Solutions, And Recommendations For Business Failure, Routledge éd. 2019..

**# GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA
YURT DIŞINDA MEYDANA GELEN İŞ KAZALARINDA
UYGULANACAK HUKUK SORUNU**

*(LEGAL PROBLEMS TO BE APPLIED WITH(IN) WORK ACCIDENTS OCCURRING
ABROAD IN ACCORDANCE OF CURRENT SUPREME COURT DECISIONS)*

Ali Önal * **

ÖZ

İş kazası ve meslek hastalıkları sosyal güvenlik hukukunun en önemli konularından biridir. İş kazasının Türkiye dışında meydana gelmesi durumunda uygulanacak hukukun tespit edilmesi önemlidir. İş kazası iş sözleşmesi sonucunda meydana geldiği gibi, aynı zamanda bir haksız fiildir. Bu nedenle uygulanacak hukuk ve mevzuat hükümleri açısından hakime görev düşmektedir. Yargıtay söz konusu konuda pek çok farklı karar vermiştir. Yargıtay, yabancı ülkede kazanın meydana gelmesini değerlendirdiği gibi, değerlendirmedeği kararları da vardır. Bu çalışmamızda Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında, yurt dışında meydana gelen iş kazasına uygulanacak olan hukuka dair yaklaşımını ele alacağız.

***Anahtar kelimeler:** İş kazası, yurt dışı, yabancı unsur, uygulanacak hukuk.*

ABSTRACT

Occupational accidents and occupational diseases are one of the most important issues of social security law. Occupational accidents and occupational diseases are one of the most important issues of social security law. In the cases where the work accident occurs outside of Turkey, it is of crucial importance to determine the applicable law. An occupational accident, while arising from an employment contract does also constitute a

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 16.04.2020. İlk hakem raporu tarihi: 07.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 04.06.2020. Onaylanma Tarihi: 04.06.2020.

* Ankara Barosu-Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi. Çalışmanın konusunun belirlenmesinde ve Yargıtay kararlarına erişimde verdiği destek için kıymetli Hocam, İstanbul Aydın Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD Öğretim Üyesi Prof. Dr. Ufuk Aydın'a teşekkür ve saygılarımı sunarım.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2661-7370.

Esere Atıf Şekli: Ali Önal, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında Yurt Dışında Meydana Gelen İş Kazalarında Uygulanacak Hukuk Sorunu”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.665-707.

tortious act. In this regard, the judge has a duty to determine the applicable law in accordance with legislative provisions. Regarding this issue, the Court of Cassation has rendered many decisions. Under certain decisions of the Court of Cassation the fact that the accidents have occurred outside of Turkey was evaluated; whilst under certain other decisions it was not evaluated. This paper will examine the recent Court of Cassation judgments on the law applicable to occupational disasters which occurred outside of Turkey.

Keywords: Occupational accident, abroad, foreign element, applicable law.

GİRİŞ

Sosyal güvenlik hukukunun varlık nedenlerinden biri bireylerin kendilerini acizlik ve yoksulluğa iten sebepleri ortadan kaldırmaktır¹. Bu doğrultuda hastalık, engellilik, yaşlılık gibi hayatın içinde kaçınılmaz olarak var olan risklerin ortadan kaldırılması amacıyla hukuki gerekleri belirlemek ve tartışmak sosyal güvenlik hukukunun varlık sebebidir². Söz konusu riskleri meydana getiren olgulardan biri de iş kazaları³ ve meslek

¹ Ayhan, Abdurrahman (2012), Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Güvenlik İlkeleri, *Sosyal Güvenlik Dergisi (SGD)*, Ocak 2012, Cilt (C) 1, Sayı (S) 1, s. 41-55. Güzel, Ali/Okur, A. Rıza./Caniklioğlu, Nurşen (2016), *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 5510 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış, 16. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 332 vd.; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer (2017), *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 19. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 332 vd; Süzek, Sarper (2016), *İş Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 437 vd; Güzel, Ali/ Ugan-Çetinkaya, Deniz (2012), İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 34, C. 3, s. 157-188; Aktay, A. Nizamettin/ Arıcı, Kadir/ Senyen/ Kaplan, E. Tuncay (2013), *İ s Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 312; Alper, Yusuf (2014), *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku*, 6. Baskı, Bursa: Ekin Yayıncılık, s. 20 vd.; Arıcı Kadir (2015) *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara: Savaş Kitapevi, s. 74 vd.; Caniklioğlu, Nurşen (2014), Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, *Yargıtay'ın İ s Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara, 379-531; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat (2014), *İ s Hukuku Dersleri*, 27. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 194.

² Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 5 vd.

³ Kaza kavramı beklenmeyen şekilde ve istemeden meydana gelen bir harekete bağlı olarak bir zararın meydana gelmesidir. Beklenmeyen ve istemeden meydana gelen kazanın iş ilişkisi sonucunda meydana gelmesine ise iş kazası denilmektedir. İş kazası 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortaları Kanunu'nun (SSGSSK) 13. maddesinde tanımlandığı şekliyle, "Sigortalının iş yerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

hastalıklarıdır⁴ ⁵. Öyle ki, henüz uzun dönem sigorta kolları üzerinde devletlerin yasal düzenlemeler yapmadığı dönemlerde dâhi iş kazaları ve

yürütmekte olduğu is nedeniyle, bir is verene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emziren kadın sigortalının, is mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır." Görüldüğü üzere iş kazasının meydana gelmesi için birkaç unsurun birleşmesi gerekmektedir. Buna göre temelde işçinin işverenin veya kendi adına çalışmasını yaparken, iş yerinde veya işiyle görevli olarak gönderildiği yerde iş dolayısıyla ya da işini yapmaksızın geçen zamanda işçiyi bedenen veya ruhen engelli hale getiren olay iş kazasının unsurlarıdır. İş kazası tanımının farklı kanunlarda farklı şekillerde düzenlenmesi ve bu durumun eleştirisi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 5 vd.; Caniklioğlu, Nurşen (2006), Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri, *Çalışma ve Toplum Dergisi, C. I, S. 8*, s. 50-98; Güzel, Ali (1996), *Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat*, İstanbul, s. 279-309; Tuncay, Can (1996), *İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Kurumun Sigortalıya Yaptığı Giderler İçin İşverene ve Üçüncü Kişiyeye Rücu Davalarında Bazı Sistemler ve Yüksek Yargı Organları Kararlarında Beliren Esaslara Genel Bir Bakış*, *Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat*, İstanbul, s. 310-328; Başbuğ, Aydın (1992), *Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Hakkı ve Buna Bağlı Bazı Temel Sorunlar, A. Can Tuncay'a Armağan*, İstanbul 2005, 815-858; Kılıçoğlu, Mustafa (2012), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun ve 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Bedensel Zarar ve Ölüm Olaylarına İlişki Hükümlerinin Yorumuyla Tazminat Esasları Ve Hesap Yöntemleri*, Ankara:, s. 66. Bu konuda farklı görüşler ve işçinin kendi kusuruyla verdiği zararların iş kazası olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hakkında bkz. Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 394; Taşkent, s. 1954; Akın, Maddi Tazminat, s. 21; Sözer, s. 294; Usan, M. Fatih (2013), *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara, s. 392.

³ Eren s. 28; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 419; Tuncay/ Ekmekçi, s. 351; Sözer, s. 315.

⁴ Meslek hastalığı ise *sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halidir* (SSGSSK m. 14). Meslek hastalığı hallerinde de tıpkı iş kazasında olduğu gibi birçok unsurun bir araya gelmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda sigortalı bir çalışanın, yaptığı bir iş dolayısıyla, geçici veya sürekli uğradığı bedensel ve ruhsal engellilik halidir. Mesleğin yerine getirilmesi amacıyla meydana gelen hastalığın ve zararın tespiti bakımından illiyet bağının tayin edilmesi bakımından, sigortalıyı engelli ve hasta hale getiren hangi hastalık ya da sakatlıkların meslek hastalığı sayılacağı SSGSSK m. 14 uyarınca çıkarılan *Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği* uyarınca belirlenmektedir. Eren s. 28; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 419; Tuncay/Ekmekçi, s. 351; Sözer, s. 315.

⁵ Güzel/ Ugan-Çetinkaya, s. 160 vd.

meslek hastalıklarından kaynaklanan korumalar mevcuttur⁶. Üretimin ve kazanmanın esas nimetlerinden faydalarından işverenin, kendisine üretim ve kazanç sağlayan çalışanın, işini yaparken başından geçen kaza ve hastalıklara karşı gerekli korumanın sağlanması anlamında, külfetlere de katlanması, taraflar arasında ve devleti de içine alan üçlü bir mekanizmanın sağlanması sosyal güvenlik hukukunun temel amaçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. Bu durum hem işçi-işveren ilişkisi ile tarafları gözetmekle yükümlü devlet açısından bir sorumluluk alanı iken, insan hakları açısından da vazgeçilmez bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır^{8 9}.

Sosyal güvenlik hukuku ve bir kolu olarak iş kazası ve meslek hastalığı kavramlarını önemli kılan bir diğer neden, dünya üzerinde iş gücünün farklı ülkelerde hizmet vermesi durumunda karşımıza çıkmaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında ülkeler ve milletler arasında etkileşimin artması ile yabancıların, buldukları ülkelerde hakları ve hürriyetlerine ilişkin tartışmalar da artmıştır¹⁰. Ülkeler bu konudaki uygulamaları ikili ve çok taraflı antlaşmalar ile düzenlemektedir^{11 12}. Öte yandan yine ülkelerin iç

⁶ Tuncay/ Ekmekçi, s. 332 vd.

⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 5 vd.

⁸ Gökçeoğlu, Şebnem (2015), İnsan Hakları Perspektifinden Sosyal Güvenlik Hakkının Anlamı ve Kapsamı, *VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, Denizli*, s. 137-139. Online: Sosyal Haklar Net, <<http://www.sosyalhaklar.net/2015/bildiriler/gokceoglu.pdf>>, Erişim Tarihi: 15.1.2020.

⁹ Sosyal güvenlik hakkı İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 22. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Herkesin, toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenliğe hakkı olduğu, ayrıca, onuru ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla ve her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı olarak gerçekleştirilmesine de hakkının bulunduğu”; 25. maddesinde ise “Her şahsın kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyecek, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığını ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkanlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı olduğu, analık ve çocukluğun özel ihtimam ve yardım görme hakkını verdiği, evlilik içinde veya dışında doğsun bütün çocukların aynı sosyal korumadan faydalanacakları” ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Hasan (2009), Yabancıların Sosyal Güvenlik Hakkına Genel Bir Bakış, *Kamu-İş Dergisi, C.10, S.4*, s. 208.

¹⁰ Yabancıların hak ve hürriyetlerinin gelişimi için bkz. Dursun, s. 206;

¹¹ Bunlardan bazıları 1966 Tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme; mülteciler bakımından 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuku Durumuna Dair Sözleşme; diplomatik temsilcilerin sosyal güvenlik hakları bakımından 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi; 1963 Tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi; Avrupa Birliği bünyesinde Avrupa Birliği Sosyal Şartı ile Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Anlaşmaları belirtilebilir.

hukuklarında da yabancıların sosyal güvenlik haklarına ilişkin özel düzenlemelere yer vererek, kanuni bir boşluğa yer vermedikleri görülmektedir¹³. Dolayısıyla sosyal güvenlik hukuku ve iş kazası ve meslek hastalıklarının yabancılık unsuru arz etmesi durumunda da meselenin hak kaybına mahal verilmeyecek şekilde düzenlendiği görülmektedir.

1. Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Bağlama Noktaları ve Vasıflandırma

¹² Bu bağlamda özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) üzerinde durmak gerekir. Birinci Dünya Savaşı sonrasında 1919 yılında kurulan Örgüt dünya üzerinde insana yakışır işler meydana getirilmesinde; çalışanlar ile iş çevrelerinin kalıcı bir barış ve refah içinde bir araya gelmesine; bunların gelişim ve ilerlemesine sahip çıkmaya yönelik ekonomik koşullarla çalışma koşullarının temin edilmesine yardım etmektedir. ILO kapsamında da yabancıların sosyal güvenlik haklarının düzenlenmesi amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan bazıları: 1952 Tarihli Sosyal Güvenlik (Asgari Normlar) Sözleşmesi; Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit İşlem Yapılması Hakkında 108 sayılı Sözleşme belirtilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, s. 208 vd.

¹³ Örneğin Türk hukukunda Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 91. ve devamı maddelerinde düzenlenen geçici hukuki koruma sahiplerinin entegrasyonlarının sağlanması bakımından ele alınan konulardan biri de geçici hukuki koruma statüsündeki yabancıların sosyal güvenlik haklarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün, Mesut/ Kaya, Cansu (2016), Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 7, s. 87-142.

Bunun yanında yine SSGSSK “sigortalı sayılmayanlar” başlıklı 6/1 maddesinin (e) bendinde; “yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye’ye bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye’de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. İşsizlik Kanunu’nun “işsizlik sigortasının amaç ve kapsamı ile yetkili, görevli ve sorumlu kişiler” başlıklı m. 46/2’de yer alan düzenlemeye göre “işsizlik sigortasının sadece müteakabiliyet (karşılıklılık) esasına dayalı olarak yapılan anlaşmalara göre çalışan yabancı işçileri” belirtilmiştir.

Nihayet Türk kanun koyucusu, yabancılar dışında, Türk Vatandaşlık Kanunu (TVK) 28. maddesi kapsamında Türk vatandaşlığından çıkma suretiyle ayrılanlar hakkında özel bir düzenleme kabul ederek, bunların özel statülerine binaen sosyal güvenlik haklarının korunacağını düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Saduleşrafi, Hüseyin (2000), Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Sosyal Güvenlik Hakkı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 1, S. 1, s. 190-230; Demir, Müslim (2016), Türkiye’de Yabancıların Sosyal Güvenliği, *SGD*, C. 6, S. 1, s. 70-91.

İş kazası ve meslek hastalığının yabancılık unsurunu içinde barındırarak meydana gelmesi mümkündür. Temelde iş hukukunda yabancılık unsuru işçinin ya da işin yabancı olması ile veya işverenin işletmesinin idare merkezinin yabancı bir ülkede olması gereklidir¹⁴. Ayrıca işçinin kendi işini veya işveren ile sözleşme ilişkisi çerçevesinde işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapıyor olması durumunda da yabancılık unsurundan bahsedilecektir. Bu doğrultuda yabancılık unsuru, konunun meydana geliş şekline göre yer bakımından, kişi bakımından ve konu bakımından olmak üzere gündeme gelecektir¹⁵. Yer bakımından yabancılık unsuru, bir kimsenin vatandaşı olmadığı bir ülkede iş kazası ve meslek hastalığı geçirmesi durumunda meydana gelecekken; gerçek veya tüzel kişilerin yabancı bir memlekette faaliyet göstermesi durumunda kişi bakımından iş kazası ve meslek hastalığı meydana gelecektir¹⁶. Nihayet, yer ve kişi bakımından yabancılık unsuru olmayan, ancak taraflar arasındaki hukuki

¹⁴ Elçin, Doğa (2012), *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 5 vd.; Doğan, Vahit (1996), *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 98, Ekşi, Nuray (1997), *Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, *Tunçomağ'a Armağan*, s. 117; Tarman, Zeynep Derya (2010), *Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (İş Sözleşmeleri)*, *AÜHFD*, S. 59, C. 2, s. 526.

¹⁵ Yabancı unsurlu hukukî ilişkiler uluslararası özel hukukun oluşum sebebidir. Uluslararası özel hukuk denilince temeli yabancı unsurlu hukukî ilişkiye dayanan bir uyumsuzlukta uygulanacak hukuku gösteren tek mil milletlerarası kurallar anlaşılır. Bu doğrultuda uluslararası özel hukuk gösterici nitelikte kurallar olup, maddi hukukta ilgili yabancı unsurlu ilişkiye uygulanacak hukuku gösterir. Yabancı unsur ise uluslararası özel hukuk kuralının uygulanacağı hayat olayında konu, coğrafi ve şahsi bakımdan yabancı bir hukuk sistemi ile irtibatı olan hukukî ilişkiler anlaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Berki, Osman Fazıl (1961), *Devletler Hususi Hukuku Cilt II*, 4. Bası, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, s.54 vd.; Göğer, Erdoğan (1977), *Devletler Hususi Hukuku*, 4. Bası, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 51 vd.; Aybay, Rona/ Dardağan-Kibar, Esra (2008), *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Bası, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 13 vd.; Şanlı, Cemal/ Ataman-Figenmeşe, İnci/ Esen, Emre (2015), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 5 vd.; Doğan, Vahit (2015), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Ankara: Savaş Yayınları, s. 5 vd.; Nomer, Ergin (2015), *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 5 vd.; Tekinalp, Gülören/ Uyanık, Ayfer (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 21 vd.; Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 9 vd..

¹⁶ Berki, s.54 vd.; Göğer, s. 51 vd.; Aybay/ Dardağan-Kibar, s. 13 vd.; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen s. 5 vd.; Doğan, s. 12 vd.; Nomer, s. 8 vd.; Tekinalp/ Uyanık, s. 21 vd.; Çelikel/ Erdem, s. 9 vd..

ilişkinin niteliği ve konusu bakımından uyumsuzluğun yabancılik unsuru meydana getirmesi mümkün olabilecektir^{17 18}.

Yargıtay bir başka kararında ise İslam Konferansı Örgütünde çalışırken iş sözleşmesinin geçerli bir hüküm olmadan feshedilmesini konu alan bir davada, işçinin işyerinin Türkiye’de bulunması, işçinin Türk vatandaşı olması, işverenin işçinin kaydını Sosyal Sigortalar Kurumu’na yaptırıp, primlerini Türk hukuku uyarınca yatırılmış olması nedeniyle, Türk hukukunun uygulanacağına karar vermiştir¹⁹.

Maddi hukukta iş kazası ve meslek hastalığı kavramının iki boyutu ele alınmaktadır: İlk olarak ikili ilişkinin tarafları arasında meselenin iş hukuku ve iş sözleşmesi boyutudur. İkinci olarak ise denetleme ve gözetleme yükümlülüğü çerçevesinde sosyal güvenlik hukuku bakımından konu ele alınmaktadır²⁰. Bu yönü itibariyle konunun özel hukuk ve kamu hukuku boyutu nitelendirmesi yapılması yanlış sayılmayacaktır. Ancak bu durum tek başına sorunu açıklayıcı değildir. Zira, meydana gelen zarardan sorumluluk ile zararın nitelendirilmesi arasında bir denge kurulması elzemdir. Meydana gelen zarardan sorumluluk ve denetim noktasında işverenin sorumluluğu ile sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan sorumluluk gündeme gelirken; meselenin diğer tarafında özellikle işverenin sorumluluğunun kusurlu veya kusursuz sorumluluk irtibat noktasında ele alındığı görülmektedir²¹. Türk hukukunda TBK, İş Kanunu, İş Sağlığı ve

¹⁷ Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen s. 5 vd.; Doğan, s. 12 vd.; Nomer, s. 8 vd.; Tekinalp/ Uyanık, s. 21 vd.; Çelikel/ Erdem, s. 9 vd..

¹⁸ İş ilişkisi bakımından verilen biri kararda Yargıtay tarafından bu görüş benimsenmiştir. Türkiye’de, Fransız Kültür Merkezi’nde, Fransızca öğretmeni olarak çalışan, Fransız vatandaşı olan davacı tarafın, iş sözleşmesinin haksız nedenle sona erdiğine ve buna dayanarak da işçi alacağına ilişkin tazminat istemi davasında kişi yönünden yabancılik unsuru bulunduğu karar vermiştir. Yargıtay 9. HD. T. 8.07.1997, E. 1977/8206, K. 1997/13945. Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 22.1.2020.

¹⁹ Yargıtay 9. HD. T. 09.07.2007, E. 2007/11591, K. 2007/22288. Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 22.1.2020.

²⁰ Benzer ayırım için bkz. Öztürk, Pınar (1999), Milletlerarası Özel Hukukta İş Kazası, Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB), Y. 19-20, s. 795.

²¹ Başoğlu, Başak (2015), Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.6, S. 2, s. 30*; Akkayan-Yıldırım, Ayça A. (2012), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD), C. LXX, S. 1, s. 203*; Korkusuz, Refik (2008), Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi, Diyarbakır, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12- YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)*

Güvenliği Kanunu başta olmak üzere pek çok hukuki düzenlemede işçinin, işveren tarafından korunması ve gözetilmesine ilişkin hükümler kabul edilmiştir²². Ancak bu geniş düzenlemeye rağmen meselenin hukuki niteliğine dair doğrudan bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir²³. Doktrin²⁴ ve uygulamada²⁵ iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan zararların işveren ile SGK'ya rücu edileceği; SGK tarafından karşılanmayan zararlar bakımından ise doğrudan işverene rücunun mümkün olduğu savunulmaktadır²⁶. Bu durum uyumsuzluğun yabancılik unsuru içermesi halinde de geçerliliğini koruyacaktır.

Yabancı unsurlu iş kazası ve meslek hastalıklarının rücu ilişkisine uygulanacak hukuku tespit ederken, konunun uluslararası özel hukuk boyutunun ele alınması gerekecektir. Bu bakımından önem arz eden en önemli husus vasıflandırmadır. İşçi ile işveren arasındaki ilişki temelde bir sözleşme ilişkisidir. İş kazası ve meslek hastalığı da sözleşme ilişkisinin

13, Y. 2007-2008, s. 25.

²² Ledün Akdeniz, Ayşe (2014), İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXII, S. 2, s. 4.

²³ Bu durumun sonucunda konunun yargı kararları ile şekillenmesi söz konusu olmuştur. Çalışma konumuz açısından, yabancı unsurlu iş kazası ve meslek hastalıklarında işçinin zararının telafisi için uygulanacak hukukun tespit edilmesine dair düzenlemeleri ele almak olup; işverenin SGK'ya karşı olan sorumluluğu konumuzun kapsamı dışındadır. SGK'nın iş kazası ve meslek hastalığı kapsamında işçiye yaptığı ödemelerin işverene rücu ilişkisi ve hukuki niteliğinin tayin edilmesi bakımından ayrıca bkz. Tuncay/Ekmekçi, s. 374; Ergin, Berin (2006), Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuyla Nasıl Bakıyor? *MESS Sicil I HD*, S. 4, s. 135; Şakar, Müjdat (2006), İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortaların İşverene Rücuunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu, *MESS Sicil I HD*, S. 2, s. 132-135.

²⁴ Kusur sorumluluğu görüşleri: Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut (2014) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş II. Bası*, C. 2, İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 247-248; Süzek, s. 434vd.; Sevimli, Ahmet (2013), Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, *Çalışma ve Toplum*, S: 1/2013, C:36, s. 125 vd.; Araslı, Utkan (2011), Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi, *MESS Sicil I HD*, S. 24, s. 150-159.

Kusursuz sorumluluk görüşü için bkz. Ledün, s. 19; Centel, Tankut (2011), Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, *MESS Sicil I HD*, S. 24, s. 16; Aydınlı, İbrahim (2005), İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi, *TÜHİ S İş Hukuku Ve İktisat Dergisi*, C. 19, S. 6, s. 39.

²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 03.02.2010, E. 2010/21-36, K. 2010/67, Kazancı Hukuk Kaynakları, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 18.1.2020.

²⁶ Ledün, s. 5.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

devamında meydana gelen bir olgudur. Bu doğrultuda düşünüldüğünde sözleşme ilişkisinin yanında, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından haksız fiil değerlendirmesinin yapılması mümkündür. O halde konunun haksız fiil veya sözleşme ilişkisinden hangisine dahil olacağına tespiti Türk hukukunun yanında, içinde yabancılik unsuru bulunan uyuşmazlıklar bakımından vasıflandırma sorununu tartışmaya açacaktır.

Uluslararası özel hukukun multidisipliner bir hukuk dalı olması nedeniyle, maddi hukuk ile ayrılmaz bir bütündür. Bu yönü itibariyle uluslararası özel hukuk içinde yer alan bir kavramın maddi hukuk karşılığının ne olduğu, türünün ve içeriğinin ne mana taşıdığı önem arz etmektedir. Genel geçer bir tanım ile yabancılik unsuru²⁷ taşıyan hukukî ilişkinin maddi hukuk karşılığının ne olduğunu, hukukî ilişkinin vasıflandırılması ile çözmek mümkündür²⁸. Uluslararası özel hukuk ile vasıflandırmanın ayrılmaz bir parça olması nedeniyle konumuz açısından iş kazası ve meslek hastalığı kavramının Türk hukuku bakımından vasıflandırılması ve hukukî niteliğinin tayin edilmesi çözüme ulaşmayı kolaylaştıracaktır.

2. İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğun Vasıflandırılması

A. Sözleşmeler Hukuku Bakımından Değerlendirme ve Hukuk Seçimi

İş kazası ve meslek hastalığı olgusunun bir iş ilişkisi doğrultusunda meydana geleceği düşüncesinin ilk görünüş biçimi sözleşmeler hukuku alanında olacaktır. Yabancılik unsuru içeren bir iş sözleşmesinin varlığı halinde, sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenmeden önce taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin, bir diğer ifade ile bir iş sözleşmesinin bulunması gerekmektedir²⁹. Buna göre tarafların aralarında iş sözleşmesine dayanarak çalışma olgusu içinde özgür iradeleriyle akdetmiş oldukları bir borç-sözleşme ilişkisi bulunmalıdır³⁰. Zira, tarafların karşılıklı irade

²⁷ Aygün, Mesut (2015), Yabancılik Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Sayısı, C. 16, Özel Sayı, s. 1025-1066.

²⁸ Vasıflandırma sorunları ve tanımları için bkz. Yağcı, Salim Serdar (2017), Milletlerarası Özel Hukukta Sorunlandırma, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2633-2646; Doğan, 2015, s. 170; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 44; Çelikel/Erdem, 2018, s. 78; Nomer, s. 94; Göger, 1977, s. 65.

²⁹ Elçin, s. 5 vd.

³⁰ Elçin, s. 5 vd.

beyanlarının uyuşması olarak nitelendirilen sözleşme, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında is görme edimi içermeyen bir irade uyuşması yok ise bir is sözleşmesinden de bahsetmek güç olacaktır (İş Kanunu m.8/1)³¹.

İş kazası ve meslek hastalığının bu iş sözleşmesinden kaynaklanması halinde Türk hakimi önüne gelen hukuki ilişkiyi *lex fori* bakımından değerlendirecektir^{32 33}. Türk hukukunda taraflar arasındaki hukuki ilişki iş görme edimi içermesi durumunda İş Kanunu m. 8 ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri (m. 393-447) belirleyici olacaktır³⁴. Türk hâkimi *lex fori* uyarınca iş kazası ve meslek hastalığını sözleşme ilişkisi doğrultusunda değerlendirir ise uygulanacak hukuk da Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), m. 27 uyarınca iş sözleşmesine uygulanacak olan hukuki hükümler olacaktır.

Yabancı unsurlu iş sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ilişkilerin değerlendirilmesinde sözleşme ilişkisi bakımından ikili bir değerlendirme yapılmaktadır. İlk olarak sözleşme ilişkisi teorisine göre iş ilişkisinin doğmasında taraflar arasında bir iş sözleşmesi olması gerekirken³⁵; katılma teorisine göre işçinin fiilen işe başlaması esas alınacaktır. Katılma teorisinde işçinin iş sözleşmesi yapması yeterli olmayıp, iş ilişkisinin fiilen başlamış olması, bu doğrultuda işçinin iş yerine gitmesi, işverenin ise işçiyi fiilen işe başlatması, iş aletlerinin teslim edilmesi gibi unsurları yerine getirmesi gerekecektir³⁶.

Yabancı unsurlu is sözleşmeleri bakımından konunun vasıflandırılması ve iş ilişkisinin niteliği bakımından Yargıtay'ın³⁷, katılma teorisini kabul

³¹ Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre (2016), *Özel Borç İlişkileri*, 16. Baskı, Ankara: Turhan Yayıncılık, s. 314; Günay, Cevdet İlhan (2008), *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 87.

³² Elçin, s. 17 vd.

³³ Yabancı unsurlu is aktelerinde uygulanacak hukukun özel bağlamanın yanında özellikle işçiyi koruyan hükümlerin esas alınması, geçersiz sözleşmeler ile işçiyi koruyan mevzuatın sözleşme olarak vasıflandırılmayan durumlarda da esas alınması hakkında bkz. Giuliano, Mario/Lagarde, Paul (1980), Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, OJ C282, 31/10/1980, s. 18. Access to European Union Law, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031%2801%29>>, Erişim Tarihi: 20.1.2020.

³⁴ Elçin, s. 5 vd.; Doğan, s. 98, Ekşi, s. 117; Tarman, s. 526.

³⁵ Aktay/ Arıcı/ Senyen-Kaplan, s. 85; Çelik, s. 90.

³⁶ Akyiğit, Ercan (1990), Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Hizmet Akdinde Hukuk Seçimi, Çimento İşveren Dergisi, Y. 1990, C. 4, S. 6, s. 18; Doğan, s. 7.

