



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 6 - Sayı: 2 - Temmuz 2020

Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Yayın Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Hüseyin ÖZCAN

Editör

Dr. Öğr. Üyesi Ayşen SEYMEN ÇAKAR

Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Neyzen Fehmi DOLAR

İletişim Adresi

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,

Yunusemre Kampüsü

Tepebaşı / ESKİŞEHİR

Tel: +90 (222) 335 05 80

İletişim: andhd@anadolu.edu.tr

Elektronik Ağ: ahd.dergi.anadolu.edu.tr

Yayına Hazırlayan

Seçkin Yayıncılık A.Ş.

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj

Emre KIZMAZ


Yayın Yeri | Yıl

Ankara | Mart 2020

ISSN

2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,  **Jurix** veritabanında da indekslenmektedir.

Dergiye yapılan atflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Mustafa AVCI
Doç. Dr. Doğan GÖKBEL
Doç. Dr. Esra YAKUT
Doç. Dr. Mesut AYGÜN
Doç. Dr. Tolga AKKAYA
Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI
Dr. Öğr. Üyesi Hediye BAHAR SAYIN
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve albetik sıraya göre gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (**AndHD**),
yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında)
elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “**AndHD**” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılar da
ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

AndHD'de, hukukun her alanından hakemli makaleler,
hakemsiz makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve
karar incelemelerine yer verilir.

Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması,
Yayın Kurulunun kararına bağlıdır.

Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya
İtalyanca olabilir.

AndHD'de yayımlanması istenen yazılar başka yerde
yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

AndHD'de değerlendirme süreci elektronik ortamda
çift-körleme yöntemiyle yürütülür.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD)
Yayın İlkeleri

1. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergideki yazılar, yazarların sorumluluğundadır.
2. AndHD’de, hukukun her alanından hakemli makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilecektir. Çeviriyle birlikte yazının kaynak dildeki bir nüshası ile çeviri izni de gönderilmelidir. Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması, Yayın Kurulunun kararına bağlıdır. Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya İtalyanca olabilir.
3. AndHD’de yayımlanması istenen yazılar, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar MS Word (MS Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun kaleme alınmalıdır:
 - a. Kağıt boyutu: A4
 - b. Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
 - c. Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
5. Yazının Türkçe ve altında İngilizce başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazar ad, soyadı, ünvanı, çalıştığı kurum İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.
6. Bölüm başlıkları, “1, 2, 3...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “a, b, c...” ve ardından gelenler “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.
7. Hangi dilde yazılmış olursa olsun, tüm yazıların başında, yazının başlığı ile en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan önce Türkçe, sonra İngilizce olmak üzere iki özet yer almalıdır. Ayrıca, konuyu tanımlayan ve Türkçe ile İngilizce özetlere uygun 5’er adet anahtar sözcük bulunmalıdır.

8. AndHD Yayın Kurulunca yapılacak ilk değerlendirme sonucu, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen çalışmalar, tamamen reddedilebileceği gibi, şekli eksikliklerin giderilmesi için yazarına iade edilebilir.
9. AndHD Yayın Kurulunca gerçekleştirilen ilk değerlendirmeden geçen yazılar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakeme gönderilir. AndHD, kör hakemlik esasına dayanır.
10. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltilmesine yahut yayımlanmamasına karar verilebilir. Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde ise, yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise üçüncü hakeme gönderilip, gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır. Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan yazılar, Yayın Kurulu gerek gördüğü takdirde bir kez daha hakeme gönderilebilir.
11. Tüm hakem raporları, AndHD Yayın Kurulu tarafından 5 yıl boyunca saklanır.
12. Yazar, yayımlanmak üzere kabul edilen yazısının, elektronik ortam dışında basılı olarak yayımlanmasına da izin vermiş sayılır. Yazarlara bir telif ücreti ödenmez.
13. AndHD'ye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, sola yaslı olmalıdır.
 - a. Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek ilk kullanım: Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım: TMK)
 - b. Dipnotlarda kitaplar; Yazarın adı soyadı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almaktadır. Kaynakçada sayfa numarası koyulmamalıdır.

(Örnek dipnot: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018, s. 10)

(Örnek kaynakça: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018)

- c. Birden fazla yazarlı kitaplarda, yazarların ad ve soyadlarının arasına “/” işareti koyulmalı, dipnotta ilk kullanımdan sonra sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek ilk dipnot: Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 10)

(Örnek ikinci kullanılacak dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- d. Dipnotlarda ve kaynakçada makaleler; Yazarın adı soyadı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayınlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek dipnot: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1, s. 7)

(Örnek kaynakça: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1)

- e. Editörlü veya çevirmenli eserlerde, editör veya çevirmen (Ed) veya (Çev) kısaltması ile, kitabın veya makalenin adından sonra yazılmalıdır.

- f. Dipnotta yazarın soyadı ve sayfa no arasında, birden fazla kez kullanılacak kitaplarda yazarın soyadı ve sayfa no arasında, “a.g.e.,” birden fazla kez kullanılacak makalelerde “a.g.m.,” kısaltması kullanılmalıdır.

(Örnek dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- g. Dipnotta yargı kararlarına yapılacak atıflarda; Kısaltılmış Mahkeme Adı, Kısaltılmış Dairesi, Esas no, Karar no, Tarihi belirtilmelidir.

(Örnek Yarg. 2. HD., 2012/01 E., 2015/03 K., 02.01.2015 T.)

- h. Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında “;” işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10; Arsebük, a.g.m., s. 13)

- i. Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek,

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["aytentekeli"\],"languageisocode":\["TUR"\],"documentcollection2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-158595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{), 07.07.2019)

- j.** Kaynakça, yazarların adına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Örnek kaynakça:

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018.

Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1.

Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019.

- 14.** Yazar, ad, soyadı, unvan, orcid numarası, iletişim adresi, e-posta adresi ve cep telefonu numarasını da, yazısı ile birlikte göndermelidir.

İçindekiler

Siyasi Partilerin Mali Denetimi:

Anayasa Mahkemesi'nin 2019 Yılı Kararları Ekseninde Kısa Bir Analiz

Financial Audit of Political Parties:

A Brief Analysis on the Axis of the Constitutional Court's Decisions of 2019

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU

Melike YAVUZ DALGIÇ 281

Seçim Sistemleri ve Parti İçi Demokrasi: Kısa Bir Analiz

Election Systems and Intra-Party Democracy: A Brief Analysis

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU

Name TURHAN 313

7153 ve 7181 Sayılı Kanunlarla İmar Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme

An Examination on the Amendment Laws (No: 7153 and 7181) of the Zoning Law

Dr. Hüseyin BİLGİN 339

Türkiye'de Seçim Barajı Uygulamasının Temsilde Adalet İlkesine Etkisi

The Effect of Election Threshold on the Principle of Justice in Representation in Turkey

Arş. Gör. Dr. Hatice Derya ORMANOĞLU 387

Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem mi? 1996 Tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme

A New Era for Custody Cases? An Analyse on the 1996 Hague Convention on Parental Responsibility

Arş. Gör. Ayşe Kübra ALTIPARMAK 411

İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü

Procedure in the Executive Courts

Arş. Gör. Gökçe VAROL 435

Uluslararası Hukukta Diplomatik Koruma

Diplomatic Protection in International Law

Arş. Gör. Sümeyra Sena KURT 467

Suni Dölllenme - Almanya'da Hukuki Durum ve Reform Perspektifleri

Reproductive Medicine - Legal Framework and Perspectives for Reform in Germany

Reproduktionsmedizin - Rechtslage und Reformperspektiven in Deutschland

Yazar: Prof. Dr. Gernot SYDOW

Çeviri: Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU / Ceyda Ceren YÜKSEL 499

Avrupa Birliği'nde İdari İşbirliği Modeller ve Perspektifler

Administrative Cooperation in the European Union Models and Perspectives

Verwaltungskooperation in der Europäischen Union Modelle und Perspektiven

Yazar: Prof. Dr. Gernot SYDOW

Çeviri: Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU / Rojda SÖNMEZ 509

Siyasi Partilerin Mali Denetimi: Anayasa Mahkemesi'nin 2019 Yılı Kararları Ekseninde Kısa Bir Analiz^(*)

Financial Audit of Political Parties: A Brief Analysis on the
Axis of the Constitutional Court's Decisions of 2019

Dr. Öğr. Üyesi **Ferhat USLU**^(**)
Melike YAVUZ DALGIÇ^(***)

Öz

Günümüzde “demokratik sistem” büyük ölçüde “temsili rejim” ile aynı anlamda kabul edilmektedir. Siyasi partiler temsili rejimin ya da demokrasinin en temel unsurları olarak kabul edilmektedir. Siyasi partilerin birçok işlevlerinin yanında, demokrasinin devam ettirilmesi ve kurumsallaşmasında hayati işlevleri de bulunmaktadır. Siyasi partilerin demokratik sistem için zararlı bir unsur olarak faaliyet yürütmelerinin engellenmesinin en önemli araçlarından birisi, onların mali denetiminin mümkün oldukça demokratik ilkelere uygun ve şeffaf olarak gerçekleştirilmesidir. Diğer taraftan siyasi partilerin mali denetiminin, anayasallık denetimi işlevini yerine getiren Anayasa Mahkemeleri yerine, konuyla ilgili uzmanlaşmış Sayıştay gibi kurumlar tarafından gerçekleştirilmesinin daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir. Mali denetim konusunda uzmanlaşmış kişi ve kurumlar tarafından gerçekleştirilen denetim sonunda, siyasi partilere uygulanacak yaptırımlarla ilgili Anayasa Mahkemesi'nden yardım sağlanması düşünülebilir. Son olarak siyasi partilerin mali denetimine ilişkin bilgilerin mümkün oldukça ayrıntılı olarak kamuoyuyla paylaşılması, demokratik düzenin en temel ilkelerinden olan şeffaflık ilkesi açısından da bir zorunluluk olarak kabul edilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Siyasi Partiler, Mali Denetim, Siyasi Partilerin Mali Denetimi, Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin 2019 Yılı Kararları.

Abstract

Today, the “democratic system” is largely accepted in the same sense as the “representative regime”. Political parties are regarded as the most basic elements of the representative regime or

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 20.03.2020. Birinci hakeme sevk tarihi: 20.03.2020. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 23.03.2020. İkinci hakeme sevk tarihi: 20.03.2020. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 23.03.2020.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
E-mail: anayasa.hukuku@hotmail.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-7052-3961>.

(***) Avukat, Bursa Barosu,
E-mail: av.melikeyavuz@yandex.com
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0003-3579-2282>.



democracy. Besides the many functions of political parties, they also have vital functions in maintaining and institutionalizing democracy. One of the most important means of preventing political parties from carrying out activities as a harmful factor for the democratic system is to carry out their financial control in compliance with democratic principles and transparently as much as possible. On the other hand, it is considered that financial auditing of political parties will be more accurate than the Constitutional Courts, which perform the function of constitutional control, by institutions such as the specialized SAI. At the end of the audit carried out by individuals and institutions specialized in financial auditing, it may be considered to provide assistance from the Constitutional Court regarding the sanctions to be imposed on political parties. Finally, sharing information on the financial control of political parties with the public in as much detail as possible should be considered as an imperative for the principle of transparency, one of the most basic principles of the democratic order.

Keywords

Political Parties, Financial Audit, Financial Audit of Political Parties, Constitutional Court, Constitutional Court's Decisions of 2019.

GİRİŞ

Demokratik yönetim biçimlerinde seçmen iradesinin parlamento'ya yansımada önemli roller üstlenen siyasi partilerin mali denetimleri de önem arz etmektedir. Siyasi partilerin, ister muhalefette olsunlar isterse iktidarda olsunlar “*demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları*” olma nitelikleri, onların mali denetimini de özellikli kılmaktadır.

Demokratik sistemlerin en önemli özelliklerinden olan “şeffaflık ya da şeffaf yönetim”, siyasi partilerde de olması gereken en önemli niteliklerden birisidir. Bir devlette kamu siyasaların belirlenmesine etki etme ve iktidarı elde etme amacıyla siyasi faaliyet gösteren siyasi partilerde şeffaflık sağlanmadan, genel olarak devlet aygıtının şeffaf olması mümkün değildir. Siyasi partilerdeki şeffaflık gelir ve giderlerinin düzenli ve sıkı bir denetimi ile mümkündür. Mali denetim olarak adlandırılan bu denetim, siyasi partilerin gelir ve giderlerinin mevzuata uygunluğunu sağlamanın yanında onların demokratik sistemi için “zararlı” olmalarını ya da demokratik sistem için yararsız olmalarını da engelleyebilecektir.

Siyasi partilere ilk kez 1961 Anayasası'nda¹ yer verilerek, onların anayasal bir kurum olmaları sağlanmıştır. Siyasi partiler anılan anayasadan önce ne anayasal ne de yasal mevzuatta yerini bulamamıştır.² Siyasi partiler 1961 Anayasası

¹ Kanun No: 334, Kabul Tarihi: 09.07.1961, RG: 20.7.1961, 10859.

“MADDE 56- (...) Siyasî partiler, önceden izin almadan kurulur ve serbestçe faaliyette bulunurlar.

Siyasî partiler, ister iktidarda ister muhalefette olsunlar, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.”

² Hüseyin Özcan ve Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, İstanbul, 2007, s. 5-6.

döneminde kabul edilen 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu³ ile ilk yasal tanıma kavuşmuştur. Anılan Kanun'un birinci maddesine göre: "*Siyasi partiler, toplum ve Devlet düzenini ve kamu faaliyetlerini, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ve özel kanunlarına göre mahallî idareler seçimleri yolu ile ve belirli görüşleri yönünde yönetmek, denetlemek ve etkilemek için sürekli çalışma amacını güden ve propagandaları açık olan kuruluşlardır.*"

Siyasi partiler, ister iktidarda ister muhalefette olsunlar, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır."

1982 Anayasası'nda⁴ da dördüncü bölüm 68 ve 69'uncu maddelerde daha detaylı olarak siyasi partilere ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Son olarak 1982 Anayasası döneminin siyasi partiler kanunu olan ve halen yürürlükte olan 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda⁵ da siyasi partiler için ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Kanun metinlerinde bir tanımlamadan daha çok kuruluş ve işleyişe yönelik düzenlemelerin yer aldığı görüldüğü siyasi partilerin tanımıyla ilgili doktrinde çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Fransız siyaset bilimcilerden Goguel'e göre siyasi parti; "üyelerinin düşünce ve menfaatlerini gerçekleştirmek için, iktidarı kısmen veya tamamen elde etmek amacı ile siyasi hayata katılan teşkilatlanmış bir gruptur."⁶ Anılan tanımda siyasi partilerin iktidarı ele geçirme gayesi üzerine yoğunlaşarak, diğer siyasi örgütlenmelerden farklarına vurgu yapılmaktadır.⁷ Kapani siyasi partileri; "*Bir program etrafında toplanmış, siyasi iktidarı elde etmek ya da paylaşmak amacını güden, sürekli bir örgüte sahip kuruluşlar*" olarak tanımlamaktadır.⁸ Özbudun'a göre siyasi partiler, "*Sivil toplumla devlet kurumları arasında köprü oluşturan, bu nitelikleri itibarıyla de*

³ Kanun No: 648, Kabul tarihi: 13.07.1965, RG: 16.07.1965, 12050.