³⁷ Aktay/ Arıcı/ Senyen-Kaplan, s. 85; Çelik, s. 90; Elçin, s. 17.

ettiği görülmektedir. Yargıtay 9. HD. verdiği bir kararında davacı yabancı işçi ve davalı işverenin 28.05.2004 tarihinde imzalamış oldukları iş sözleşmesinde, taraflar arasında esas iş akdinin geçerlilik doğuracağı tarih olarak, 21.06.2004 tarihinin esas alınacağı; sözleşmenin 2 yıl süreli olarak geçerli olacağı karara bağlanmıştır. Davalı taraf, taraflar arasında sözleşmenin imzalanması sonrasında işçinin kusurlu olarak çalışma belgesini almak amacıyla gerekli iş ve işlemleri yapmadığını, çalışma iznini alamadığı ve çalışma izninin alınmaması nedeniyle de iş akdinin işveren tarafından feshedildiğini belirtmiştir. Yargıtay, taraflar arasında yazılı iş sözleşmesinin kurulmasına rağmen, işçinin fiili olarak çalışmaya başlamaması ve kusurlu olarak da çalışma izni almak amacıyla gerekli yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle davacı tarafça talep edilen cezai şartta hükmedilemeyeceğine karar vermiştir³⁸.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda genel eğilim yabancı unsurlu hukuki ilişkiler bakımından iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasıdır. MÖHUK buna uygun olarak 27. maddede iş ilişkilerine uygulanacak olan hukukun belirlenmesi amacıyla özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre,

(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

Şeklinde dir.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin genel meseleler konumuz değildir. Bu nedenle de doğrudan yabancı unsurlu iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan bir uyuşmazlığın Türk

³⁸ Yargıtay 9. HD., T. 26.09.2006, E. 2006/20061 ve K. 2006/24888. Karar özeti için bkz. Ruhi, Ahmet Cemal, (2008), 27.11. 2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun – Gereççeli - Açıklamalı - Yargıtay İçtihatlı, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 317-318.

hâkimi önüne gelmesi durumunda, hâkimin konuyu sözleşme ilişkisi içinde vasıflandırması sonrasında ne şekilde davranacağını belirtmek gerekecektir. Bu noktada özellikle tarafların sübjektif iradeleri doğrultusunda, sözleşme ilişkisine bir hukuk seçimi yapılmasının iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin bir uyuşmazlık yargılamasında uygulanmasının mümkün olup olmadığı üzerinde durulması gerekmektedir³⁹. Öncelikle MÖHUK m. 27/1, tarafların hukuk seçimini bir şarta bağlamıştır. Bu şart tarafların hukuk seçiminin işçinin işini mutaden yapmış olduğu yer hukukunun asgari koruma yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla tarafların bir hukuk seçimi yapabileceklerini belirtmektedir. Örneğin, şirket merkezi Türkiye’de bulunan ve geçici olarak Libya’da çalışan bir Türk işçinin iş sözleşmesinde Libya hukukunun uygulanmasının geçerliliği ancak ve sadece Türk hukukunun işçiyi koruyan asgari koruma yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla uygulanacaktır. Bu düzenlemenin amacı olarak işçinin işveren karşısında korunmaya muhtaç ve zayıf tarafta olması gösterilmektedir⁴⁰.

Öte yandan işçinin korunmaya muhtaç ve iş sözleşmesinin de sosyal akit olarak sınıflandırılmasının sonucu olarak iş akitlerinde irade muhtariyeti ilkesinin kabul edilmesinin sakıncalı olduğunu veya hukuk seçimi ilkesine gerek olmadığını⁴¹ dile getiren yazarlar da mevcuttur⁴². Bu yazarlara göre

³⁹ Bu konuda farklı görüşler için bkz. Akyiğit, s. 19; Çilingiroğlu, Cüneyt (1989), Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri, *MHB, Y. 9, S. 2*, s. 113; Doğan, s. 33; Elçin, s. 20.

⁴⁰ Özellikle Roma Sözleşmesi ve Roma Tüzüğü uygulamaları esnasında işçinin özel olarak korunmasına ilişkin düzenlemelerin yer alması gerektiği vurgulanmıştır. *Green Paper on the Conversion of Rome Convention*, s. 19.

⁴¹ Seviğ, Muammer Râşit (1939), Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangileridir? I *ÜHFM, C.V, Y. 1939, s. 107-125*; Berki, O. Fazıl (1971), *Türk Hukukunda Kanun İhtilafları*, Ankara, s. 181. İş sözleşmelerinde hukuk seçiminin sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda bkz. Akıncı, Ziya (1992), *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara, s.11.

⁴² Doğan, s. 50; Doğan, Vahit (2009), 5718 Sayılı Kanununa Göre I s Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, *Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan, GÜHFD, C.21, S.1-2, s. 150-151*, Doğan, Vahit (2008), 5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nusret -Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi -2*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 109-110. Yine iş sözleşmelerindeki hükümlerin asgari korumayı bertaraf edici şekilde hukuk seçimi yapılamayacağı hakkında bkz. Tarman, Zeynep Derya (2010), 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MO HUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi, *BATI DER, C.XXVI, S. 1*, s. 143-168.

eğer işçi ile işveren arasında bir hukuk seçimi yapılmaz ise bu durumda iş sözleşmesine uygulanacak hukuk zaten işçiyi her yönden koruyacaktır⁴³. Bu durumda da işçinin özel olarak korunmaya muhtaç bir durumu olmayacak olup, zaten kanun koyucunun geçmişte meydana gelen tecrübeler sonucunda tayin ettiği objektif bağlama kuralları doğrultusunda işçinin işinin şansa bırakılmayacağı vurgulanmaktadır⁴⁴.

Kanaatimizce yabancı unsurlu iş kazası ve meslek hastalıklarında uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi ile seçim yapılmadan doğrudan objektif bağlama kurallarının tatbik edilmesine ilişkin olarak tercih yapmanın pek bir anlamı yoktur. Zira, işçinin mutad işyeri hukukunun, işçi lehine olan asgari koruma hükümlerinin taraflar arasında uygulanacak olan hukuk bakımından gözetilecek olması işçiyi koruyan bir düzenlemedir. Öte yandan Türkiye’den yurt dışına götürülen işçilerin, temelde mutad işyerinin Türkiye olduğu kabul edildiğinde Türk hukukunun koruyucu düzenlemeleri taraflar arasında seçilen hukuka karşı uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada esas görev, uyuşmazlık önüne gelen hâkime düşmektedir. Hâkim, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda taraflar arasındaki iş sözleşmesinde seçilen hukuk ile mutad iş yeri hukuku olarak Türk hukukunun koruyucu hükümlerinin işçi açısından değerlendirecektir. Hâkim, seçilen hukuk ile mutad iş yeri hukuku olan Türk hukuku arasında mukayese tesis ederek, hangi hükmün işçi lehine ve koruyucu olacağına karar verecektir.

İkinci olarak işçinin Türkiye’den götürülmesi; ancak, mutad işyerinin Türkiye’de bulunmaması durumunda ne şekilde karar verileceği önemlidir. Zira bu durumda işçinin mutad işyeri bir başka ülke olacaktır. Tarafların işçinin mutad işyeri hukukunun dışında bir ülke hukukunun hükümlerinin iş sözleşmesinde uygulanacak hukuk olarak kararlaştırması durumunda, işçinin yine mutad işyeri hukukunun asgari hükümleri saklı tutulacaktır. Örneğin, Türkiye’den Libya’ya götürülen Türk işçi A, çalışacağı Amerikan tâbiyetindeki şirket ile akdettiği iş sözleşmesinde Amerikan hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilir. Burada işçinin işini mutaden yaptığı yer Libya’dır. Bu durumda uyuşmazlığın önüne geldiği Türk hâkimi, Amerikan iş hukukunun işçiyi koruyucu hükümleri ile Libya iş hukukunun işçiyi

⁴³ Doğan, Vahit (1995), Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması, *MHB. 1995, Yıl 15, Sayı 1-2*, s. 21-42; Güngör, Gülin (2000), *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.137 vd.

⁴⁴ Doğan, 1995, s. 22 vd.; Doğan, 2009, s. 49 vd.; Doğan, 2010, s. 111; Elçin, s. 65 vd.

koruyucu hükümleri arasında bir kıyaslama yapmak suretiyle, işçiyi koruyan ülke hukukunu olaya tatbik edecektir⁴⁵.

Yabancı unsurlu iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan hukuki uyumsuzluğa hukuk seçimi yapılmaması durumunda objektif bağlama kuralları uygulanacaktır. Sözleşme ilişkisinden kaynaklı olarak yapılan vasıflandırma sonrasında Türk hâkimi MÖHUK m. 27/2 uyarınca uygulanacak olan hukuku tayin edecektir. Buna göre “*Tarafların hukuk seçimi yapmamış, olmaları hâlinde is sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz. İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde is sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Objektif bağlama kuralı olarak isimlendirilen bu durumda meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığına öncelikle işçinin işini mutaden yaptığı yer hukuku; eğer işçi birden fazla ülkede geçici olarak çalışmakta ise esas işyeri hukukunun iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

B. Haksız Fiil İlişkisi Bakımından Değerlendirme ve Hukuk Seçimi

Türk hâkimi önüne gelen iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan uyumsuzluğun hukuki niteliğini haksız fiil olarak vasıflandırabilir. Bir borç ilişkisi kaynağı olarak haksız fiil, hukuki menfaatlerin zarara uğratılması sonucundaki bir yaptırıma maruz bırakılmayı ön gören hukuki düzenlemelerdir. TBK m. 49’da bu anlayış doğrultusunda “*Sorumluluk*” üst başlığı ile düzenlenmiştir. Türk doktrininde haksız fiil kavramı menfaatleri zarara uğratılan ve akit dışı olarak karşımıza çıkan hukuka aykırı fiil sonucunda zarar meydana getiren her durum olarak tanımlanmıştır⁴⁶. TBK’da genel esasları belirlenen hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağı unsurları ile sınırlandırılmayan haksız fiil terimi ile esasında açıklanmaya

⁴⁵ Benzer yönde görüş için bkz. Doğan, 1995, s. 24; Doğan, 1996, s. 56; Aybay/Dardağan-Kibar, s. 233; Şanlı/Fıganmeşe/Esen, s. 576; Çelikel/Erdem, s. 654; Tarman, İş sözleşmeleri, s. 533 vd.

⁴⁶ Örneğin, esasında doğrudan bir haksız fiil niteliği taşımayan ve TBK m. 49’a çerçevesinde bir sorumluluk doğurmayan vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan hukuki ilişkiler hakkında haksız fiil hükümlerinin de uygulanacağı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak (2014), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 1359 vd.; Zevkililer/ Gökyayla, s. 630; Tandoğan, Haluk (1957), *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*, İstanbul: Ankara Hukuk Fakültesi Yayını No:109, s. 1.

çalışılan durum belirtilememektedir⁴⁷. Hukuka aykırılık fiili meydana getiren ile zarar gören arasında hukuki bir çerçeveye dayanmayan ve her durumda bağlayıcı olan genel hukuk düzenlerinin ihlal edilmesi sonrasında ortaya çıkan durum, tazminat borcu da meydana getirmektedir⁴⁸. Bu duruma aynı zamanda sorumluluk tanımlaması da yapılmaktadır. Bir tanıma göre sorumluluk, ortaya çıkan zarardan kimin sorumlu olduğunu belirten, zarar görenin, zarar verene karşı vermiş olduğu zararın telafisine dair talep hakkını düzenleyen kurallar bütünüdür⁴⁹.

TBK’da borç ilişkileri tanımlanırken, “*Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri*” başlığı altında “*Sorumluluk*” sorumluluk tanımı yapılmış ve açıklama getirilmiştir⁵⁰. Haksız fiiller denildiğinde esasen geniş anlamda sorumluluk hukuku belirtilmektedir. Sorumluluk ile haksız fiil kavramları birbirinin içine geçmiştir⁵¹. TBK’nın 49. maddesinde “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür*” şeklinde belirtilirken; burada korunmak istenen hukuki menfaat ile bireylerin hukuki korumadan faydalanması, bundan doğan sorumluluklarını yerine getirmek suretiyle tedbirle ve özenli davranmaya teşvik edilmesidir⁵². O halde bir kimse gerekli dikkat ve özeni göstermesi sonrasında bir zarar meydana geliyor ise, şu halde bireyin kusur sorumluluğundan kurtulması esas olmaktadır⁵³. Haksız fiil denildiğinde esas olarak kusur sorumluluğu

⁴⁷ Kaneti Selim (2007), *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 2.

⁴⁸ TBK’da ifade edilen “*Haksız Fiil Kavramı*” İsviçre Borçlar Kanunu’nda (*OR. Obligationenrecht 41, Gerek kasten gerekse taksirle başkasına zarar veren kimse, bunun tazmini borcu altındadır*) belirtilen şekli ile hukukumuzda aktarılmıştır. Söz konusu terimin Türk hukukunda çok geniş anlam ifade ettiği şekli ile kullanıldığı ve farklı ifade arayışları için bkz. Kaneti, s. 2.

⁴⁹ Kılıçoğlu, Mustafa (2002), *Sorumluluk Hukuku, Cilt I, Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları, s. 1.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 490; İmre, Zahit (1979), *Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, cilt: 45 sayı: 1-4*, İstanbul, s. 403; Antalya, Gökhan (2008), *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.14, S.4*, s. 68.

⁵¹ Eren, s. 569; Oğuzman/ Öz, s. 6; Tandoğan, Haluk (1981), *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, s.1; Hatemi, Hüseyin (1994), *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, § 8, N 1; İmre, 1979, s. 403; Kılıçoğlu, Ahmet (2011), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s.266.

⁵² Tandoğan, s. 1.

⁵³ Başoğlu, Başak (2015), *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.:6, S. 2*, s. 30.

gelse de kavramın genişliği çerçevesinde hem kusur hem de kusursuz sorumluluk hallerine içine alan geniş bir kavramı nitelendirmekteyiz. Zarar verenin kusursuz bir işlemi veya zarar verenin himayesi, koruması ya da kendisine illiyet bağı ile bağlı olan kimselerin kusursuz olsalar dâhi zarardan sorumluluğunun doğduğu haller de haksız fiil başlığı altında incelenmektedir.

Bu anlatım sonucunda varmak istediğimiz sonuç şudur: İş kazası ve meslek hastalığının yukarıda belirtilen şekilde bir sorumluluğun yerine giderilmemesi veya korunan menfaatin kusurlu ve kusursuz bir şekilde ihlal edilmesi sonrasında zararlı bir sonucun ortaya çıkması ile meydana gelmesi mümkündür. İş kazası ve meslek hastalığı durumunda korunan hukuki menfaat işçinin çalışma gücü, bedensel ve ruhsal sağlığı bütünlüğüdür. Şu hâlde çalışma gücü ile bedensel ve ruhsal bütünlüğün ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkan zararın telafisi haksız fiil sorumluluğu ile tazmin edilebilecektir. Türk hâkimi de yabancı unsurlu iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan uyuşmazlığı Türk hukuku kapsamında vasıflandırırken bu doğrultuda hareket edebilir. İş kazası ve meslek hastalığında, davacı tarafın haksız fiil unsuruna dayanmasının kendisine ispat hukuku açısından menfaati olacağını yine belirtmek isteriz.

Türk hukukuna göre iş kazası ve meslek hastalığının haksız fiil olarak vasıflandırılması halinde uygulanacak hukuk genel kural MÖHUK m. 34'e göre tayin edilecektir. Mülga 2675 sayılı MÖHUK haksız fiillere ilişkin yalnızca genel kural kabul etmiş, özel haksız fiil türleri için düzenleme getirmemiştir. Ancak zamanın değişen şartları, yeni sözleşme modellerinin meydana gelmesi nedeniyle, genel hükümlerin cevap veremediği alanlar için özel hükümler kabul edilmiştir. Ancak iş kazası ve meslek hastalıkları için özel bir hüküm düzenlenmemiş, bu nedenle özel hükümlerin yer olmadığı kanunlar ihtilâfi durumları için genel kural olarak m. 34'e göre çözüm getirilmesi kabul edilmiştir^{54 55}.

⁵⁴ Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 291.

⁵⁵ Doktrin haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda tarafların seçtiği hukukun uygulanmasını, hâkimin hukukunun uygulanmasını, haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını, zarar yeri ile haksız fiili meydana getiren fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını önermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, Turgut (1989), *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı*, Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, s. 1 vd.; Özel, Sibel (2001), *Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu*, Nuri Çelik'e Armağan, Cilt 1, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 882 vd.; Önal, Ali (2016), *Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk*, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Sayısı*, s. 2151-2181.

Mülga 2675 sayılı MÖHUK'e nazaran daha geniş, kör olmayan, objektif bağlama kuralları yanında sübjektif bağlama kuralları ile sorunun çözümüne hizmet etmeği amaçlayan 5718 sayılı MÖHUK'un 34. maddesi, yenilik olarak taraflara hukuk seçme imkânı tanımaktadır. Buna göre haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında taraflar açıkça hukuk seçimi yapabileceklerdir (md. 34/5)⁵⁶. İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda meydana gelen haksız fiillerde de aynı durum söz konusu olabilecek ve taraflar iş kazası ve meslek hastalığı sonrasında hukuk seçimi yapabilecektir. Kanaatimizce iş kazası ve meslek hastalığının haksız fiil olarak vasıflandırılması sonrasında, tarafların m. 34/5 uyarınca hukuk seçimi yapması uygulama açısından mümkün olmayıp, teorik bir tartışmadır. Zira, tarafların bu durum özellikle işçi açısından koruma getirecek hükümlerden uzaktır⁵⁷.

İş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesi ile uygulanacak olan hukuk m. 34/1 uyarınca haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku olacaktır⁵⁸. Haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun kabul edilmesinin esas amacı, haksız fiili meydana getiren eylem aynı zamanda hukuka aykırılığı da meydana getirmesi nedeniyle, hukuka aykırılığın telafisinin ancak haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanması ile giderileceği düşüncesidir⁶⁰. Bunun yanında haksız fiili meydana getiren kimsenin, hukuka aykırı fiili meydana getirdiği yerin kurallarını en iyi bildiği ve buna

⁵⁶ Hukuk seçiminin haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında yapılmasının eleştirisi için bkz. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 293.

⁵⁷ Aydoğan, Doğa (2019), Sınırşacı İş İlişkilerinde Haksız Fiilden Doğan Taleplere Uygulanacak Hukukun Tayini, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17, S. 195, s. 1089. Yazar, yabancı unsurlu iş ilişkilerinde yurt dışında meydana gelen haksız fiillerde MÖHUK m. 34 hükümlerinin uygulanmasının işçi açısından koruyucu olmadığını belirterek özel bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtmektedir.

⁵⁸ Turhan, s. 30 vd.

⁵⁹ Haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında haksız fiilin meydana geldiği yer kuralının asli bağlama kuralı olarak kabul edilmesinin yerinde olduğu hakkında bkz. Turhan, s. 350 vd. Türk hukukunda, haksız fiilin ika yeri hukuku birinci derecede haksız fiil statüsüdür. Ancak haksız fiilin ika yeri ile zararın meydana geldiği yerin farklı olması halinde zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır. Bkz. Nomer, s. 312; Uluocak, s. 215; Tekinalp, s. 353; Çelikel/Erdem, s. 383. MÖHUK m. 34 de, zarar yerinden önce haksız fiilin işlendiği ika yerini bağlama kuralı olarak düzenlemekte ve bu yönüyle Roma II Tüzüğünden ayrılmaktadır. Bkz. Çelikel/Erdem, s. 396. Kanaatimizce Türk hukukunda da Avrupa Birliği düzenlemeleri çerçevesinde haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanması kuralı terkedilmelidir. Zira haksız fiilin meydana geldiği yer tesadüfi olabilmektedir. Hâl böyle olunca fiilin meydana geldiği yer kuralının uygulanmasındaki amaç olan fiilin ihlâl edildiği yerin hukukunun, ihlâl eden tarafından en iyi bilindiği savı uygulanabilirliğini kaybetmektedir. Önal, s. 2171.

⁶⁰ Nomer, s. 312; Uluocak, s. 215; Tekinalp, s. 353; Çelikel/Erdem, s. 383; Önal, s. 2172.

göre sorumlu olacağı varsayımından hareketle işlem güvenliğinin tesis edilmesi amaçlanmaktadır⁶¹. İş kazası ve meslek hastalığında ise haksız fiilin meydana geldiği yer olarak iş gören kimsenin işi yaptığı yer kabul edilebilir. Zira, haksız fiili meydana getiren fiil işin görüldüğü yer olacaktır. Bu nedenle MÖHUK md. 34/1 uyarınca, iş kazası ve meslek hastalığının meydana geldiği yer haksız fiilin meydana geldiği yer olarak kabul edilecek ve bu yerin hukuku uygulanacaktır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere 5718 sayılı MÖHUK objektif ve sübjektif bağlama kuralları konusunda çeşitlilik sunmaktadır. MÖHUK md. 34/2 bu çeşitliliğin bir başka görünüm şeklidir⁶². Zarar haksız fiilin en önemli unsurudur ve bu nedenle zararın meydana geldiği yer, haksız fiilin tamamlandığı yer olması nedeniyle uygulanacak olan hukuk zararın meydana geldiği yer hukuku olacaktır⁶³. MÖHUK uyarınca, haksız fiil ile zarar farklı yerlerde meydana gelmiş ise zararın meydana geldiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır. İş kazası ve meslek hastalığı bakımından da işin yapıldığı yer ile bu işin zararlarının görüldüğü yerler farklı ülkelerde olabilir. Şu halde iş kazası ve meslek hastalığı, görülen iş sonrasında zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır.

New York Temyiz Mahkemesinin 1963 yılında vermiş olduğu *Bobcock/Johnson* kararı sonrasında, haksız fiilin meydana geldiği yer bağlama noktasının önemini yitirmesi ile gerçek bir istisna kuralı olarak ortaya çıkan en sıkı ilişkili yer hukuku bağlama noktası, mülga 2675 sayılı MÖHUK'te düzenlendikten sonra, 5718 sayılı MÖHUK'te de istisna kuralı olarak yer almıştır. Buna göre haksız fiilin bütün sonuçları dikkate alındıktan sonra niteliksel bir değerlendirme yapılmak suretiyle daha sıkı ilişkili hukuk tespit edilerek uygulanacaktır⁶⁴. İş kazası ve meslek hastalığı ile taraflar, iş yapılan yer ve iş ile ilgili tüm yakınlıklar ve bağlantılar dikkate alınarak en sıkı ilişkili ülke hukuku tayin edilmelidir. Özellikle işveren ile işçi arasında daha önceden meydana gelmiş olan bir hukukî ilişki mevcut ise şu hâlde en sıkı ilişkili hukuk olarak, bu hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukuk kabul

⁶¹ Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 293; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 449-451; Önal, s. 2176.

⁶² Özellikle Amerikan kanunlar ihtilâfında meydana gelen gelişmeler ve New York Temyiz Mahkemesinin 1963 yılında vermiş olduğu *Bobcock/Johnson* kararı sonrasında, haksız fiilin meydana geldiği yer bağlama noktasının önemini yitirmesi ile zararın meydana geldiği yerin hukukunun önemi artmıştır.

⁶³ Zarar yerinin tercih edilmesi noktasında diğer sebepler için bkz. Öztekin-Gelgel, s. 96 vd.

⁶⁴ En sıkı ilişkili hukukun tayininde referans alınan kriterler için bkz. Turhan, s. 382.

edilebilir⁶⁵. Bunun yanında tarafların vatandaşlıkları, mutad meskenleri, yerleşim yerleri ile davanın görüldüğü ülke en yakın hukukun tespitinde unsurlar olarak belirlenebilir⁶⁶.

Yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar bakımından iş kazası ve meslek hastalıklarında Yargıtay'ın haksız fiil nitelendirmesi yaptığı görülürken⁶⁷; yabancı unsurlu uyuşmazlıklar hakkında her durumda haksız fiil nitelendirmesi yapmadığı görülmektedir. Bunun iki nedeni vardır: İlk olarak Yüksek Mahkeme kararlarında taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini

⁶⁵ Benzer görüş için bkz. Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 458.

⁶⁶ Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295

⁶⁷ Yargıtay farklı tarihlerde verdiği kararlarda işverenin iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan sorumluluğunu risk, tehlike, kusur ve kusursuz sorumluluk esasına göre nitelemiştir. Örneğin, 2006 yılında verilen bir kararda işverene ait gıda ve ihtiyaç maddeleri pazarlamak amacıyla Eskişehir bölgesi temsilcisi olarak çalışan işçinin, dağıtım sırasında silahlı soyguna maruz kalması ve öldürülmesi hakkında verdiği kararda sorumluluğun hukuki niteliği kusur sorumluluğu olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay 21. HD T. 12.06.2006, E. 2006/4895, K. 2006/6303. Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 25.1.2018.

Başka bir kararda Yargıtay 21. HD, E. 2001/5168 K. 2001/5959 T. 20.9.2001 kararında “*Sürekli iş göremezlik nedeniyle uğranılan zararın giderilmesine ilişkin tazminat davalarında, zamanaşımı süresi Borçlar Yasasının 125.maddesi uyarınca haksız eylemin meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıldır. Somut olayda zararlandırıcı sigorta olayının 22.5.1988 tarihinde meydana geldiği, davanın ise 4.5.1998 tarihinde açıldığı ortadadır. Böylece, davada yukarıda sözü geçen maddenin öngördüğü 10 yıllık zaman aşımının gerçekleşmediği açıktır. Hal böyle olunca iş kazası tespitine ilişkin davanın esasına girilerek taraflarca gösterilecek kanıtlar değerlendirilerek sonucuna göre karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*” Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 25.1.2018.

Yargıtay 21. HD. 2015 yılına verdiği bir kararda yine haksız fiil olgusunun varlığının sözleşme ilişkisi ile birlikte değerlendirildiği görülmektedir. Buna göre “...davacı murisi Ramazan günlük işlerde yevmiye usulü çalışan birisidir. Davalı Hüseyin ise beton dökme işi ile uğraşan, bir iş çıktığında piyasa denilen ve yevmiyeci olarak çalışmak isteyenlerin beklediği yerden işçileri toplayan, kendisi de topladığı bu işçiler ile birlikte yapılacak işte yevmiye usulü günlük ücretle çalışan birisidir. Bu hali ile davalı Hüseyin ile davacı murisi arasında hizmet akdinin ve giderek 506 sayılı yasa kapsamında sigortalılığın varlığı için gerekli olan “bağımlılık” ve “zaman” unsurlarının gerçekleşmediği, 08.11.2005 tarihi zararlandırıcı olayın (haksız fiilin) iş kazası niteliğinde olmadığı, buna göre de davalı Hüseyin'in somut olaydaki sıfatının işverenlik değil günlük işlerde çalışacakları bulup bunları çalışma alanına götüren ekip lideri olduğu ortadadır.” 21 HD. E. 2015/698, K. 2015/5904, T. 23.03.2015. Karar için bkz. Aydın, Ufuk (2017), *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015-İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 557-868.

üstün tutmuş ve yurt dışında bir çalışma bakımından sözleşme ilişkisinin varlığını aramıştır. Buna göre taraflar arasında iş hukukundan kaynaklı olarak bir sözleşme ilişkisi kurulmuş ise öncelikle, sosyal akit niteliği haiz olan iş sözleşmesi kapsamında olayı vasıflandırmak suretiyle, iş hukukundan kaynaklanan hükümlerin uygulanmasını kabul etmektedir. İkinci ve daha önemli unsur ise Türk SGK'sına sözleşme ile kayıt ettirilmeyen ve sigorta ettirilmeyen bir çalışanın meydana gelen kaza sonrasında SGK'nın da sorumluluğunun doğacağından bahisle, karşılığı alınmayan bir işten sorumlu tutmanın yerinde olmayacağı belirtilmiştir⁶⁸. Yargıtay söz konusu iş kazalarını haksız fiil olarak nitelendirerek vasıflandırmış; ancak yabancı unsurlu hukuki ilişkinin meydana geldiği yer bakımından yabancılik unsuru değerlendirmesi yapmadan doğrudan Türk hukukunun maddi hükümlerini uygulayarak karar vermiştir.

a. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Dönemi

Yargıtay'ın farklı tarihlerde verdiği pek çok kararında yabancılik unsuru içeren iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan başvurularda, konu iş kazası olarak nitelendirilse dahi, bu durumun yalnızca işveren tarafından sonuç doğuracağını; ancak, SGK tarafından iş kazası sorumluluğunun gündeme gelmeyeceğini belirtmiştir. Zira belirtilen kararlarda işçilerin Türkiye'den götürüldüğü; ancak, Türk SGK'sına kayıt ettirilmediği, bu nedenle de SGK tarafından tanımlanmayan bir işçinin, iş kazası dolayısıyla SGK'ya başvurabileceğinden bahisle, tanımlı olmayan, bir diğer ifade ile SGK ile sözleşme ilişkisi tayin edilmeyen bir işçinin, Kurum tarafından sahip çıkılmayacağı belirtilmektedir.

Yargıtay'ın bu iradesinin özellikle 506 sayılı Kanun döneminde uygulamada olduğu görülmektedir. 506 sayılı Kanun döneminde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarında Yargıtay 21. HD. söz konusu duruma uygun kararları birbirine çok benzer biçimdedir. 2015 yılında verilen bir kararında “...*Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacı ile davalı şirket arasında 23.3.1989 tarihli iş sözleşmesi akdedildiği, Suudi Arabistan Krallığı Emniyet Müdürlüğü Cazan Bölge Polis Merkezi Fatira Karakolu tarafından tanzim olunan tutanağa göre Vadi Betin Barajı Projesi yerinde 26.3.2007 tarihinde sürücü Fevzi tarafından kullanılan minibüsün dikkatsizce dağ yamacına çarpması sonucu meydana gelen kazada %100 sürücünün kusurlu olduğunun belirtildiği, davalı şirket tarafından Sosyal Sigortalar Cazan Ofis Bölge Müdürlüğüne verilen 27.3.2007 tarihli*

⁶⁸ Aydın, s. 601.

dilekçede 26.3.2007 tarihinde davacı Fevzi Günay'ın şirketlerine ait bir araçla resmi bir görevi eda sırasında Baraj mevki girişinde kaza geçirdiğinin bildirildiği, Suudi Arabistan Krallığı Suud Alman Hastanesince düzenlenen Sağlık Kurulu raporunda davacının trafik kazası sonucu kaburga kemiklerinde kırık, ayaklarda tam felçlik, idrar ve gaita kontrolsüzlüğü teşhisi ile tedaviye alındığının anlaşıldığı, Suudi Arabistan Krallığı Asir Bölgesi Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından davacıya 100.800.00 SR ödeme yapıldığı Sosyal Güvenlik Kontrol memurluğunca düzenlenen 20.5.2011 tarihli rapora göre olayın iş kazası sayılamayacağına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanunun 11. maddesinde iş kazasının tanımı yapılmış, devamı maddelerinde sağlanan yardımlar ve işverenin yükümü düzenlenmiştir. Bir olayın iş kazası sayılması gerektiğinin tespitine ilişkin davanın nihayetinde 506 ve 5510 sayılı Kanun gereğince hak sahiplerine iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanması sonucu doğabileceği gibi, diğer yandan bir sosyal sigorta olayının iş kazası sayılıp sayılmaması işverenin dahi hak alanını ilgilendirir. Zira işveren kusurlu ve olay da iş kazası ise Kurum bağladığı gelirin peşin değerini işverenden isteyebilecektir.

Bunun yanı sıra kamu hukuku alanına giren sosyal güvenlik hukukunun hizmet akdiyle çalışanlar yönünden başlıca kaynağını oluşturan 506 sayılı Kanun, Sosyal Sigortalar Kurumu'na yükümlülükler getiren bir sosyal güvenlik sözleşmesi veya topluluk sigortası bulunmadığı takdirde kural olarak Türk Milli sınırları içerisinde ve Türkiye'de tescilli işyerleri ve işverenler ile yasa kapsamındaki işçiler için uygulanabilir. Başka bir anlatımla; 506 sayılı Kanunun uygulama alanı devletin hükümranlık sahası ile sınırlı olup ülke sınırları dışında uygulanamaz. 506 sayılı Kanunun ülke dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesi, işçinin önceden sigortalı olduğu işveren tarafından geçici bir görev ile yurtdışındaki işyerine götürülmesi veya Sosyal Sigortalar Kurumu'na yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi veya kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortaları bulunması halinde mümkün olabilir.

Topluluk sigortası 506 sayılı Kanunun 86. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Kurum 2. ve 3. maddelere göre sigortalı durumunda bulunmayanların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca onanacak genel şartlarla (İş kazaları ile meslek hastalıkları), (Hastalık), (Analık), (malullük, yaşlılık ve ölüm) sigortalarından birine, birkaçına veya hepsine toplu olarak tabi tutulmaları için, işverenlerle veya dernek, birlik, sendika ve başka

teşekküllerle sözleşmeler yapabilir.(Ek fıkra: 29/07/2003 - 4958 S.K./40. md.) Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanların malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi, bu Kanunun 78. maddesine göre belirlenen prime esas kazanç alt ve üst sınırı arasında olmak şartıyla kendilerinin belirleyeceği miktarın %30'udur. Ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar ödenmeyen primler için bu tarihten başlanarak 80 inci madde hükmüne göre gecikme zammı uygulanır.(Ek fıkra: 29/07/2003 - 4958 S.K./40. md.) Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerin yurt dışındaki işyerlerinde çalışmak üzere giden Türk işçilerine istekleri halinde 85 inci madde hükümleri uygulanır. Anılan Kanunun 7. maddesinde ise, işveren tarafından geçici görevle yabancı ülkelere gönderilen sigortalıların bu kanunda yazılı hak ve yükümlerinin bu görevi yaptıkları sürece de devam edeceği belirtilmiştir.

Somut olayda; davacının davalı işverene ait Suudi Arabistan'da bulunan işyerinde çalışırken kaza geçirdiği, adı geçen ülke ile Türkiye arasında Sosyal Güvenlik Kurumu'nu yükümlülükler altına sokan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi mevcut olmadığı gibi davalı işveren ile Kurum arasında topluluk sigortası sözleşmesinin yapılmadığı ve bu sigorta türünün kısa vadeli sigorta türlerinden olan iş kazası sigorta kolunu kapsamadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan davalı şirket bakımından olayın iş kazası sayılması isabetli ise de davalı Kurum yönünden 506 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca bir iş kazası olmayıp Kurum hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir. Mahkemece, yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular gözetilmeden dava konusu olayın Sosyal Sigortalar Kurumu yönünden de iş kazası sayılması sonucunu doğuracak biçimde yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” gerekçesiyle yerel mahkeme kararlarını bozmuştur⁶⁹.

Bu kararlardan anlaşıldığı kadarıyla 21. HD'ne göre, yurtdışına bir Türk işverenince çalışmak üzere götürülen ve kazaya uğrayan bir sigortalının uğradığı kazanın iş kazası sayılarak sigortalı karşısında işveren ve Kurumun sorumlu tutulabilmesi için; kaza 506 sayılı Kanun döneminde meydana gelmişse Türkiye ile ilgili ülke arasında ikili sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunması ya da işverenlerinin bu sigortalılar için iş kazaları ve meslek hastalıkları riskini de kapsayan topluluk sigortası yaptırmış olması veya sigortalının yurtdışına geçici görevle yollanmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde, yani sürekli çalışma için götürmenin varlığı veya ortada bir

⁶⁹ Yargıtay 21. HD., E. 2014/3630, K. 2015/3573, T. 26.02.2015. Ayrıntılı inceleme için bkz. Aydın, s. 754.

topluluk sigortası sözleşmesi ya da ikili sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunmaması halinde, meydana gelen kaza bir iş kazası olarak nitelense dahi; bu sadece işveren bakımından iş kazası sayılacak ama SGK bakımından iş kazası sayılmayacaktır. Yüksek Daire bu uygulamayı mülkîlik ilkesi ile de desteklemektedir⁷⁰.

Yargıtay'ın mülkîlik ilkesine dayanarak verdiği bir başka kararında *Kamu hukuku alanına giren Sosyal Güvenlik Hukuku'nun hizmet akdiyle çalışanlar yönünden başlıca kaynağını oluşturan 506 sayılı Yasa SGK'ya yükümlülükler getiren bir sosyal güvenlik sözleşmesi veya topluluk sigortası bulunmadığı takdirde, kural olarak Türk milli sınırları içerisinde ve Türkiye'de tescilli işyerleri ve işverenler ile kanun kapsamındaki işçiler için uygulanabilir. Başka bir anlatımla 506 sayılı Yasa'nın uygulama alanı devletin hükümranlık sahası ile sınırlı olup ülke sınırları dışında uygulanamaz. 506 sayılı Yasa'nın ülke dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesi SGK'ya yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi veya kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortaları bulunması halinde mümkün olabilir. Somut olayda, davacı murisinin davalı işverenin yurtdışında Rusya'da bulunan işyerine çalışmaya giderken zararlandırıcı olaya maruz kaldığına ve Rusya ile Türkiye arasında SGK'yı yükümlülükler altına sokan sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmadığına ve Topluluk Sigortası iş kazasını kapsamadığına göre, olayın SGK yönünden iş kazası sayılması ve giderek SGK'nın 506 sayılı Yasa gereğince sorumlu olduğundan söz edilmesi mümkün değildir.*" Şeklinde⁷¹. Yüksek Mahkeme, söz konusu kararda Kurum ile işçi arasında hukuki ilişki olması halinde SGK'nın sorumluluğunun mümkün olduğunu, aksi halde, 506 sayılı Yasa'nın ülke dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Yüksek Mahkemenin yine yabancılık unsuruna dair bir tespit yapmadığına da dikkat çekmek gereklidir.

Söz konusu karar esasında içinde yabancılık unsuru olan ve milletlerarası özel hukuk bakımından değerlendirme alanı bulması gereken bir karardır. Yargıtay'ın kararı da bu yönde eleştirilmektedir. Yargıtay, yabancı unsurlu

⁷⁰ Yargıtay'ın 21. HD.'nin bu kararları 5510 ve 506 sayılı Kanunlarda düzenlenmeyen yeni bir kavram ve uygulamayı beraberinde getirdiği, bu kavramın da "*İşveren bakımından iş kazası sayılma, SGK bakımından iş kazası sayılmama...*" olduğu yönünde bkz. Aydın, s. 753.

⁷¹ Yargıtay 21. HD. E. 2007/19830, K. 2008/16293, T. 21.10.2008. Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 25.1.2020.

hukuki ilişkilerde, MÖHUK hükümlerini uygulamaktan imtina etmektedir. Yukarıda verilen Yargıtay kararında mahkemenin Suudi Arabistan ve Rusya’da meydana gelen iş kazalarına ilişkin kararlarında, iş hukuku anlamında meseleyi iş kazası ve haksız fiil olarak değerlendirdiği görülürken; kamu sorumluluğu anlamında SGK sorumluluğunu doğurmamak amacıyla mülkilik ilkesi doğrultusunda sorumluluktan bahsetmemektedir. Halbuki, meselenin MÖHUK m. 34 vasıflandırılması ile değerlendirilmesi halinde, iş kazasının yani haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun uygulanması kabul edilecekti (m 34/1). Bu hukuk da Suudi Arabistan hukuku olacaktır. Öte yandan haksız fiilin meydana gelmesi sonrasında zararın Türkiye’de ortaya çıkmış olması durumunda Türk hukuku zararın meydana geldiği yer hukuku olarak uygulanacaktır. Nihayet, şirketin Türk şirketi, zarar görenin Türk vatandaşı ve zararın meydana geldiği yerin Türkiye olması durumunda en sıkı irtibatlı hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması doğrudan kabul edilecektir.

Benzer şekilde Yargıtay’ın Ukrayna’da meydana gelen iş kazasına ilişkin tazminat talebinde aynı yönde karar verdiği görülmektedir. Somut olayda; *“dosya kapsamında toplanan delillerden davalı işyeri ile Ukrayna’da yer alan dava dışı firma arasında iştirak ilişkisinin olduğu, davacı ... davalı işyeri arasında olay tarihinden önce düzenlenmiş hizmet sözleşmesinin olduğu hususları dikkate alındığında davacının kaza anında davalı işyerinde geçen çalışması sabit olup, davalı işyeri açısından meydana gelen kaza olayı iş kazasıdır. Bununla birlikte adı geçen ülke ile Türkiye arasında ...’nu yükümlülükler altına sokan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi mevcut olmadığı gibi davalı işveren ile Kurum arasında topluluk sigortası sözleşmesinin yapılmadığı ve davacı adına kaza tarihi itibarıyla Türkiye’de davalı işyerince de Kurum’a bildirilmiş bir hizmetinin bulunmadığı anlaşılacakla davalı Kurum yönünden meydana gelen olay bir iş kazası olmayıp Kurum hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir. Yapılacak iş, davacının Ukrayna’da meydana gelen olayın iş kazası olduğu tespiti isteminin davalı işyeri açısından kabulü ile davalı Kurum açısından reddine dair karar vermekten ibarettir.”* Şeklinde^{72 73}.

⁷² Yargıtay 21. HD., E. 2014/12772, K. 2015/12772, T. 13.04.2015. Ancak 21. HD’nin benzer nitelikli daha birçok kararı vardır. Örneğin bkz. Yargıtay 21. HD., E. 2014/14696, K. 2015/10537, T. 11.05.2015; Yargıtay 21. HD., E. 2014/16045, K. 2015/11448, T. 21.05.2015. Ayrıntılı bilgi ve kararlar için bkz. Aydın, s. 732.

⁷³ Yargıtay 506 sayılı Kanun döneminde meydana gelen bir başka kararda olayda yabancılık unsuru olmasına rağmen, meseleyi iş kazası olarak nitelendirmemiş ve MÖHUK hükümlerini de uygulamamıştır. Buna göre, *“Davacılar murisinin davalı K... İnşaatın YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)*

Kanımızca 21. HD.'nin yaklaşımı oldukça sorunludur. Daire SGK'nın karşılığını almadığı ve mülkilik ilkesinin dışında kalıp başka bir ülkede gerçekleşen iş kazalarından SGK'yı sorumlu tutmamaktadır. Şeklen makul görünen uygulama, sosyal devlet ilkesi, sigortalının korunması gayesi ve 5510 sayılı Kanunun yapısı ile uyumlu görünmemektedir. Şöyle ki, açıkça düzenlenmemiş olsa da gerek 506 ve gerekse 5510 sayılı Kanunlar döneminde sigorta primi ödeme yükümlüsü ve giderek sigortalıları SGK'ya bildirme yükümlüsü işverendir. Öte yandan sosyal sigortalı olma hakkı ekonomik ve sosyal haklardan olup Anayasa m. 60 ile güvence altına alınmıştır. Bu çerçevede devlet yurtdışına giden işçilerin sosyal güvenlik haklarını ikili sözleşmelerle güvence altına alabileceği gibi, işveren de (506 sayılı Kanun döneminde) topluluk sigortası yapabilecektir. Somut olaylarda işverenler ve devlet bu sorumluluklarını yerine getirmemiştir. Bu durum, olayda hiçbir kusuru olmasa bile sigortalı ve hak sahipleri aleyhine sonuçlar doğuracak ve bu kimseler uğradıkları kazalar sonucu Kuruma geçici işgöremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik geliri ya da ölüm geliri gibi taleplerle başvuramayacaklar, sadece işverenlerinden talepte bulunacaklardır

Irak'taki şantiyesinde dozer operatörü olarak çalışmak üzere işyerinde olay tarihinde işveren tarafından temin edilen uçakla toplu olarak Adana'dan Bağdat'a gidişi sırasında içinde bulunduğu uçağın Bağdat'ın kuzeyindeki Balad hava alanına inişi sırasında tespit edilemeyen bir nedenle düşmesi sonucu öldüğü, ölüm olayı nedeniyle davalı işverenliğin ve ölen işçinin bir kusurun bulunmadığı uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık kusuru bulunmasa bile işverenin tazminattan sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir...Yargıtay uygulamasında, ilk kararlarda işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan, akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir...Somut olaya gelince: davacının içinde bulunduğu uçakta önceden var olan bir arızanın tespit edilemediği, her hangi bir uçuş yapı hatasına veya çalışma eksikliğine rastlanılmadığı, kazanın başka bir kalkış denemesi yapılmadan alana zamanından önce inilmek istenmesinden kaynaklandığı, pilotların uçağı riske atabilecek durumlardan kurtulmak için eğitilmeleri gerektiği Irak Sivil Havacılık Dairesi Uçuş Güvenliği Departmanının dosya içerisinde bulunan kaza sonrası nihai raporlarından anlaşılmaktadır. Nitekim hükme esas alınan kusur bilirkişi raporunda da uçağın hava şartları ve pilotaj hatasından düşmüş olabileceği vurgulanmıştır. Hal böyle olunca işverenin kusurunun bulunmadığı, kendisinden beklenen özeni gereği gibi yerine getirdiği, kazanın meydana gelmemesi için alacağı bir önlemin bulunmadığı, pilotaj hatasının da kusursuz sorumluluğun tüm halleri için gerekli illiyet bağımlı keseceği göz ardı edilerek davanın reddi yerine yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay, 21. HD. E. 2012/4196, K. 2012/5289, T. 5.4.2012. Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazanci hukuk.com>, Erişim Tarihi: 25.1.2020.

ki, Kanunda düzenlenmeyen böyle bir uygulamayı kabul etmek kanımızca mümkün değildir⁷⁴.

Yüksek Mahkeme bir başka kararında ise Libya’da meydana gelen iş kazasında, yabancılık unsurunu tespit ederek, ilk derece mahkemesinin Libya ile Türkiye var olan uluslararası antlaşmayı uygulamadan, doğrudan 506 sayılı Kanunu uygulamasını hatalı bulmuştur. Buna göre, “*Davacılar murisinin ise, dosyadaki belge ve özellikle, Sosyal Sigortalar Müfettişinin hazırladığı rapor ve eklerinde, görüldüğü üzere daimi olmayan işçi statüsünde çalışan Konsorsiyum işçisi olduğu anlaşılmaktadır. İşveren tarafından temin edilen araçla, Uçağa götürülürken bir iş kazası geçirdiğine göre bu kazanın 506 sayılı yasa açısından iş kazası olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Mahkeme bu yönler üzerinde durmamış ve hukuksal nedenler gösterilmeksizin 506 sayılı Yasa hükümlerinin olayda uygulanacağını kabul etmiştir. Yasa hükmünde bulunan Uluslararası bir sözleşmenin göz ardı edilmesi ve 506 sayılı Yasanın; hangi nedenle olayda uygulanacağını belirlenmemesi hukuksal kabul edilemez.*” şeklindedir⁷⁵.

Sonuç olarak özellikle 506 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay kararlarında Yargıtay’ın yurt dışında meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda işin esasını haksız fiil olarak vasıflandırdığı; ancak, uygulama açısından yer bakımından yabancılık unsuru çoğunlukla göz ardı ettiği görülmüştür. Bu nedenle de doğrudan Türk hukukunun ilgili hükümlerini uygulamak suretiyle karar verilmiştir.

b. 5510 sayılı SSGSSK Dönemi

5510 sayılı SSGSSK pek çok yenilik getirdiği gibi, yurt dışında meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıkları bakımından da Yargıtay’ın mülk ilkesine dayanarak verdiği kararları bertaraf edici ve 506 sayılı Kanun dönemindeki eksiklikleri giderici düzenlemeler getirmiştir. Bu bakımdan benzer yönde kararların 5510 sayılı Kanun döneminde meydana gelen iş kazaları bakımından verilmesi pek mümkün görülmemektedir. Zira 5510 s. Kanun m. 5/1-g hükmüne göre, “*Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun*

⁷⁴ Aydın, s. 698.

⁷⁵ Yargıtay 21. HD. E. 2000/8407, K. 2000/8747, T. 4.12.2000. Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 28.1.2020.

*vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50. maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye 'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır.” şeklinde*dir. Bu hüküm gereğince Türkiye ile sosyal güvenlik anlaşması olmayan ülkelerde çalışmaya götürülen işçilerin sigortalı sayılacağı tespiti yapılmıştır. Ayrıca bu işçilerin ayrıca topluluk sigortası kapsamına alınmasının gerekli olmadığı da bu düzenleme sonucunda belirtilmelidir.

Yargıtay 5510 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararında, yurt dışında meydana gelen iş kazasını haksız fiil olarak vasıflandırmış; ancak, yabancılık unsurunu göz ardı ederek karar vermiştir. Buna göre “*Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davalı işveren tarafından davacıya verilmiş kalıpcı belgesinin bulunduğu, davacıya ait pasaportta 24/07/2011 tarihli çıkış, 22/08/2011 tarihli giriş kayıtlarının bulunduğu, davacı tarafından gösterilen tanıklar beyanlarında, davacıyla birlikte Çeçenistan'ın Grozni kentinde davacıyla birlikte çalıştıklarını, davacının kalıpcı ustası olduğunu, çalışmaya başladıktan yaklaşık 15-20 gün sonra davacının vinçten düşerek yaralandığını belirttikleri, Rusçadan tercüme edilmiş hastane kaydına göre davacının 12/08/2011 tarihinde yüksekte düşme sonucu oluşan yaralanma nedeniyle hastaneye yatırıldığı, sol uyluk ve ön kol kemiği kırığının olduğu, 21/08/2011 tarihine kadar hastanede tedavi gördüğü, davacı adına davalı tarafından işe giriş bildirgesinin verilmediği, herhangi bir bildirim yapılmadığı anlaşılmaktadır. Somut olayda; Rusya Federasyonu olan Çeçenistan ile Türkiye arasında akdedilmiş sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu durumda, 5510 sayılı Yasanın 5/1-g ve 50. maddelerini birlikte değerlendirmek gerekmektedir. 5510 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin g bendinde; “Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacağı ancak bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş olup, öte yandan bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde ise, o zaman haklarında 50 nci maddede düzenlenen isteğe bağlı sigorta hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla davacının çalışması, 5510 sayılı Yasanın 5/1-g maddesi gereği kısa vadeli sigorta kollarına tabi bir çalışma olup, uzun vadeli sigorta kollarına tabi bir çalışma değildir. Hizmet tespitine karar verebilmek için çalışmanın uzun vadeli sigorta kollarına tabi olması zorunludur. Bu nedenle kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışmalar*

yönünden hizmet tespiti davası açılıp, tespit kararı verilemez. Sadece kısa vadeli sigorta kollarına tabi uyumsuzluklar yönünden dava açılıp sonucunda tespit kararı verilebilir. Tüm bu açıklamalar ışığında davanın reddi yerine, öte yandan davacının istirahatli olduğu sürelerinde eklenerek yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.” Şeklinde karar vermiştir⁷⁶.

Durum bu olmakla beraber aşağıda zikredilecek Kuzey Irak kararında⁷⁷ Süleymaniye/İrak'ta meydana gelen ve SGK'ya bildirilmeyen sigortalının uğradığı kaza da aynı biçimde (*bildirimde bulunup prim ödememesine rağmen*) işveren bakımından iş kazası sayılırken, Kurum bakımından iş kazası sayılmamıştır⁷⁸. Oysa bu kaza 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelmiştir. Kanımızca, en azından bu olayda 5510 sayılı Kanun m. 23 çerçevesinde bir çözüm bulunması gerekirken bu yönde bir karar verilmemesi hatalıdır⁷⁹.

Kararların Kurumu korurken, sigortalılar ve hak sahipleri aleyhine sonuç doğurduğu açıktır. Kanımızca yapılması gereken, ikili sözleşme ya da topluluk sigortası ya da bildirimde bulunulup bulunmadığına bakılmaksızın koşulları gerçekleşen kazaları sadece iş kazası saymak ve 5510 s. Kanun m. 13 ve devamındaki (506 s. Kanun m.11 vd.) hükümleri uygulamaktır. Ortaya çıkabilecek Kurum zararını 506 sayılı Kanun dönemi için SGK üstlenmeli, 5510 sayılı Kanun dönemi içinse bildirimde bulunmayan/prim ödemeyen işverene rücu edilmelidir⁸⁰. Nitekim, Kurum ve işveren için ayrı ayrı tespit içeren yerel mahkeme kararını ele alan aksi görüşteki 10. HD.'ne göre, “..., davacının, 506 sayılı Kanunun 7. maddesi kapsamında geçici görevle yabancı ülkeye gönderildiği anlaşılmakta olup, 24.02.2005 tarihinde meydana gelen dava konusu olayın 506 sayılı Kanunun 11. maddesi kapsamında iş kazası olduğu gözetilerek, iş kazasının davalı işveren açısından ayrı, Kurum açısından ayrı olarak değerlendirilmesinin mümkün bulunmaması nedeniyle, davalı Kurum açısından da iş kazası olarak kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı

⁷⁶ Yargıtay 21. HD. E. 2013/15057, K. 2014/14693, T. 23.6.2014. Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 25.1.2020.

⁷⁷ Yargıtay 21. HD., E. 2014/12772, K. 2015/12772, T. 13.04.2015.

⁷⁸ Yargıtay 21. HD. E. 2014/4849, K. 2015/4635, T. 09.03.2015.

⁷⁹ Aydın, s. 695.

⁸⁰ Aydın, s. 696.

olup, bozma nedenidir.”⁸¹. Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde 10. HD’nin kararının yerinde olduğu tartışmasızdır⁸².

Sonuç olarak Yargıtay’ın 5510 sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeler ışığında verdiği kararlar, tıpkı geçmişteki alışkanlıkların tekrarı yönünde olduğu görülmektedir. Yargıtay değişen mevzuata uyum sağlamada gecikmiştir. Öte yandan meselenin milletlerarası özel hukuk boyutunda, iş sözleşmesi veya haksız fiil vasıflandırmasından kaynaklanan herhangi bir yabancılık unsuru tespit etmek suretiyle MÖHUK hükümlerine başvurduğu görülmemektedir. Bu durum uyumsuzluk bazlı değerlendirildiğinde işçinin aleyhine hükümler doğurabilecektir. Zira yabancı hukukun uygulanması halinde, örneğin, Türk hukukundan daha iyi bir sosyal güvenlik düzenlemesine sahip bir ülkenin hukukunun uygulanması durumunda işçinin daha fazla korunması veya daha fazla tazminat elde etmesinin önu kesilmektedir. Bu noktada işçinin korunması ve mağduriyetinin giderilmesi amacıyla MÖHUK hükümleri ve yabancı hukukun dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir⁸³.

⁸¹ Yargıtay 10. HD., E. 2015/10070, K. 2015/21387, T. 07.12.2015.

⁸² Aydın, s. 696.

⁸³ Yargıtay, yakın zamanda verdiği bir kararında yurt dışında kapılan hastalık nedeniyle meydana gelen ölümün iş kazası olacağına karar vermiştir. Söz konusu karar tespit davası niteliğinde olması nedeniyle yabancılık unsuru tartışması yapılmamıştır. Ancak mahkeme tarafından bu yönde bir tartışma yapılacak olsaydı kanaatimizce MÖHUK m. 34 uyarınca haksız fiilin meydana geldiği veya zararın meydana geldiği yer hukuk kurallarına göre tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Yargıtay 21. HD. E. 2018/5018, K. 2019/2931, T. 15.04.2019. *Yasada iş kazası, sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay olarak tanımlandığından, olayın etkilerinin bir süre devam ederek zaman içinde artması ve buna bağlı olarak sonucun daha sonra gerçekleşmesi mümkündür. Yani, iş kazası ani bir olay şeklinde ortaya çıkıp, buna bağlı olarak zarar, derhal gerçekleşebileceği gibi, gazdan zehirlenme olayında olduğu şekilde etkileri daha sonra da ortaya çıkabilir. Sonradan oluşan zarar ile olay arasında uygun illiyet bağı bulunması koşuluyla olay iş kazası kabul edilmelidir. Yasanın iş kazasını sigortalıyı zarara uğratan olay biçiminde nitelendirmiş olması illiyet (nedensellik) bağıni iş kazasının bir unsuru olarak ele almayı gerektirmiştir. Ne var ki, burada aranan “uygun illiyet (nedensellik) bağı” olup, bu da yasanın aradığı hal ve durumlardan herhangi birinde gerçekleşme olgusu ile sonucun birbiriyle örtüşmesi olarak anlaşılmalı, yasada olmadığı halde, herhangi başkaca kısıtlayıcı bir koşulun varlığı aranmamalıdır. Kısacası; anılan yasal düzenleme, sosyal güvenlik hukuku ilkeleri içinde değerlendirilmeli; maddede yer alan herhangi bir hale uygunluk varsa zararlandırıcı sigorta olayının kaynağının işçi olup olmaması ya da ortaya çıkmasındaki diğer etkenlerin değerlendirilmesinde dar bir yoruma gidilmemelidir. (HGK 2009/21-400 Esas,432 Karar) Somut olayda, tır şoförü olan davacı murisinin 26.11.2009 tarihinde davalı işveren tarafından Ukrayna’ya sefere gönderildiği,11.12.2009 tarihinde Türkiye’ye giriş yaptığı, Adli Tıp Kurumu raporunda,*
YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)

3. Konunun Doğrudan Uygulanan Kurallar Bakımından Değerlendirilmesi

Doğrudan uygulanan kurallar devletin milli nitelikte ekonomik sistemini korumak ve devletin ekonomik, sosyal, kültürel amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla kabul ettiği uygulamalardır. Rekabet hukukundan kartelleşmeye, döviz kontrollerinden, vergi ve cezalara ilişkin şartların belirlenmesine ilişkin devletin düzenleme alanında vazgeçilmez kurallar olarak nitelendirilebilir⁸⁴.

Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin MÖHUK düzenlemesi 6. maddede yer almaktadır. Buna göre, *yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*. Hükümde sözü edilen kurallar hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarını göz ardı ederek, devletin doğrudan uygulanan kural niteliğine haiz bir kuralının tespit edilmesi halinde, bu kurallar uygulanacaktır. Bir başka ifade ile doğrudan uygulanan kural var ise tarafların kanunlar ihtilafından kaynaklı olarak seçmiş oldukları kurallar yanında, yetkili hukukun gösterdiği objektif bağlama kuralları

H1N1 virüsünün kuluçka süresinin 1-4 gün arasında değiştiği, murisin 13.12.2009 tarihli hastaneye başvurusunda belirttiği şikayetlerin hastalığın başlangıç belirtileri olduğu taktirde hastalığın bulaşmasının bu tarihten 1-4 gün öncesinde gerçekleşmiş olacağı bildirildiği, buna göre davacı murisinin, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna'ya yapılan sefer sırasında bulaştığı yukarıda belirtilen rapor kapsamından anlaşılan H1N1 virüsüne bağlı olarak, daha sonra meydana gelen ölümünün iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.

⁸⁴ Tiryakioğlu, Bilgin (1996), *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 13; Erten, Rıfat (2007), *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Ankara: Adalet Yayıncılık, s. 253; Erkan, Mustafa (2011), MO HUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış , *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 2, s. 80-121*; Özdemir Kocasakal, Hatice (2001), *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 1 vd.; Köseoğlu, Mehmet (2008), *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması*, *MHB, Y. 28, S.1-2, s. 147-172*; Bayata Canyaş, F. Aslı (2009), 5718 Sayılı Yeni MO HUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Ankara: Yetkin Yayıncılık, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III, s. 141-166*; Doğan, 2015, s. 186; Nomer, s. ; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 458; Elçin, s. 164.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

uygulanmadan, doğrudan Türk hukukunun emredici nitelikteki doğrudan uygulanan kuralları hükme esas alınacaktır⁸⁵.