⁴ Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG: 9.11.1982, 17863 (Mükerrer).

⁵ Kanun No: 2820, Kabul Tarihi: 22.04.1983, RG: 24.4.1983, 18027.

"Madde 3 - Siyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak; Cumhurbaşkanı, milletvekili ve mahallî idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile millî iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır."

⁶ Charles Debbach ve Jean Marie Pontier, *Introduction à la Politique*, Dalloz, Paris 2000, s. 279'dan aktaran Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, Ağustos 2014, s. 377.

⁷ Diğer siyasi örgütlenmelere baskı grupları örnek olarak verilebilir. Baskı grupları, "*kendi amaç ve çıkarları doğrultusunda siyasi iktidar üzerinde baskı yapan gruplara*" denilmektedir. Bkz.: Mustafa Koçak, *Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları*, Turhan Yayınevi, Ankara 2002, s. 62. Ayrıca siyasi partilerin salt amacının iktidarı ele geçirmek olmadığı hakkında bkz.: Ramazan Cengiz Derdiman, *Anayasa Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, Şubat 2011, s. 178-179; Ferhat Uslu ve Huzeyfe Karabay, "Siyasi Kültür ile Parti İçi Demokrasi İlişkisi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, Temmuz 2019, s. 398-399.

⁸ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınları, 10. Baskı, Ankara 1998, s. 160.

bazı açılardan özel hukuk tüzel kişilerine benzeyen, kendilerine özgü (sui generis) kuruluşlardır.”⁹ Gözler’in tanımına göre siyasi partiler, “Seçim yoluyla siyasi iktidarı kısmen veya tamamen ele geçirmek amacı güden ülke çapında faaliyette bulunan tüzel kişilerdir.”¹⁰

Günümüzde demokratik temsilî rejimlerin vazgeçilmez unsuru olan siyasi partiler, demokrasinin işlerliği açısından on dokuzuncu yüzyılın başlarından günümüze gelinceye kadar siyasi hayatta var olmaktadır.¹¹ Nitekim Vedel’in belirttiği üzere, “Demokrasi, siyasi partiler olmaksızın yaşayamaz, ancak siyasi partiler yüzünden de son bulabilir.” veciz sözü, siyasi partiler ile demokrasinin sıkı ilişkisini gözler önüne sermektedir.¹²

“Siyasi Partilerin Mali Denetimi: Anayasa Mahkemesi’nin 2019 Yılı Kararları Ekseninde Kısa Bir Analiz” başlığını taşıyan çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ana eksenini siyasi partilerin mali denetimi konusu oluşturmaktadır. Çalışmada bazı temel kavramlar ile tarihsel arka planın da anlatım konusunun yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir. Çalışma, mümkün oldukça AYM’nin 2019 yılında verdiği kararlar ekseninde anlatılmaya çalışılmıştır.

I. SİYASİ PARTİLERİN MALİ DENETİMİNE KAVRAMSAL BAKIŞ

Siyasi partilerin mali denetimi konusuna geçmeden önce “mali denetim” kavramı ve siyasi partilerin mali yapısı hakkında kısaca bilgi verilecektir.

A. Mali Denetim Kavramı

Mali denetim kavramına geçmeden önce, denetimin kapsamının belirlenmesi açısından mali sorumluluk kavramına değinmenin yararlı olacağı değerlendirilmiştir. Hukuk öğretisinde sorumluluk; “Riayeti lazım kaideye aykırı hareketin hesabını verme hali” ve “Tazminatla mükellef olma hali. Kasıt, ihmâl ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile veya kanunun tayin ettiği hal ve faaliyetten doğan bir tehlike ile ika olunan yahut vukuuna sebebiyet verilen zararın veya tamamen kanunun tayin ettiği tazmin borcu” olarak ifade edilmiştir.¹³ Bu kapsamda “mali sorumlu” ibaresinden, mali hususların izahında yükümlülük altında olan gerçek veya tüzel kişiler anlaşılmalıdır. Nitekim 2820 sayılı Siyasi Partiler

⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara 2011, s. 106.

¹⁰ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, Şubat 2013, s. 160.

¹¹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, Ağustos 2014, s. 380.

¹² Georges Vedel, Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel, Paris, 1949, s. 156’dan aktaran Teziç, *Anayasa Hukuku*, s. 382.

¹³ *Türk Hukuk Lügati*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 230.

Kanunu'nun 71'inci maddesinde bu konuya vurgu yapar tarzda, partilerin yapacakları giderler, kurulacak sözleşmeler ve bu bağlamda üstlenilen yükümlülüklerin kimler tarafından ifa edileceği ve bu işlemler nedeniyle doğacak sorumluluğun kimlere ait olacağı düzenlenmektedir. Anılan maddeye göre, “*Siyasi partilerin yapacakları giderler, sözleşmeler ve girişecekleri yükümlülükler; genel merkezde parti tüzelkişiliği adına, illerde il yönetim kurulu adına ve ilçelerde ilçe yönetim kurulu adına yetkili kılınan kişi veya kurulca yapılır.*”

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 71'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise yetki konusu düzenlenmektedir. Buna göre, parti tüzel kişiliği adına harcama yapılabilmesi yalnızca yetki verilmesi suretiyle gerçekleştirilebilir.¹⁴ Bu yetki, harcamadan evvel verilebileceği gibi, icazet haliyle yani harcama yapıldıktan sonra onaylanma şeklinde de verilebilmektedir.¹⁵ Usulüne uygun yetki bulunmadan yapılan işlemlerden, parti tüzel kişiliği sorumlu tutulamamaktadır. Ancak ilgili işlemi gerçekleştiren kişi yahut kişiler şahsen sorumlu olmaktadır.

Uluslararası literatürde “financial audit” olarak ifade edilen mali denetim ise, Sayıştay'ın yayımladığı terimler rehberinde, “*Mali tabloların, durumu yeterli olarak yansıttığı ve gerçeklere uygun görünüm arz ettiği konusunda, parlamentoya makul bir güven düzeyini garanti eden ve bunların ilgili düzenlemeler, belirlenmiş kriterler ve genel kabul görmüş muhasebe ilkeleri ve diğer isterler ile uyumlu olup olmadığını bildiren denetim türü*” olarak tanımlanmıştır.¹⁶

Siyasetin finansmanında mali denetiminin yapılması, siyasi iktidarın birtakım mali menfaatler neticesinde demokrasiden ödün vermesinin önüne geçmek yahut parti yönetiminde yer almayan kimselerin güven tazelemesini sağlamak ve nihayetinde kamuoyu açısından şeffaflık ilkesinin karşılanmasını temin etme gibi pek çok açıdan hayli önem arz etmektedir.¹⁷ Bu konuda gerek ulusal mevzuatta gerek karşılaştırmalı hukukta birçok düzenleme bulunmaktadır. Örneğin

¹⁴ Esra Bahar, “*Siyasi Partilerin Finansmanı ve Mali Denetimi*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 111.

¹⁵ “*Madde 71 - (...) Siyasi partilerin il ve ilçelerdeki teşkilat kademeleri tarafından parti tüzelkişiliği adına sözleşme yapılmasına ve yükümlülük altına girilmesine ilişkin esaslar, merkez karar ve yönetim kurulunca tespit olunur. Bu esaslara aykırı olarak yahut siyasi partilerin tüzüklerine göre merkez karar ve yönetim kurulunca önceden yazılı yetki verilmediği veya sonradan bir kararla onaylanmadığı takdirde, partinin teşkilat kademelerinin yaptıkları hizmet sözleşmeleri de dâhil her türlü sözleşme ve giriştikleri yükümlülüklerden dolayı, parti tüzelkişiliği hiçbir suretle sorumlu tutulamaz; merkez karar ve yönetim kurulu veya genel başkan veya parti tüzelkişiliği aleyhine takipte bulunulamaz. Bu takdirde sorumluluk, sözleşmeyi yapan veya yükümlülük altına giren kişi veya kişilere ait olur.*”

¹⁶ Sayıştay Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü, *Performans ve Risk Denetim Terimleri*, Derleme, Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi: 5, Ocak 2000, s. 20.

¹⁷ Zehra Odyakmaz, Serkan Çınarlı ve Cem Özcan, “Fransa’da ve Türkiye’de Seçim Kampanyalarının ve Siyasi Partilerin Finansmanının Denetimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 20, S: 2, 2012, s. 7.

Japonya, Amerika Birleşik Devletleri, Federal Almanya Cumhuriyeti gibi kimi devletlerde adayların, seçimlerde özel kişilerden sağlayabilecekleri mali destekler için sınır belirlenmektedir.¹⁸ Türkiye de siyasi partiler ve adaylar için yapılabilecek mali yardımlar için sınır belirleyen devletlerden birisidir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hukuk sistemlerinde yasal mevzuatına kavuşmaya başlayan siyasi partiler,¹⁹ finansman kaynaklarının denetimine tabi tutulmaya başlamışlardır.²⁰ Her ne kadar, seçim harcamalarının sınırlandırılmasına ilişkin en eski düzenlemeleri barındıran Birleşik Krallık'ta 1883 Yolsuzluk ve Yasadışı Uygulamalar Kanunu (*Corrupt and Illegal Practices Act*) ile adayların seçim çevrelerinde yapacakları harcamalara bir üst limit getirilmiş olsa da, bunun tam anlamıyla mali denetim kavramını karşıladığı söylenemez.²¹ Dönemin güncel gelişmeleri ile önem kazanan siyasi partilerin mali denetiminde ilk anayasal düzenleme, 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda yer almıştır.²²

Türkiye'de anayasallık denetimi yapmakla görevli bağımsız bir yüksek mahkeme olarak AYM'nin kuruluşu, 1961 Anayasası ile gerçekleşmiştir. Aynı Anayasa ile siyasi partilerin mali denetimini gerçekleştirme görevi, AYM'ye verilmiştir. 1961 Anayasası'nın 57'nci maddesinin 2'nci fıkrası, "*Partilerin iç çalışmaları, faaliyetleri, Anayasa mahkemesine hangi hallerde ve ne suretle hesap verecekleri ve bu mahkemece malî denetimlerinin hangi hallerde ve nasıl yapılacağı, demokrasi esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Mali denetime ilişkin ilk anayasal düzenleme olmakla önem arz eden anılan hükmün gerekçesinde, mali denetimin amacı olarak, "*... Partilerin gayrimeşru gelir kaynaklarına sahip olmalarını, iktidar partisinin manevi tazyik ile kitle halinde büyük hibeler sağlamasını önlemek maksadıyla partilerin gelir ve giderleri alanında açıklığı temin etmek çeşitli memleketlerde ya mevzuat ya da Anayasa hükümleri sayesinde mümkün olmaktadır. Geçirdiğimiz tecrübelerden sonra böyle bir hükmün memleketimizde de faydalar sağlayacağı düşünülmektedir...*" belirtilmiştir.²³

¹⁸ Derdiman, a.g.e, s. 200.

¹⁹ Siyasi partiler daha önceki siyasi parti tanımlarından da anlaşılacağı üzere, ayrı bir tüzel kişilik ile "sui generis" yapılanmalar olarak görülmemekte, "parti grupları" vb. isimlerle demek statüsünde sayılmaktaydılar. Bkz.: Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Kitabevi, 6. Baskı, 2011, s. 125-126).

²⁰ Kudret Bosuter, *Türk Siyasi Partiler Sisteminde Parti İçi Demokrasi*, Ulusal Basımevi, Ankara, 1969, s. 125-126.

²¹ Cem Duran Uzun, *Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 78 ve 87. Zira bu norm, adaylara yapılan bağışlar ile adayların şahsen açıklacağı harcamalardan ibarettir. Normun bu haliyle, siyasi örgütlenmelerin, ulusal düzeyde gelir ve giderlerine yönelik şeffaflık sağladığı söylenemez.

²² Özcan, a.g.e., s. 104.

²³ Uzun, a.g.e., s. 225-226.

B. Siyasi Partilerin Mali Yapısı

Bu bölümde yasal mevzuata uyarlık arz etmesi gereken siyasi partilerin gelir ve giderleri, ilgili hükümler çerçevesinde açıklanacaktır.

1. Siyasi Partilerin Gelirleri

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 61'inci maddesinde siyasi partilerin elde edebilecekleri gelirlerin yasal zemini hazırlanmıştır. İlgili maddenin ilk fıkrası, siyasi partilerin gelirlerinin amaçlarına aykırı olamayacağı hükmünü ihtiva etmektedir. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 61'inci maddesinde;

“Siyasi partiler aşağıda belirtilen gelirleri elde edebilirler:

a) Parti üyelerinden alınacak giriş aidatı ile üyelik aidatı,

b) Partili milletvekillerinden alınacak milletvekilliği aidatı,

c) Milletvekili, belediye başkanlığı, belediye meclis üyeliği ve il genel meclis üyeliği aday adaylarından alınacak özel aidat, (Bu aidatlar 64'üncü maddede esaslar dahilinde siyasi partilerin yetkili merkez karar organlarında tespit ve tahsil olunur.)

d) Parti bayrağı, flaması, rozeti ve benzeri rumuzların satışından sağlanacak gelirler,

e) Parti yayınlarının satış bedelleri,

f) Üye kimlik kartlarının ve parti defter, makbuz ve kağıtlarının sağlanması karşılığında alınacak paralar,

g) Partice tertiplenen balo, eğlence ve konser faaliyetlerinden sağlanacak gelirler,

h) Parti mal varlığından elde edilecek gelirler,

i) Bağışlar.

j) Devletçe yapılan yardımlar.

(h) bendinde yazılı parti mal varlığından elde edilen gelirler hariç olmak üzere, diğer bentlerde yazılı kaynaklardan elde edilen gelirlerden hiçbir surette vergi, resim ve harç alınmaz.” denilmektedir.