Doğrudan uygulanan kuralların esas maksadı, devletin vazgeçilmez olarak saymış olduğu politikalarının korunmasıdır. Ancak burada esas sorun, hangi politikaların devletin vazgeçilmez nitelikteki ekonomik, sosyal ve kültürel politikaları olduğudur. Buna ilişkin elimizde yazılı bir metin yoktur. Zira doğrudan uygulanan kurallar zamana ve şartlara göre değişkenlik arz edecektir⁸⁶. Bu noktada, iş ve sosyal güvenlik hukuku bakımından hangi hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebileceğinin tespiti gereklidir. İş bu tespit, hâkim tarafından yapılacak ve ilgili hükümler yorumlamaktır⁸⁷. Doğrudan uygulanan kurallar, devlet menfaati ve düzeni yanında, toplum ve birey menfaatlerini de harekete geçirmekte veya güçlü şekilde korumaktadır⁸⁸. Doğrudan uygulanan kurallar ile bireylerin menfaatlerini koruma işlevi ya da sözleşmenin tarafları arasında edim dengesinin kurulma amacı tek bir olay bakımından, doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmede yeterli veri değildir⁸⁹.

Yargıtay kararlarına baktığımızda iş hukukundan kaynaklanan meseleler bakımından özellikle kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin hükümler ile işçiyi koruyan hükümler bakımından doğrudan uygulanan kural ve kamu düzeni⁹⁰

⁸⁵ Tiryakioğlu, s. 13; Erten, s. 254; Erkan, s. 82; Özdemir-Kocasakal, s. 3; Köseoğlu, s. 148; Bayata-Canyaş, s. 142; Doğan, 2015, s. 186; Nomer, s. 189; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 458; Elçin, s. 165.

⁸⁶ Tiryakioğlu, s. 13; Erten, s. 254; Erkan, s. 82; Özdemir-Kocasakal, s. 3; Köseoğlu, s. 148; Bayata- Canyaş, s. 142; Doğan, 2015, s. 186; Nomer, s. 190; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 458; Elçin, 166.

⁸⁷ Tiryakioğlu, s. 13; Erten, s. 254; Erkan, s. 82; Özdemir-Kocasakal, s. 3; Köseoğlu, s. 148, Bayata- Canyaş, s. 142; Doğan, 2015, s. 186; Nomer, s. 189; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 458; Elçin, s. 166.

⁸⁸ Tiryakioğlu, s. 13; Erten, s. 254; Erkan, s. 82; Özdemir-Kocasakal, s. 3; Köseoğlu, s. 148; Bayata- Canyaş, s. 142; Doğan, 2015, s. 186; Nomer, s. 189; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 458.

⁸⁹ Tiryakioğlu, s. 13; Erten, s. 254; Erkan, s. 82; Özdemir-Kocasakal, s. 3; Köseoğlu, s. 148; Bayata- Canyaş, s. 142; Doğan, 2015, s. 186; Nomer, s. 190; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 458.

⁹⁰ Yargıtay bir kararında kıdem ve ihbar alacağının kamu düzenine dayanan bir niteliği olduğunu belirtmiştir. Söz konusu karar konumuz dışında kalması nedeniyle değerlendirilmemiştir, sadece karar belirtilmiştir.

Somut bu delillere göre yurt dışı bağlantılı işveren nezdinde çalışma yapılması ve mutad yer olarak Türkiye sınırları içinde İlisu Barajı yapımında çalışan davacının, MÖHUK m. 27 uyarınca yabancılık unsuru içeren taraflar arasındaki uyumsuzlukta "işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku" uygulanması gereken hukuk olmaktadır. Davacı Türkiye'de çalışmış olduğu dönemden kaynaklanan alacaklarını talep etmektedir. Ayrıca hukuk
YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)

değerlendirmesi yapıldığını görmekteyiz⁹¹. Ancak iş kazası ve meslek hastalıkları bakımından karar çeşitliliğinden bahsetmek güçtür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun eski tarihli bir kararında iş kazasından kaynaklanan uyuşmazlıkta, iş kazasının sonuçları bakımından uygulanacak hukukta doğrudan uygulanan kural değerlendirilmesi yapıldığı görülmektedir. İlgili karara göre⁹²:

“İhale makamı olarak Suudi Arabistan Krallığı'nın, Mekke Kenti'nde yaptırdığı iki okulun inşaatını aynı Krallık Tebaasından yüklenici Abdülaziz'e ihale ettiği, bu kişinin, okul inşaatında çalıştırılmak üzere Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı kişilerden işçi teminine çalıştığı ve dosya içeriğindeki iş sözleşmesine göre, vekili Kemal vasıtasıyla davacı Yunus ile iş sözleşmesi yaptığı ve işverenin Suudi Vatandaşı Abdülaziz ve işçinin davacı Yunus olduğu anlaşılmaktadır.

Davacının da imzasını inkâr etmediği bu yazılı sözleşme karşısında, işverenin, Abdülaziz değil de, K... İnşaat ve Limited Şirketi olduğu yolundaki tanık beyanlarına, değer verilemez, K... Şirketi'nin, asıl işveren müteahhit Abdülaziz'den taşaron olarak iş alan aracı Türk firması olduğu, dosya içeriğiyle bellidir. İşveren Abdülaziz'in işçisi davacı Yunus, dosya içerisinde bulunan 4.3.1987 tarihli müfettiş tutanağına göre, gene Suudi Arabistan Vatandaşı olan Abdullah adına tescilli minibüsle Şantiyeden Mekke Şehrine gelmekte iken, uğradığı bir trafik kazasında yaralanmış ve meslekte kazanma gücü kaybına uğramıştır. İşte davacı Sosyal Sigortalar Kurumu aleyhine açtığı bu dava ile, olayın 506 sayılı Kanuna göre iş kazası sayılmasını ve Türk İş Kazası Sigortasından kendisine aylık bağlanmasını istemektedir.

Davacı, Suudi Arabistan'a gitmeden önce, Türkiye'de sigortalı olarak değişik işyerlerinde, bu arada K... İnşaat ve Limited Şirketi'nde, aralıklı olarak çalışmış olmakla beraber, müteahhit Abdülaziz'in Suudi Arabistan'daki okul inşaatı işyerinde çalışmak üzere iş aktı yaptığı sırada,

sistemimizde, işçi ve işveren arasındaki bu nevi işçilik alacaklarına dair davaların yargılaması kamu düzeni ile ilgilidir. Maddi olgulara ve emredici kurallara göre uyuşmazlığın Türk Hukuk mevzuatına göre çözümlenmesi gerekir. Bu sebeplerle uygulanması gereken hukukun Türk Hukuku olması gerektiği gözetilmeden işin esasına girerek karar verilmesi gerekirken, yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 9 HD. E. 2015/16473, K. 2015/25517, T. 28.9.2015. Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 28.1.2020.

⁹¹ Nomer, s. 170; Şanlı/ Ataman-Figenmeşe/ Esen, s. 295; Elçin, s. 165.

⁹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1989/10-316, K. 1989/411, T. 7.6.1989. Kazancı İçtihat Bankası, <www.kazancihukuk.com>, Erişim Tarihi: 25.1.2020.

K... Şirketi'nin Türkiye'deki işçisi olmadığı yönü de dosyadaki kağıtlardan anlaşılmaktadır...

*...Davacı işçinin, yabancı tebaalı işveren tarafından sadece yabancı ülkede çalıştırılmak üzere işe alındığı vakıası, bu sonuca ulaşılmasını zorunlu kılmakta ve 506 sayılı Kanunun 7. maddesinin olayda tatbik kabiliyeti bulunmadığını kanıtlamaktadır. **Öte yandan, Sosyal Güvenliğe ilişkin hükümler, iş Hukuku alanında doğrudan uygulanan kurallardır.** Suudi Arabistan'daki işyerinde görülen hizmet için Suudi Sosyal Güvenlik Kanunlarının, o yer idari ve adli makamlarınca doğrudan uygulanması gerekir. Kendiliğinden uygulanmaması halinde, davacının orada, yöntemince hakkını araması olağandır. Nitekim işçiye yapılan ödentilerden, bu amaçla %5 kesinti yapıldığı ve istendiğinde zararın karşılanacağı dosyadaki kağıtlardan anlaşılmaktadır.*

Bundan başka, 506 sayılı Kanun, Türk Milli sınırları içerisinde ve Türkiye'de tescilli işyerleri ve işverenler ve Kanun kapsamındaki işçiler için uygulanabilir. Herhangi bir Sosyal Güvenlik sözleşmesinde, yabancı ülkede ve yabancı işyerinde meydana gelen olaylar konusunda, Türk Sosyal Sigorta Kurumuna özel bir şekilde, herhangi bir yükümlülükte getirmediğine göre, Suudi ülkesinde, Suudi işverenin işyerinde veya işi dolayısıyla oluşan olayı 506 sayılı Kanunun 11. maddesine göre, iş kazası saymak ve işçiyi T.C. Tebaasından da olsa, 506 sayılı Kanunun 2. maddesi kapsamında sigortalı kabul etmek ve Türk iş kazası sigortasından, bu tür olaylar nedeniyle iş kazası geliri bağlamak olanaksızdır.”

Söz konusu karar Yargıtay'ın yukarıda ayrıntılı şekilde açıkladığımız 506 sayılı Kanun döneminde yurt dışında meydana gelen iş kazaları konusundaki genel yaklaşımının temelini oluşturmaktadır. Yargıtay daha önceki kararlarında nasıl ki 506 sayılı Kanunu topluluk sigortası olmayan ve Türkiye ile ikili veya çok taraflı bir sosyal güvenlik hukukundan kaynaklı sözleşme olmayan bir devlette meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığına uygulanmaması yönünde irade beyan etmişse de benzer iradesini aynı yönde göstermektedir.

Ancak söz konusu kararda esas önemli olan husus Yargıtay uygulaması bakımından sosyal güvenliğe ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesinin sonucunda çıkmaktadır. Yargıtay kesin ve net bir biçimde sosyal güvenlik hukukundan kaynaklı düzenlemelerin Türk devletinin sosyal, kültürel, ekonomik, toplum ve bireysel çıkarları yönünden kanunlar ihtilafı hukukunun kurallarını bertaraf edici olarak görmektedir. Bu doğrultuda doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirme yapması, belirtilen gerekçeler doğrultusunda kanaatimizce de yerindedir.

Ancak Yargıtay'ın bu tespitteki metodolojik sistemi hatalıdır. Zira özellikle 506 sayılı Kanun döneminde belirtilen kararlarında yabancılık unsuru vurgulaması yapılmadan, doğrudan 506 sayılı Kanunun veya 5510 sayılı Kanunun doğrudan ve her durumda uygulanması hatalıdır. Yargıtay'ın yapması gereken, öncelikle meselenin hukuki vasıflandırmasının doğru şekilde yapılmasıdır. Bir diğer ifade ile hukuki uyumsuzlukta yabancılık unsurunun tespit edilmesi, akabinde vasıflandırma yapılmak suretiyle sözleşmeden veya haksız fiilden doğan bir borç ilişkisinin doğduğunun belirlenmesi, nihayetinde ise doğrudan uygulanan kural olarak Türk sosyal güvenlik kurallarının uygulanmasına karar verilmesi yönünde olması gerekliydi. Bu doğrultuda verilmemiş bir karar hukuk ve kanunlar ihtilafı metodolojisi açısından sorunlar meydana getirecektir.

Türk sosyal güvenlik uygulamaları doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilse de iş kazası ve meslek hastalıkları bakımından her uyumsuzluğun doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi hatalıdır. Zira iş kazası ve meslek hastalığı bakımından meydana gelen olayda, haksız fiil veya sözleşme ilişkisinden kaynaklı olarak belli durumlarda işçinin menfaatinin korunması esası yabancı bir hukuk kuralının uygulanması ile tesis edilebilir. Bir diğer ifade ile iş kazası ve meslek hastalığında madem ki korunan hukuki menfaat işçi sağlığı ve işçinin bedensel, ruhsal bütünlüğü ile tazminat hakkıdır, bunun bir başka yabancı ülke hukuk kuralı tesis edilmesinde hukuki yarar olabilir. Bu yarar gözetilmeden ve yabancı hukukun göz ardı edilerek doğrudan uygulanan kural nitelendirilmesi yapılması işçi menfaatlerini dikkate almadan verilen bir karar olacaktır. Bu noktada her türlü iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin uyumsuzlukta Türk hukukunun doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi uygun değildir⁹³.

⁹³ İş hukukundan kaynaklanan doğrudan uygulanan kurallar bakımından farklı bir karar incelemesi Yargıtay yapılmıştır. Karar şu şekildedir (9. Hukuk Dairesi, T. 12.2.2007, E. 2007/32297, K. 2007/3272 K. ve 28.12.2006): “Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir. Davalı işveren, işyerinde toplam 10 işçinin çalışması nedeni ile davacının işe iade talebinde bulunamayacağını, iş sözleşmesinin şirketin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar nedeni ile feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece davalı, şirketin Türkiye’de tek şubesinin bulunduğu, davacının bu şubede çalıştığı, fesih tarihi itibari ile işyerinde çalışan sayısının 30’dan az olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Davacının merkezi İsviçre’de bulunan davalı şirketin İstanbul’da bulunan şubesinde çalıştığı, iş sözleşmesinin adı geçen firma temsilcisi tarafından imzalandığı, işe giriş bildirgesinin Sosyal Sigortalar YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

Sonuç

Çalışmamız kapsamında aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

1. Yabancı ülkede meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan uyuşmazlıklarda Yargıtay kararlarında özellikle konunun sözleşmeler ve haksız fiil ilişkisi doğrultusunda değerlendirildiği; ancak haksız fiil ilişkisi şeklinde vasıflandırmanın ise daha üstün tutulduğu görülmektedir. Bu duruma neden olarak da işçinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasının esas olduğu, iş kazası ve meslek hastalıklarında özellikle korunan bu menfaatlerin zarar gördüğü, söz konusu zararın da

*Kurumuna bildirildiği ve iş sözleşmesinin feshinin de yine anılan firma temsilcisi tarafından gerçekleştirildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Kısaca "İş Güvencesi Kanunu" olarak adlandırılan 4773 sayılı Kanunda on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması öngörülmüş, daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu sayı 30'a çıkarılmış; 18. maddede bir işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla işyeri bulunan bir işverene ait aynı işkolundaki işyerleri bir bütün olarak düşünülmelidir. İş güvencesi hükümleri kapsamına girecek işyerlerinin belli sayıda işçi çalışması koşuluna tabi tutulması kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere küçük işyerlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. 158 sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı iş kolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir. Davalı işveren, fesih bildiriminde Avrupa Bölgesindeki gelirlerinin ve karlılıklarının önemli ölçüde azalması sebebi ile yönetim yapısının yeniden organize edilmekte olduğu gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshedildiğini belirtmiş ise de, bu hususta yeterli kanıt sunmamıştır. Bu nedenle, feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir." Karar için bkz. Uşan, Fatih/ Aygül, Musa (2008), Türkiye'de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İşgüvencesi Uygulamasında Aynı İşverene ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi, *Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 17, s. 49-57; Uşan, Fatih/ Aygül, Musa (2007), İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi?, *Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 3, s. 80 vd.*

özellikle ispat yükü doğrultusunda daha fazla işçi lehine yorumlanacağı belirlenmiştir.

2. Yargıtay yabancı unsurlu iş kazalarını her ne kadar haksız fiil olarak nitelendirse de uygulanacak hukuk olarak MÖHUK'un haksız fiil hükümlerine başvurduğu görülmemiştir. Yargıtay'ın özellikle 506 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay kararlarında Yargıtay'ın yurt dışında meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda işin esasını haksız fiil olarak vasıflandırdığı; ancak, uygulama açısından yer bakımından yabancılık unsuru çoğunlukla göz ardı ettiği görülmüştür. Bu nedenle de doğrudan Türk hukukunun ilgili hükümlerini uygulamak suretiyle karar verilmiştir.

3. Yargıtay 5510 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarda yabancı unsurlu iş kazalarında iş sözleşmesi veya haksız fiil vasıflandırmasından kaynaklanan herhangi bir yabancılık unsuru tespit etmek suretiyle MÖHUK hükümlerine başvurduğu görülmemektedir. Yüksek Mahkeme geçmişteki alışkanlıkları doğrultusunda her durumda Türk hukukuna uygulamak suretiyle karar verdiği görülmektedir. Bu durum uyuşmazlık bazlı değerlendirildiğinde işçinin aleyhine hükümler doğurabilecektir. Zira yabancı hukukun uygulanması halinde, örneğin, Türk hukukundan daha iyi bir sosyal güvenlik düzenlemesine sahip bir ülkenin hukukunun uygulanması durumunda işçinin daha fazla korunması veya daha fazla tazminat elde etmesinin önü kesilmektedir. Bu noktada işçinin korunması ve mağduriyetinin giderilmesi amacıyla MÖHUK hükümleri ve yabancı hukukun dikkate alınarak karar verilmesi gerekmektedir.

4. Yargıtay'ın bu yaklaşımının ardında yatan sebep iş kazasından kaynaklı yabancı unsurlu uyuşmazlıkları doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmesidir. Yargıtay iş kazası ve meslek hastalığında işçi sağlığı ve işçinin bedensel, ruhsal bütünlüğü ile tazminat hakkının korunan hukuki menfaat olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak her durumda doğrudan uygulanan kurallara başvurarak Türk hukukunun uygulanmasında işçi lehine hukuki yarar olmayabilir. Zira yabancı hukukun düzenlemeleri göz ardı edilerek doğrudan uygulanan kural nitelendirilmesi yapılması işçi menfaatlerini dikkate almadan verilen bir karar olabilecektir. Bu noktada her türlü iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin uyuşmazlıkta Türk hukukunun doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi uygun değildir.

5. Şu durumda Yargıtay'ın olay bazında yabancılık unsuruna dikkate almayarak karar verdiği, bu nedenle de milletlerarası özel hukuk taraf menfaati, işlem menfaati ilkelerinin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.

Ülkemizde hâkimlerin esaslı bir sorunu olan yabancı hukuku tespit etmek ve uygulamak sorunu kendisini en çok da yabancı unsurlu iş kazalarında göstermektedir. İncelediğimiz hemen pek çok kararda Yargıtay yabancı unsuru göz ardı her durumda Türk hukukunu doğrudan uygulamıştır. Bu nedenle mahkemelerin öncelikle yabancı unsuru kişi ve yer bakımından uygun olan şekilde tespit etmesi ve uygulanacak hukuku da tayin etmesidir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent (2001), *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Ankara.
- Akıncı, Ziya (1992), *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara.
- Akkayan-Yıldırım, Ayça A. (2012), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, C. LXX, S. 1, s. 192-210.
- Aktay, A. Nizamettin/ Arıcı, Kadir/ Senyen/ Kaplan, E. Tuncay (2013), *İs Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Gazi Kitapevi.
- Akyiğit, Ercan (1990), Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Hizmet Akdinde Hukuk Seçimi, *Çimento İşveren Dergisi*, Y. 1990, C. 4, S. 6, s. 17-23.
- Alper, Yusuf (2014), *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku*, 6. Baskı, Bursa: Ekin Yayıncılık.
- Antalya, Gökhan (2008), Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 14, S. 4, s. 53-71.
- Araslı, Utkan (2011), Yeni Borçlar Yasası'nın İs Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi, *MESS Sicil İHD*, S. 24, s. 141-154.
- Arıcı Kadir (2015) *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara: Savaş Kitapevi.
- Aydın, Ufuk (2017), *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015-İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 557-868.
- Aydoğan, Doğa (2019), Sınırışı İş İlişkilerinde Haksız Fiilden Doğan Taleplere Uygulanacak Hukukun Tayini, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 17, S. 195, s. 1063-1090.
- Aygün, Mesut (2015), Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Sayısı, C. 16, Özel Sayı, s. 1025-1066.

- Aygün, Mesut/ Kaya, Cansu (2016), Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 7*, s. 87-142.
- Aybay, Rona/ Dardağan-Kibar, Esra (2008), *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Bası, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Ayhan, Abdurrahman (2012), Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Güvenlik İlkeleri, *Sosyal Güvenlik Dergisi (SGD)*, Ocak 2012, Cilt (C) 1, Sayı (S) 1, s. 41-55.
- Bacı, Mesut (2011), *Is Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulanması*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Başoğlu, Başak (2015), Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.6, S. 2*, s. 22-50.
- Başbuğ, Aydın (1992), Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Hakkı ve Buna Bağlı Bazı Temel Sorunlar, *A. Can Tuncay'a Armağan*, İstanbul 2005, 815-858.
- Berki, Osman Fazıl (1961), *Devletler Hususi Hukuku Cilt II*, 4. Bası, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası.
- Bayata Canyaş, F. Aslı (2009), 5718 Sayılı Yeni MOHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Ankara: Yetkin Yayıncılık, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III*, s. 141-166.
- Berki, O. Fazıl (1971), *Türk Hukukunda Kanun İhtilafları*, Ankara.
- Berki, O. Fazıl/ Ergüney (1983), *Hilmi, Yabancılar Hukuku, Kanunlar İhtilafı ve İlgili Yargıtay Kararlarının Tahli ve İzahı*, Ankara.
- Caniklioğlu, Nurşen (2014), Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, *Yargıtay'ın Is Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, Ankara, 379-531.
- Caniklioğlu, Nurşen (2006), Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri, *Çalışma ve Toplum Dergisi, C.I, S. 8*, s. 50-98.
- Centel, Tankut (2011), Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, *MESS Sicil IHD, S. 24*, s. 9-25.
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat (2014), *İş Hukuku Dersleri*, 27. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)*

- Çil, Şahin (2014), 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, *IUHFM C. LXXII, S. 2*, s. 87-102.
- Çilingiroğlu, Cüneyt (1989), Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri, *MHB, Y. 9, S. 2*, s. 103-120.
- Demir, Müslim (2016), Türkiye'de Yabancıların Sosyal Güvenliği, *SGD, C. 6, S. 1*, s. 70-91.
- Doğan, Vahit (1995), Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması, *MHB. 1995, Yıl 15, Sayı 1-2*, s. 21-42.
- Doğan, Vahit (1996), *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Doğan, Vahit (2009), 5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, *Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1-2*, s. 147-163.
- Doğan, Vahit (2010), 5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nusret -Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi -2, İstanbul*, s. 101-120.
- Doğan, Vahit (2015), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Ankara: Savaş Yayınları.
- Dursun, Hasan (2009), Yabancıların Sosyal Güvenlik Hakkına Genel Bir Bakış, *Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 4*, s. 205-246.
- Ekşi, Nuray (1997), Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, *Tunçomağ'a Armağan*, s. 110-130.
- Elçin, Doğa (2012), Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara: Adalet Yayıncılık.
- Eren, Fikret (1974), *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara.
- Eren, Fikret (1975), *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara, s. 71;
- Ergin, Berin (2006), Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuya Nasıl Bakıyor? *MESS Sicil İHD, S. 4*, s. 129-141.
- Erkan, Mustafa (2011), MOHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 2*, s. 80-121.
- Erten, Rifat (2007), *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Ankara: Adalet Yayıncılık.

- Giuliano, Mario/Lagarde, Paul (1980), Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, OJ C282, 31/10/1980, s. 18. Access to European Union Law, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031%2801%29>>, Erişim Tarihi: 20.1.2020.
- Göğer, Erdoğan (1977), *Devletler Hususi Hukuku*, 4. Bası, Ankara: Sevinç Matbaası.
- Gökçeoğlu, Şebnem (2015), İnsan Hakları Perspektifinden Sosyal Güvenlik Hakkının Anlamı ve Kapsamı, *VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu*, Denizli, s. 137-139. Online: Sosyal Haklar Net, <<http://www.sosyalhaklar.net/2015/bildiriler/gokceoglu.pdf>>, Erişim Tarihi: 15.1.2020.
- Günay, Cevdet İlhan (2008), *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Güngör, Gülin (2000), *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Güzel, Ali (1996), *Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat*, İstanbul, s. 279-309.
- Güzel, Ali/ Ugan-Çetinkaya, Deniz (2012), İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 34, C. 3, s. 157-188.
- Güzel, Ali/Okur, A. Rıza. /Caniklioğlu, Nurşen (2016), *Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış*, 16. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Hatemi, Hüseyin (1994), *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, § 8, N 1.
- İmre, Zahit (1979), Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan*, Cilt: 45, Sayı: 1-4, İstanbul, s. 399-412.
- Kaneti Selim (2007), *Haksız Fülde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul: Kazancı Yayınları.
- Kılıçoğlu, Ahmet (2011), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Köseoğlu, Mehmet (2008), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, *MHB*, Y. 28, S.1-2, s. 147-172.

- Ledün Akdeniz, Ayşe (2014), İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, s. 4.*
- Nomer, Ergin (2015), *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut (2014) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, C. 2*, İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- Önal, Ali (2016), Vekaletsiz iş Görmeye Uygulanacak Hukuk, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Sayısı*, s. 2151-2181.
- Özdemir Kocasakal, Hatice (2001), *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Özel, Sibel (2001), Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu, *Nuri Çelik'e Armağan, Cilt 1*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Öztürk, Pınar (1999), Milletlerarası Özel Hukukta İş Kazası, *Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB), Y. 19-20*, s. 795-836.
- Ruhi, Ahmet Cemal, (2008), 27.11. 2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-Gerekçeli- Açıklamalı- Yargıtay İctihatı, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 317-318.
- Saduleşrafi, Hüseyin (2000), Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Sosyal Güvenlik Hakkı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 1, S. 1*, s. 190-230.
- Seviğ, Muammer Raşit (1939), Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangileridir? *İÜHF, C. V, Y. 1939, s. 107-125.*
- Seviğ, Vedat Râşit (1971), *Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargı Çatışmaları)*, İstanbul.
- Sevimli, Ahmet (2013), Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, *Çalışma ve Toplum, S. 1/2013, C. 36*, s. 107-148.
- Sözer, Nazım (2017), *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Süzek, Sarper (2016), *İş Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Şakar, Müjdat (2006), İş Kazası veya Meslek Hastalığı Sebebiyle Sosyal Sigortaların İşverene Rücuunda Kusur Şartının Sınırlanması Sorunu, *MESS Sicil İHD, S. 2*, s. 132-135.
- Şanlı, Cemal/ Ataman-Figenmeşe, İnci/ Esen, Emre (2015), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

- Tandoğan, Haluk (1981), *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara.
- Tarman, Zeynep Derya (2010), Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, *AÜHFD*, S. 59, C. 2, s. 526.
- Tarman, Zeynep Derya (2010), 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MOHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Secimi, *BATIDER*, C.XXVI, S. 1, s. 143-168.
- Taşkent, Savaş (2001), İş Kazası Kavramı, *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, C. II, İstanbul.
- Tekinalp, Gülören/ Uyanık, Ayfer (2016), *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- Tiryakioğlu, Bilgin (1996), *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Tuncay, A. Can (1996), *İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Kurumun Sigortalıya Yaptığı Giderler İçin İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücu Davalarında Bazı Sistemler ve Yüksek Yargı Organları Kararlarında Beliren Esaslara Genel Bir Bakış, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat*, İstanbul, s. 310-328.
- Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer (2017), *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 19. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Turhan, Turgut (1989), *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı*, Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık.
- Uluocak, Nihal (1971), *Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)*, İstanbul.
- Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder (1980), *İspat Yükü*, 2. bası, İstanbul.
- Uşan, Fatih/ Aygül, Musa (2007), İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi? *Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 3, s. 80 vd.
- Uşan, Fatih/ Aygül, Musa (2008), Türkiye'de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İşgüvencesi Uygulamasında Aynı İşverene ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi, *Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 17, s. 49-57.
- Uşan, M. Fatih (2013), Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi,

Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (2011), Ankara.

Yağcı, Salim Serdar (2017), Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2633-2646.

Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak (2014), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre (2016), *Özel Borç İlişkileri*, 16. Baskı, Ankara: Turhan Yayıncılık.

Kısaltmalar :

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

C : Cilt

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

RG : Resmî Gazete

s : Sayfa

S : Sayı

SGD : Sosyal Güvenlik Dergisi

SSGSSK : Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortaları Kanunu

T : Tarih

TBK : Türk Borçlar Kanunu

Y : Yıl

* TÜRKİYE'DEKİ SURİYELİLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

(THE LEGAL STATUS OF SYRIANS IN TURKEY)

Prof. Dr. Sibel Özel * **

ÖZ

Her geçen gün daha fazla sayıda insan sığınma amacıyla ülke sınırlarını aşmakta ve daha sonra da ev sahibi ülkede kalmayı ve ailesi için yeni bir yaşam kurmayı istemektedir. Hukuki açıdan uluslararası koruma Mültecilerin Hukuki Statüsüne dair 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi çerçevesinde zulme veya ciddi zarara uğrayacağından haklı nedenlerle korktuğu için kendi ülkesinden kaçmak zorunda kalanlara sağlanmaktadır ki bu kişiler mülteci olarak adlandırılmaktadır. Diğer yandan daha iyi ekonomik standartlarda yaşamak için kendi isteği ile ülkelerini terk edenlere göçmen denmektedir. Günlük dilde bu iki kavram eş anlamlı olarak kullanılmaktadır ancak hukuken farklı anlamları işaret etmektedir. Mülteciler, başta 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olmak üzere, uluslararası hukuka tâbi iken; göçmenler ulusal hukukla bağlıdır. Günümüzde her ne kadar mülteci ve göçmen arasındaki fark belirsizleşmeye başlamışsa da ülkelerindeki karışıklıktan dolayı yerlerinden ayrılmış kişiler için uygulanacak hukukun belirlenmesi, tanımların açık ve net olmasını gerekli kılmaktadır.