Anılan Kanun'un 62, 63 ve 64'üncü hükümlerinde siyasi partilerde aidat düzenlenmiştir. Buna göre her üye aylık yahut yıllık olmak üzere üyelik aidatı vermeyi, parti üyeliğine girişte kabul ve taahhüt etmelidir.²⁴ Ne var ki, üyenin,

²⁴ “Madde 62 - Parti üyelerinden alınacak giriş aidatının miktarı ile üyelik aidatının alt ve üst sınırları parti tüzüğünde gösterilir. Her üye, aylık veya yıllık olarak üyelik aidatı ödemeyi partiye giri-

partie borçlu olduğu yıla ait aidatın tamamını veya bir kısmını ödememesi halinde dahi parti üyesi hakkında, partiden geçici veya kesin olarak çıkarmaya dair müeyyideler uygulanamaz.²⁵ Ancak seçme ve seçilme hakkının ihlal edilmemesi şartıyla, uygulanacak yaptırımların türü parti içtüzüğünde belirtilmelidir.

Siyasi Partiler Kanunu'nun 63'üncü hükmünde milletvekili aidatları düzenlenmiştir.²⁶ Öte yandan siyasi partiler açısından, diğer gelir kalemlerinin yanında milletvekili aidatları tali kalmakta ve ilgili siyasi partinin devlet yardımından yararlanması halinde milletvekili aidatları alınmayabilmektedir.²⁷

648 sayılı Mülga Siyasi Partiler Kanunu'nda bulunmayan bir düzenleme olarak özel aidat, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 61'inci hükmü c bendinde düzenlenmiş ve bu aidatın tahsilıyla ilgili 64'üncü maddesine yollama yapılmıştır. Anılan 64'üncü hüküm milletvekilliği aday adaylığı başlığını taşımaktadır.²⁸ Özel aidat için ilk düzenleme gerçekten de yalnızca milletvekili aday adaylığını kapsamaktaydı. Ancak 1988 yılında 3420 sayılı Kanun'un²⁹ 6'nıncı maddesi ile yapılan değişiklikle "*milletvekili, belediye başkanlığı, belediye meclis üyeliği ve il genel meclis üyeliği aday adaylarından alınacak özel*

şinde kabul etmek zorundadır. Parti üyesi, vermeyi kabul ettiği aidatın miktarını, parti tüzüğüne uygun olmak şartıyla, kayıtlı bulunduğu teşkilat kademesi başkanlığına yazı ile bildirerek artırabilir. Partie borçlu olduğu yıla ait aidatın tamamını veya bir kısmını ödemeyen parti üyesi hakkında, partiden geçici veya kesin olarak çıkarmaya dair disiplin cezaları uygulanmaz. Aidatını ödemesi için yapılan yazılı tebligata rağmen belirtilen süre içerisinde ödemede bulunmayan üye hakkında yapılacak işlem ve uygulanacak yasaklamalar parti tüzüğünde gösterilir."

²⁵ "Adalet ve Kalkınma Partisi tüzüğünün partinin gelirleri başlıklı 134. madde düzenlemesine göre partiye giriş aidatı en az 1 TL, en fazla 5000 TL, aylık üyelik aidatı en az 1 TL, en fazla 1000 TL, Giriş aidatının belirlenmediği Cumhuriyet Halk Partisi tüzüğünün (26.12.2012 tarihli 16. Olağanüstü Kurultay kararıyla değişik) 7. maddesine göre yıllık 12- 120 TL arasında değişen üyelik aidatı, Milliyetçi Hareket Partisi tüzüğünün mali hükümler başlıklı 102. maddesine göre elli lirayı geçmeyen giriş aidatı ile yıllık en az altmış en çok yüz yirmi lira arasında değişen üyelik aidatı düzenleme altına alınmıştır." Abdülkadir Saka, "*Siyasi Partiler Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, *Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2013*, s. 90, Dipnot: 251.

²⁶ "*Madde 63 - Bir siyasi partie mensup milletvekillerinin, ne miktar aidat ödeyeceği ve bu suretle toplanan paraların grup faaliyetlerine ve parti merkezine hangi miktarlarda ayrılacağı, Türkiye Büyük Millet Meclisi parti grubu kararıyla belli edilir. Ancak, bu miktarın yıllık tutarı milletvekili ödeneğinin net bir aylık tutarını geçemez. Grubu olmayan milletvekillerinin ödeyeceği aidat, yukarıdaki fıkrada belirtilen miktarın yarısını geçmemek kaydıyla merkez karar ve yönetim kurulunca tespit edilir."*

²⁷ Uzun, a.g.e., s. 113.

²⁸ "*Milletvekili aday adaylığı aidatı:*

Madde 64 - Milletvekili aday adaylarından alınacak özel aidat, milletvekili ödeneğinin net bir aylık tutarını aşmamak kaydıyla parti içyönetmeliklerinde gösterilir."

²⁹ "*298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun, 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununun ve 2972 Sayılı Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun*", Kanun No: 3420, Kabul Tarihi: 31.03.1988, RG: 13.04.1988, S. 9784.

aidat” ibaresi eklenmiş ve özel aidata ilişkin kapsam genişletilmiştir. Siyasi rekabetin sağlanması ile aday adaylığı başvurularının artması, siyasi partilerin seçim bütçelerinin güçlenmesini sağlamaktadır.³⁰

Siyasi Partiler Kanunu'nun parti gelirlerini sıraladığı 61'inci hükmünün d ilâ h bentlerinde; parti bayrağı, flaması yahut rozet gibi parti rumuzlarının satışı, parti yayınları, üyelerin kimlik kartları, makbuzların sağlanmasında elde edilen gelirler ile ayrıca parti malvarlığından sağlanan gelirlere cevaz verildiği ifade edilmektedir. Anılan Kanun'un 68'inci hükmü gereği, siyasi partiler, “... *ikametleri ile amaç ve faaliyetleri için gerekli olanlardan başka taşınmaz mal edinemezler. Partiler, amaçları içinde olmak şartıyla sahip oldukları taşınmaz mallardan gelir sağlayabilirler.*” Ne var ki, siyasi partilerin malvarlıklarından elde edilecek gelirlerde ticari faaliyet sınırının gözetilmesi zorunludur.³¹ Nitekim Siyasi Partiler Kanunu'nun 67'nci hükmünde “*Siyasi partiler ticari faaliyette bulunamazlar, kredi veya borç alamazlar. Ancak, ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla 66'ncı maddenin 1 ve 3'üncü fıkralarında gösterilenler dışında kalan gerçek ve tüzelkişilerden kredili veya ipotek karşılığı mal satın alabilirler*” denilmekle, Anayasa'nın 69'uncu hükmü ikinci fıkrasında zikredilen siyasi partilerin ticari faaliyette bulunma yasağının kapsamı kanunla düzenlenmiş olmaktadır. Diğer taraftan siyasi partilerin, parti malvarlığından elde ettikleri gelirler, vergi muafiyetinden istisna tutulan tek gelir kalemi olmaktadır (2820 sayılı Kanun madde 61 son cümle).³²

1982 Anayasası'nın 68'inci maddesinin son cümlesinde “*Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir.*” denilmektedir. Buna göre Siyasi Partiler Kanunu'nun 66'ncı hükmü birinci fıkrasının son cümlesi “*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi ve işveren sendikaları ile bunların üst kuruluşları, dernekler, vakıflar ve kooperatifler, özel kanunlarında yer alan hükümlere uymak koşuluyla siyasi partilere maddi yardım ve bağışta bulunabilirler.*” hükmünü amirdir. Kanun'un cevaz verdiği veya açıkça yasaklamadığı³³ gerçek veya tüzel kişilerin

³⁰ Örneğin, 24 Haziran 2018 Türkiye Genel Seçimleri için Adalet ve Kalkınma Partisi, erkek adaylardan 6.000 Türk Lirası, kadın ve genç (18-25 yaş) adaylardan 3.000 Türk Lirası, engelli adaylardan da 1.000 Türk lirası başvuru ücreti almış ve nihayetinde başvuru süresinin sona ermesiyle toplam 41 milyon 880 bin TL gelir elde etmiştir. (<http://www.enbursa.com/haber/ak-parti-aday-adaylarından-ne-kadar-kazandı-18493.html>, 3 Şubat 2020.

³¹ Uzun, a.g.e., s. 207

³² Bünyamin Gelmiş, “Türkiye’de Siyasi Partilerdeki Mevcut Muhasebe Sistemi ve Denetimi”, Haliç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, *Yüksek Lisans Tezi*, 2015, s. 36.

³³ “*Madde 66/2- Yukarıdaki fıkranın dışında kalan gerçek ve tüzel kişilerin her birinin bir siyasi partiye aynı yıl içerisinde iki milyar liradan fazla kıymette aynı veya nakdi bağışta bulunması veya yayınları kullandırması yasaktır...*” 2019 yılı için bağış sınırı, 54.566-TL olarak belirlenmiştir. https://www.ntv.com.tr/turkiye/chpden-istanbul-secimleri-icin-bagis-kampanyasi,Zf7vhUNmk0adx-B_-dbUQ 4 Şubat 2020.

yapacağı bağış, ya ilgili siyasi parti namına açılan banka hesabına gönderilmek suretiyle yahut iktisap edilen bağışın; bağışta bulunana veya yetkili temsilcisine ait olduğunun partice düzenlenecek makbuzda açıkça belirtilmesi gerekmektedir.³⁴

Yasaklı bağışlara ilişkin Anayasa'nın 69'uncu maddesi onuncu fıkrasında geçen "*Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır*" hükmünün Siyasi Partiler Kanunu'nda da tekrar edildiği görülmektedir.³⁵ Açıkça düzenlenen diğer yasaklı bağışlara ilişkin işlemlere, Siyasi Partiler Kanunu'nun 66'ncı maddesi ilk fıkrasında yer verilmektedir.³⁶

Siyasi partilerin örgütlenmelerini güçlendirebilmeleri için devlet yardımı mevzuatımızda ilk kez 1965 tarihinde 648 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 65'inci maddesinin 13'üncü bendinde ve "*Devletçe Yardım*" başlıklı 74'üncü hükmünde düzenlenmiştir.³⁷ Ancak AYM, partilere devletçe yapılacak yardımda, kimi partilerin yardım kapsamının dışında bırakılarak, diğerlerinin aldığı devlet yardımı ile aşırı yararlanmasını, adalet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmayacağını belirterek, 648 sayılı Kanun'un 74'üncü maddesini iptal etmiştir.³⁸

27.06.1984 tarihinde Siyasi Partiler Kanunu'nda yapılan değişik ile 1982 Anayasası dönemine ilişkin devlet yardımı ölçütleri düzenlenmiştir.³⁹ Zira siyasi partilerin amaçlarını yerine getirebilmek ve varlıklarını devam ettirebilmek için;

³⁴ 2820 sayılı Kanun madde 66/2.

³⁵ "*Madde 116- Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak bağışta bulunan kimse ve bağışı kabul eden parti sorumlusu, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak kredi veya borç veren veya alanlar ile bu krediyi veya borcu alan veya veren parti sorumlusu hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır. Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden yardım veya bağış kabul eden parti sorumlusu veya aday veya aday adayı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

³⁶ "*Madde 66-Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler ve muhtarlıklar, kamu iktisadi teşebbüsleri, özel kanunla veya özel kanunla verilen yetkiye dayanarak kurulmuş bankalar ve diğer kuruluşlar, kamu iktisadi teşebbüsü sayılmamakla beraber ödenmiş sermayesinin bir kısmı Devlete veya bu fıkra da adı geçen kurum, idare, teşebbüs, banka veya kuruluşlara ait müesseseler, siyasi partilere hiçbir suretle taşınmaz veya taşınmaz mal veya nakit veya haklar bağışlayamaz ve bu gibi mal veya hakların kullanılmasını bedelsiz olarak bırakamazlar; bağlı oldukları kanun hükümleri dışında siyasi partilere aynı hakların devrine dair tasarruflarda bulunamazlar...*"

³⁷ Mustafa Koçak, "*Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları*", Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 125. Siyasi Partiler Kanunu: Madde 65/(13): *Kanuna veya yasama meclisleri içtüzüklerine göre Devletçe sağlanan yardımlar.*"

³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 09.02.1969 tarih ve E: 1968/26, K: 1969/14 sayılı Kararı. 2 Şubat 1970 tarih ve 1219 sayılı Kanun ile devlet yardımı yeniden düzenlenmişse de Anayasa Mahkemesi'nin 02.02.1971 tarih ve E: 1970/12, K: 1971/13 sayılı kararı ile ilgili hüküm yeniden iptal edilmiştir.

³⁹ Kanun No: 3032, Kabul Tarihi: 27.06.1984, RG: 09.07.1984, 18453, Madde 1.

mali kaygılardan arınması, egemen diğer unsurlara karşı doğabilecek iktisadi bağımlılık rizikosunun bertaraf edilmesi gerekmektedir. İktidar yarışının, eşit koşullar dâhilinde gerçekleşmesi ile demokrasi korunmuş olmaktadır.⁴⁰ Buna göre, anılan Kanun'un 61'inci hükmüne eklenen (j) bendi ile devlet yardımının yasal zemini hazırlanmış, Ek Madde 1'e yapılan yollama ile uygulaması belirtilmiştir.⁴¹ Neticede devlet yardımının, dolaylı ve doğrudan olmak kaydıyla iki usulde yapıldığı öğretilmiş kabul edilmektedir. Dolaylı yardımlar⁴² için, seçim kampanyaları açısından siyasi partilere sağlanan kolaylıklar ile doğrudan mali yardımda, hazineden yapılan para yardımları şeklinde örneklendirilebilir.⁴³ Ne var ki, siyasi partilerin devlet yardımına ilişkin hususlarda yapılan Kanun değişiklikleri ile iktidar partisinin siyasi hesaplarına göre bazı partilerin "geriletme" yahut "kayıрма" işlevi gördüğü eleştirisi de yapılmaktadır.⁴⁴

Sözgelimi "(m)evcut mevzuat çerçevesinde 2018 yılı için siyasi partilere 273.7 milyon TL kaynak aktarılmıştır. 273.7 milyon TL'lik kaynaktan:

⁴⁰ Teziç, a.g.e., s. 389.

⁴¹ "Ek Madde 1 - Yüksek Seçim Kurulunca son milletvekili genel seçimlerine katılma hakkı tanınan ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33'üncü maddesindeki genel barajı aşmış bulunan siyasi partilere her yıl Hazineden ödenmek üzere o yılki genel bütçe gelirleri "(B) Cetveli" toplamının beşbinde ikisi oranında ödenek mali yıl için konur.

Bu ödenek, yukarıdaki fıkra gereğince Devlet yardımı yapılacak siyasi partiler arasında, bu partilerin genel seçim sonrasında Yüksek Seçim Kurulunca ilan edilen toplam geçerli oy sayıları ile orantılı olarak bölüştürülmek suretiyle her yıl ödenir. Bu ödemelerin o yılki genel bütçe kanununun yürürlüğe girmesini takiben on gün içinde tamamlanması zorunludur.

Bu madde uyarınca yapılacak yardımlar sadece parti ihtiyaçları veya parti çalışmalarında kullanılır.

Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %3'ünden fazlasını alan siyasi partilere de Devlet yardımı yapılır. Bu yardım en az Devlet yardımı alan siyasi partinin ikinci fıkra gereğince almış olduğu yardım ve genel seçimlerde aldığı toplam geçerli oy esas alınarak kazandıkları oyla orantılı olarak yapılır. Bu fıkra uyarınca yapılacak yardım bir milyon Türk Lirasından az olmaz. Bunun için her yıl Maliye Bakanlığı bütçesine yeterli ödenek konulur.

Yukarıdaki fıkralarda öngörülen yardım miktarları; bu yardımdan faydalanabilecek siyasi partilere, milletvekili genel seçiminin yapılacağı yıl üç katı, mahalli idareler genel seçim yılı için iki katı olarak ödenir. Her iki seçim aynı yıl içerisinde yapıldığında bu ödemenin miktarı üç katı geçemez. Bu fıkra gereğince yapılacak katlı ödemeler, Yüksek Seçim Kurulunun seçim takvimine dair kararının ilanını izleyen 10 gün içinde yapılır.

Bu Kanunun 76'ncı maddesi hükmü dairesinde gelirleri Hazineye irat kaydedilen ve taşınmaz malları Hazine adına tapuya tescil edilen siyasi partilere, bu madde gereğince yapılacak Devlet yardımından, Hazineye irat kaydedilen gelirin Hazine adına tapuya tescil edilen taşınmazların toplam değerinin iki katı indirilir."

⁴² Dolaylı yardımlardan vergi muafiyeti hakkında; "Bir diğer dolaylı kamusal destek türü olan vergi muafiyetleri, uygulamada doğrudan siyasi partilerin gelir ve giderlerine ya da siyasi partilere bağlı yapanlara uygulanan muafiyetler şeklinde iki tür olarak karşımıza çıkmaktadır." Uzun, a.g.e., s. 198.

⁴³ Koçak, a.g.e., s. 124.

⁴⁴ Teziç, a.g.e., s. 394.

- Adalet ve Kalkınma Partisi 139 milyon TL,
- Cumhuriyet Halk Partisi 71.1 milyon TL,
- Milliyetçi Hareket Partisi 33.4 milyon TL,
- Halkların Demokratik Partisi 30.2 milyon TL pay almıştır.

Ancak 24 Haziran 2018 tarihinde (Cumhurbaşkanlığı seçimi ile birlikte) milletvekili genel seçimlerinin yapılması nedeniyle siyasi partilere ek 547.4 milyon TL kaynak aktarılmıştır. 547.4 milyon TL'lik kaynaktan:

- Adalet ve Kalkınma Partisi 278 milyon TL,
- Cumhuriyet Halk Partisi 142.2 milyon TL,
- Milliyetçi Hareket Partisi 66.8 milyon TL,
- Halkların Demokratik Partisi 60.4 milyon TL pay almıştır.

Böylece siyasi partilere 2018 yılı için aktarılan toplam tutar 821.1 milyon TL olmuştur.⁴⁵

2. Siyasi Partilerin Giderleri

Siyasi partilerin gelirlerinin denetimi kadar, giderlerinin de şeffaf olması önem arz etmektedir. Aksi halde bilhassa seçim dönemlerinde, siyasi partiler arasında giderlerdeki muhtemel dengesizlikler, haksız rekabet ortamı yaratarak, seçmen iradesini ve algısını yönlendirebilecektir. Ne var ki, mevzuatımızda henüz seçim kampanyaları dönemine ilişkin harcama kısıtlaması düzenlenmemiştir. Seçim harcamalarının sınırlandırılması ve denetlenmesi ölçütlerinin bulunmaması siyasi partiler hukuku mevzuatımızda önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.⁴⁶

Siyasi Partiler Kanunu'nun 70'inci hükmüne göre, siyasi partilerin giderleri amaçlarına aykırı olamamaktadır. Keza partinin bütün giderleri anılan hükmün ikinci fıkrası gereği, parti tüzel kişiliği adına yapılmaktadır. Bu husus yukarıda anıldığı üzere, "*Mali Sorumluluk*" başlıklı madde 71 ile de örtüşmektedir.

Giderlerin yapılmasında usulün belirlendiği 70'inci maddeye göre, "*Harcamaların yetkili organ veya merciin kararına dayanması şarttır. Şu kadar ki, yetkili organca onaylanan bütçede öngörülmüş bulunmak kaydıyla beşmilyon lirayı*

⁴⁵ Ferhat Uslu, *Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2020, s. 241.

⁴⁶ Özcan, a.g.e., s. 104.

aşmayan harcamalar ile genel tarifeye bağlı giderler için ayrıca karar alınmasına gerek yoktur.” denilmektedir. Ancak giderlere ilişkin belgeleri saklama süresi ise, yine anılan hükmün devamında “... özel kanunlarda gösterilen daha uzun süreye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, kesin hesabın Anayasa Mahkemesinin ilk inceleme kararının ilgili partiye bildirilme tarihinden itibaren beş yıldır.” Gelir ve giderlere ilişkin hesap verilebilirlik ilgili hükmün son fıkrası gereği, parti tüzüğünde gösterilen ve altı aydan uzun olamayacak sürede, parti teşkilatının bağlı olduğu üst kademeye müracaatı ile sağlanmaktadır. Bir diğer sınırlama olarak anılan Kanun madde 72 hükmünde belirtilen, siyasi partilerin, gerçek ve tüzel kişilere, üyeleri dahi olsa hiçbir şekilde borç veremeyeceğidir.⁴⁷

II. SİYASİ PARTİLERİN MALİ DENETİMİNE İLİŞKİN KARARLAR VE YAPTIRIMLAR

Türk hukuk sistemine 1961 Anayasası ile getirilen siyasi partilerin mali denetimi için, dönemin kurucu iktidarı tarafından AYM görevli ve yetkili olarak belirlenmiştir. 1982 Anayasası da aynı yöntemi benimseyerek, denetim organı olarak AYM'yi görevlendirilmiştir.⁴⁸ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesi, AYM'nin görev ve yetkilerini düzenlemektedir.⁴⁹ Buna göre anılan Kanun'un 3'üncü madde (e) bendi gereği ve Anayasamızın 69'uncu hükmü mucibince, AYM'nin görevlerinden biri, siyasi partiler gelir ve giderlerinin kanunlara uygunluğunun denetimini yapmaktır.

Denetimi yapacak organa ilişkin kimi akademik tartışmalar günümüze dek sürmektedir. Nitekim Uzun'un verdiği bilgilere göre,⁵⁰ 111 ülke arasından, 71 ülkede siyasi partilerin mali yapısının denetlenmesi ile ilgili en az bir kurum bulunmaktadır. Denetimle görevli organ barındıran bu ülkelerin 45'inde, mali denetim görevi, ulusal seçimlerin yönetimini üstelenen organlar tarafından yerine getirilmektedir. 9 ülkede ise, bilhassa siyasetin finansmanını denetlemek üzere kurulmuş kurumlar bulunmakta, 20 ülkede de Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Vergi Daireleri yahut Sayıştay gibi devlet organlarının bu görevi

⁴⁷ “Madde 72 - Siyasi partiler, üyelerine ve diğer gerçek ve tüzel kişilere hiçbir şekilde borç vermezler.”

⁴⁸ “Madde 69/3: Siyasi partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gereklidir. Bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Anayasa Mahkemesince siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti, bu hususun denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir. Anayasa Mahkemesi, bu denetim görevini yerine getirirken Sayıştay'dan yardım sağlar. Anayasa Mahkemesinin bu denetim sonunda vereceği kararlar kesindir.”

⁴⁹ Kanun Numarası: 6216, Kabul Tarihi: 30.03.2011, RG: 03.04.2011, 27894

⁵⁰ Reginald Austin ve Maja Tjernström, “Funding of Political Parties and Election Campaigns”, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2003, s. 185-188'den aktaran Uzun, a.g.e., s. 84-85.

yerine getirmekte olduğu görülmüştür. Uzun'un belirttiğine göre kalan 19 ülkede ise Parlamento, AYM'ler veya diğer yüksek mahkemeler siyasi partilerin mali denetimini yapmaktadır.

Siyasi partilerin mali denetiminde, anayasal uygunluk denetimi yapan yargı organının yetkili olması, gerek iş yükü gerek yerindelik hususları bakımından halen eleştirilmektedir.⁵¹ Siyasi partilerin finansman denetimini ile görevli kurum, alacağı kararlar ile demokrasinin işlerliğine dokunabilecek, partilerin güvenirliliğini temelden etkileyebilecek ve alacağı kararlar ile siyasi partilerin varlığına birer tehdit oluşturabilecektir.⁵² Bu ve benzeri risklerin bertaraf edilmesi için, yasama ve yürütme organlarından bağımsızlaşmış bir denetim mekanizması öngörülmüştür. Ne var ki, bu denetim organının AYM olamayacağı yönündeki eleştirilere büyük ölçüde katılmaktayız.⁵³ AYM'nin en temel işlevlerinden birisi kuşkusuz anayasallık denetimi işlevidir. Anayasallık işlevi de Anayasa da ve kuruluş kanununda sayma yoluyla belirtilen norm ve kararların anayasallığını denetlemeyi kapsamaktadır. Siyasi partilerin mali denetimi bir taraftan AYM'nin işlevleriyle bağdaşmadığı gibi, diğer taraftan da AYM'nin iş yükünü artırmaktadır. Özellikle 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliğiyle hukukumuzda giren bireysel başvuru kurumunun insan haklarının korunmasındaki önemi düşünüldüğünde AYM'nin norm denetiminden arta kalan zamanını bireysel başvuruları karara bağlamakta kullanmasının daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca mali denetimin aşamaları ile siyasi partilerin bütçelerine yönelik aydınlatılmış bir sistem oluşturulması demokratik sistemin şeffaflık ilkesi açısından daha yerindedir.

A. Denetimin Yapılması Usulü

Siyasi partilerin mali denetimine ilişkin usul, Siyasi Partiler Kanunu'nun 74 ve 75'inci maddeleri ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a dayanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün⁵⁴ 51 ve 52'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

Siyasi partilerin mali denetimi; partiler tarafından AYM'ye sunulan gelir ve gider tablolarında göstermiş oldukları kayıtlarından çıkartılan bilanço üzerinden

⁵¹ Siyasi partilerin mali denetimi ve siyasi partiler hakkında ihtar işlemleriyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ferhat Uslu, *Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2020, s. 237-253.

⁵² Rifat Karakoç, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Mali Denetimi", *Sayıştay Dergisi*, S. 109, 2018, s. 81-82

⁵³ Eleştiriler için bkz.: AYM, *Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesinin Sorunlarının Tartışılması Paneli*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2004, s. 154 vd.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, RG: 12.07.2012, 28351.

yapılmaktadır.⁵⁵ AYM, siyasi partiler tarafından sunulan belgelerle sınırlı olarak denetimi gerçekleştirmektedir.⁵⁶ AYM'nin mali denetimi; ilk inceleme ve esas inceleme olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Bu hususta, ilk inceleme başlığı altında yapılan işlemler denetime geçilebilmesi açısından uygun zemin hazırlanması üzerine gerekli durumlarda partiye süre verilmesi yahut mevzuata uygun sunulan bilançolar için esas incelemeye geçilmesini sağlamaktır. Siyasi partinin bilançosuna yönelik görüşmeler yahut eksik hususların değerlendirilmesi gibi karar öncesi yapılan iş ve işlemlerle sağlanan inceleme, esasın incelenmesi aşamasında, denetime tabii kesin hesabın karara bağlanması ile neticelenir.⁵⁷

Mali denetimin ilk incelemesi İçtüzük madde 51 gereği; il örgütleri kesin hesabı ile parti genel merkezi kesin hesabından oluşan birleştirilmiş kesin hesap, partinin yetkili organlarıncı anılan kesin hesaplarının birleştirildiğine dair onaylı karar örneği ve birleştirilmiş kesin hesabı oluşturan, parti genel merkezi kesin hesabı ile il örgütleri kesin hesabı olmak üzere, Kanun ve İçtüzük normlarına uygun hazırlanan bilanço üzerinden yapılmaktadır.⁵⁸ İlk incelemede, rapo-

⁵⁵ Suat Oktar, "Türkiye'de Siyasetin Finansmanı ve Finansmanının Denetimi: Siyasette Şeffaflık", Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, C. XXV, S. 2, 2008, s. 3-6.

⁵⁶ Oktar, a.g.e., s. 5.

⁵⁷ Mehter, a.g.e., s. 453.

⁵⁸ "MADDE 51- (1) Siyasi partiler, 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 74'üncü maddesi uyarınca genel başkanları tarafından imzalanmış yazı ve ekinde,

a) Merkez karar ve yönetim kurullarıncı (parti tüzüğünde kesin hesapları onaylama görevi verilen yetkili organlarıncı) alınmış parti genel merkezi ve iller örgütleri kesin hesaplarının incelenip kabul edildiğine ve birleştirildiğine ilişkin kararın onaylı örneğini,

b) Karara bağlanmış ve birleştirilmiş bulunan bir yıllık kesin hesabın onaylı örneğini,

c) Parti genel merkez kesin hesabının onaylı örneğini,

ç) Bağlı ilçeleri de kapsayan ve il sorumluları tarafından imzalanmış olan iller teşkilatı kesin hesaplarının onaylı örnekleri ile genel merkez tarafından düzenlenecek olan il teşkilatları kesin hesaplarının icmal listesini,

d) Parti genel merkez ve il teşkilatlarının aynı hesap döneminde edindiği taşınmaz ve değeri yüz lirayı aşan taşınır malların, menkul kıymetlerin ve her türlü hakların değerleri ile edinim tarihlerini ve şekillerini belirten listeleri,

e) Parti genel sekreteri ve genel saymanının imzasını taşıyan yıl sonu kasa mevcudunu gösteren kasa sayım tutanağı ile banka hesaplarına ilişkin olarak banka yetkililerince onaylanmış muhtabakat yazılarını, Haziran ayı sonuna kadar Mahkemeye sunarlar.

(2) Mahkemece söz konusu belgeler incelenmek üzere Sayıştay Başkanlığına gönderilir.