Türkiye 1951 Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne coğrafi çekince koyarak taraf olmuştur. Bu nedenle sadece Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle zulme veya ciddi zarara uğrayacağından korktuğu için kendi ülkesinden kaçmak zorunda kalan kişilere mülteci statüsünü tanımaktadır. Bu coğrafi sınırlama nedeniyle, 1951 Birleşmiş Milletler Sözleşmesi şartlarında Avrupa dışı ülkelere gelenlere ise şartlı mülteci statüsü verilmektedir.

Göçmenlere gelince, Türk hukukunda tümüyle farklı bir tanım yer almaktadır. İskân Kanunu göçmeni Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olup, bu kanun gereğince kabul olunanlar olarak tanımlamıştır. Böylece göçmen

* Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.04.2020. İlk hakem raporu tarihi: 20.04.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 05.05.2020. Onaylanma Tarihi: 05.05.2020.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD Başkanı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4027-6258.

Eser Atf Şekli: Sibel Özel, “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.709-734.

hukuken sadece belirli kategori kişi için kabul edilmekte ve bu kişiler hemen vatandaşlığa alınmaktadır. Bu itibarla Türkiye’de göçmen statüsünde yabancı bulunmamaktadır.

Kitlesel halde yer değiştiren kişilerin durumunda ise bireysel olarak iltica başvuru sahiplerine uluslararası koruma sağlanması zor ve hatta imkânsızdır. Bu nedenle geçici koruma kavramı geliştirilmiştir. Bu kavram uluslararası korumanın kapsamında yer almamaktadır; ancak kitlesel halde yer değiştiren kişiler için etkin ve faydalı bir uygulamadır. Suriyelilerin hukuki statüsü de bu bağlamda geçici koruma statüsüdür. Suriyelilere 1951 Birleşmiş Milletler Sözleşmesine göre mülteci statüsü verilemez; Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa göre de şartlı mülteci olarak kabul edilemezler.

Bu çalışma mülteci, şartlı mülteci, göçmen ve Türkiye’deki Suriyelilerin tâbi olduğu rejim olan geçici koruma kavramlarını irdeleyecek ve Suriyelilerin vatandaşlığa alınması teklifini, uluslararası ve ulusal hukuk çerçevesinde ve ayrıca vatandaşlık kavramı bağlamında değerlendirecektir. Uluslararası Adalet Divanı’nın Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) kararında belirttiği gibi “Vatandaşlık hafife alınacak bir mesele değildir”. Yeni bir sadakat borcu doğurmaktadır. Bu bağlamda Suriyelilerin kitlesel olarak vatandaşlığa alınması vatandaşlık kavramının özü ile bağdaşmadığı gibi Türk Vatandaşlığı Kanununa da aykırıdır.

Anahtar kelimeler: mülteci, göçmen, uluslararası koruma, geçici koruma, Suriyeliler, vatandaşlık.

ABSTRACT

The larger number of people cross state borders in order to seek for asylum and, then they want to stay in the host state so as to establish a new life for their family day by day. In legal terms international protection is provided for those who are obliged to flee from their country of origin owing to well-founded fear of being prosecuted or undergoing serious damage under the scope of United Nations Convention relating to the Status of Refugees of 1951, they are called refugee. On the other hand, those who leave of their own volition to improve their economic situation are called immigrant. While these terms are interchangeable in daily life, it is legally different. As refugees are subject to international law, the United Nations Convention of 1951 in first, immigrants are bound by internal laws. Even though the difference between a refugee and an immigrant becomes uncertain, for a displaced people owing to conflicts in their country of origin at present, applicable law requires a clear definition.

Turkey is a party to the United Nations Convention of 1951 with the geographical reservation so that only people from European Countries who are obliged to flee from their country of origin owing to well-founded fear of being prosecuted or undergoing serious damage will be recognized as a refugee. Because of this geographical restriction, Turkey adopts another term which is called a conditional refugee for those who come from outside of European countries in the same conditions of refugees under the scope of the United Nations Convention on refugees of 1951.

When it comes to immigrants, Turkish law gives completely different definition. The Turkish Settlement Law defines immigrant as those who are Turkish origin and subject to Turkish culture and recognized to be inhabited by this law. Thus, immigrants are legally recognized only for certain category of people and will be naturalized immediately. Therefore, there are not foreigners in Turkey in the legal status of immigrants.

In the event of a mass influx of displaced persons, it is difficult or impossible to grant international protection to asylum seekers individually; therefore, temporary protection is developed. This term is the outside of international protection, but it is effective and useful for the mass influx of displaced persons. Accordingly, the legal status of Syrians is temporary protection. They cannot be granted the status of refugee under the United Nations Convention of 1951; cannot be recognized as a conditional refugee under the Foreigners and International Protection Law nr. 6458.

This paper is to aim to study the definitions of refugee, conditional refugee, immigrant and temporary protection that Syrians in Turkey are subject to and will review the proposition that Syrians should be naturalized in the perspective of international and national law as well as the concept of naturalization itself. As stated by International Court of Justice in the Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala) is that "Naturalization is not a matter to be taken lightly". It involves establishment of a new bond of allegiance. In this respect the naturalization of a mass influx of Syrians will be contrary to the concept of naturalization as well as it is against the Turkish Citizenship Law.

Keywords: *refugee, immigrant, international protection, temporary protection, Syrians, naturalization.*

I. GENEL OLARAK

Suriye'deki iç karışıklıklardan kaçarak Türkiye'ye sığınan ve 2011'den itibaren sayıları katlanarak artan Suriyeliler için ilk andan itibaren misafir, ensar-muhacir ilişkisi, mülteci, göçmen gibi kavramlar kullanılmış ve artık Türkiye'de kalıcı oldukları bu nedenle de vatandaşlığa alınmalarının zorunlu olduğu düşüncesi yayılmaya çalışılmıştır. Her şeyden önce Türkiye'ye gelen Suriyelilerin hukuki statüsünün belirlenmesi ve buna göre hak ve yükümlülüklerin ortaya konması gerekmektedir. Bu durum hukuki kavramların doğru kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira günlük dilde hangi terim kullanılırsa kullanılsın hukuki statü, hukuken tanınmış hak ve sorumlulukların sınırını belirlemede ve muhatap Türkiye Cumhuriyeti'nin de eylemlerinin doğru zeminde tartışılmasına olanak sağlamaktadır.

Öncelikle vurgulanmalıdır ki misafir ve ensar-muhacir ilişkisi hukuki kavramlar değildir ve bu itibarla Suriyeliler meselesinde kullanılamaz. Mülteci ve göçmen tabirleri de hukuken belirli şekilde tanımlanmıştır ve ancak bu tanıma girenler için anlam ifade etmektedir. Diğer yandan bireysel bazda gerçekleşen uluslararası korumanın kitlesel halde ve ani nüfus hareketlerinde uygulanması mümkün olmadığı için geçici koruma olarak adlandırılan başka bir statü ile geniş kitleler için koruma temin edilmektedir. Geçici koruma statüsü bu bağlamda uluslararası koruma kapsamında değildir; ancak pragmatik olarak geniş kitleler için sağlanabilecek en uygun koruma yöntemidir. Bu statü öncelikle bu kişilerin kaçtıkları ülkeye güvenle dönmeleri durumunda sona erecektir. Ancak geçici koruma sağlananların artık geri dönmek istemedikleri ve sığındıkları ülkede yeni bir yaşama başladıkları bu nedenle de vatandaşlığa alınmaları gerektiği savının da hukuken incelenmesi gerekmektedir. Zira vatandaşlık kavramı hukuki bir kavramdır ve hangi koşullarda vatandaşlığın verileceği, bunun içerdiği anlam hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukuklarda ele alınmıştır.

Bu çalışmada hukuken mülteci, göçmen statülerinin anlamı ele alınacak ve Suriyelilerin Türkiye'deki statüsünü ortaya koyan geçici koruma kavramı AB Hukuku ile karşılaştırılarak açıklanacak ve geçici korumanın sonlandırılmasının sonucunun vatandaşlığa alınma zorunluluğu olup olmadığı uluslararası hukuk ve Türk vatandaşlık hukuku açısından irdelenecektir.

II. MÜLTECİ STATÜSÜ

Mülteci statüsü 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi¹ ve 1967 Protokolü² çerçevesinde belirlenmektedir. Sözleşme'nin uygulama alanı m. 1(A)(2) uyarınca “ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen” kişilere uygulanacaktır³. Bu itibarla tanımda belirlenen şartları taşıyan herkes ilgili merciin bu statüyü tanınması ile değil; bu şartların gerçekleşmesi ile birlikte mültecidir. Dolayısıyla ilgili mercilerin kararı kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir⁴.

Tanımda görüldüğü üzere herhangi bir nedenle ülkesinden kaçıp başka bir ülkeye sığınan kişiler değil, ancak belirli kategoride bulunan ve haklı nedenle zulüm göreceğinden korkarak kaçan kişiler için mülteci statüsü tanınacaktır. Bu nedenle kıtlık, doğal afet ya da iklim değişiklikleri nedeniyle ülkelerini terk edenler mülteci statüsüne sahip olamayacaktır⁵.

Haklı nedenle korku unsuru hem objektif hem de subjektif anlamda bir korkunun varlığını öngörmektedir. Bu itibarla her kişi için korku

¹ 1951 Convention relating to the Status of Refugees <http://cms.emergency.unhcr.org/docid/3ae6b3ae4.html> (17.03.2020). Türkiye Sözleşmeyi 1961'de kabul etmiştir (RG. 05.09.1961-10898).

² 1967 Protokol Relating to the Status of Refugees www.refworld.org/docid/3ae6b3ae4.html (17.03.2020). Türkiye Protokole 01.07.1968 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla katılmıştır (RG. 5.08.1968-12968).

³ Cenevre Sözleşmesinde esas alınan bu tanım AB düzenlemesi olan Vasıflandırma Yönergesinde de kabul edilmiştir. Bkz. Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast) (Official Journal of the European Union, 20.12.2011 L 337/9) (AB Vasıflandırma Yönergesi olarak atıf yapılacaktır) m. 2(d).

⁴ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği: Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı, 2013 (El Kitabı olarak atıf yapılacaktır) s. 10; CHERUBINI, Francesco: Asylum Law in the European Union 2015, s. 9. AB Vasıflandırma Yönergesi önsözde açıkça mülteci statüsünün tanınmasının açıklayıcı bir işlem olduğuna vurgu yapmıştır.

⁵ El Kitabı, s. 12; FOSTER, Michelle: International Refugee Law and Socio-Economic Rights, Cambridge University Press, 2007, s. 9.

durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶. Diğer yandan korkulan eylemin menşe ülkeye atfedilebilecek bir eylem olması zorunluluğuna da dikkat çekilmelidir. Aksi halde zulüm korkusu haklı bir nedene dayansa bile mülteci şartları gerçekleşmiş olmayacaktır⁷. Ayrımcılık tek başına zulüm kavramı içinde değerlendirilmemekle birlikte yapılan ayrımcılık neticesi ilgilinin yaşamını idame ettirmesi veya ibadet özgürlüğü ya da eğitim imkânlarından yararlanma hakkı önemli ölçüde sınırlanıyorsa zulmün varlığı kabul edilecektir⁸.

AB Vasıflandırma Yönergesi m. 9(1)(a) zulmün varlığı için bir eylemin Avrupa İnsan ve Temel Haklarını Koruma Sözleşmesi⁹ m. 15(2)'ye göre temel insan haklarına tecavüz etmesi gerektiğini öngörmektedir. Yönergeye göre zulüm olarak vasıflandırılabilir eylemler “cinsel şiddet de dahil olmak üzere fiziksel veya ruhsal şiddet; hukuki, idari, polis ve/veya yargısal tedbirlerin ayrımcı olması ya da ayrımcı bir şekilde uygulanması; adli takibat ve cezalandırmanın orantısız veya ayrımcı olması; orantısız veya ayrımcı cezalandırma hallerinde yargısal telafi taleplerinin reddedilmesi; bir çatışma halinde askerlik hizmetinin icrası m. 12(2)'de yer alan ve mülteci statüsü verilmesini engelleyen suç ya da eylemlerin işlenmesini içermekte ise askerlik hizmetinin reddinin adli kovuşturma ya da cezaya tâbi olması; toplumsal cinsiyeti ya da çocukları hedef alan eylemler”dir¹⁰.

Mülteci olabilmek için ilgilinin ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti ya da siyasi düşüncelerinden dolayı zulüm korkusunun duyulması gerekmektedir. Irk kavramı bütün etnik grupları kapsayacak şekilde değerlendirilmekte; aynı şekilde tabiiyet kavramı da vatandaşlığın ötesinde milliyet olarak geniş temelde etnik ve dini grup mensubiyetini işaret etmektedir. Dini inancını özel yaşamında veya toplum yaşamında açığa vurma, öğretme ve uygulama özgürlüğünün engellenmesi mülteci tanımı için önem arz etmektedir. Belirli bir toplumsal gruba mensubiyet 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde tanımlanmamıştır. Ancak AB Vasıflandırma Yönergesi m. 10(1)(d) toplumsal gruba mensubiyet için tanım getirmiş ve o

⁶ CHERUBINI, s. 13. Başvuru sahibinin geçerli bir neden göstermeksizin pasaportunu elde tutmakta ısrar etmesi haklı nedenle korkunun şüpheyle karşılanmasına yol açacaktır. Bkz. Elkitabı, s. 14.

⁷ CHERUBINI, s. 16.

⁸ EL Kitabı. s. 15.

⁹ Bkz. European Convention on Human Rights www.echr.coe.int (2.04.2020). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (2.04.2020)

¹⁰ Vasıflandırma Yönergesi m. 9(2)(a-f).

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

grubun taşıdığı farklı kimlik nedeniyle onu çevreleyen toplum tarafından farklı algılanmasının önemine vurgu yapmıştır. Siyasi düşünceler noktasında ise hükümete karşı her siyasi görüş mülteci statüsü için yeterli görülmemekte; bu görüşler nedeniyle kovuşturma ve cezayla karşılaşma zorunluluğu aranmaktadır¹¹.

BM Cenevre Sözleşmesi bazı kişilerin mülteci statüsü kapsamına dahil edilmeyeceğini açıkça ortaya koymuştur (m. 1(D)(E) (F). Buna göre (i) Birleşmiş Milletler'in koruması altında olanlar, (ii) uluslararası korumaya ihtiyacı olmadığı düşünülenler, (iii) uluslararası korumaya layık olmadığı düşünülenler mülteci statüsü kapsamında değildir.

Sözleşme'nin 1(F) maddesine göre

“bu Sözleşme hükümleri

- (a) barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç gibi suçlar için hükümler koyan uluslararası belgelerde tanımlanan bir suç işlediğine;
- (b) mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce sığındığı ülkenin dışında ağır bir siyasi olmayan suç işlediğine;
- (c) Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna;

dair hakkında ciddi kanaat mevcut olan bir kişi hakkında uygulanmayacaktır”.

Bu itibarla belirtilen suçları işlemiş kişiler tanım kapsamına girse bile mülteci statüsünü hak etmeyen kişi olarak mütalaa edilecektir¹².

Mülteci statüsünü kazanan kişiler

- 1) Vatandaşı olduğu ülkenin korumasından kendi isteğiyle yeniden yararlanmışsa veya
- 2) Vatandaşlığını kaybettikten sonra kendi isteğiyle yeniden kazandıysa veya
- 3) Yeni bir vatandaşlık kazanmış ve vatandaşlığını aldığı ülkenin korumasından yararlanıyorsa veya

¹¹ Zulüm korkusunun nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: “Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi” Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, c. 37/S.2/Yıl: 2018, s. 258 vd.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Elkitabı, s. 31 vd; GILBERT, Geoff: Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses in Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection edited by Erika Feller, Volker Türk, Fransces Nicholson, Cambridge University Press, 2003, s. 427 vd.

- 4) Zulüm korkusu nedeniyle terk ettiği ya da dışında kaldığı ülkeye kendi isteğiyle tekrar yerleşmek üzere dönmüşse veya
- 5) Mülteci statüsünün tanınmasına neden olan koşullar kalktığı için vatandaşı olduğu ülkenin korumasını reddetme durumu kalkmışsa¹³ mülteci statüsü sona erecektir (m. 1(C)).

Mültecinin yeni bir vatandaşlık kazanması mülteci statüsünü sonlandıran bir durumdur¹⁴. Diğer yandan mültecinin kaçtığı ülke koşullarının değişmesi örneğin zulüm yapan iktidarın düşmesi veya iç savaşın sona ermesi durumunda da mülteci statüsü sonlanmaktadır¹⁵.

BM Sözleşmesine taraf olan Türkiye uluslararası koruma ile ilgili hükümleri Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)¹⁶ ile düzenlemiştir. Burada yer alan mülteci tanımı Türkiye'nin BM Sözleşmesine koyduğu coğrafi çekince kaynaklanmaktadır. 1951 BM (Cenevre) Sözleşmesi taraflara sözleşmeyi coğrafi çekince ile kabul etme imkânı tanımıştır. Her ne kadar 1967 Protokolü bunu kaldırmışsa da Sözleşmeye taraf olurken bu hakkı kullanan devletlerin Sözleşmeyi bu kısıtlama ile uygulamalarına da imkân vermiştir¹⁷. Dolayısıyla Türkiye coğrafi çekince ile sözleşmeyi kabul ettiği için bu sınırlama çerçevesinde sadece Avrupa'dan gelenler için mülteci statüsünü uygulamaktadır.

Avrupa Birliği, vize muafiyeti tanımak için Türkiye'nin yapması gereken reformları Açıklamalı Yol Haritasında¹⁸ belirlemiştir. Bu taleplerden biri Türkiye'nin BM Sözleşmesine koyduğu coğrafi şartın kaldırılmasıdır.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. FITZPATRICK, Joan/BONOAN, Rafael: Cessation of Refugee Protection in Refugee Protection in International Law UNCHR's Global Consultation on International Protection edited by Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholans, Cambridge University Press, 2003, s. 523 vd. Mülteci vatandaşlığını taşıdığı devletin ulusal korumasından kendi isteği ile yararlanıyorsa, bu durum statünün sonlandırılma sebebidir. Pasaport almak ya da yenilemek için yetkili makamlara başvuran mültecinin vatandaşlığını taşıdığı devletin korumasından yararlanmak istediği varsayılmaktadır. El kitabı, s. 26.

¹⁴ Elkitabı, s. 27; FITZPATRICK/BONOAN, s. 526-527; CHERUBINI, s. 32.

¹⁵ Bkz. CHERUBINI, s. 33-34.

¹⁶ RG. 11.04.2013-28615. Türk hukukunda uluslararası koruma statüleri ve terminoloji konusunda bkz. BALKAR BOZKURT, Süheyla: "Göç ve İltica Hukukunda Terminoloji Sorunu ve Uluslararası Koruma Statüleri" in Göç, İltica ve Hukuk Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018, s. 1 vd.

¹⁷ Bkz. ÖZTÜRK, Neva Övünç: Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Statülerinin Belirlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme in Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016, Editörler: TİRYAKİOĞLU/AYGÜN/ÖNAL /ALTIPARMAK/KAYA, Yetkin Yayınları 2016, s. 145 dn. 5.

¹⁸ First Meeting of the EU-Turkey Visa Liberalization Dialogue Agreed Minutes www.mfa.gov.tr/data/agreed%20minutes%20annotated%20roadmap.pdf

Türkiye bu coğrafi çekinceyi AB'ye tam üyelik halinde kaldırmayı düşünebileceğini belirtmiştir¹⁹. Dolayısıyla Türk hukukuna göre mülteci tanımı coğrafi kısıtlama çerçevesinde ele alınacaktır. Bu noktada Türkiye'nin BM Sözleşmesini halen coğrafi çekince ile uygulamasının uluslararası hukuka uygun olduğunu ve bunu kaldırma zorunluluğunun olmadığını vurgulamakta fayda vardır. Türkiye'nin uyguladığı çekincenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 14'e aykırılık teşkil ettiği iddiası da AİHM tarafından, sığınma hakkı AİHS'de düzenlenen bir hak olmadığı sebebiyle incelemeye alınmamıştır²⁰.

Sığınma başvurularının çok büyük bir kısmının Avrupa dışı ülkelere gelmesi nedeniyle bu çekincenin önemi ve AB'nin neden Türkiye'den bu çekinceyi kaldırmasını istediği çok açık anlaşılmaktadır²¹.

Türk hukukuna göre YUKK m. 61 uyarınca "Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir". Dolayısıyla sadece Avrupa'dan²² gelen kişiler tanımdaki özellikleri taşıyorsa hukuken mülteci olur.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel: "Geri Kabul Anlaşması Karşılığında Türk Vatandaşlarının AB Üyesi Ülkelere Vizesiz Seyahat Edeceği İddiasının Açıklamalı Yol Haritası Hükümleri Çerçevesinde Ele Alınması" İstanbul Barosu Dergisi, c. 90, S. 2016/1, s. 19-20.

²⁰ Bkz. AG and Others v. Turkey 15.06.1999, Başvuru No: 40229/98. www.refworld.org/cases.ECHR.3ae6b7030.html

²¹ Türkiye'nin BM Sözleşmesindeki coğrafi çekinceyi kaldırması onun ilk iltica ülkesi veya güvenli 3. Ülke olarak kabulü açısından da büyük önem arz etmektedir. Zira Türkiye ilk iltica ülkesi veya güvenli 3. Ülke şartlarını taşıdığına Türkiye üzerinden geçip AB üyesi bir ülkeye giden ve oradan iltica talebinde bulunan hiç kimsenin başvurusu kabul edilmeyecek ve bu kişiler Türkiye'ye geri gönderilecektir. Türkiye BM Sözleşmesindeki çekincisini kaldırdığında artık Türkiye üzerinden geçip AB'den sığınma talebi imkân ortadan kalkacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL (Uluslararası Koruma) s. 271 vd.

²² YUKK m. 3(b) Avrupa ülkelerini Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Bakanlar Kurulunca belirlenecek diğer ülkeler olarak tespit etmiştir. Bakanlar Kurulu (artık Cumhurbaşkanı) tarafından belirlenecek ülkeler Avrupa Konseyi üyesi olmayan Avrupa ülkeleri olarak anlaşılacaktır.

Suriye'den gelen kitleler hukuken mülteci statüsünde değildir. Avrupa dışından geldikleri gibi kitlenin tümüyle tanımdaki kıstaslara uygun olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bu itibarla uluslararası koruma çerçevesinde değerlendirilen mülteci statüsü Suriyeliler için uygulanmaz ve onlar hakkında BM Cenevre Sözleşmesi hükümleri tatbik edilmez.

III. ŞARTLI MÜLTECİ KAVRAMI

Türkiye'nin BM Sözleşmesini coğrafi çekince ile kabul etmesinden dolayı Türk hukukunda uluslararası hukukta yer almayan şartlı mülteci kavramı yer almaktadır. YUKK m. 62'ye göre

“Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye'de kalmasına izin verilir”.

Dolayısıyla mülteci statüsü için gereken şartlar şartlı mülteci için de aynen aranmaktadır. Bu nitelikleri haiz başvuru sahibi Avrupa dışından gelmekte ise YUKK kapsamında şartlı mülteci olacaktır. Kanun şartlı mülteci statüsünün geçici olduğunun, ilgilinin ancak üçüncü bir ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye'de kalmasına izin verildiğinin altını çizmektedir. Burada diğer önemli bir husus şartlı mültecinin uluslararası koruma kapsamında olmasına rağmen, BM kapsamında değil, YUKK kapsamında bir statü olduğudur.

Mülteci gibi şartlı mülteci de bireysel başvuru ile elde edilecek bir statüdür ve bu itibarla kitlesel nüfus hareketlerinde uygulanmaz. Suriyeliler bu bağlamda grup olarak iç karışıklıktan kaçarak Türkiye'ye sığındığı için şartlı mülteci statüsünde değildir.

IV. GÖÇMEN STATÜSÜ

Mülteci kavramıyla karıştırılan ve bazen eş anlamlı olarak kullanılan göçmen kavramı hukuken çok farklı bir statüyü işaret etmektedir. Mülteci hukuku başta 1951 BM Cenevre Sözleşmesi olmak üzere kaynağını uluslararası hukuktan almakta; buna karşılık göçmen ve göçmen kontrolü

meselesi tümüyle devletlerin iç hukuklarına göre belirlenmektedir²³. Buna göre bir ülkeye göçmen kabulünde o ülkenin egemenlik hakları çerçevesinde iç hukukuna saygı gösterilirken; iltica başvurularında uluslararası düzenlemelerin dikkate alınması zorunludur²⁴. Bu itibarla günlük dilde eş anlamlı olarak kullanılsa da hukuki açıdan farklı hükümlerin uygulanması sebebiyle mülteci ile göçmen arasındaki farkın ortaya konması gerekmektedir.

Göçmen bir tehdit ya da zulüm olmaksızın daha iyi bir yaşam sürmek amacıyla bir başka ülkeye giden kişiyi ifade etmektedir²⁵. Buradaki ayırt edici unsur ilgilinin bir zorlama olmaksızın kendi isteğiyle göç etmesidir. Göç ekonomik nedenlere dayandığında ilgili ekonomik göçmen olarak nitelendirilmektedir²⁶. Ancak özellikle AB'ye yapılan başvurularda zulümden kaçmak için yapılan sığınma talebi ile orada daha iyi bir yaşam sürmek amacıyla yerleşmek arzusu iç içe geçebilmekte ve bu nedenle insanî hukukun bir parçası olan iltica meselesi AB için artık bir güvenlik tehdidi olarak algılanmaktadır²⁷. Özellikle uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişiler henüz statü belirleme çalışmalarının devam ettiği dönemde de çalışma hakkı gibi bazı ekonomik haklar elde ettiği için göçmenler de iltica başvurusunda bulunabilmektedir. Dolayısıyla farkın netleştirilmesi göç olgusunun salt ekonomik nedenlerle yapıp yapılmadığı noktasında kendisini göstermektedir²⁸.

Göçmenlerin ekonomik nedenlerle bir zorlama olmaksızın göç etmesi, her durumda ekonomik nedenlerin siyasal nedenlerden kolayca ayrıştırılabileceği anlamına gelmemektedir. Açlıktan ve yoksulluktan kaçış bir zulmün sonucu da olabilmektedir²⁹. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere doğal afet sebebiyle veya temel sağlık hizmeti alamadığı için ya da bir devletin yaptığı eylemler yüzünden olmayan göçler uluslararası koruma

²³ Institut Europeen de l'Universite de Geneve: "The Protection of Refugees and Their Right to Seek Asylum in the European Union" 70 Collection Euryopa 2011 (<http://www.unige.ch/gsi/files/6614/0351/6348/Bacaian.pdf>) s. 19.

²⁴ EDWARDS, Alice: "Human Rights, Refugees, and the Right to Enjoy Asylum" 17 International Journal of Refugee Law 293 (2005) (<http://doi.org/10.1093/ijrl/eei011>) s. 329.

²⁵ ÖZEL (Uluslararası Koruma) s. 269.

²⁶ FOSTER, s. 12.

²⁷ THORNTON, Liam: "Law, Dignity & Socio-Economic Rights: The Case of Asylum Seeker in Europe 15 January 2014" s. 30 (<https://ssrn.com/abstract=2715957>)

²⁸ FOSTER, s. 7. Ülkelerin politik tercihleri de bir grubu tümüyle ekonomik göçmen olarak yaftalamalarına neden olabilmektedir. Örneğin ABD 1980li yıllarda Haitili sığınmacıları göçmen olarak nitelemiştir. Id. s. 2.

²⁹ Institut Europeen, s. 19.

tanımı içinde yer almayarak iç hukukun izin verdiği ölçüde gerçekleşmektedir³⁰.

Göçmen kavramı Türk hukukunda bambaşka bir anlamda ifadesini bulmaktadır. 5543 sayılı İskân Kanunu³¹ m. 3(d)'ye göre göçmen "Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu kanun gereğince kabul olunanlardır". Dolayısıyla göçmen Türkiye'ye yerleşmek, çalışmak üzere gelen yabancıları değil; Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olup göçmen statüsüyle Türkiye'ye kabul olunanları ifade etmektedir. Türk soyundan olma ve Türk kültürüne bağlı olma durumu Cumhurbaşkanı kararıyla tayin ve tespit etmektedir (İskân K. m. 7)³².

Türk hukukunda göçmen statüsünün sonucu Türk vatandaşlığına alınmadır. Türk Vatandaşlık Kanunu³³ m. 12(d)'ye göre göçmen statüsünde kabul edilen kişiler istisnai vatandaşlığa alınabilirler. Fakat İskân K. m. 8(4) çok açık ve net biçimde göçmen olarak kabul edilenlerin gerekli işlemlerin yapılmasının ardından Cumhurbaşkanı kararıyla vatandaşlığa alınacağını hükme bağlamıştır. Burada Vatandaşlık Kanunundaki gibi idareye verilmiş bir takdir hakkı yoktur; İskân Kanunu göçmenlere vatandaşlık verileceğini kanuni bir zorunluluk olarak öngörmektedir³⁴.

Dolayısıyla Türkiye'de göçmen statüsüyle yaşayan yabancı bulunmamaktadır. Göçmen statüsüyle Türkiye'ye kabul edilenler Türk vatandaşı olmaktadır. Bu itibarla Suriyelilerin Türkiye'de göçmen statüsü ile kabulü mümkün değildir.

V. GEÇİCİ KORUMA

Sığınma talepleri bireysel bazda ele alındığı için kitlesel halde yapılan sığınma başvurularında her bir kişi için bu başvurunun ayrı ayrı ele alınması mümkün değildir. Bu itibarla geniş kitleler halinde gelenler için acil koruma

³⁰ FOSTER, s. 9. 1951 BM Cenevre Sözleşmesinin geniş yorumu konusundaki tartışmalar için bkz. ÖZEL (Uluslararası Koruma) s. 270 vd.

³¹ RG. 26.09.2006-26301.

³² Türk kültürüne bağlı olma durumu Müslüman olmakla anlam kazanmaktadır. Türkiye'ye göçmen statüsü ile gelenlerin anadili Türkçe veya Türk dilinin akrabası olan dil topluluğu mensubudur. Bkz. DOĞANAY, Filiz: "Türkiye'ye Göçmen Olarak Gelenlerin Yerleşimi" www.balgoc.org/tr/gocmenyerlesim.html.

³³ RG. 12.06.2009-27256.

³⁴ Türk Vatandaşlık Kanunu ve İskân Kanununa göre göçmenlerin vatandaşlığa alınma meselesi hakkında bkz. BALKAR BOZKURT, Süheyla: "Göçmenlerin Türk Vatandaşlığını Kazanması" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. c. 13, S. 163-164, Mart-Nisan 2018, s. 77 vd.

tedbirlerinin uygulanması amacıyla pragmatik bir yöntem olarak geçici koruma yöntemi geliştirilmiştir³⁵.

Geçici koruma ile geniş kitleler için geri gönderme yasağı uygulanmakta ve asgari ölçüde koruma temin edilmektedir. Dolayısıyla ani ve büyük miktardaki nüfus hareketleri olduğunda mülteci statüsünün tanınması maliyet, güvenlik ve sınır yönetimi açısından devletleri tehdit ettiği için insani nedenlerle geçici koruma sistemi geliştirilmiştir. Ancak vurgulanmalıdır ki geçici koruma, uluslararası koruma yani mülteci ve ikincil koruma statüsü dışında mütalaa edilmektedir³⁶.

Avrupa Birliği Kosova krizinden³⁷ alınan dersle AET bünyesinde düzenleme yapılması çağrısında bulunmuş ve bunun neticesinde geçici koruma yönergesi hazırlanmıştır³⁸. Geçici Koruma Yönergesine göre geçici koruma, “menşe ülkesine dönemeyen ve üçüncü ülkeden ani ve geniş kitlesel akın halinde gelen veya pek yakında gelecek olan yerlerinden edilmiş kişiler için istisnai karakterde, derhal ve geçici koruma sağlayan prosedür” olarak işlem görmektedir (m. 2(a)). Yönerge açıkça geçici korumanın Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde mülteci statüsünün uygulanmasına engel teşkil etmediğine vurgu yapmıştır. Üye devletler geçici koruma hükümlerini geri gönderme yasağı (non-refoulement) ve insan haklarına uygun olarak uygulayacaktır (m. 3(1)(2)).

Geçici koruma süresi 1 yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre 6 aylık sürelerle uzatılabilir ancak maksimum süre 3 yıldır (m. 4(1)(2)).

Yönerge geçici korumadan yararlananların herhangi bir zamanda iltica başvurusunda bulunabileceklerini kabul etmiştir. Geçici koruma içinde değerlendirilemeyen başvurular geçici koruma süresinin bitiminde

³⁵ Bkz. UNHCR, Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements 2014.

³⁶ Guidelines on Temporary Protection, s. 2-3.

³⁷ Pek çok AB üyesi Kosovalılar için mülteci statüsü tanımayı askıya almış ve sadece geçici koruma temin etmiştir. Bkz. REEDS, Laura Anne: “Sixty Years in Limbo: The Duty of Host States to Integrate Palestinian Refugees Under Customary International Law” 81 New York University Law Review, 351 (2006) s. 363. Kosova Arnavutlarının durumu geniş kitlelere mülteci statüsü verilmediğinin sadece geçici koruma altına alındığının çarpıcı bir örneğini oluşturmaktadır. Bkz. HAILBRONNER, Kay: “Fifty Years of German Basic Law The New Departure for Germany” 53 Southern Methodist University SMU Law Review, 519 (2000) s. 537.

³⁸ Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof. (Official Journal of the European Communities 7.08.2001 L 212/12) (geçici koruma yönergesi olarak atıf yapılacaktır).

değerlendirilecektir (m. 17(2)). Geçici koruma süresi içinde iltica başvurusunda bulunan ve bu başvurusu reddedilen kişi için geçici koruma statüsü devam edecektir (m. 19(2)).

Yönerge tıpkı 1951 BM (Cenevre) Sözleşmesi gibi geçici koruma altına alınmayacak kişileri de belirlemiştir (m. 28). Buna göre

- (i) Uluslararası düzenlemelerde tanımlandığı üzere barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlemiş olduğuna
- (ii) Üye Ülke devletine gelmeden önce ciddi siyasi olmayan bir suç işlediğine
- (iii) Birleşmiş Milletler prensiplerine ve amaçlarına aykırı fiillerden suçlu bulunduğu

dair ciddi sebepler bulunan kişiler geçici korumadan yararlandırılmayacaktır (m. 28(a)). Bunun yanında ev sahibi ülkenin güvenliğine zarar vereceğine veya özellikle ciddi bir suçtan hüküm giydikten sonra ev sahibi Üye Devlet toplumuna zarar vereceğine dair makul sebepler bulunan kişiler de geçici korumadan mahrum bırakılabilecektir (m. 28(b)).

Geçici korumanın sona ermesinin ardından üye devletlerde genel yabancılar hukuku ve koruma kuralları hüküm sürecektir (m. 20). Geçici koruma maksimum sürenin ardından veya Konsey kararı ile sona ermektedir. Konsey kararı, menşe ülkeye güvenli ve kalıcı bir dönüşün sağlandığının tespiti üzerine alınmaktadır (m. 6(1)(2)).

Türk hukukunda da geçici koruma kavramı AB düzenlemesi örnek alınarak YUKK m. 91'de belirlenmiştir. Buna göre “Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir”. Ayrıca çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği³⁹ de geçici korumanın ayırt edici özelliklerini vurgulamaktadır. Buna göre ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönme imkânı olmayan, kitlesel halde sınırlarımızı geçmiş yabancıların uluslararası koruma talepleri bireysel olarak değerlendirilemeyeceği için acil ve geçici koruma tedbiri uygulanmaktadır (Geçici Koruma Yönetmeliği m. 1, 7). Geçici koruma bir uluslararası koruma değildir; tümüyle iç hukuka tâbi bir koruma tedbiridir. Yönetmelik geçici koruma altına alınanların uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş olmadığına ayrıca vurgu yapmıştır (m. 7(3)).

³⁹ RG. 22.10.2014-29153.

YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

Geçici Koruma Yönetmeliği Geçici m. 1 kimler için geçici koruma uygulanacağını açıkça belirlemektedir. Buna göre 28.04.2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmaz (Geçici m. 1 (1)). Bu kişilerden 20.03.2016 tarihinden sonra ülkemiz üzerinden düzensiz yollarla Ege adalarına geçmiş olan Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşlarından ülkemize geri kabul edilenlere koruma talep etmeleri halinde geçici koruma sağlanabilir (Geçici m. 1(6)). Dolayısıyla belirlenen tarihten sonra kitlesel halde sınırlarımızı geçen Suriyeliler kanunen geçici koruma altındadır. Burada Suriye'de meydana gelen olaylar yüzünden sınırlarımızı geçen kişiler Suriye vatandaşı olduğu gibi Suriye'deki vatansız ya da mülteciler de olabilirler.

Geçici koruma kararı Bakanlar Kurulu kararı (Cumhurbaşkanı) ile alınır⁴⁰ ve yine Cumhurbaşkanı kararı ile sonlandırılır⁴¹. Türk hukukunda AB hukukundan farklı olarak geçici korumanın maksimum süresi belirtilmemiştir. Bu itibarla ne kadar süre geçerse geçsin geçici koruma statüsü devam ettiği sürece, geçici koruma altında olanlar için uygulanacak statü bu olacaktır.

1951 BM (Cenevre) Sözleşmesi gibi Geçici Koruma Yönetmeliği de geçici koruma kapsamına alınamayacak kişileri belirlemiştir. Madde 8'e göre aşağıdaki kişiler geçici korumadan yararlandırılmaz, yararlandırılmışsa da geçici korumaları iptal edilir:

- a) "1951 Cenevre Sözleşmesinin 1(F) maddesinde belirtilen fiillerden⁴² suçlu olduğuna dair ciddi kanaat bulunanlar
- b) Türkiye dışında hangi saikle olursa olsun zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedenleri bulunanlar
- c) (a) ve (b) bentlerindeki suç veya fiillerin işlenmesine iştirak eden veya bu fiillerin işlenmesini tahrik edenler
- ç) Ülkesinde silahlı çatışmaya katılmış olduğu halde bu faaliyetlerini kalıcı olarak sonlandırmayanlar⁴³

⁴⁰ Geçici Koruma Yönetmeliği m. 9(1).

⁴¹ Geçici Koruma Yönetmeliği m. 11 (1).

⁴² Bkz. supra dn. 12 ve civarı.

⁴³ Bu fıkıradaki belirtilen kişiler silahlı çatışmaya katılmış ve silahlı faaliyetlerini kalıcı olarak sonlandırmışlarsa geçici koruma altına alınmakta ve geçici korumanın sonlanmasıyla

- d) Terör eyleminde bulunduğu veya planladığı ya da bu eylemlere iştirak ettiği tespit edilenler
- e) Ciddi bir suçtan mahkûm olarak topluma karşı tehdit oluşturabileceği değerlendirilenler ile milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğu değerlendirilenler
- f) Türkiye’de işlenmesi halinde hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları daha önce işleyen ve bu suçun cezasını çekmemek için menşe ve ikamet ülkesini terk edenler
- g) Uluslararası mahkemelerce hakkında insanlık suçu işlediğine dair karar verilmiş kişiler
- ğ) Türk Ceza Kanununun 4. Kısım, 7. Bölümünde yer alan devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarını işleyen kişiler”.

Geçici koruma sonlandırıldığında geçici koruma altında olanların (i) ülkelerine dönmesine, (ii) koşullarını taşıdıkları statünün toplu olarak verilmesine ya da bireysel olarak uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesine, (iv) YUKK kapsamında belirlenecek koşullarda Türkiye’de kalmalarına izin verilebilir⁴⁴. Bu bağlamda geçici koruma statüsünün sonlanmasının en önemli sonucu geçici koruma altında olanların ülkelerine dönüşüdür. Bunun mümkün olmadığı hallerde ise Suriyeliler yalın yabancı olarak diğer yabancıların tâbi olduğu kurallara tâbi tutulacaktır. Bireysel olarak şartlarını taşıyanlar uluslararası koruma yani şartlı mülteci ve ikincil koruma başvuruları yapabilirler. Ancak hemen vurgulanmalıdır ki geçici koruma statüsünün sonlandırılmasının sonucu Suriyelileri Türk vatandaşlığına alma değildir.

Geçici Koruma Yönetmeliği m. 12 bireysel olarak geçici koruması sonlandırılacak veya iptal edilecek kişileri belirlemiştir. Buna göre geçici korunanların

- a) Kendi isteğiyle Türkiye’den ayrılması
- b) Üçüncü bir ülkenin korumasından faydalanması
- c) Üçüncü bir ülkeye insani nedenler veya yeniden yerleştirme kapsamında kabul edilmesi ya da üçüncü bir ülkeye çıkış yapması
- ç) ölmesi

birlikte bireysel olarak uluslararası koruma statüsüne kavuşmaktadır (Geçici Koruma Yönetmeliği m. 14(3)).

⁴⁴ Geçici Koruma Yönetmeliği m. 11(2) (a,b,c).
 YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

d) kanunda yer alan diğer yasal kalış türlerinden birisi ile kalış hakkı kazanması

e) Türk vatandaşlığını kazanması

hallerinde geçici koruma bireysel olarak sona erer⁴⁵.

Görüldüğü üzere kendi isteğiyle Türkiye'den ayrılmak başlı başına geçici korumanın sonlanma sebebidir. Ancak uygulamada özellikle dini bayramlarda belirlenen tarihlerde Suriyelilerin Suriye'deki akrabalarını ziyaretlerine izin verilmektedir. Kendi isteğiyle Türkiye'den ayrılan Suriyeliler yine kendi istekleriyle Türkiye'ye dönmekte ve geçici koruma statülerini devam ettirmektedir. İlgilinin kaçtığı ülkeye bu şekilde kendi isteğiyle dönmesi ve orada bir süre yaşadktan sonra tekrar Türkiye'ye gelmesi, bir başka ifadeyle kaçtığı ülke ile sığındığı ülke arasında gidiş-gelişlerde bulunması geçici koruma kavramının özülle bağdaşmamaktadır.

Diğer yandan Geçici Koruma Yönetmeliği m. 12'ye 2019 Aralık'ta iki yeni fıkra eklenmiştir. Bunlardan (e) fıkrası Türk vatandaşlığının kazanılmasıdır. Vatandaş olmakla geçici korumanın kalkacağı hususu maddeye böyle bir fıkra eklenmeden önce de tartışmasız gerçekleşmekteydi. Eklenen (d) fıkrası ise YUKK'da yer alan bir ikamet türüyle Türkiye'de kalış hakkı kazananların geçici korumasının sonlanmasını, bir başka ifadeyle onların yalın yabancı olmasını ifade etmektedir. Ancak YUKK'taki kalış türlerinin Geçici Koruma Yönetmeliği m. 25 çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Zira Yönetmelik m. 25 geçici koruma kimlik belgesinin Türkiye'de kalış hakkı sağladığını belirttiikten sonra, bu belgenin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'ndaki ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmadığını ve uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanımadığını açıkça vurgulamıştır. Buna göre geçici koruma altında olanların Türkiye'deki kalış süreleri ne olursa olsun uzun dönem ikamet izni almaları mümkün değildir. YUKK'ta belirtilen diğer ikamet izinleri kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni, öğrenci ikamet izni, insani ikamet izni ve insan ticareti mağduru ikamet iznidir (m. 30). Geçici koruma altında olan Suriyeliler için insani ikamet izni ve insan ticareti mağduru ikamet izinlerine geçiş söz konusu olmayacaktır. Diğer kalış türlerinden biri ile kalış hakkı kazanması daha ziyade aile ikamet izni için uygulama imkânı bulacaktır. Zira YUKK m. 34'e göre bir Türk vatandaşı, mavi kartlı veya ikamet izni sahibi bir yabancı ya da mülteci veya ikincil koruma statüsü

⁴⁵ Usulü yükümlülüklerin yerine getirilmemesi de bir iptal sebebidir. Geçici Koruma Yönetmeliği m. 12(3)'e göre "mazeretsiz olarak bildirim yükümlülüğünü üç defa üst üste yerine getirmeyenlerin geçici korumaları valilik tarafından iptal edilir".

sahibi biriyle evli olan bir yabancı aile ikamet izni alabilecektir. Dolayısıyla bu sayılan kategorilerden biri ile evli olan Suriyeli ve onun ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu da üç yıl aşmayacak süreyle aile ikamet izni alabilecektir⁴⁶.

VI. SURİYELİLERİN VATANDAŞLIĞA ALINMASI MESELESİ

Suriyelilerin Türkiye’ye gelişlerinden çok kısa bir süre sonra onların artık kalıcı olduğu, geri dönmeyeceği ve Türk vatandaşlığına alınmaları gerektiği dillendirilmiştir. Bu noktada geçici koruma altına alınanların vatandaşlığa alınmasının zorunlu olup olmadığının sorulması ve vatandaşlık kavramının uluslararası hukuk ve ulusal hukuk açısından irdelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle vurgulanmalıdır ki uluslararası koruma altında olanların yani mülteci statüsünde bulunanların dahi vatandaşlığa alınma zorunluluğu yoktur. Mültecilerle ilgili BM Cenevre Sözleşmesi m. 34 mültecilerin asimilasyonu ve vatandaşlığa alınma işlemlerinin her türlü imkân dahilinde kolaylaştırılmasını, işlemlerin çabuklaştırılmasını ve masrafların azaltılmasını öngörmektedir⁴⁷. Dolayısıyla mültecilerin vatandaşlığa alınma zorunluluğu yoktur. Diğer yandan taraf devletler mülteciler için, vatandaşlığa alma kistaslarını da değiştirmek durumunda değildir⁴⁸. Vatandaşlığa alınma uzun-dönem mülteciler için ev sahibi ülke ile entegrasyonda kabul edilen bir uygulamadır⁴⁹. Uzun-dönem mülteci sıfatı ise bir nesil içinde güvenli olarak geri dönemeyen mülteciler için kullanılmaktadır⁵⁰. Bu itibarla ancak uzun dönem mülteci statüsüne sahip olanlar artık ev sahibi ülke toplumunun bir parçası olduğunda, dilini ve kültürünü benimsediğinde vatandaşlık gündeme gelebilmektedir. Ancak bu durumda dahi ev sahibi ülkenin 1951 Sözleşmesi çerçevesinde mülteciye vatandaşlık verme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

⁴⁶ Aile ikamet izni şartları için bkz. YUKK m. 35.

⁴⁷ Maddede yer alan asimilasyon kelimesi Resmi Gazete yayımında “imtisal eylemek” olarak, İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün internet sitesinde ise “özümleme” olarak ifade edilmiştir. Maddenin İngilizce metni şöyledir: “The Contracting States shall as far as possible facilitate the assimilation and naturalization of refugees. They shall in particular make every effort to expedite naturalization proceeding and to reduce as far as possible the charges and costs of such proceedings.”

⁴⁸ HATHAWAY, James: *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, s. 985.

⁴⁹ REEDS, s. 363.

⁵⁰ *Id.* s. 365.

Dolayısıyla mülteciler için dahi vatandaşlığa alma zorunluluğu yok iken, geçici koruma altında olanların Türk vatandaşlığına alınması gerektiği hukuken savunulamaz.

A. Vatandaşlık kavramı

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi⁵¹ m. 2'ye göre “vatandaşlık kişi ile devlet arasındaki hukuki bağ anlamına gelir ve kişinin etnik kökenini göstermez”. Dolayısıyla vatandaşlık kavramı devlet ile kişi arasında o devlet tarafından tanınmış bir hukuki ilişkiyi ifade etmektedir.⁵²

Vatandaşlık kişi ile devlet arasındaki bağı tanımladığı için vatandaş ile yabancı arasındaki en önemli farklılık sadakat noktasında kendini göstermektedir. Yabancı bulunduğu ülkenin kanunlarına uymakla yükümlü iken vatandaş, vatandaşlığını taşıdığı devlete sadakat borcu altındadır.⁵³

Vatandaşlık kavramının anlamı ve devletle kişi arasında kurulan hukuki bağın niteliği Uluslararası Adalet Divanı'nın Nottebohm⁵⁴ kararında belirlenmiştir. Mahkemeye göre vatandaşlık kişiye haklar sağladığı gibi vatandaşlığını taşıdığı devlete karşı da yükümlülükleri ifade etmektedir⁵⁵. Bu itibarla vatandaşlık karşılıklı hak ve yükümlülükleri bulunan, gerçek menfaat ve duygu bağlantısı olan, toplumsal bağlılık vakıasına dayanan hukuki bağıdır⁵⁶. Uluslararası Adalet Divanı'nın açıkça vurguladığı üzere “vatandaşlığa alınma hafife alınacak bir mesele değildir”⁵⁷. Vatandaşlık başvurusu ve vatandaşlığa alınma insan hayatında sıklıkla karşılaşılan durum değildir. Yeni bir sadakat ilişkisinin kurulması söz konusudur. Bu durum kişinin kaderinde çok önemli sonuçlara ve derin değişikliklere yol açmaktadır. Vatandaşlık iktisabının bireyin sadece lafta kalan bir tercihi olmadığını; gerçek, etkili ve ciddi sonuçları olduğu göz ardı edilmemelidir⁵⁸.

⁵¹ European Convention on Nationality, European Treaty Series No. 166. www.coe.int (2.04.2020)

⁵² Explanatory Report to the European Convention on Nationality, Strasbourg 6.11.1997, pr. 23. www.coe.int (2.04.2020)

⁵³ Vatandaşlık kavramının nitelik ve içeriği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. NÖMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2019, s. 19 vd; GÜNGÖR, Gülin: Tâbiyet Hukuku, Ankara 2019, s. 3 vd.

⁵⁴ Liechtenstein v. Guatemala (Nottebohm Case) 6 Nisan 1955, International Court of Justice Reports, 1956, s. 1.

⁵⁵ Id. s. 20.

⁵⁶ Id. s. 23.

⁵⁷ Id. s. 24.

⁵⁸ Id. s. 24.

Devletin söz konusu hukukî bağı kimlerle tesis edeceğine karar verme yetkisi vardır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi her devletin kendi vatandaşlarını kendi kanunlarına göre belirleme hakkı olduğunu açıkça hükme bağlamıştır (m. 1). Ancak bu hukukun diğer devletler tarafından tanınması ancak uluslararası sözleşmelere, milletlerarası teamül hukukuna ve vatandaşlıkla ilgili kabul edilen hukuk prensiplerine uygun olması halinde geçerli olacaktır. Dolayısıyla devletin kimlere vatandaşlık vereceği keyfi düzenlemelerle yapılamaz. Anayasa m. 66/III'te belirtildiği üzere “Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır”⁵⁹.

Bu noktada vatandaşlığın sosyal gerçeklerle olan bağlantısının da vurgulanması gerekmektedir. Zira vatandaşlık sosyal bir olayın hukukî ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla toplumla sosyolojik ilişkisi olmayan kişilerin soyut hukuk kurallarıyla vatandaşlığa alınmaları mümkün değildir. Kanun koyucunun vatandaşlık kanununu düzenlerken sosyolojik gerçeklerden hareket etmesi gerekmektedir. Ancak bu sosyolojik gerçeklere uygun vatandaşlık kanunu milletlerarası alanda geçerli kabul edilecektir⁶⁰. Aynı şekilde vatandaşlığa alınacak kişinin o devletle kuracağı bağı da sosyal gerçekliğe uygun olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle vatandaşlığa alınacak kişi, yeni millet kimliğinin (identity of nation) bir parçası olmalıdır. Millet kimliğini oluşturan unsurlar dil, kültür ve geleneksel değerler olarak kendini göstermektedir⁶¹.

B. Türk Hukukuna Göre Vatandaşlığa Alınma

Türk Vatandaşlık Kanunu (TVK)⁶² m. 10 vd hükümlerinde yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına geçişin koşullarını belirlemektedir. Kanun genel vatandaşlık ve istisnai vatandaşlık olmak üzere iki ayrı grupta koşulları belirlemektedir. Genel olarak vatandaşlığa alınma olağan kazanma yolu olarak m. 11 şartlarını taşıyan yabancıların İçişleri Bakanlığı kararıyla Türk vatandaşlığını kazanmasını düzenlemektedir. Kanuni şartların varlığı Türk vatandaşlığına müracaat hakkı vermekte ancak vatandaşlığa alınmayı zorunlu kılmamaktadır. Bu noktada idarenin takdir hakkı vardır. Suriyelilerin Türk vatandaşlığını olağan yolla kazanmalarının mümkün olup

⁵⁹ ÖZEL, Sibel: “Suriyeli Sığınmacıların Kitlesele Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi” İstanbul Barosu Dergisi, c. 91, S. 2017/3, s. 18-19.

⁶⁰ GÖĞER, Erdoğan: “Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XXVII, 1970, s. 190.

⁶¹ HAILBRONNER, s. 533.

⁶² RG. 29/05/2009-27256.

olmadığını irdelemek için m. 11 koşullarını incelemek gerekir. Bu noktada değerlendirilmesi gereken şart m. 11(b)'dir⁶³. Buna göre başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek gerekmektedir.

TVK m. 15 yabancı Türkiye'de ikamet etmesinin ne anlama geldiğini şöyle açıklamaktadır. "Bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de oturmaktır". Aynı şekilde Türk Vatandaşlık Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁶⁴ m. 3(h) ikameti ancak yasal ikamet izni olarak görmektedir. Bu durumda yabancı Türkiye'de yasal ikamet iznine sahip olması gerekmektedir. Yasal ikamet izni YUKK çerçevesinde alınan ikamet izni anlamına gelmektedir. Zira Yönetmelik m. 16(c)'ye göre "yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye'de yerleşim niyetini göstermeyen; sığınma veya irtica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan" kişilerin başvurusu kabul edilmez. Aynı düzenleme Yönetmelik m. 71(1)(ç)'de de yinelenmiş ve bu kişilerin Türkiye'de ikamet etmesinin Türk vatandaşlığının kazanılmasında geçerli ikamet olarak kabul edilmeyeceği açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla diğer sığınmacılar gibi Suriyeliler de Türkiye'de kalış süreleri beş yıldan fazla da olsa Türk vatandaşlığına başvuru şartını yerine getiremeyeceklerdir.

Geçici Koruma Yönetmeliği m. 25 çok net bir biçimde "geçici koruma kimlik belgesi Türkiye'de kalış hakkı sağlar. Ancak bu belge Kanunda düzenlenen ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmaz. Uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanımaz, süresi ikamet izni kapsamında dikkate alınmaz ve sahibine Türk vatandaşlığına müracaat hakkı sağlamaz" ifadeleriyle geçici koruma altında olan Suriyelilerin Türk vatandaşlığına müracaat hakkı olmadığını ortaya koymuştur. Dolayısıyla Suriyeliler Türkiye'de kalış süreleri ne olursa olsun genel vatandaşlığa alınma yöntemiyle Türk vatandaşlığına alınamazlar.

Türk hukukunda vatandaşlık iktisabının bir diğer yolu istisnai yolla vatandaşlığa alınmadır. TVK m. 12 kanunda belirlenmiş belirli kategori yabancı m. 11'de belirlenen şartlar aranmaksızın istisnai olarak Türk vatandaşlığına alınabileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla Türkiye'de beş yıl ikamet etmeyen, Türkçe konuşamayan yabancılar da bu kategorilerden birine giriyorsa Türk vatandaşlığına alınmak üzere müracaatta bulunabilir. Bu kategoriler şunlardır:

⁶³ Diğer şartlar ile birlikte ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL (Vatandaşlık) s. 20 vd.

⁶⁴ RG. 06.04.2010-27544.

- a) Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıkların haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler

Bu hüküm kitlesel halde Suriyelilerin vatandaşlığa alınmalarına imkân vermemektedir. Ancak Suriyeliler arasında bireysel olarak bu fıkra hükmüne girenler istisnai yolla vatandaşlığa alınabilirler.

- b) 2013 tarihli ve 6548 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31. Maddesinin 1. Fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu

YUKK m. 32(1)(j) bendine göre kısa dönem ikamet izni alacak olan kişiler Türkiye'de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğudur. Buradaki yatırım miktarı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 20(2)'de belirlenmiştir⁶⁵. Suriyelilerin bu hükümlerle vatandaşlığa alınmaları mümkün değildir. Zira belli miktarda yatırım yapan yabancıların YUKK m. 31(j) uyarınca kısa dönem ikamet izni almaları sağlanmakta ve bu kişiler isterlerse vatandaşlığa alınma başvurusunda bulunabilmektedir. Oysa Suriyeliler yukarıda da belirtildiği üzere geçici koruma altındadır, geçici koruma kimlik belgesi ikamet izni yerine geçmez ve bu belgelere eşdeğer sayılmaz. Türkiye'ye yatırım yapacak yabancıları çekmek için getirilen hüküm Suriyeli sığınmacıların durumu ile ilgili değildir.

İstisnai yolla vatandaşlığa alınmayı temin eden TVK m. 12(b) hükmünün ikinci bölümünü turkuaz kart sahipleri oluşturmaktadır. Turkuaz kart, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu (UİK)⁶⁶ m. 3(1)(ğ) maddesine göre yabancıya Türkiye'de süresiz çalışma hakkı, mevcut mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren belgedir. UİK m. 11(6)'ya göre geçici koruma sağlanan yabancılarla turkuaz kart verilmaz. Dolayısıyla Suriyeliler turkuaz kart alamadığı için buna binaen istisnai yolla Türk vatandaşlığını da kazanamazlar.

- c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülenler

⁶⁵ Vatandaşlığa alınma kistasının kanunda değil de Yönetmelikte belirlenmesi ile ilgili eleştiriler için bkz. ÖZEL (Vatandaşlık) s. 24.

⁶⁶ RG. 13.08.2016-29800.