(3) Sayıştay Başkanlığıncı görevlendirilecek denetçiler kendilerine havale edilen kesin hesapları, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 73'üncü ve 74'üncü maddelerine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği, devir rakamlarının doğru olup olmadığı ve kesin hesap çizelgelerinde sonuca etkili maddi bir hata veya tutarsızlık bulunup bulunmadığı yönünden incelerler. Gerektiğinde, ilgili siyasi partilerin her kademedeki yetkililerinden, bu konular hakkında doğrudan bilgi isteyebilirler. İstenilen bilgilerle dayanağını oluşturan evrak ve belgelerin geciktirilmeksizin verilmesi zorunludur.

runu sunmak üzere AYM Başkanlığı'na görevlendirilen raportör hazır bulunur.⁵⁹ Raportörler mali denetimin etkin yapılabilmesi adına öncelikle parti kesin hesaplarının kanuna uygun belgelere dayanıp dayanmadığını yahut ilgili belgelerin parti sorumlularınca süresi içinde verilip verilmediği inceler.

Denetimin son aşaması olan esastan inceleme ise Siyasi Partiler Kanunu'nun 75'inci maddesi ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 52'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre anılan Kanun'un 75'inci maddesinde, "*Anayasa Mahkemesi, kesinhesaplara ait bilgilerin belgelendirilmesini siyasi partilerden her zaman isteyebilir.*"

Anayasa Mahkemesi denetimini evrak üzerinde yapar. Bu denetimi, Sayıştay'dan yardım sağlanarak hazırlatacağı raporlar üzerinden yapabileceği gibi, siyasi partilerin genel merkezlerinde ve mahalli teşkilatlarında doğrudan doğruya veya kendi üyeleri arasından görevlendireceği bir naip üye veya mahallin en kıdemli adli veya idari yargı hakimi niyabetinde yaptıracağı inceleme ve araştırmalar üzerinden de yapabilir. Bu maksatla, yeminli bilirkişi görevlendirebilir.

Anayasa Mahkemesi, ilgili siyasi partinin başkanından veya temsilcisinden yazılı mütalaa isteyebilir; gerekli görürse sorumlu uzman muhasepler de dahil ilgililerin sözlü açıklamalarını dinleyebilir." denilmektedir. AYM'nin denetimi gerçekleştirirken Sayıştay'dan yardım alması esas, 1999 yılında 4445 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen Siyasi Partiler Kanunu değişikliği ile getirilmiştir.⁶⁰ Hatta anılan değişiklikte, Mahkemece; bu hususta Sayıştay'dan sağlanacak raporlar kullanılabilirliği gibi, görevlendirilecek yeminli bilirkişi yahut parti teşkilatından bir naip üye veya mahallin en kıdemli adli ya da idari yargıcından da sağlayacağı araştırmalardan da yararlanılabilmektedir.

(4) Görevli denetçiler, siyasi partilerin örgütlendiği bütün illerin kesinhesaplarını gönderip göndermediklerini saptayabilmek için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca tutulan siyasi parti sicil dosyalarından yararlanırlar.

(5) Denetçiler, kesinhesapların kendilerine havale edilmesi tarihinden itibaren en geç iki ay içinde düzenleyecekleri raporları Başkanlığa sunarlar; varsa eksiklik, hata veya tutarsızlıkları ortaya koyarak bunların nasıl giderileceğini belirtirler.

(6) Başkanlıkça görevlendirilecek raportörler raporlarla ilgili ilk inceleme toplantılarında hazır bulunarak gerekli açıklamaları yaparlar.

(7) Eksikliklerin tamamlanması, hata ve tutarsızlıkların düzeltilmesi için ilgili siyasi partiye, Mahkemece, bir ayı geçmeyecek uygun bir süre verilir.

(8) Kesinhesaplarda eksiklik, hata ve tutarsızlık bulunmadığının anlaşılması veya bunların usulünce giderilmesi hâlinde işin esasının incelenmesine karar verilir. Bu kararda parti genel merkezi ve il teşkilatlarının gelir gider belgeleri ile bunların kaydedildiği defter kayıtlarını göndermesi için ilgili partiye bir ayı geçmeyecek uygun bir süre verilir. Bu karar ilgili partiye bildirilir."

⁵⁹ İçtüzük madde 51/(6).

⁶⁰ Siyasi Partiler Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun No: 4445, Kabul Tarihi: 12.08.1999, RG: 14.08.1999, 23786.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 52'nci maddesinde esastan incelemeye ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.⁶¹ Anılan hükümde, esas incelemenin nasıl ve hangi usuller ile gerçekleştirileceği düzenlenmiş iken, Siyasi Partiler Kanunu'nun 75'inci maddesinde ise denetimi gerçekleştirmede kimlerin hangi hususlar ile yetkili olduğu düzenlenmiştir.

B. Mali Denetim Kararları ve Yaptırımlar

Konunun değerlendirilmesi bakımından çalışmanın ana eksinini oluşturan siyasi partilerin mali denetimine ilişkin AYM kararlarının türlerine değinmenin yararlı olacağı değerlendirilmiştir.

Anayasamızın 153'üncü hükmü gereği AYM kararları kesin ve bağlayıcıdır.⁶² Kararın kesinliği iki anlam ifade etmektedir; ilgili kararın şeklen kesin olması ve maddi yönden kararın kesinlik arz etmesi.⁶³ Kararın şeklen kesinliği,

⁶¹ "MADDE 52- (1) Parti tarafından gelir gider belgeleri ve defter kayıtları esas incelemenin yapılması için Sayıştay Başkanlığına gönderilir. Partilerin genel merkezleri ile il teşkilatlarının gelir gider belgeleri ve defter kayıtları incelenir. Yapılacak denetimin esas ve usulleri ile il teşkilatlarının hangilerinin inceleneceği hususu, Mahkeme tarafından aksi kararlaştırılmadıkça Sayıştay Başkanlığınca belirlenir.

(2) İşin esasına ilişkin inceleme, siyasi partilerin gelir ve giderlerinin doğru ve kanuna uygun olup olmadığı yönlerinden yapılır. Doğruluk incelemesi, kesinhesapların dayanağını oluşturan defter ve belgeler üzerinde yapılan incelemeyi kapsar. Kanuna uygunluk incelemesi, gelirlerin ve giderlerin Siyasi Partiler Kanununa uygun olarak yapılıp yapılmadığını tespit etmeye yöneliktir.

(3) Görevli denetçiler, partilerin genel merkezleri ile incelenmesi öngörülen il teşkilatlarının parti defterleri, gelir ve gider kayıtları ile bunlara ilişkin belgeleri inceleyerek kesinhesaplarla karşılaştırırlar. Gerekliğinde, ilgili siyasi partilerin her kademedeki yetkililerinden, bu konular hakkında doğrudan bilgi isteyebilirler. İstenilen bilgilerle bunların dayanağını oluşturan evrak ve belgelerin geciktirilmeksizin verilmesi zorunludur.

(4) Denetçilerce, incelemeler esnasında tespit edilen konu ve bulguları içeren inceleme raporları ilgili siyasi partiye gönderilerek, raporun kapsamı gözetilmek suretiyle en geç iki ay içinde bu konular hakkındaki görüşlerini bildirmesi istenir.

(5) Denetçiler, ilgili siyasi partinin görüşleri ile kendi düşüncelerini içeren esas raporlarını Mahkemeye sunarlar. Rapora alınan konularla ilgili belgelerin bir örneği ile partiye gönderilen inceleme raporu ve partinin cevabı rapor ekine konulur. Raporda gelir gider belgeleri ve defter kayıtları incelenen il teşkilatları belirtilir.

(6) Sayıştay denetçilerinin hazırladıkları bu raporların görüşülmesi sırasında Başkanlıkça görevlendirilecek raportörler hazır bulunarak gerekli açıklamaları yaparlar.

(7) Mahkemenin malî denetime ilişkin kararlarının bir örneği ilgili siyasi partinin genel başkanlığına, bir örneği Sayıştay Başkanlığına ve bir örneği de o siyasi partinin sicil dosyasına konulmak üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

(8) Kararı gönderilen parti hesaplarına ilişkin gelir gider belgeleri ve defter kayıtları Sayıştay Başkanlığınca ilgili partiye iade edilir.

(9) Mali denetim kararları Resmî Gazete'de yayımlanır."

⁶² "Madde 153 - Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz..."

⁶³ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2008, s. 516-518.

ilgili karara yönelik başvurulacak kanun yolu öngörülmemiş olması yahut öngörüldü ise bu yolların tüketilmiş olmasını ifade etmektedir.⁶⁴ Mevzuatımızda siyasi partilerin mali denetimine ilişkin bir kanun yolu öngörülmemiştir.⁶⁵ Madde yönden kesinlik arz etmesi ise, derdestlik itirazı ile karşılaşılamayacak olunuşudur. Siyasi partilerin mali denetimi, başka bir merciide denetlenemez ve incelenebilir.

İlgili madde olan Anayasa'nın 153'üncü hükmü son cümlesinde "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar*" denilmekle, AYM kararlarının bağlayıcı olduğu ve R.G.'de yayımlanması zorunluluğunu taşıdığı zikredilmektedir.

Öte yandan Anayasa'nın 141'inci hükmünde belirtildiği üzere, tüm mahkeme kararlarının gerekçeli açıklanma zorunluluğu bulunduğundan, AYM kararlarının da gerekçesiz olarak açıklanamayacağını hatırlatmakta yarar vardır.⁶⁶ AYM'nin siyasi parti mali denetim kararlarının nitelik yönünden kısaca incelenmesinden sonra türlerinden bahsedilecektir.

1. İhtar

2820 sayılı siyasi Partiler Kanunu'nun 104'üncü maddesi ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53'üncü hükmünde⁶⁷ ihtar müessesesi düzenlenmiştir. Buna göre, bir siyasi partinin, Siyasi Partiler Kanunu'nun 101'inci maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık halinde bulunması sebebiyle o parti aleyhine AYM'ye, Cumhuriyet Başsavcılığın-

⁶⁴ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, a.g.e., s. 517.

⁶⁵ Olası bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu ihlal kararı neticesinde (*örneğin, örgütlenme özgürlüğü ve mülkiyet hakkı ihlaline yönelik*), olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yolunun uygulanıp uygulanamayacağına yönelik tartışmalar için bkz.: Fatih Güler, "*Türkiye'de Siyasi Partilerin Mali Denetiminin İncelenmesi ve Denetimi*", Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2012, s. 16-17.

⁶⁶ Uygulamada siyasi parti mali denetim kararlarının "*partinin kesin hesabında gösterilen gelir ve giderin eldeki bilgi ve belgelere göre doğru, denk ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na uygun olduğuna*" karar verilmesi halinde, hesaplar mevzuata uyarlık arz ettiğinden gerekçe yazılmadığı dikkat çekmektedir.

⁶⁷ "*MADDE 53- (1) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bir siyasi partinin 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 101'inci maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırı hareket ettiği iddiasıyla, o parti aleyhine ihtar kararı verilmesi istemiyle Mahkemeye başvurabilir. Mahkemece verilecek süre içinde siyasi partinin savunması alındıktan sonra, aykırılık tespit edilirse aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasi parti hakkında ihtar kararı verilir.*"

(2) *Bu karar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ile ilgili siyasi partiye tebliğ edilir ve Resmî Gazetede yayımlanır.*"

ca re'sen yazı ile başvurulur.⁶⁸ AYM gerekli gördüğü durumlarda, aykırılık mevcut ise o siyasi parti hakkında ihtar kararı vermektedir. İhtar kararlarının çoğunluğu, mevzuat gereği zamanında teslim edilmeyen kesinhesaplar neticesinde verilmektedir.

2. Kapatma

Siyasi partilere ilişkin demokratik sistemlerde verilebilecek en ağır müeyyidedir. Anayasanın 69'uncu maddesi onuncu fıkrası gereği, “*Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır*” emredilmektedir. Günümüze dek maddede anılan sebepler ile uygulama olanağı bulunmamıştır.

Öte yandan Siyasi Partiler Kanunu'nun 104'üncü maddesine 2014 tarihinde eklenen son fıkra ile “*Tüzüklerinde Anayasa Mahkemesince temelli kapatılan veya siyasi parti siciline kayıtlı bulunan siyasi partilerin isimleri, amblemleri ve rumuzlarını aynen veya iltibasa mahal verecek şekilde kabul eden veya kullanan siyasi parti aleyhine Anayasa Mahkemesine, Cumhuriyet Başsavcılığınca resen veya ilgili siyasi parti tarafından doğrudan yazı ile başvurulur...*” denilmekte ve Anayasa Mahkemesi, yapacağı incelemede anılan Kanun'un 96'ncı maddesine aykırılık teşkil eden isim, amblem ve rumuzların hükümsüzlüğüne karar vermenin yanı sıra, siyasi parti sicilinden terkinine karar vermektedir.⁶⁹

3. Gelir ve Giderlerin Doğruluğuna ve Kanuna Uygunluğuna Karar Verilmesi

Siyasi parti kesin hesabının hukuka ve mevzuata uygunluğu halinde verilen karardır. Mali denetimin amacını teşkil eder. Böylelikle, parti hesabının yasaya uygunluğuna karar verilmesi ile parti tüzelkişiliği bir nevi ibra edilerek, sorumluluktan kurtulmuş olmaktadır.⁷⁰

Nitekim Mahkemece 16.10.2019 tarihinde, Adalet ve Kalkınma Partisi'nin,⁷¹ Milliyetçi Hareket Partisi'nin,⁷² Büyük Turan Hareketi Partisi'nin,⁷³

⁶⁸ 2820 sayılı Kanun madde 104.

⁶⁹ Kanun No. 6545, Kabul Tarihi: 18.06.2014, RG: 28.06.2014, 29044. Kanunun 39'uncu maddesi ile gelen değişiklik.

⁷⁰ Hamdi Mehter, “*Siyasi Partilerin Mali İşlemleri ve Denetimleri*”, TÜRMOB Yayınları-344, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 110-112.

⁷¹ AYM, E: 2015/37 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/12, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.

⁷² AYM, E: 2015/55 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/13, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.

⁷³ AYM, E: 2015/69 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/16, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.

2014 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda; Partinin 2014 yılı kesin hesabında gösterilen gelir, gider toplamının eldeki bilgi ve belgelere göre doğru, denk ve 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na uygun olduğuna karar verilmiştir. Ayrıca Sosyal Demokrat Parti'nin,⁷⁴ Ebedi Nizam Partisi'nin,⁷⁵ 1923 Cumhuriyet Partisi'nin,⁷⁶ Ezilenlerin Sosyalist Partisi'nin,⁷⁷ Anadolu Partisi'nin,⁷⁸ 2015 yılı kesin hesabının da Mahkemece 16.10.2019 tarihinde; doğru, denk ve 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na uygun olduğuna karar verilmiştir. Bir diğer inceleme konusu olan Hak ve Adalet Partisi'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda, eldeki bilgi ve belgelere göre doğru, denk olduğuna karar verilmiştir.⁷⁹

4. Hazineye İrat Kaydedilmesi

Siyasi Partiler Kanunu'nun 76'ncı hükmü ilk fıkrasına göre “*Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak bağış kabul ettiği, mal veya gelir edindiği Anayasa Mahkemesince tespit edilen siyasi partilerin, bu yolla elde ettikleri gelirlerin tamamının, Kanunda belirtilen miktarlardan fazla gelirlerle, taşınmaz malların kanuni miktarı geçen kısmının karşılığının Hazineye irat kaydedilmesine, taşınmaz malların ise Hazine adına tapuya tesciline karar verilir.*” denilmektedir.

Anılan hükmün devamında, Siyasi Partiler Kanunu'nun 69'uncu maddesine aykırı biçimde bir siyasi partinin tevsik edilmeyen kaynaklardan gelir sağladığının anlaşılması halinde, bu gelirin de Hazineye irat kaydedileceği belirtilmektedir.⁸⁰

Bir diğer husus olarak, belgelendirilmesi gerektiği halde belgelendirilmeyen parti giderleri miktarınca parti malvarlığı, AYM kararıyla Hazineye irat kaydedilmektedir.⁸¹ Nitekim Mahkemece 16.10.2019 tarihinde Anavatan Partisi'nin 2014 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda; Kanun'a uygun olmayan 3.500,00 TL gider karşılığı Parti mal varlığının 22/4/1983 tarihli ve 2820

⁷⁴ AYM, E: 2016/3 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/18, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.

⁷⁵ AYM, E: 2016/8 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/19, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.

⁷⁶ AYM, E: 2016/30 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/28, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.

⁷⁷ AYM, E: 2016/57 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/30, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.

⁷⁸ AYM, E: 2016/60 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/32, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.

⁷⁹ AYM, E: 2016/18 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/24, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.

⁸⁰ 2820 sayılı Kanun Madde 76/3.

⁸¹ 2820 sayılı Kanun Madde 76/4.

sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 75. ve 76. maddeleri uyarınca Hazineye irat kaydedilmesine karar verilmiştir.⁸²

Keza Gezi Partisi'nin 2015 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda; hazineye irat olarak kaydedilenler dışında kalan bölümün doğru ve denk olduğuna, ancak; kesinhesapta gösterilen ve belgelendirilmesi gerektiği hâlde belgelendirilmeyen genel merkeze ait 10.761,31 TL gelir ve 10.605,66 TL gider olmak üzere toplam 21.366,97 TL karşılığı Parti mal varlığının 2820 sayılı Kanun'un 75 ve 76'ncı maddeleri gereğince Hazineye irat kaydedilmesine karar verilmiştir.⁸³

Bir diğer denetim konusu oluşturan Doğru Yol Partisi'nin 2015 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda; Kanun'a uygun olmayan 1.233,23 TL gelir tutarı ve 6.150 TL gider tutarı olmak üzere toplam 7.383,23 TL karşılığı Parti mal varlığının 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 75 ve 76'ncı maddeleri uyarınca Hazineye irat kaydedilmesine, bunun dışında kalan bölümün doğru, denk ve Kanun'a uygun olduğuna karar verilmiştir.⁸⁴

Denetime konu olan Demokrat Parti'nin 2015 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda da; Kanun'a uygun olmayan 1.809,98 TL gider karşılığı Parti mal varlığının 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 75 ve 76'ncı maddeleri uyarınca Hazineye irat kaydedilmesine, bunun dışında kalan bölümün doğru, denk ve Kanun'a uygun olduğuna karar verilmiştir.⁸⁵

Birleşik Devrimci Parti'nin 2015 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda ise, kesinhesapta gösterilen ve belgelendirilmesi gerektiği hâlde belgelendirilmeyen genel merkeze ait 3.000 TL gelir ve 2.800 TL gider olmak üzere toplam 5.800 TL karşılığı Parti mal varlığının 2820 sayılı Kanun'un 75. ve 76. maddeleri gereğince Hazineye irat kaydedilmesine, bunun dışında kalan bölümün doğru, denk ve Kanun'a uygun olduğuna karar verilmiştir. öte yandan gelir-gider belgeleri ile defter kayıtlarının gönderilmemesi inceleme ve araştırmayı engellemeye yönelik eylemler olduğundan Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.⁸⁶

⁸² AYM, E: 2015/62 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/14, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 14.01.2020, S. 31008.

⁸³ AYM, E: 2016/12 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/21, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.

⁸⁴ AYM, E: 2016/58 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/31, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.

⁸⁵ AYM, E: 2016/65 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/33, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 14.01.2020, 31008.

⁸⁶ AYM, E: 2016/74 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/37, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.

Bir diğer örnek olarak Cihan Partisi'nin 2015 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda; Kanun'a uygun olmayan 1.400 TL gider karşılığı Parti mal varlığının 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 75. ve 76. maddeleri uyarınca Hazineye irat kaydedilmesine karar verilmiştir.⁸⁷

16.10.2019 tarihinde Mahkeme'ce verilen bir başka karar, İlk Parti'ye ilişkindir. İlk Parti'nin 2015 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda; Kanun'a uygun olmayan 32.536,18 TL'si gelir ve 21.734,69 TL'si gider olmak üzere toplam 54.270,87 TL karşılığı Parti mal varlığının 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 75. ve 76. maddeleri uyarınca Hazineye irat kaydedilmesine, bunun dışında kalan bölümün doğru, denk ve Kanun'a uygun olduğuna karar verilmiştir.⁸⁸

5. Hazinece El Konulması

Siyasi Partiler Kanunu'nun 76'ncı hükmünde hem Hazine'ye irat kaydı hem de Hazine tarafından el konulmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre, Siyasi Partiler Kanunu'nun 67'nci maddesinde belirtilen kredi ve borçlanma yasağına aykırı olarak hareket ettiği tespit edilen siyasi parti hakkında, sağlanan kredi veya borçlar üzerine Anayasa Mahkemesi kararıyla Hazinece el konulmakta ancak buna karşılık Hazine kredi veya borcu verene karşı; tazmin ile yükümlü olmak gibi negatif sorumluluk altına girmemektedir.⁸⁹ Siyasi Partiler Kanunu'nun 67'nci maddesinde düzenlenen kredi ve borç alma yasağının cevaz verdiği haller olan, ihtiyaçları karşılamak amacıyla 66'ncı maddenin 1 ve 3'üncü fıkralarında⁹⁰ gösterilenler dışında kalan gerçek ve tüzelkişilerden kredili veya ipotek karşılığı mal satın alabilmesi kanuna uygundur. Bu hallerde, kanuna aykırılık ile herhangi bir el koyma kararı verilmeyecektir.

⁸⁷ AYM, E: 2016/79 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/39, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.

⁸⁸ AYM, E: 2016/82 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/40, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 14.01.2020, 31008.

⁸⁹ 2820 sayılı Kanun Madde 76/2.

⁹⁰ "Madde 66/1- Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler ve muhtarlıklar, kamu iktisadi teşebbüsleri, özel kanunla veya özel kanunla verilen yetkiye dayanarak kurulmuş bankalar ve diğer kuruluşlar, kamu iktisadi teşebbüsü sayılmamakla beraber ödenmiş sermayesinin bir kısmı Devlete veya bu fıkra da adı geçen kurum, idare, teşebbüs, banka veya kuruluşlara ait müesseseler, siyasi partilere hiçbir suretle taşınır veya taşınmaz mal veya nakit veya haklar bağışlayamaz ve bu gibi mal veya hakların kullanılmasını bedelsiz olarak bırakamazlar; bağlı oldukları kanun hükümleri dışında siyasi partilere aynı hakların devrine dair tasarruflarda bulunamazlar. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi ve işveren sendikaları ile bunların üst kuruluşları, dernekler, vakıflar ve kooperatifler, özel kanunlarında yer alan hükümlere uymak koşuluyla siyasi partilere maddi yardım ve bağışta bulunabilirler..."

"Madde 66/3- Siyasi partiler, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden herhangi bir suretle aynı veya nakdi yardım ve bağış alamazlar."

6. Paraya Çevrilmesi

Siyasi partiler yalnızca amaçlarına uygun olmak şartıyla, iktisap ettikleri taşınmaz mallardan gelir sağlayabilirler.⁹¹ Bir siyasi partinin amacı dışında iktisap ettiği taşınmaz maldan gelir elde ettiği AYM tarafından tespit edilirse, yine AYM'nin vereceği süre içerisinde siyasi parti tarafından bu taşınmazların paraya çevrilmesine hükmedilmektedir.⁹² Burada kanun koyucunun Hazine'ye gelir kaydı amacı taşıdığı görülmektedir. Zira anılan normda açıkça belirtilmemesi sebebiyle, bu minvalde paraya çevrilen taşınmazın bedeli, yine o siyasi partinin nam ve hesabında kalmaktadır.⁹³

7. Suç Duyurusunda Bulunması

Siyasi partilerin mali denetimi, diğer özel hukuk kişilerinde karşılaşılan mali denetim, inceleme, soruşturma aşamaları gibi nitelikleri itibariyle kural olarak maddi yaptırımlara haiz olacaktır. Buna karşılık, kimi durumlarda cezai müeyyideler doğduğu görülmektedir. Tıpkı vergi hukukunda, kamunun uğradığı zararlara karşılık, birtakım fiillerin işlenmemesi yönünde caydırıcılık etkisi yaratılmak isteniyorsa, siyasi parti hukukunda da demokratik algılara gölge düşürülmesinin önlenmesi amaçlandığı ifade edilebilmektedir.⁹⁴ Öyle ki, gerçek dışı üye kaydı,⁹⁵ parti defter ve kayıtlarının tutulmaması veya tahrifi,⁹⁶ kanuna aykırı bağış yahut borç alınması⁹⁷ gibi fiilleri işleyenler hakkında ceza soruşturması başlatılacağı düzenlenmiştir. Bu hususta Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığı'na ihbarda bulunmakta ve müstakil bir ceza soruşturması görülmektedir. Nitekim bu hususta, Millet ve Adalet Partisi'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda 13.02.2019 tarihinde; Mahkemeye hesap verilebilir şekilde kayıt ve belge düzeninin oluşturulmaması, hesabın dışında gelir ve gider oluşturulması ve il örgütlerinin kesin hesaplarının sunulmaması inceleme ve araştırmayı engellemeye yönelik eylemler olduğundan 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 111. maddesinin birinci fıkrasının (c)

⁹¹ "Madde 68 - Siyasi partiler, ikametleri ile amaç ve faaliyetleri için gerekli olanlardan başka taşınmaz mal edinemezler. Partiler, amaçları içinde olmak şartıyla sahip oldukları taşınmaz mallardan gelir sağlayabilirler."

⁹² "Madde 77 - Bu Kanunun 68'inci maddesinde belirtilen esaslara aykırı olarak bir siyasi partinin taşınmaz mallara sahip olduğu anlaşılırsa, Anayasa Mahkemesinin kararıyla ve bu Mahkemenin göstereceği süre içinde siyasi parti tarafından bu malların paraya çevrilmesi yoluna gidilir."

⁹³ Mehter, a.g.e., s. 91-93.

⁹⁴ 2820 sayılı Kanun'un *Ceza Hükümleri* başlıklı yedinci bölümünde madde 111 vd. tahdidi sayılan haller.

⁹⁵ 2820 sayılı Kanun madde 114.

⁹⁶ 2820 sayılı Kanun madde 113.

⁹⁷ 2820 sayılı Kanun madde 116.

bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.⁹⁸

Konuyla ilgili AYM tarafından verilen kararlar şöyle sıralanabilir:

Güven Adalet ve Aydınlik Partisi'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda 13.02.2019 tarihinde; Mahkemeye hesap verilebilir şekilde kayıt ve belge düzeninin oluşturulmaması ile hesabın dışında gelir ve gider oluşturulması inceleme ve araştırmayı engellemeye yönelik eylemler olduğundan 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 111. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,⁹⁹

As Parti'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda Mahkemece 13.02.2019 tarihinde; Genel Merkeze ait 2017 yılı kesin hesabı ile Parti Merkez Karar ve Yönetim Kurulu tarafından alınmış, Parti Genel Merkezi ve il örgütlerinin kesin hesaplarının incelenip kabul edildiğine ve birleştirildiğine ilişkin kararın gönderilmemesi nedeniyle 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74. maddesi ve aynı Kanun'un 111. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,¹⁰⁰

1923 Cumhuriyet Partisi'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda Mahkemece 13.02.2019 tarihinde; Mahkemeye hesap verilebilir şekilde kayıt ve belge düzeninin oluşturulmaması, hesabın dışında gelir ve gider oluşturulması ve il örgütlerinin kesin hesaplarının sunulmaması, inceleme ve araştırmayı engellemeye yönelik eylemler olduğundan 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 111. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,¹⁰¹

Doğru Yol Partisi'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda Mahkemece 13.02.2019 tarihinde; Genel Merkeze ait 2017 yılı kesin hesabı ile Parti Merkez Karar ve Yönetim Kurulu tarafından alınmış, Parti Genel Merkezi ve il örgütlerinin kesin hesaplarının incelenip kabul edildiğine ve birleştirildiği-

⁹⁸ AYM, E: 2017/87 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/1, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.

⁹⁹ AYM, E: 2018/8 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/2, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.

¹⁰⁰ AYM, E: 2018/20 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/3, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.