Bu hüküm idarenin hikmet-i hükümet anlayışı ile Türk vatandaşlığına alınmasına gerek duyulan yabancıların kolay ve hızlı bir şekilde vatandaşlığına alınmasına imkân tanımaktadır⁶⁷. Suriyelilerin bu kategoriye girmediği tartışmasızdır. Hatta kitlesel olarak vatandaşlığına alınmaması bir zaruret olarak kendisini göstermektedir. Ancak belirtilmelidir ki Türkiye'de vatandaşlığına alınan Suriyeliler bulunmaktadır⁶⁸. Onlar için kanuni tek dayanak bu hüküm olmaktadır. Bireysel olarak vatandaşlığına alınan Suriyelilerin ne açıdan vatandaşlığına alınmalarının zaruri görüldüğünün cevabı bulunmamaktadır.

d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler

Yukarıda açıklandığı üzere İskân Kanunu m. 3(d) kapsamında olan kişiler ancak göçmen olarak kabul edilirler. Dolayısıyla Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan bir yabancıнын göçmen statüsü ile Türkiye'ye kabulü mümkün değildir. İskân Kanunu m. 8 uyarınca göçmenler vatandaşlığına alınırlar. Vatandaşlık Kanunu da aynı şekilde göçmenlerin istisnai yolla vatandaşlığına alınabileceğini öngörmüştür. Her iki kanun da göçmenlerin Türk vatandaşlığına geçişini hükme bağlamıştır; dolayısıyla göçmen statüsüyle yaşayan yabancı yoktur. Suriyeliler prensip olarak İskân Kanununda tanımlanan göçmen kıstaslarını gerçekleştirmemektedir; Türkiye'ye yerleşme niyetiyle kabul edilmemiştir. Arap kökenli ve Arapça konuşan Suriyelilerin bu madde hükmünden yararlanması mümkün değildir.

Vatandaşlığına alınmanın bir başka yolu evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasıdır. TVK m. 16'a göre prensip olarak bir Türk vatandaşı ile evlenmek yabancıya Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak en az üç yıldır bir Türk vatandaşı ile evli olanlar bu evlilik birliği içinde yaşadıkları, evlilik birliği ile bağdaşmayan bir faaliyette bulunmadıkları ve milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından bir engel teşkil edecek bir hali bulunmamak kaydıyla vatandaşlığına alınabilirler. Suriyelilerden bu şartları taşıyanlar evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. Elbette ki burada zikredilen evlenme hukuken geçerli olan ve Medeni Kanuna göre gerçekleşen nikâh akdini ifade etmektedir.

⁶⁷ NOMER, s. 90. Zaruri hal örnekleri için bkz. GÜNGÖR, s. 113 vd.

⁶⁸ 30 Aralık 2019 tarihi itibarıyla Türk vatandaşlığına alınan Suriyeli sayısı 110000 olarak verilmektedir. www.multeciler.org.tr (28.03.2020).

C. Suriyelilere Kitlesele Olarak Vatandaşlık Verilmesi Önermesinin Hukuken Değerlendirilmesi

Suriyelilerin kitlesele olarak Türk vatandaşlığına alınması gerektiği hususu gerek içeriden gerekse dış kaynaklardan yüksek sesle savunulmaktadır⁶⁹. Milyonlarca Suriyelinin artık Suriye'ye dönme imkânının olmadığı algısı ile vatandaşlığa alınma bir sebep-sonuç ilişkisi olarak sunulmaktadır. Oysa böylesi büyük sayıda yabancıнын bir kararla vatandaşlığa alınması toplumsal, ekonomik pek çok sorunu beraberinde getirecek, çözümlenmesi imkânsız sorunlar yıllar içinde artarak iç kavgalara ve karışıklıklara yol açacaktır. Sorunun toplumsal, psikolojik ve ekonomik yanının ayrıca irdelenmesi gerekmektedir⁷⁰.

Ancak meseleye hukuksal açıdan baktığımızda Suriyelilerin kitlesele olarak vatandaşlığa alınmasının geçici korumanın özülle bağdaşmadığı gibi vatandaşlık kavramının içeriği ile bağdaşmadığı görülmektedir. Öncelikle vurgulanmalıdır ki vatandaşlığa alınma siyasi kararların ötesinde hukuki anlam ve işleve sahiptir. Vatandaşlık kişiyi devlete bağlarken bir sadakat yükümlülüğü doğurmaktadır⁷¹. Bu yükümlülük tesisi her şeyden önce ilgilinin, vatandaşlığını kazanacağı devletin toplumunun bir parçası olmasını; o toplumun değerler sistemini benimsemesini; dilini, kültürünü ve tarihini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu itibarla Türkçe konuşamayan ve yazamayan, Türk toplumu ve laik Türkiye Cumhuriyeti'nin değerler sistemi ile çatışan bir yabancıнын vatandaşlığa alınması Türk hukukuna aykırı olduğu gibi Uluslararası Adalet Divanı'nın yukarıda ele alınan Nottebohm kararında belirlediği esaslara da aykırılık teşkil eder.

Dolayısıyla Türk toplumunun bir parçası haline gelmeyen, ortak bir gelecek hayali kurmayan, bir tehdit karşısında birlikte ve dayanışma içinde mücadele etme düşüncesi olmayan kişilerin bireysel olarak dahi vatandaşlığa alınmamaları gerekirken; milyonlarca yabancıya geçici koruma statüsünün sonlandırılmasıyla vatandaşlık verilmesi hukuken savunulamaz. Bu durum hem iç hukuka hem de uluslararası hukuka aykırıdır. Vatandaşlığa alınma mülteciler için dahi zorunlu değil iken geçici koruma

⁶⁹ Bkz. www.yenisafak.com (14 Kasım 2019); www.tele1.com (15 Kasım 2019); www.krttv.com.tr (10 Aralık 2019); www.yenicaggazetesi.com.tr (13 Aralık 2019)

⁷⁰ Nüfusunun önemli bir bölümünü kaybeden Suriye'nin iç karışıklıktan kurtulduktan sonra, Türkiye'deki Suriyelilerin yurtlarına dönmesi öncelikle Suriye Devleti açısından toplumsal ve ekonomik yarar sağlayacaktır. Suriye'yi hâlâ vatanları olarak gören Suriyeliler de ait olduğu toplumda yaşamının verdiği huzur ve güvenle hareket edecektir.

⁷¹ Amerikan ya da Birleşik Krallık vatandaşı olabilmek için ayrıca sadakat yemini edilmektedir. Bu yemin metinleri için bkz. ÖZEL (Vatandaşlık) s. 28,30.

altındaki milyonlarca Suriyeli için bunun savunulması hukuki temelden yoksun olduğu gibi tümüyle siyasi hesaplara dayanmakta ve Suriyelilerin AB ülkelerine iltica ve göç başvurularını ortadan kaldırma gayesi gütmektedir.

KAYNAKÇA

- BALKAR BOZKURT, Süheyla: “Göç ve İltica Hukukunda Terminoloji Sorunu ve Uluslararası Koruma Statüleri” in Göç, İltica ve Hukuk Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2018, s. 1.
- BALKAR BOZKURT, Süheyla: “Göçmenlerin Türk Vatandaşlığını Kazanması” Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. c. 13, S. 163-164, Mart-Nisan 2018, s. 77.
- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği: Mülteci Statüsünün Belirlenmesinde Uygulanacak Ölçütler ve Usuller Hakkında El Kitabı, 2013 (El Kitabı olarak atıf yapılacaktır).
- CHERUBINI, Francesco: Asylum Law in the European Union 2015.
- EDWARDS, Alice: “Human Rights, Refugees, and the Right to Enjoy Asylum” 17 International Journal of Refugee Law 293 (2005) (<http://doi.org/10.1093/ijrl/eei011>)
- HATHAWAY, James: The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, 2005.
- FITZPATRICK, Joan/BONOAN, Rafael: Cessation of Refugee Protection in Refugee Protection in International Law UNCHR’s Global Consultation on International Protection edited by Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson, Cambridge University Press, 2003, s. 491.
- FOSTER, Michelle: International Refugee Law and Socio-Economic Rights, Cambridge University Press, 2007.
- GILBERT, Geoff: Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses in Refugee Protection in International Law. UNHCR’s Global Consultations on International Protection edited by Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson, Cambridge University Press, 2003, s. 425.
- GÖĞER, Erdoğan: “Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XXVII, 1970, s. 190.
- GÜNGÖR, Gülin: Tâbiyet Hukuku, Ankara 2019.
- HAILBRONNER, Kay: “Fifty Years of German Basic Law The New Departure for Germany” 53 Southern Methodist University SMU Law Review, 519 (2000).
- NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2019.

- ÖZEL, Sibel: “Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi” Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, c. 37/S.2/Yıl: 2018, s. 249. (Uluslararası Koruma)
- ÖZEL, Sibel: “Suriyeli Sığınmacıların Kitlesel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi” İstanbul Barosu Dergisi, c. 91, S. 2017/3, s. 14. (Vatandaşlık)
- ÖZEL, Sibel: “Geri Kabul Anlaşması Karşılığında Türk Vatandaşlarının AB Üyesi Ülkelere Vizesiz Seyahat Edeceği İddiasının Açıklamalı Yol Haritası Hükümleri Çerçevesinde Ele Alınması” İstanbul Barosu Dergisi, c. 90, S. 2016/1, s. 16.
- ÖZTÜRK, Neva Övünç: Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Statülerinin Belirlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme in Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016, Editörler: TIRYAKIOĞLU/AYGÜN/ÖNAL/ALTIPARMAK/KAYA, Yetkin Yayınları 2016, s. 141.
- REEDS, Laura Anne: “Sixty Years in Limbo: The Duty of Host States to Integrate Palestinian Refugees Under Customary International Law” 81 New York University Law Review, 351 (2006).
- THORNTON, Liam: “Law, Dignity & Socio-Economic Rights: The Case of Asylum Seeker in Europe 15 January 2014” (<https://ssrn.com/abstract=2715957>)
- UNHCR: Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements 2014 (Guidelines on temporary protection)
www.krttv.com.tr (10 Aralık 2019)
www.tele1.com (15 Kasım 2019)
www.yenicaggazetesi.com.tr (13 Aralık 2019)
www.yenisafak.com (14 Kasım 2019)

*** KORONAVİRÜS SALGINI DÖNEMİ VERGİ GELİŞMELERİ**
(*TAX DEVELOPMENTS DURING THE CORONAVIRUS EPIDEMIC PERIOD*)

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk * **

ÖZ

2019 senesi sonundan itibaren dünyayı etkileyen koronavirüs salgınının etkilerinden bir tanesi de vergi alanında olmuştur. Mart-2020 tarihinden itibaren alınan vergi önlemleri ve bunların vergi idaresi ve mükellefler bakımından etkileri ile ilgili değerlendirmeler bu çalışmada yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Vergi Hukuku, Koronavirüs, Mükellef, Mücbir Sebep*

ABSTRACT

One of the effects of the coronavirus epidemic that has effected the world since the end of 2019 has been in the tax area. The tax measures taken since March-2020 and their effects on tax administration and taxpayers are stated in this study.

Keywords : *Tax Law, Coronavirus, Taxpayer, Force Majeure.*

Koronavirüs salgını (Covid-19) döneminde diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de çeşitli düzenlemeler getirilerek vergiler alanında tedbirler alınmaya çalışılmıştır. Bunlar tarih sırasına göre şu şekilde tespit edilebilir:

- 17 Mart 2020 tarihli 125 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri ile 31 Mart 2020 günü sonuna kadar verilmesi gereken 2019 takvim yılına ait Yıllık Gelir Vergisi beyannamelerinin verilme süreleri ile bu beyannameler üzerine tahakkuk eden vergilerin ödeme süreleri 30 Nisan 2020 Perşembe günü sonuna kadar uzatılmıştır.
- 19.3.2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı duyurusu kapsamında kredi kartı ile İnteraktif Vergi Dairesi üzerinden veya anlaşmalı bankalar aracılığıyla ödenebilen vergi, harç ve idari para cezası ile değerli kâğıt bedellerine ilişkin ödemeler 10.04.2020 tarihine kadar

[†] Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.05.2020. İlk hakem raporu tarihi: 20.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 02.06.2020. Onaylanma Tarihi: 02.06.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5672-3553.

Esere Atıf Şekli: Hakan Üzeltürk, “Koronavirüs Salgını Dönemi Vergi Gelişmeleri”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.735-747.

vergi dairesi vezneleri yerine İnteraktif Vergi Dairesi üzerinden veya anlaşmalı bankalar aracılığıyla yapılacaktır.

- 19.3.2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı duyurusu kapsamında Kurumlar vergisi mükelleflerinin vergi ödemeleri vergi dairelerinin vezneleri yerine alternatif ödeme kanalları (İnteraktif Vergi Dairesi, anlaşmalı bankalar ve PTT) kullanmak suretiyle gerçekleştirilecektir.
- 19.3.2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı duyurusu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kişiler, potansiyel vergi kimlik numarası taleplerini İnteraktif Vergi Dairesi'nin web (ivd.gib.gov.tr) uygulaması üzerinden gerçekleştirecek ve potansiyel vergi kimlik numarası elektronik ortamda oluşturularak kendilerine tevsik edici resmi belge söz konusu uygulama üzerinden sunulacaktır.
- 22 Mart 2020 tarihli ve 2278 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yurtiçi hava yolu ile yolcu taşımacılığı hizmetinde KDV oranı, 01.04.2020 ile 30.06.2020 tarihleri arasında (30.06.2020 dahil) %1 oranına indirilmiştir.
- 22 Mart 2020 tarihli ve 2279 sayılı İcra ve İflas Takiplerinin Durdurulması Hakkında Cumhurbaşkanı Kararı'na göre, "COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını önlemek amacıyla alınan tedbirler kapsamında; bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihten 30.4.2020 tarihine kadar, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere, yurt genelinde yürütülmekte olan tüm icra ve iflas takiplerinin durdurulmasına ve bu çerçevede taraf ve takip işlemlerinin yapılmamasına, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınmamasına ve ihtiyati haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesine karar verilmiştir."
- 23 Mart 2020 tarihli 126 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri ile 26 Mart 2020 günü sonuna kadar verilmesi gereken Katma Değer Vergisi Beyannamelerinin verilme süreleri ile bu beyannameler üzerine tahakkuk eden vergilerin ödeme süreleri 24 Nisan 2020 Cuma günü sonuna kadar; 31 Mart 2020 günü sonuna kadar verilmesi gereken 2020/Şubat dönemine ilişkin "Form Ba" ve "Form Bs" bildirimlerinin verilme süresi 30 Nisan 2020 Perşembe günü sonuna kadar; 31 Mart 2020 günü sonuna kadar oluşturulması ve imzalanması gereken e-Defterlerin oluşturulma ve imzalanma süresi ile aynı sürede Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşlem Sistemine yüklenmesi gereken "Elektronik Defter Beratları"nın yüklenme süresi 30 Nisan 2020 Perşembe günü sonuna kadar uzatılmıştır.

- 24 Mart 2020 tarihinde yayınlanan 518 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile salgından ve buna karşı alınan tedbirlerden etkilenenler mükelleflerin mücbir sebep imkânından faydalandırılmaları öngörülmüştür.

Madde 3: “(1) 213 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin Hazine ve Maliye Bakanlığına verdiği yetkiye istinaden;

a) Ticari, zirai ve mesleki kazanç yönünden gelir vergisi mükellefiyeti bulunan mükelleflerin,

b) Koronavirüs salgınından doğrudan etkilenen ve ana faaliyet alanı itibarıyla; alışveriş merkezleri dahil perakende, sağlık hizmetleri, mobilya imalatı, demir çelik ve metal sanayii, madencilik ve taş ocakçılığı, bina inşaat hizmetleri, endüstriyel mutfak imalatı, otomotiv imalatı ve ticareti ile otomotiv sanayii için parça ve aksesuar imalatı, araç kiralama, depolama faaliyetleri dahil lojistik ve ulaşım, sinema ve tiyatro gibi sanatsal hizmetler, matbaacılık dahil kitap, gazete, dergi ve benzeri basılı ürünlerin yayımcılık faaliyetleri, tur operatörleri ve seyahat acenteleri dahil konaklama faaliyetleri, lokanta, kıraathane dahil yiyecek ve içecek hizmetleri, tekstil ve konfeksiyon imalatı ve ticareti ile halkla ilişkiler dahil etkinlik ve organizasyon hizmetleri sektörlerinde faaliyette bulunan mükelleflerin,

c) Ana faaliyet alanı itibarıyla İçişleri Bakanlığınca alınan tedbirler kapsamında geçici süreliğine faaliyetlerine ara verilmesine karar verilen işyerlerinin bulunduğu sektörlerde faaliyette bulunan mükelleflerin,

1.4.2020 ila 30.6.2020 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasında mücbir sebep halinde olduğunun kabul edilmesi uygun bulunmuştur.

(2) Birinci fıkrada bahsi geçen ana faaliyet alanlarının tespit edilmesinde bu Tebliğin yayımı tarihi itibarıyla vergi dairesi kayıtlarındaki ana faaliyet kodu dikkate alınır.

(3) Mükellefin vergi dairesi kayıtlarındaki ana faaliyet kodu itibarıyla birinci fıkradaki sektörler arasında bulunmamasına rağmen ana faaliyet alanı olarak bu sektörlerden herhangi birisinde fiilen iştigal ettiğini ispat ve tevsik etmesi halinde, mükellefin mücbir sebep kapsamında olup olmadığının tespitinde ana faaliyet kodu yerine fiilen iştigal edilen ana faaliyet alanı dikkate alınır.”

Madde 4: “(1) 3 üncü madde kapsamında mücbir sebep halinde olduğu kabul edilen mükelleflerle ilgili olarak; Beyannameleri ile 30.4.2020 tarihine kadar verilmesi gereken “Form Ba-Bs” bildirimlerinin verilme ve mezkûr tarihe kadar oluşturulması ve imzalanması gereken e-Defterlerin oluşturulma ve imzalanma ile aynı sürede Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşlem Sistemine yüklenmesi gereken “Elektronik Defter Beratları”nın

yüklenme sürelerinin 27.7.2020 Pazartesi, bu beyannamelere istinaden tahakkuk eden vergilerin ödeme sürelerinin 27.10.2020 Salı,

b) 27.5.2020 tarihine kadar verilmesi gereken Muhtasar Beyannameler (Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannameleri dâhil) ve Katma Değer Vergisi Beyannameleri ile 1.6.2020 tarihine kadar verilmesi gereken “Form Ba-Bs” bildirimlerinin verilme ve mezkûr tarihe kadar oluşturulması ve imzalanması gereken e-Defterlerin oluşturulma ve imzalanma ile aynı sürede Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşl

a) 27.4.2020 tarihine kadar verilmesi gereken Muhtasar Beyannameler (Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannameleri dâhil) ve Katma Değer Vergisi em Sistemine yüklenmesi gereken “Elektronik Defter Beratları”nın yüklenme sürelerinin 27.7.2020 Pazartesi, bu beyannamelere istinaden tahakkuk eden vergilerin ödeme sürelerinin 27.11.2020 Cuma,

c) 26.6.2020 tarihine kadar verilmesi gereken Muhtasar Beyannameler (Muhtasar ve Prim Hizmet Beyannameleri dâhil) ve Katma Değer Vergisi Beyannameleri ile 30.6.2020 tarihine kadar verilmesi gereken “Form Ba-Bs” bildirimlerinin verilme ve mezkûr tarihe kadar oluşturulması ve imzalanması gereken e-Defterlerin oluşturulma ve imzalanma ile aynı sürede Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşlem Sistemine yüklenmesi gereken “Elektronik Defter Beratları”nın yüklenme sürelerinin 27.7.2020 Pazartesi, bu beyannamelere istinaden tahakkuk eden vergilerin ödeme sürelerinin 28.12.2020 Pazartesi günü sonuna kadar uzatılması uygun bulunmuştur.”

Madde 5: “(1) İçişleri Bakanlığınca alınan tedbirler uyarınca 65 yaş ve üstünde olması veya kronik rahatsızlığı bulunması nedeniyle sokağa çıkma yasağı kapsamına giren mükellefler ve meslek mensupları ile bu Tebliğin yayımlandığı tarih itibarıyla geçerli olan “Aracılık ve Sorumluluk Sözleşmesi” uyarınca beyanname/bildirimleri bu meslek mensuplarınca verilenlerin 22.3.2020 ila sokağa çıkma yasağının sona ereceği tarih (bu tarihler dâhil) arasında mücbir sebep halinde olduğunun kabul edilmesi uygun bulunmuştur.”

- 26.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 4. maddesi ile Gelir Vergisi Kanunu’nun 75. maddesine “Yabancı para cinsinden yapılan katkı payı ödemelerinin yatırıldığı yabancı para cinsinden kurulan emeklilik yatırım fonlarından elde edilen irat tutarının tespitinde kur farkı dikkate alınmaz.” hükmü eklenmiştir.
- 26.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 51. maddesi ile

konaklama vergisinin yürürlük tarihi 1 Ocak 2021 olarak yeniden belirlenmiştir.

- 26.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un *Geçici 1. maddesi ile yargı süreçlerinde değişiklikler yapılmıştır. Buna göre:*

“GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla;

a) Dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden,

b) 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflas daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflas takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflas takip taleplerinin alınması, ihtiyati haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler 22.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, itibaren 30.4.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Salgının devam etmesi halinde Cumhurbaşkanı durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatılabilir ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltılabilir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır.

(2) Aşağıdaki süreler bu maddenin kapsamı dışındadır:

a) Suç ve ceza, kabahat ve idari yaptırım ile disiplin hapsi ve tazyik hapsi için kanunlarda düzenlenen zamanaşımı süreleri.

b) 5271 sayılı Kanunda düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin süreler.

c) 6100 sayılı Kanunda düzenlenen ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlere ilişkin süreler.

(3) 2004 sayılı Kanun ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlar kapsamında;

a) İcra ve iflas daireleri tarafından mal veya haklara ilişkin olarak ilan edilmiş olan satış gününün durma süresi içinde kalması halinde, bu mal veya haklar için durma süresinden sonra yeni bir talep aranmaksızın icra ve iflas dairelerince satış günü verilir. Bu durumda satış ilanı sadece elektronik ortamda yapılır ve ilan için ücret alınmaz,

b) Durma süresi içinde rızaen yapılan ödemeler kabul edilir ve taraflardan biri, diğer tarafın lehine olan işlemlerin yapılmasını talep edebilir,

c) Konkordato mühletinin alacaklı ve borçlu bakımından sonuçları, durma süresince devam eder,

ç) İcra ve iflas hizmetlerinin aksamaması için gerekli olan diğer tedbirler alınır.

(4) Durma süresince duruşmaların ve müzakerelerin ertelenmesi de dâhil olmak üzere alınması gereken diğer tüm tedbirler ile buna ilişkin usul ve esasları;

a) Yargıtay ve Danıştay bakımından ilgili Başkanlar Kurulu,

b) İlk derece adli ve idari yargı mercileri ile bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri bakımından Hâkimler ve Savcılar Kurulu,

c) Adalet hizmetleri bakımından Adalet Bakanlığı, belirler.”

- 26 Mart 2020 tarihli 1 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Sirküleri ile ilgili mevzuat çerçevesinde belli sürelerde Hazine ve Maliye Bakanlığı/vergi dairelerine teslim edilmesi gereken yeminli mali müşavirlik tasdik raporlarının verilme süreleri, son günü 30.6.2020 tarihine kadar olanlar için geçerli olmak üzere iki ay süreyle uzatılmıştır. Buna göre, örneğin Artırımlı Teminat Uygulaması kapsamında 15.10.2019 tarihinde KDV iadesi alan mükellefçe, iadeye ilişkin 15.4.2020 tarihine kadar verilmesi gereken YMM raporu, 15.6.2020 tarihine kadar verilebilecektir. Benzer şekilde, 31.3.2020 tarihine kadar verilmesi gereken vergi muafiyeti tanınan vakıflara ilişkin tasdik raporu, 1.6.2020 tarihine kadar verilebilecektir. İlgili mevzuatı uyarınca son verilme tarihi 30.6.2020 tarihinden sonra olan raporlar için herhangi bir süre uzatımı söz konusu olmayıp, bu raporların ilgili mevzuatında öngörülen süre içerisinde verilmesi gerekmektedir.

- 30.3.2020 tarihinde Gelir İdaresi Başkanlığı internet sayfasında açıldığı üzere kredi kartı ile yapılacak vergi ödemeleri ve limitleri genişletilmiştir.
- 31 Mart 2020 tarihli 68 sayılı Katma Değer Vergisi Sirküleri ile tecil-terkin işlemlerinde sürelerin uzaması konusunda şu hususlar vurgulanmaktadır.

“Bilindiği üzere, 3065 sayılı Kanunun (11/1-c) maddesine göre, ihraç edilmek şartıyla imalatçılar tarafından kendilerine teslim edilen mallara ait katma değer vergisi, ihracatçılar tarafından ödenmemekte, mükelleflerce tahsil edilmeyen ancak ilgili dönem beyannamesinde beyan edilen bu vergi, vergi dairesince tarh ve tahakkuk ettirilerek tecil olunmaktadır. Söz konusu malların, ihracatçıya teslim tarihini takip eden aybaşından itibaren üç ay içinde ihraç edilmesi halinde, tecil edilen vergi terkin olunmaktadır. Diğer taraftan, ihracatın mücbir sebepler veya beklenmedik durumlar nedeniyle üç ay içinde gerçekleştirilememesi halinde, en geç üç aylık sürenin dolduğu tarihten itibaren 15 gün içinde başvuran ihracatçılara üç aya kadar ek süre verilebilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da Hazine ve Maliye Bakanlığına istisnanın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları tespit etme hususunda yetki verilmiştir. Buna göre, ihraç kayıtlı teslimin yapıldığı tarihi takip eden ayın başından itibaren başlayan üç aylık sürenin sonu 1.4.2020 ile 30.6.2020 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasına rastlayan mükellefler bakımından, ek süre için vergi dairesine başvuru yapılmaksızın bu sürenin mücbir sebep kapsamında üç ay daha uzatılmış kabul edilmesi uygun bulunmuştur. İhracat süresi, belirtilen süreden önce dolmakla birlikte, ihracatın gerçekleştirilmesi için ek süre talebine ilişkin 15 günlük başvuru süresi mezkûr döneme rastlayan mükellefler de aynı kapsamda değerlendirilecektir. Daha önce mücbir sebep veya beklenmedik durum halleri nedeniyle üç aydan kısa ek süre almış mükellefler için, alınmış olan ek sürenin dolduğu tarihin 1.4.2020 ile 30.6.2020 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasına rastlaması halinde, söz konusu ek sürenin de ilave bir başvuruya gerek olmaksızın üç aya tamamlanması uygun bulunmuştur. Örneğin, imalatçı (A) firması tarafından Ocak 2020 döneminde ihraç kaydıyla ihracatçı (B) firmasına teslim edilen malların ihracatı, 30.4.2020 tarihine kadar gerçekleştirilememiştir. İhracatçı (B) firması, ek süre talebi için vergi dairesine başvuru yapmaksızın, 31.7.2020 tarihine kadar ihracat işlemini gerçekleştirmediği halde, tecil edilen vergi terkin olunacaktır. Benzer şekilde, daha önce beklenmedik durum hali nedeniyle bir aylık ek süre almış olan ihracatçı (C) firmasının 30.4.2020 tarihinde dolan ihracat süresi,

mükellefin ilave bir başvuru yapmasına gerek olmaksızın, mücbir sebep kapsamında 30.6.2020 tarihine uzayacaktır.”

- 31.3.2020 tarih ve 29537098-010.06.01(66)-E.41721 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı Uygulama İç Genelgesi (2020/2) ile 7226 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesi ile ilgili açıklamalar yapılmıştır. Burada temel olarak şu sonuca varılmaktadır: “Bu hüküm uyarınca, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hakim tarafından tayin edilen süreler, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamında cezada indirim talep etme, uzlaşma başvurusu, kanun yolundan vazgeçme süreleri, dava açma süreleri gibi bir hakkın doğumu, kullanımı ve sona ermesine ilişkin süreler 30.4.2020 tarihine kadar durmuş bulunmaktadır. Diğer taraftan, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında ise işlemler ve süreler 30.4.2020 tarihine kadar durmuş bulunmaktadır.”
- 17 Nisan 2020 tarihli RG’de yayınlanan 7244 sayılı “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile çeşitli yeni önlemler getirilmiştir. Kanun kapsamında çeşitli alanlardaki bazı alacakların ertelenmesi, alınmaması veya yapılandırılması kapsamında üçer aylık süre uzatımları ve çeşitli destekler getirilmiştir.
- 18 Nisan 2020 tarihli RG’de yayınlanan 60 numaralı Cumhurbaşkanı Kararı ile bazı demir çelik ürünlerine uygulanan gümrük vergisi oranları 3 ay geçerli olmak üzere artırılmıştır. Bu durum katma değer Türkiye’de kalması ve yurt içi istihdamın korunması konusunda hassasiyet içinde olduğunu göstermesi açısından önemli olarak değerlendirilmektedir. Kararla, slab ve kütük, yassı hadde mamulleri, alaşımlı ürünler, profiller ve paslanmaz sac gibi demir çelik ürünlerinde uygulanan gümrük vergilerinin oranları, 15 Temmuz 2020’ye kadar uygulanmak üzere 5 puan artırıldı. Sıcak haddelenmiş sacdan soğuk haddelenmiş sac ve sıcak haddelenmiş sacdan dikişli boru üreten tesisler ile beyaz eşya üreticilerinin doğrudan ithalatında bu artış 2 puan olarak uygulanacaktır. Kararla Türkiye’deki demir çelik sanayiinde üretim ve istihdamın korunması amaçlanmaktadır.
- 21 Nisan 2020 tarihli 2429 ve 2430 sayılı sayılı Cumhurbaşkanı Kararlarıyla üç binin üzerinde ürünün ithalatına ek vergi getirildi.