¹⁰¹ AYM, E: 2018/24 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/4, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.

ne ilişkin kararın gönderilmemesi nedeniyle 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74. maddesi ve aynı Kanun'un 111. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,

Doğru Yol Partisi hakkında Mahkemeye hesap verilebilir şekilde kayıt ve belge düzeninin oluşturulmaması ile hesabın dışında gelir ve gider oluşturulması inceleme ve araştırmayı engellemeye yönelik eylemler olduğundan 2820 sayılı Kanun'un 111. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,¹⁰²

Türkiye Birlik Partisi'nin 2016 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda Mahkemece 13.02.2019 tarihinde; Genel Merkeze ait 2016 yılı kesin hesabı ile Parti Merkez Karar ve Yönetim Kurulu tarafından alınmış, Parti Genel Merkezi ve il örgütlerinin kesin hesaplarının incelenip kabul edildiğine ve birleştirildiğine ilişkin kararın gönderilmemesi nedeniyle 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74. maddesi ve aynı Kanun'un 111. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,

Türkiye Birlik Partisi hakkında, Mahkemeye hesap verilebilir şekilde kayıt ve belge düzeninin oluşturulmaması ile hesabın dışında gelir ve gider oluşturulması inceleme ve araştırmayı engellemeye yönelik eylemler olduğundan 2820 sayılı Kanun'un 111. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,¹⁰³

Büyük Birlik Partisi'nin Genel Merkeze ait 2017 yılı kesin hesabı incelemesinde de aynı gerekçeler ile 13.02.2019 tarihinde Mahkemece Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,¹⁰⁴

Türkiye Ekonomi ve Kalkınma Partisi'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda 13.02.2019 tarihinde Mahkemece; Genel Merkeze ait 2017 yılı kesin hesabı ile Parti Merkez Karar ve Yönetim Kurulu tarafından alınmış, Parti Genel Merkezi ve il örgütlerinin kesin hesaplarının incelenip kabul edildi-

¹⁰² AYM, E: 2018/29 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/5, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.

¹⁰³ AYM, E: 2018/70 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/6, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.

¹⁰⁴ AYM, E: 2018/71 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/7, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.

ğine ve birleştirildiğine ilişkin kararın ve Partinin 2017 yılında edindiği taşınmaz ve değeri 100 TL'yi aşan taşınır malların, menkul kıymetlerin ve her türlü hakların değerleriyle edinim tarihlerini ve şekillerini gösteren listenin gönderilmemesi nedeniyle 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74. maddesi ve aynı Kanun'un 111. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,¹⁰⁵

Evrensel Yol Partisi'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda Mahkemece 13.02.2019 tarihinde; Genel Merkeze ait 2017 yılı kesin hesabı ile Parti Merkez Karar ve Yönetim Kurulu tarafından alınmış, Parti Genel Merkezi ve il örgütlerinin kesin hesaplarının incelenip kabul edildiğine ve birleştirildiğine ilişkin kararın ve Partinin 2017 yılında edindiği taşınmaz ve değeri 100 TL'yi aşan taşınır malların, menkul kıymetlerin ve her türlü hakların değerleriyle edinim tarihlerini ve şekillerini gösteren listenin gönderilmemesi nedeniyle 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74. maddesi ve aynı Kanun'un 111. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,¹⁰⁶

Milliyetçi Türkiye Partisi'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda 13.02.2019 tarihinde Mahkemece; Mahkemeye hesap verilebilir şekilde kayıt ve belge düzeninin oluşturulmaması, hesabın dışında gelir ve gider oluşturulması ve il örgütlerinin kesin hesaplarının sunulmaması inceleme ve araştırmayı engellemeye yönelik eylemler olduğundan 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 111. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,¹⁰⁷

Türkiye İşçi Partisi'nin 2017 yılı kesin hesabının incelenmesi sonucunda 13.02.2019 tarihinde Mahkemece; Genel Merkeze ait 2017 yılı kesin hesabı ile Parti Merkez Karar ve Yönetim Kurulu tarafından alınmış, Parti Genel Merkezi ve il örgütlerinin kesin hesaplarının incelenip kabul edildiğine ve birleştirildiğine ilişkin kararın ve Partinin 2017 yılında edindiği taşınmaz ve değeri 100 TL'yi aşan taşınır malların, menkul kıymetlerin ve her türlü hakların değerleriyle

¹⁰⁵ AYM, E: 2018/72 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/8, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.

¹⁰⁶ AYM, E: 2018/73 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/9, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.

¹⁰⁷ AYM, E: 2018/74 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/10, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.

le edinim tarihlerini ve şekillerini gösteren listenin gönderilmemesi nedeniyle 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74. maddesi ve aynı Kanun'un 111. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca yasal işlem yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına,¹⁰⁸ karar verilmiştir.

SONUÇ

Günümüzde demokratik sistemler büyük ölçüde temsilî rejimlere evrilmiştir. Diğer deyişle günümüzde demokrasi, büyük ölçüde temsilî demokrasi ile eş anlamlı olarak kabul edilmektedir. Temsilî rejimlerde demokratik karar alma mekanizmalarının sağlıklı ve demokratik ilkelere uygun olarak işleyebilmesi, siyasi partiler aracılığıyla mümkün olmaktadır. Chambers'in isabetli olarak belirttiği gibi, siyasi partilerin siyasi liderler ile onu destekleyenler arasındaki ilişkilerini geliştirmek, farklı çıkarları temsil etmek ve bunları birleştirmek, seçimleri ve hükûmeti yönetmek gibi temel işlevleri bulunmaktadır.¹⁰⁹ Demokrasinin hangi türü kabul edilirse edilsin, siyasi partiler olmadan demokratik bir rejimden de söz edilemez. Kuşkusuz bir sistemin demokratik olarak nitelendirilebilmesi için salt siyasi partilerin mevcudiyeti yetmemektedir. Siyasi partilerin serbestçe ve siyasi hak ve özgürlüklerin ihlali anlamına gelecek herhangi bir sınırlandırma ile karşılaşmaksızın siyasi faaliyette bulunma özgürlüğünün sağlanmış olması, demokratik sistemin temel şartlarından birisidir. Demokratik sistemin devamı ve kurumsallaşmasında hayati roller oynayan siyasi partilerin mali denetiminin, onların siyasi faaliyette bulunma özgürlüğünü yok edecek nitelikle olmama zorunluluğu bulunmaktadır.

Özellikle iki dünya savaşı (Birinci ve İkinci Dünya Savaşları) arasında bütün dünyada gerçekleşen yaygın insan hakları ihlalleri ve İkinci Dünya Savaşı sonrası değişen dengeler ve egemenlik anlayışındaki değişiklikler ile siyasi partiler, münhasır olarak hukuki düzenlemelere konu olamaya başlamışlardır. Böylelikle siyasi partilerin anayasallaşması ve münhasır olarak siyasi partiler hukuku doğmaya ortaya çıkmıştır. Sonrasında siyasi partilerin de diğer özel ve resmi kurumlar gibi hesap verebilir olması gerektiği kabul edilerek onlar için sıkı bir mali denetim zorunlu görülmüştür.

¹⁰⁸ AYM, E: 2018/78 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/11, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.

¹⁰⁹ William Nisbet Chambers, "Parties and Nation-Building in America", LaPalombara, Joseph, Weiner, Myron (ed.) Political Parties and Political Development, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1966, s. 82-87.

Siyasi partilerin mali denetimine ilişkin ilk örnekler daha eskilere dayansa da, siyasi partilerin mali denetiminde, ilk anayasal düzenleme 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti (Bonn Anayasası) Anayasası'nda yer almıştır. Türkiye'de 1961 Anayasası ile AYM'nin kurulmasının akabinde, anayasallık denetimi ana görevi olan mahkemeye, siyasi partilerin mali denetimini de yapmak üzere bağımsız bir organ görevi kazandırılmıştır.

1961 Anayasası'ndaki uygulamaya paralel olarak 1982 Anayasası'nda da siyasi partilerin mali denetimi görevi AYM'ye bırakılmıştır. Ne var ki, bilanço ve kesin hesap uygunluklarının, konunun uzmanları tarafından denetlenmesinin daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir. Anayasallık denetimi işlevini yerine getiren ve mali denetim konusunda herhangi bir uzmanlığı olmayan AYM üyelerinin siyasi partilerin mali denetimiyle meşgul olmaları isabetli değildir. 1999 yılında Siyasi Partiler Kanunu'nda gerçekleştirilen değişiklikle Sayıştay'dan yardım alınması esasının getirilmiş olması, ne yazık ki soruna çözüm getirmekten uzaktır. Muhasebe bilgisi gerektiren konularda Sayıştay'ın yetkili ve görevli olması ve fakat denetim sonucunda yaptırıma karar verme noktasında AYM'nin görevli ve yetkili olması esasının benimsenmesinin daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

Siyasi partilerin mali gelirleri aidatlar, bağışlar ve kimi partiler için hazine yardımı sayılabilir. Diğer taraftan hazine yardımının her yıl düzenli olarak yapılması ve kimi durumlarda parti gelirlerinin çoğunluğunu oluşturması sonucunda siyasi partilerin devlet yardımına bağımlı olması olgusu ortaya çıkabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partiler üzerinde denetim görevini yerine getirirken uygulayacağı esaslar ve izleyeceği usuller, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin mali denetimine ilişkin vereceği kararlar kesindir. Kararlar gerekçeli açıklanmalı ve R.G.'de yayınlanmalıdır. Ne var ki, kararların biriktirilerek açıklanması, şeffaflık ve kamunun aydınlatılması ilkeleriyle tam olarak bağdaşmamaktadır.

Son olarak 1982 Anayasası'nın 69'uncu maddesinde belirtildiği üzere, “*Siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarını demokrasi ilkelerine uygun olur.*” Siyasi partilerin gelirler ve giderleri, demokratik ilkelere, Anayasa ve ilgili mevzuatına uyarlık göstermelidir. Hal böyle iken, siyasi partilerin mali denetimlerinin sistemli ve düzenli olarak yapılarak, gelir-gider dengelerinin kamuya ve üyelerine açık halde olması, kaynak ve harcamalarının şeffaflık arz etmesi, demokrasiye duyulan güven ortamının bozulmaması açısından da hayati öneme sahiptir.

KAYNAKÇA

- Anayasa Mahkemesi, “*Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesinin Sorunlarının Tartışılması Paneli*”, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2004.
- Austin Reginald, Tjernström, Maja, *Funding of Political Parties and Election Campaigns*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2003.
- Bahar, Esra, *Siyasi Partilerin Finansmanı ve Mali Denetimi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Bosuter, Kudret, *Türk Siyasi Partiler Sisteminde Parti İçi Demokrasi*, Ulusal Basımevi, Ankara, 1969.
- Chambers, William Nisbet, “Parties and Nation-Building in America”, LaPalombara, Joseph, Weiner, Myron (edt.) *Political Parties and Political Development*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1966, s. 79-106.
- Conway, M. Margaret, “Political Parties and Political Mobilization”, *The American Review of Politics*, Vol. 14, Winter, 1993, s. 549-563.
- Derdiman, Cengiz, *Anayasa Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, Şubat 2011.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Kitabevi, 6. Baskı, 2011.
- Gelmiş, Bünyamin, *Türkiye’de Siyasi Partilerdeki Mevcut Muhasebe Sistemi ve Denetimi*, Haliç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, Şubat 2013.
- Güler, Fatih, *Türkiye’de Siyasi Partilerin Mali Denetiminin İncelenmesi ve Denetimi*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2012.
- Kapani, Münici, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınları, 10. Baskı, Ankara 1998.
- Karakoç, Rıfat, “Türkiye’de Siyasi Partilerin Mali Denetimi”, *Sayıştay Dergisi*, S. 109, 2018.
- Kirchheimer, Otto, “The Transformation of the Western European Party Systems”, Joseph, LaPalombara, Weiner, Myron (edt.) *Political Parties and Political Development*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1966, s. 177-200.
- Koçak, Mustafa, *Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*, Turhan Yayınevi, Ankara 2002.
- Mehter, Hamdi, *Siyasi Partilerin Mali İşlemleri ve Denetimleri*, TÜRMOB Yayınları-344, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2008.
- Odyakmaz, Zehra, Çınarlı, Serkan, Özcan, Cem, “Fransa’da ve Türkiye’de Seçim Kampanyalarının ve Siyasi Partilerin Finansmanının Denetimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 20, S: 2, 2012.

- Öktar, Suat, “Türkiye’de Siyasetin Finansmanı ve Finansmanının Denetimi: Siyasette Şeffaflık”, *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdira Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 2, 2008.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara 2011.
- Özcan, Hüseyin, Yanık, Murat, *Siyasi Partiler Hukuku*, İstanbul, 2007.
- Pekcanitez, Hakan, Atalay, Oğuz, Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara, 2008.
- Saka, Abdülkadir, *Siyasi Partiler Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2013.
- Sayıştay Başkanlığı Yayın İşleri Müdürlüğü, *Performans ve Risk Denetim Terimleri*, Derleme, Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi: 5, Ocak 2000.
- Scott, James C., “Patron-Client Politics and Political Change in Southeast Asia”, *American Political Science Review*, 1972, vol. 66, no. p. 92.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, Ağustos 2014.
- Türk Hukuk Lüğatı*, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.
- Uslu, Ferhat, *Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2020.
- Uslu, Ferhat, Karabay, Huzeyfe, “Siyasi Kültür ile Parti İçi Demokrasi İlişkisi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, Temmuz 2019.
- Uzun, Cem Duran, *Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E: 2016/82 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/40, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 14.01.2020, 31008.
- AYM, E: 2016/58 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/31, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.
- AYM, E: 2016/65 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/33, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 14.01.2020, 31008.
- AYM, E: 2016/74 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/37, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.
- AYM, E: 2016/79 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/39, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.

- AYM, E: 2016/18 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/24, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.
- AYM, E: 2015/62 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/14, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 14.01.2020, 31008.
- AYM, E: 2016/12 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/21, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 17.12.2019, 30981.
- AYM, E: 2015/71 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/17, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.
- AYM, E: 2015/55 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/13, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.
- AYM, E: 2015/69 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/16, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.
- AYM, E: 2016/3 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/18, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.
- AYM, E: 2016/8 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/19, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.
- AYM, E: 2016/30 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/28, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.
- AYM, E: 2016/57 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/30, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.
- AYM, E: 2016/60 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/32, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.
- AYM, E: 2017/87 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/1, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.
- AYM, E: 2018/8 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/2, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.
- AYM, E: 2018/20 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/3, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.
- AYM, E: 2018/24 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/4, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.
- AYM, E: 2018/29 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/5, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 21.03.2019, 30721.
- AYM, E: 2018/70 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/6, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.

- AYM, E: 2018/71 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/7, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.
- AYM, E: 2018/72 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/8, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.
- AYM, E: 2018/73 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/9, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.
- AYM, E: 2018/74 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/10, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.
- AYM, E: 2018/78 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/11, Karar Tarihi: 13.02.2019, R.G.: 22.03.2019, 30722.
- AYM, E: 2015/37 (Siyasi Parti Mali Denetimi), K: 2019/12, Karar Tarihi: 16.10.2019, R.G.: 06.12.2019, 30970.