Kararların salgının Türkiye ekonomisindeki olumsuz etkilerinin azaltılması amacıyla alındığı belirtilmektedir. Bir başka amaç da yerli sanayinin ithalat baskısına karşı korunması olarak belirlenebilir. Zira salgın nedeniyle yurt dışı pazarlardaki talep düşüklüğüne bağlı olarak oluşan arz fazlası kapsamında düşük fiyatlı ithalat baskısı oluşmaktadır. Bu çerçevede belirlenen ürünlere %50'ye varan oranlarda vergi artışları getirildi.

- 30 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren "Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair" 2480 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı, Koronavirüs tedbirleri kapsamında yargılamalarla ilgili süreler, 15 Haziran 2020'ye kadar ertelendi. Karar, dava açma, başvuru, şikâyet, itiraz ve ihtar gibi süreler, hak düşürücü süreler ve bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreleri kapsamaktadır. Bu kapsamda HSK da duruşmaların aynı tarihe kadar ertelendiğini duyurdu.
- 8 Mayıs 2020 tarihli 32 seri numaralı "Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" ile 518 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile ilan edilen mücbir sebep döneminde KDV iade uygulaması düzenlenmiştir. Buna göre: "Bilindiği üzere, 24.3.2020 tarihli ve 31078 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 518 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile Çin Halk Cumhuriyetinin Vuhan kentinde ortaya çıkan ve birçok ülkeye yayılan Koronavirüs (COVID-19) salgınından ve bu kapsamda alınan tedbirlerden doğrudan etkilenen ve mezkûr Tebliğ ile belirlenen mükelleflerin mücbir sebep halinde olduğunun kabul edilmesi uygun bulunmuş ve mücbir sebep kapsamında bulunan mükelleflerin ilgili dönemlere ilişkin KDV beyannamelerinin verilme süresi ileri tarihe uzatılmıştır. Diğer taraftan, mücbir sebep kapsamında olsun veya olmasın, mükelleflerin KDV iade talebinde bulunabilmeleri için, söz konusu vergiye ilişkin beyannamelerin verilmesi ve bu beyannamelerde iadesi talep edilen KDV tutarının gösterilmesi gerekir. Bu bakımdan, mücbir sebep döneminde de mükellefler ancak KDV beyannamesi vermek ve gerekli belgeleri vergi dairesine ibraz etmek suretiyle KDV iade talebinde bulunabilir. Öte yandan, mücbir sebep döneminde KDV iade taleplerinin yerine getirilmesinde, bu Tebliğin muhtelif bölümlerinde iade türleri itibarıyla belirlenen usul ve esaslar korunmakla birlikte, 518 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu

Genel Tebliğinin 4 üncü maddesinde yer alan KDV beyannamelerinin (uzayan) verilme tarihini takip eden aybaşına kadar yapılacak iade taleplerine (ATU ve ön kontrol raporuna dayalı iadeler hariç) istinaden KDVİRA sistemi tarafından yapılan sorgulama neticesinde üretilecek “KDV İadesi Kontrol Raporu”nda yer alan sonuçlar bakımından aşağıda (tebliğ metninde) belirtilen usul ve esaslar doğrultusunda işlem tesis edilmesi uygun görülmüştür...”

- 11 Mayıs 2020 tarihli mükerrer Resmi Gazete’de yayınlanan 2514 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yürürlüğe konulan “İthalat Rejimi Kararına Ek Karar” ile bazı ürünlere 30 Eylül 2020 tarihine kadar kadar geçici % 30'a kadar, bu tarihten sonra ise % 25'e kadar değişen oranlarda ilave gümrük vergisi uygulanması kararlaştırılmıştır. Dünya genelinde yaşanan Covid-19 hastalığı tüm ülkelerin ekonomilerini ve dış ticaretlerini olumsuz şekilde etkilemektedir ifadesiyle belirtilen bu karar kapsamında 21 Nisan 2020 tarihinde belirtilenlerin yanında 400 ürüne daha ilave gümrük vergisi getirildi.

Değerlendirmeler

Öncelikle alınan tedbirlerin içinde bulunulan şartlar çerçevesinde bir kısmının olumlu olduğu bir kısmının ise olumsuz olduğu görülmektedir. Yargı, beyanname ve ödeme sürelerinin uzatılması, icra takiplerinin durması, bazı ödeme tedbirlerinin alınarak ödeme imkânlarının genişletilmesi olumlu gelişmelerdir. Bununla birlikte sokağa çıkma yasağı tedbirleri sonrasında özellikle kamu bankalarında hesabı olmayanlar sorun yaşadılar. Kamu bankalarında hesabı olanlar da ATM yönlendirmesi yaparak ödeme sorunu iyice büyüttüler. İnterneti ve kredi kartı olmayanlar da dikkate alındığında bu sürecin etkileri olumsuz görünmektedir. Keza havayolu ile yolcu taşımacılığında KDV oranının %1'e düşürülmesi olumlu gibi görünmekle beraber seyahat yasağı sebebiyle anlamsız kalmıştır.

Bir başka sorun mücbir sebep konusundadır. Vergi Usul Kanunu'nun 13. maddesine göre mücbir sebepler şu şekilde düzenlenmiştir:

“1. Vergi ödevlerinden her hangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk;

2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler;

3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler;

4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması; gibi hallerdir.”

Burada gerek gibi afetler ibaresi gerekse madde metni sonunda yer alan gibi hallerdir ibaresi bu sayılanlar dışındaki hallerin de olabileceğini belirtmektedir. Zaten bu nedenle madde uygulaması bakımından benzer durumlar dikkate alınabilmekte örneğin sadece maddede geçen doğal afetler değil beşeri afetler de dikkate alınabilmektedir. Bu nedenle dünya çapında bir salgının yaşanması ve ülkemizde de bunun bütün etkilerinin hissedilmesi sebebiyle bu durumun açık bir mücbir sebep hali teşkil ettiği görülmektedir. Mücbir sebebin en önemli etkisi süreler olmaktadır. Bu dönemde vergi ödevine ilişkin süreler işlememekte, mücbir sebebin ortadan kalkmasıyla süreler işlemeye başlamaktadır.

Bu kapsamda, mükellefler, salgın döneminde vergi ödevlerinin yerine getirebilecek durumda olmayabilmektedirler. Örneğin, bazı mükellefler yaşları gereği sokağa çıkamamaktadırlar, bazı müesseseler kapalıdır. Defter, kayıt ve belge düzeni bağlantılı sorunları vardır. Muhasebeci ve mali müşavirleri de aynı şekilde bu belgelere ulaşımında sorun yaşayabilmektedir. Örneğin kendileri de yaş sınırı sebebiyle dışarı çıkamayabilirler. Birçok vergi ödevi salgın tedbirleri nedeniyle yerine getirilmemektedir. Bununla birlikte birçok vergi bağlantılı mevzuat bakımından bu alanın yeterli bir şekilde düzenlendiği söylenemez. Bu durum ileride çok sayıda dava sürecine neden olacaktır. Bütün bu durumun yarattığı karmaşayı önlemek İdare'nin görevidir. Bununla birlikte bu konuda yeterli adımlar maalesef atılamamıştır.

Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yayınlanan 24 Mart 2020 tarihli 518 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile bazı meslekler ve faaliyet alanları mücbir sebep kapsamında kabul edilmiştir. Bu durum en azından bu durumun mücbir sebep olarak kabul edilmesi bakımından önemlidir. Fakat mükellefler bakımından farklılıklar yaratılması doğru bir yaklaşım olmamıştır.

Bu düzenleme ve sonrasında 26 Mart 2020 tarihli 7226 sayılı Kanun kapsamında bazı mükelleflerin mücbir sebep kapsamına alınması bazılarının alınmaması sebebiyle çok sayıda dava açılacağı anlaşılmaktadır. Zira mücbir sebebin var olduğunun kabul edildiği bir süreçte bu durumdan etkilenen mükellefler de bu yola başvuracaklardır. Yargı sürecinde bu mükellefler bakımından mücbir sebep halinin bulunduğu sonucuna varılması da kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle mücbir sebebin bundan etkilenen bütün mükellefler bakımından uygulanması konusunda gerekli önlemlerin İdare tarafından bir an önce alınması gerekmektedir. Bu durum olası yoğun bir dava yükünü ve sonuçlarını bütün taraflar bakımından

engelleyecektir. Zaten çağdaş bir vergi idaresinin de yapması gereken budur.

Bunların yanında koronavirüs döneminde yapılması gereken düzenlemeler konusunda şunlar söylenebilir:

- Bu tür olağanüstü dönemlerde vergi artışı yapmak eğilimi olmasına rağmen mükelleflerin de içinde buldukları şartlar dikkate alınarak diğer ülkelerde olduğu gibi vergi oranlarında bazı indirimler yapılabilir. Bu yaklaşım ekonomik temellerin daha sağlam devam etmesini sağlayacaktır. Bu indirimlerin ne oranda olacağı mali verilere bağlı ve siyasi karar olmakla birlikte gelir, kurumlar, katma değer vergisi alanlarında olabilir. Geçici vergi uygulamasının 2020’de yapılmaması mükellefleri rahatlatılabilir.
- Özellikle sağlık alanında önlemler alınabilir. Sağlık hizmetlerinden KDV alınmaması ve/veya ilaç, makine ve teçhizat alanında indirim olabilir. Bir başka imkân da ödemelerin belirli sürelerle ertelenmesidir.
- Avrupa örneklerinde olduğu gibi belirli ciroların altındaki işletmeler ve serbest meslek erbabının vergileri ertelenebilir. Bu süreler değişken olmakla birlikte en azından yaz dönemi sonuna kadar olabilir. Ya da 2020 sonuna ertelenebilir. Benzer husus sigorta primleri için de düşünülebilir.

Turizm payı konusunda da bazı önlemler alınabilir. Görülen bu önemli sektörün de önümüzdeki dönemlerde ciddi biçimde etkileneceğidir.

KAYNAKÇA

- 17 Mart 2020 tarihli 125 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri
 19 Mart 2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı Duyurusu
 22 Mart 2020 tarihli ve 2278 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı
 22 Mart 2020 tarihli ve 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı
 23 Mart 2020 tarihli 126 sayılı Vergi Usul Kanunu Sirküleri
 24 Mart 2020 tarihli 518 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği
 26 Mart 2020 tarihli 7226 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”
 26 Mart 2020 tarihli 1 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Sirküleri
 30 Mart 2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı Açıklaması
 31 Mart 2020 tarihli 68 sayılı Katma Değer Vergisi Sirküleri
 31 Mart 2020 tarihli Gelir İdaresi Başkanlığı Uygulama İç Genelgesi (2020/2)

- 17 Nisan 2020 tarihli 7244 sayılı “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”
- 18 Nisan 2020 tarihli 60 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararı
- 21 Nisan 2020 tarihli 2429 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı
- 21 Nisan 2020 tarihli 2430 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı
- 30 Nisan 2020 tarihli sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı
- 8 Mayıs 2020 tarihli 32 seri numaralı “Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”
- 11 Mayıs 2020 tarihli 2514 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı
- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu.

VOLCAFE CASE - COMMON LAW VS. VISBY HAGUE RULES: IS IT ONE VERSUS ANOTHER?

(VOLCAFE DAVASI - ANGLO SAKSON HUKUK SİSTEMİ VE LAHEY KURALLARI:
KURALLAR BİRBİRLERİYLE ÇATIŞIYOR MU?)

Dr. Sinem Ogis *
Dr. Edward Kafeero **

ÖZ

Yakın tarihli önemli bir kararda, İngiltere Yüksek Mahkemesi, ispat yükümlülüğünü kimin üstlendiği sorusunu açıkça ortaya koymuştur. Volcafe Ltd and others v. Compania Sud Americana De Vapores SA¹ gemi sahibinin kargoda bir kayıp veya hasar meydana geldiği durumlarda, taşıyanın makul derecede özen gösterdiğini kanıtlama yükü olduğunu doğrulamaktadır. Günümüzde birçok bilim insanı, Volcafe davasının kargo hasarına ilişkin kanıt yükünü değiştirdiğini ve taşıyanın ispat yükünü ağırlaştırdığını tartışmaktadır. Fakat bu görüşlerin aksine, bu makalede Volcafe davasının taşıyan için zorlaştırıcı bir görev olmadığını ve ispat yükünü ağırlaştırmadığı noktası tartışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Lahey Kuralları, Volcafe Davası, İspat Yükü, Anglo Sakson Hukuku, Taşıyanın / Gemi Sahibinin Sorumluluğu.

ABSTRACT

In a significant recent judgment, the UK Supreme Court had clearly clarified the question of who bears the burden of proof. The decision in Volcafe Ltd and others v. Compania Sud Americana De Vapores SA² (hereinafter Volcafe) confirms that where the ship owner occurred a loss or damage to the cargo, the carrier now has the burden to prove that he had exercised a reasonable degree of skill and care, and the loss had happened nonetheless. Today many scholars are discussing that the Volcafe case switches the burden of proof for cargo damage and now carriers must

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.05.2020. İlk hakem raporu tarihi: 20.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 25.05.2020. Onaylanma Tarihi: 28.05.2020.

* Gakushuin Üniversitesi -. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9602-3359.

** University of Dubai Üniversitesi. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7817-5623.

Esere Atf Şekli: Sinem Ogis, Edward Kafeero, “Volcafe Case - Common Law vs. Visby Hague Rules: Is it one versus another?”, YÜHFD, C.XVII, 2020/2, s.749-757.

¹ (2018) UKSC 61.

² (2018) UKSC 61.

demonstrate compliance, rather than cargo owners (cargo interests) demonstrate causative negligence. However, it is not believed that this is a challenging task for a carrier.

Keywords: *Hague Visby Rules, Volcafe Case, Burden of Proof, Common Law, Responsibility of the Carrier / Cargo Owner.*

A. Brief Facts of the Volcafe Case

In the case of *Volcafe Ltd and others v. Compania Sud Americana De Vapores SA*³ coffee beans were carried from Colombia to Northern Europe in nine consignments and stowed in 20 unventilated containers. Each assignment was covered by bills of lading which was issued by the carrier incorporated the Hague Rules and recorded the carrier's receipt of the cargo in good order and condition. Hague Rules is a set of international rules for the international carriage of goods by sea which was first drafted in 1924 in Brussels.⁴

The bills were issued on LCL/FCL terms, meaning that the carrier was contractually responsible for preparing and stuffing the containers for the voyage.

Coffee is a hygroscopic cargo which means it absorbs, stores and emits the moisture. It can be carried in ventilated or unventilated containers. It is common to use both containers for carriage. Unventilated container is indeed cheaper but while using unventilated containers, for carrying the coffee beans from warmer to cooler climates, it carries the risk that the beans might emit the moisture. For this reason, it is necessary to protect the coffee beans from condensation by dressing the container with an absorbent material such as Kraft paper which the carrier employed in this case. However, upon delivery, it was discovered that the cargo in 18 of the 20 containers had suffered wet damage as a result of the condensation which had formed inside the containers dripping onto the bagged coffee beans.

Cargo owner had claimed that under of Hague Visby Rules the carrier had failed to redeliver the cargoes in the same good order and condition which was recorded on the face of the bills of lading. He was argued about the breach of Art III. 2 of Hague Visby Rules, which states that carrier needs to take a proper care to stow, load, keep, discharge and carry the

³ (2018) UKSC 61.

⁴ YETİŞ-ŞAMLI, s. 479 (translated from original language).
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

goods.⁵ In particular cargo owner alleged that the carrier did not use enough lining paper for avoiding the condensation.

Carrier on the other hand pleaded inherent vice exception that was stated under Article IV.2/m of Hague Visby Rules and stated that coffee beans were unable to withstand ordinary level of condensation during the passage from warmer to cooler climates.⁶ Cargo owners plead in reply that any inherent characteristic of the cargo which resulted in damage, did so only because of the carrier's negligent and failure to adequately dress the containers to protect the cargoes.

The question was on whom the burden of proof was rested?

I. The High Court Decision

The High Court⁷ found that the legal burden was on the carrier to disprove negligence where the goods were loaded in apparent good condition. It was decided that there was a clear breach of the Article III.2 of the Hague Visby Rules and the burden of proof was on the carrier show that there was enough lining of the containers which could prevent damage from condensation.⁸ However, there was no evidence on the thickness of paper or of number of layers of Kraft paper in place to avoid the condensation damage. It was only stated that the weight of the paper was more than 80 g/sq.m.⁹ On this basis, the court held that the carrier had failed to discharge the burden of proving the exercise of due diligence and carrying the goods properly for the purposes of Article III.2.¹⁰

II. The Court of Appeal

Contrary to the High Court Judge findings, the Court of Appeal took a different view of the application of the burden of proof. It was considered

⁵ “2. Subject to the provisions of Article IV, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow, carry, keep, care for, and discharge the goods carried.,,

⁶ “2. Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from: (m) Wastage in bulk of weight or any other loss or damage arising from inherent defect, quality or vice of the goods.,,

⁷ The trial judge in this case was Mr Justice Donaldson QC.

⁸ The Carriage of Goods by Sea Act 1971 incorporates the Hague Visby Rules and these rules will apply to contracts of carriage governed by English law unless the contractual parties choose to incorporate other rules.

⁹ g/sq.m (gram per square meter) is a metric measurement unit of surface or areal density.

¹⁰ The court cited the decision of *Albacora SRL v Westcott & Laurence Line Ltd.*, (1966) 2 Lloyd's Rep. 53, which was associated “properly” to being “in accordance with a sound system”.

that the carrier has the legal burden to prove that one of the exceptional circumstances listed under Hague Visby Rules Article IV.2 existed at the relevant time. Only then cargo owner has the legal burden of proof of the carrier's negligence. For instance, once the carrier proves that the cargo was damaged because of its inherent vice, then the cargo owner will have the burden to show that excepted peril only resulted because of the carrier's failure to take reasonable care. This is because, the Court of Appeal found that there was an accepted industry practice in 2012 for lining unventilated containers for the carriage of bagged coffee. The accepted industry practice was said to involve using two layers of paper of at least 80 g/sq.m or one layer of at least 125 g/sq.m. The use of 250 g/sq.m Kraft paper only became customary after 2012. The Court of Appeal after examining the photographs with an aid of expert had found that two layers of paper had been used.¹¹

Therefore, the Court of Appeal reached into the conclusion that as the weight of the paper was at least 80 g/sq.m, the containers had been lined in accordance with accepted industry practice. Consequently, the Court of Appeal gave its ruling in favour of the carrier on the basis that cargo owners had not established any negligence on the part of the carrier. By doing so the Court of Appeal reversed the decision of the High Court and held that the carrier can establish the defence of inherent vice exception and it was then for the cargo owners to show that cause of the damage was not inherent vice, but a failure of the carrier to exercise a reasonable care.

B. UK Supreme Court Decision

At the Supreme Court, the burden of proof was analysed at two stages. The first one was concerned whether Article III.2 left the burden of proof to the cargo owner to prove that the carrier was in breach, or whether the legal burden was on the carrier to prove the compliance of the Article III.2. The second one instead was related with the Article IV.2 (m) and the question was whether carrier borne to prove the facts which brings him to the exceptions or whether the legal burden was on the cargo owner to prove that it was the carrier's negligence which caused the exceptions (in this case inherent vice to damage the cargo).

¹¹ (2016) EWCA Civ. 1103.
YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)

I. Article III.2 of the Hague Visby Rules: Does cargo owner have the burden to prove the breach or the carrier?

On the first issue, the Supreme Court observed that under English law, the delivery of goods for carriage by sea has historically been regarded as a bailment for reward on the terms of the bill of lading and eventually the bailee is under the obligation to take reasonable care and he bears the legal burden of proving the absence of negligence. While the Supreme Court was discussing this argument, referred to the case *Aktieselskabet de Danske Sukkerfabrikker v Bajamar Compania Naviera SA (The Torenia)*¹² which supports the contract of carriage by sea as a species of bailment.¹³

Therefore, where the cargo was loaded in good condition but was found to be damaged upon discharge, the legal burden was on the carrier to prove that the damage was not caused by a breach of the duty of care imposed by Article III.2. Accordingly, the Supreme Court agreed that the Hague Visby Rules imposes on the carrier the obligation of disproving negligence in respect of the damage to the goods sustained during the carriage. Art III.2 thus imposes a carrier a general duty to take a reasonable care.¹⁴

II. Article IV.2 (m) of the Hague Visby Rules

On the second issue relating to the inherent vice defence under Article IV.2 (m), the Supreme Court stated that: “in order to be able to rely on the exception for inherent vice, the carrier must show either that he took reasonable care of the cargo but the damage occurred nonetheless; or else that whatever reasonable steps might have been taken to protect the cargo from damage would have failed in the face of its inherent propensities.”¹⁵

Therefore, the UK Supreme Court held that in order to rely on the defence inherent vice listed in the Article IV.2(m) of the Hague Visby Rules, the carrier bears the legal burden of proof to show that the damage

¹² (1983) 2 Lloyds Rep 210.

¹³ “The relationship between the present parties is contractual. It follows [...] that the question of legal burden of proof has ultimately to be decided by construing the contract between them. [...] In ascertaining the effect of the contract one must take into account the nature of the contract. The contract here is a contract in a bill of lading; it is a contract of carriage - that is to say, a species of a contract of bailment.” (1983) 2 Lloyds Rep 210 at 216. See also *Spurling Ltd v Bradshaw*, (1956) 1 WLR 461, at 466.

¹⁴ See also *Glencore Energy UK v. Freeport Holdings* (“The Lady M”) (2019) EWCA Civ. 388. The Court of Appeal’s judgment in the “The Lady M” provides definitive guidance on the scope of the “fire” defence in Article IV.2(b) of the Hague Visby Rules, and the proper approach to the construction of the Article IV defences more generally.

¹⁵ (2018) UKSC 61.

arose from inherent vice and that he took reasonable care to protect the goods from damage, or that damage arose despite the exercise of due diligence to care for the cargo.¹⁶ This is because the cargo's inherent propensity to deteriorate or manifest itself in damage depends on the ambient conditions of stowage. If the carrier takes reasonable care, the cargo's inherent propensity from causing damage would be easily prevented. So that the cargo would be fit to withstand to ordinary incidents of the carriage contracted for.¹⁷

The UK Supreme Court while concluding its judgement also gave a definition of the inherent vice as "the unfitness of the goods to withstand the ordinary incidents of the voyage, given the degree of care which the shipowner is required by the contract to exercise in relation to the goods." That is to say, the existence of inherent vice depends on the appropriate standard of care.¹⁸

III. The Decision

Consequently, with the *Volcafe* case the UK Supreme Court has clarified the position on the burden of proof under the Art III.2. The carrier, after this decision can no longer rely on the excepted perils listed in Art IV.2. The carrier must now also show that the damage was incurred without a breach by its duty of care. If the carrier fails to discharge the burden of proving the exercise of reasonable care, the carrier then will be held liable for the loss or damages sustained by the cargo owner.¹⁹

¹⁶ Therefore, overturned *the Glendarroch*, (1894) P 226.

¹⁷ Under this context the Supreme Court cited *the Albacora*, (1966) SC 19, which is important mainly for its analysis of the meaning of inherent vice exception.

¹⁸ Once can discuss that where the shipper is contractually liable, the *Volcafe* case does not apply. Therefore, it is important to analyze the scope of the contract. See for instance, *Jindal Iron and Steel Co Limited and others v. Islamic Solidarity Shipping Company Jordan Inc*, (2003) 2 Lloyds Rep. 87 (*the Jordan II* case).

¹⁹ See *the Hellenic Dolphin*, (1978) 2 Lloyds Rep. 336 case which applied four stages approach on burden of proof. That is briefly: first, the cargo owner claims the loss or damage to the cargo; later, the carrier prima facie relies on the exceptions listed under Article IV.2; burden then shifts to cargo owner to show that the loss or damage was due to carrier's fault; the carrier then needs to show that he acted diligently and he applied reasonable degree of care.

C. Conclusion: Reasonable care or more than reasonable care?

Therefore, it is clear, following this decision that if a carrier wishes to rely on the defence of exceptions, the burden of proof will be on the carrier to show that he had exercised a reasonable degree of skill and care and the loss or damage occurred in any event. The literature is in the opinion that Volcafe case increases the carrier's evidential burden to detail precisely what the carrier did to take care to protect the cargo and how the damage or loss occurred despite him taking proper care.

However, this case actually re-emphasises the carrier's obligation to care for and carry the goods properly. That is to say, this decision does not require a carrier to adopt a system which would prevent damage, but merely a system which constitutes a sound system in relation to the general practice. It is only insofar as the carrier agrees to carry out any of the functions mentioned in Article III.2 of Hague Rules, that he agrees to perform "properly and carefully" with "reasonable care". In fact, which means that Article III.2 already imposes on the carrier a general duty to take reasonable care of the cargo during the carriage. Therefore, with the Volcafe case only practical consequences is subject to change.

Indeed, it is true that the burden after this case is on the carrier in any cargo claim to disprove causative negligence. But the carrier can do so by proper record keeping, checking the internal and external container condition before loading. Where there is industry awareness of the risk of a particular type of goods, appropriate precautions must be taken in accordance with the type of goods and those precautions must be such as a rational and adequate.

On the other hand, it is believed that today market provides best practice, commercial guidelines. Therefore, it would be enough for the carrier to follow such a guideline and do proper record keeping with standard reasonable care which is stated in Article III.2 of Hague Visby Rules. Let's assume there is no such a guideline for type of the good, so that carrier can request a specific instructions from the cargo owner as to how to take care of the goods and how to carry, and if carrier does a proper recording of which steps he followed or what he did to take care of the goods, the negligence could be easily disapproved.²⁰ Contrary to the literature opinion, the Volcafe case does not bring a challenging task for a carrier.²¹

²⁰ There are physical safety codes, such as the IMDG (international maritime dangerous goods code), IMSBC (international maritime solid bulk cargoes code) and Grain Code.

²¹ Germany for instance, remains a party to the 1924 Hague Rules but not the Hague Visby Rules. However, Germany incorporated the Hague Visby Rules 1968/1979 into its
YUHFD Vol. XVII No.2 (2020)

Will this practice become a unified principle for all the exceptions listed under Article IV.2? Surely, to consider the UK Supreme Court judgement, it can be said that for the inherent vice exception the rule is clearly established with this *Volcafe* case. But for the other exceptions such as perils of the sea, the answer is debatable. This is because there is a distinction between the peril which is existed and the standard of care required of the carrier.²² Accordingly, to conclude within the words of the UK Supreme Court “in order to be able to rely on the exception for inherent vice, the carrier must show either that he took reasonable care of the cargo but the damage occurred nonetheless; or else that whatever reasonable steps might have been taken to protect the cargo from damage would have failed in the face of its inherent propensities.”

G. References

Brodkey, Edward, Practical Aspects of Bailment Proof, Marquette Law Review, Vol. 45 (1962), 531-545.

Carver, Thomas Gilbert, Carriage by Sea, 13th edn. (1982).

Cheston, J. Hamilton, The Burden of Proof Where There Has Been Loss by Bailee, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 68 (1920), 179-182.

Ezeoke, Chinyere, Allocating Onus of Proof in Sea Cargo Claims: The Contest of Conflicting Principles, Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly, (2001), 261-284.

Commercial Code (the *Handelsgesetzbuch*, or HGB.) Germany therefore remains a contracting state of the original Hague Rules, involving certain obligations under international law to other Hague Rules states, but nevertheless attempts to give the widest possible application to the Hague Visby Rules by incorporating into its HGB. German Commercial Code (HGB) entered into force on 25th April 2013. One of the major deviations from the Hague Visby Rules is the abolition of the liability exclusion for damages due to fire or navigational fault. Under the new HGB regime, acts or omissions in the navigation or management of the vessel as well as fire and explosion on board are no longer statutory exemptions from liability. These two exemptions may, however, be agreed individually or by way of express agreement. Turkey on the other hand, did not incorporate Hague Visby Rules into the Turkish Commercial Code (TCC), numbered 6102. However, even though the rules were not incorporated into TCC, all the rules follow a correspondent patent as Hague Visby Rules. Therefore, the ratio of the *Volcafe* case might be considered before Turkish Courts.

²² In fact, the Supreme Court while given its judgement referred the case of *Nugent v Smith*, (1876) 1 CPD 423 in which a mare carried was dead as a result of a combination of bad weather and the fright of the animal herself which caused her to struggle and injure herself. *YÜHFD Cilt: XVII Sayı:2 (2020)*

- Helmholz, Richard H., Bailment Theories and the Liability of Bailees: The Elusive Uniform Standard of Reasonable Care, University of Chicago Law School Chicago Unbound Journal Articles Faculty Scholarship (1992), 97-135.*
- Kassem, Ahmad Hussam, The Legal Aspects of Seaworthiness: Current Law and Development, (2006).*
- Levy, Idrienne E., Bailments, Negligence, Burden of Proof in Case of Loss or Damage, North Carolina Law Review, Vol. 22 (1944), 252-260.*
- Moeller, James L., Bailments: Allocation of the Burden of Proving the Bailee's Negligence--Broadview Leasing Co. v Cape Central Airways Inc., Missouri Law Review, Vol. 43 (1978), 90-98.*
- Schoenbaum, Thomas J., Admiralty and Maritime Law, 5th edn. (2012).*
- Scrutton, Thomas Edward, Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 23rd edn. (2015).*
- Todd, Paul, Hague Rules and burden of proof. Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (2017), 169-175.*
- YETİŞ-ŞAMLI, Kübra, Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları 'nda Sefere Elverişlilik, Cilt: 71, Sayı: 2, Ocak 2013, Sayfa: 479-496.*