Seçim Sistemleri ve Parti İçi Demokrasi: Kısa Bir Analiz^(*)

Election Systems and Intra-Party Democracy:
A Brief Analysis

Dr. Öğr. Üyesi **Ferhat USLU**^(**)
Name TURHAN^(***)

Öz

Günümüzde demokratik sistemlerin tamamına yakını “temsili demokrasi” niteliğindedir. Adından da anlaşılacağı üzere temsili demokrasiler, seçmen iradesinin temsilciler ya da milletvekilleri ile aracılığıyla kullanıldığı rejimleri ifade etmektedir. Diğer taraftan demokratik sistemlerin vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilen siyasi partiler aynı zamanda temsili sistemin omurgasını oluşturmaktadır. Son iki yüzyıldan beri tarih sahnesinde boy gösteren siyasi partiler olmadan demokratik sistemden söz edilemez. Seçimlerde kullanılan oyların milletvekili adayları arasında paylaşılması seçim kanunlarında düzenlenmiştir. Oyların paylaşılmasına ilişkin kurallar seçim sistemlerini meydana getirmektedir. Bir ülkede benimsenen seçim sistemi, siyasi partilerdeki iç demokrasiyi ya da parti içi demokrasiyi yakından ilgilendirmektedir. Siyasi partilerin demokrasinin kurumsallaşmasında olumlu rol oynayabilmesi için, kendi içinde belirli ölçüde de olsa demokratik ilkeleri benimsemiş olması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Siyasi Partiler, Temsili Sistem, Milletvekili Seçimleri, Seçim Sistemleri, Parti İçi Demokrasi.

Abstract

Today, almost all democratic systems are of “representative democracy”. As the name implies, representative democracies are not meant to express regimes in which voter will is mediated by representatives or deputies. On the other hand, political parties, which are accepted as indispensable elements of democratic systems, also form the backbone of the representative system. The democratic system cannot be mentioned without the political parties that have been on the stage of history since the last two centuries. The sharing of the votes cast in the elections among the candidates for parliament is regulated by the election laws. Rules regarding the distribution of votes constitute electoral systems. The election system adopted in a country closely concerns

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 18.03.2020. Birinci hakeme sevk tarihi: 18.03.2020. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 23.03.2020. İkinci hakeme sevk tarihi: 18.03.2020. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 23.03.2020.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,
E-mail: anayasa.hukuku@hotmail.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-7052-3961>

(***) Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Doktora Programı Öğrencisi,
E-mail: nname.turhann@gmail.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-3748-3590>.

internal democracy in political parties or intra-party democracy. In order for political parties to play a positive role in the institutionalization of democracy, they must have adopted democratic principles to a certain extent within themselves.

Keywords

Political Parties, Representative System, Parliamentary Elections, Election Systems, Intra-Party Democracy.

GİRİŞ

Genel oy ilkesinin kabulü, seçmen sayısının artması vs. nedenlerle temsili demokrasinin ön plana çıkmasıyla, siyasi parti ve seçim sistemleri kavramları büyük önem kazanmıştır. Siyasi partiler ve seçim sistemleri temsili demokrasinin olmazsa olmazlarını oluşturmaktadır. Ayrıca siyasi partilerin sayıların fazla-laşmasıyla birlikte siyasi katılım da artabilmektedir.¹ Bu durum da siyasi partileri demokratik siyasi bilincin sağlanması açısından işlevsel kılmaktadır.

Gerek 1961 Anayasası'nda gerekse de 1982 Anayasası'nda demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları olarak nitelendirilen siyasi partilerin, siyasal rejimin demokratik niteliğini sürdürmede itici rol oynayabilmesi için, kendi iç işleyişlerinde belirli ölçülerde demokratik ilkelere riayet etmeleri gerekmektedir. Bu açıdan parti içi demokrasi kavramı büyük önem arz etmektedir.

Seçmen iradesinin yasama organına yansması, temsilcilerin siyasi partiler arasında paylaştırılmasıyla doğrudan ilgilidir. Seçimlerde kullanılan oyların demokratik ilkelere uygun olarak ve orantılı olarak siyasi partiler arasında paylaştırılması temsili demokratik sistemin zorunlu unsurudur. Bu amacı temin için çok sayıda seçim sistemi ortaya çıkmıştır. Bu seçim sistemleri, ülkedeki siyasal rejimi doğrudan etkilediği gibi sistemlerin kimi dolaylı yansmaları da olabilmektedir. İşte bu dolaylı tesirlerden birisi de parti içi demokrasi üzerinde gözlemlenmektedir. Ülkedeki seçim sistemi dolaylı olarak parlamentoda kadınların temsilini, adayların seçilme yöntemlerini ve temsilcilerin siyasi parti içindeki siyasal davranışlarını etkilemektedir.

“Parti” kavramına etimolojik olarak yakından bakarsak, “siyasi parti” ya da sadece “parti” kelimesi, günümüzde kullanılmayan “fırka” kelimesinin karşılığı olduğunu anlarız ve bu kelimeler “parça”, “kısım” anlamı taşımaktadır.²

¹ Joseph LaPalombara ve Myron Weiner, “Origin&Development of Political Parties”, LaPalombara, Joseph, Weiner, Myron (edt.) *Political Parties and Political Development*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1966, s. 18 ve 19.

² Özkan Tikveş, *Siyasi Partiler ve Anayasa Yargısı Konusunda Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1970, 36 (1-4), s. 147.

On dokuzuncu yüzyılda, çeşitli düşünce akımları, halk kulüpleri, parlamento grupları ve felsefi dernekler bulunmakla birlikte, ABD dışındaki hiçbir ülkede günümüzde anlaşılan manada siyasi partiler tanınmamaktaydı. Tarihte ilk kez ABD’de ortaya çıkan siyasi partiler, kısa bir süre sonra Birleşik Krallık’ta da görülmeye başlanmıştır. İkinci Dünya Savaşı bitiminde ise gelişmiş toplumların birçoğunda siyasi partiler faaliyet göstermeye başlamıştır.³ Ülkemize baktığımızda ise “parti” terimi 1961 Anayasası ve sonrasında yazılı metinlerde yer almaya başlamıştır.⁴

Siyasi partiler, siyasi rejimlerin günümüzde en önemli unsurlarını oluşturmaktadırlar. Demokratik bir hayat siyasi partiler olmaksızın var olamaz. Duverger, “*klasik anayasa hukukunu bilen, fakat partilerin rolünü bilmeyen bir kimse, çağdaş siyasi rejimler hakkında yanlış bir görüş sahibidir; partilerin rolünü bilen, ama anayasa hukukunu bilmeyen bir kimse ise, çağdaş rejimler hakkında eksik ama doğru görüş sahibi olur.*” demek suretiyle günümüzde siyasi partilerin ne kadar önem taşıdığını açıkça ifade etmiştir.⁵

Öğretide herkesin üzerinde anlaştığı bir siyasi parti tanımı bulunmamaktadır. Yapılan tanımlarda siyasi partilerin işlevleri, teşkilat yapıları ve iktidara gelme yöntemleri gibi farklı farklı yönlerine dikkat çekilmektedir.⁶ Özbudun’a göre siyasi partiler “*halkın desteğini sağlamak suretiyle devlet yönetimini ele geçirmeye veya sürdürmeye çalışan, sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip siyasi topluluklar*”dır.⁷ Odyakmaz’a göre “*belli bir siyasi program üzerinde anlaşmış kimselerin, halkın desteğini kazanıp seçimler yoluyla devlet yönetimini ve yerel yönetimleri denetlemek veya etkilemek suretiyle programlarını gerçekleştirmek için kurdukları tüzel kişiliğe sahip sürekli bir örgüttür.*”⁸ Kapani’ye göre “*bir program etrafında toplanmış, siyasi iktidarı elde etmek ya da paylaşmak amacı güden, sürekli bir örgüte sahip kurullardır.*”⁹ İba ise siyasi partileri “*seçmen desteğini alarak iktidara gelmek veya iktidarda pay sahibi olmak ya da etkilemek için yarış içinde olan sürekli bir teşkilata sahip sürekli kuruluşlar*” olarak belirtmiştir.¹⁰

³ Maurice Duverger, *Siyasal Partiler: Modern Devletteki Örgütleri ve Faaliyetleri*. (Çev: Ergun Özbudun), Ankara: Sevinç Matbaası, 1971, s. 15.

⁴ Şeref İba, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2015, s. 17.

⁵ Erdoğan, Teziç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Beta Yayınevi, 2014, s. 376.

⁶ Ali Fuat Gökçe, *Siyasi Partilerde Parti İçi Demokrasi ve Disiplin Algısı: Türkiye. Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 2013, (9), s. 68.

⁷ Ergun Özbudun, *Siyasal Partiler*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1974, s. 4.

⁸ Zehra Odyakmaz, *Siyasi Partilerin Kapatılması ile İlgili Hükümlerde Uyumsuzluklar ve Güçlükler. Anayasa Yargısı*, 1966, 13, s. 235.

⁹ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*. (7. Baskı), Ankara: Bilgi Yayınevi, 1995, s. 160.

¹⁰ İba, a.g.e., s. 20.

1961 Anayasası'nda siyasi parti kavramına yer verilmiş ve fakat kavramı tanımlaması yapılmamıştır. Konuyla ilgili ilk ayrıntılı düzenleme 1965 yılında kabul edilen SPK ile karşımıza çıkmaktadır. Daha sonra 1982 Anayasası döneminde 24.04.1983 tarihinde kabul edilen 2820 sayılı SPK da siyasi parti tanımına yer vermiştir. Bu tanıma göre siyasi partiler, “*Anayasa ve kanunlara uygun olarak; Cumhurbaşkanı, milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır.*”

Anayasamızda siyasi partilere ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmakla birlikte, siyasi parti kavramına ait bir tanım ya da açıklama bulunmamaktadır. Fakat Anayasanın 67'nci maddesinde yer alan; “*vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir*” düzenlemesinden hareketle, siyasi partilerin temelinde vatandaşların bulunduğu “siyasi faaliyette bulunma hakkı”nın bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.¹¹

En basit tanımıyla demokrasi, yönetenlerin dürüst ve serbest seçimlerle yönetilenler tarafından seçildiği rejimdir. Gelişen temsil teorisi ile seçmenler kendi adına hareket etmek üzere temsilcilere vekâlet vermektedir. Siyasi partilerin gelişmesiyle birlikte seçmenlerle temsilciler arasına üçüncü bir taraf, yani siyasi partiler girmiştir. Seçmen kendisini temsil edecek kişileri kendisi seçmektedir. Ancak bu seçimi partilerin belirlediği adaylar arasından yapmaktadır. Bu nedenle partilerin, adaylarını tespit ederken ön seçim gibi demokratik usullere bağlı kalmaları, seçmenlerin iradelerinin sağlıklı oluşması adına çok önemlidir.¹²

1982 Anayasası'nın 68/2'nci maddesinde siyasi partilerin, demokratik siyasi hayatın vazgeçilemez unsurlarından olduğu açıkça belirtilmiştir. Siyasi partilerin parti programlarına bakıldığında demokrasi ve demokratik yönetim kavramlarının altının çizilmiş olduğu, seçim kampanyalarının demokrasi üzerine kurgulandığı açıkça görülür. Bu nedenle demokrasi ile ilgili vurgulu söylemleri olan siyasi partilerin, içyapıları ve işleyişlerinde de belirli ölçüde demokratik ölçütleri uygulamaları gerekmektedir.¹³

¹¹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2015, s. 160.

¹² Duverger, a.g.e., s. 453-454.

¹³ Gökçe, a.g.e., s. 74.

Demokrasi kavramının içselleştirilmesi için parti içi demokrasi kavramına belirli ölçüde önem verilmelidir. Bunun için de siyasal rejimlerde partiler işlevsel hale gelmeli; milli irade parlamentoya tam anlamıyla yansiyabilmeli; parti içinde demokratik bir tartışma ortamı olmalı; parti içi kararlar çoğulculuk esasına göre geniş bir katılımı alınmalı; adil, eşit ve özgür seçimlerle lider, teşkilat ve adaylar belirlenmelidir.¹⁴

Demokrasiyi özümseyip iç işleyişinde buna uygun hareket etmeyen bir siyasi partinin, devlet içerisinde demokrasinin kurumsallaşmasına herhangi bir katkısının olmayacağı açıktır. Bu sebeple parti içi demokrasi yalnızca partilerin kendi iç sorunu olarak düşünülmemelidir. Parti içi demokrasi, demokrasinin gerçekleşme şartlarından biri olarak ele alınmalı ve hem yönetenleri hem de yönetilenleri yakından ilgilendirdiği göz ardı edilmemelidir.¹⁵

Bir siyasi partide düzenli değerler sistemini ortaya koyabilmek için özümsemiş değer ve davranış kalıplarına ihtiyaç vardır. Parti içi demokrasi hırs, kavga, hakaret, yalan gibi antidemokratik ve istenmeyen durumların varlığında kendine yer edinemez. Bu nedenle partide bulunan kişi ve gruplar ortak değer ve davranışlar neticesinde demokrasiyi hâkim kılabilir.¹⁶

Toplumda demokrasinin içselleştirilmesi ve seçmenler tarafından demokrasinin benimsenmesi tüm sivil toplum örgütlerinde ve siyasi karar alma süreçlerinin ilk basamağı olan siyasi partilerde demokratik kurumsallaşmayı sağlar. Bu durum da içyapısında ve işlemlerinde demokratik ölçütler dışına çıkan siyasi partilerin seçmenlerce cezalandırılması sonucunu doğurur.¹⁷

Parti içi demokrasi sürecinin işlerlik kazanması için siyasi partilerdeki oligarşik eğilimler ile siyasi partiler üzerindeki baskı ve zorlamaların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Ayrıca partilerin kuruluş aşamasından üyelik kısıtlarına, meclis gruplarından adayların tespit edilmesi yöntemlerine, mali düzenlemelerden disiplin konularına kadar her konu hukuki düzenlemelerle belirlenmelidir.¹⁸ Aksi durumda keyfi uygulamalar ortaya çıkabilmekte ve parti içi demokrasi zarar görebilmektedir.

Anayasanın 69'uncu maddesinin ilk fıkrasında siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarının demokrasi ilkelerine uygun olacağı; SPK'nın "*parti içi çalışmaların demokrasi esaslarına uygun olma zorunluluğu*"

¹⁴ Suavi Tuncay (2000). *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*. (2. Baskı), Ankara: Gündoğan Yayınları, 2000, s. 55.

¹⁵ Murat Yanık, *Parti İçi Demokrasi*. (2. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 113.

¹⁶ Tuncay, 2000, a.g.e., s. 55.

¹⁷ Gökçe, a.g.e., s. 75.

¹⁸ Tuncay, a.g.e., s. 56.

başlıklı 93'üncü maddesinde “*Siyasi partilerin parti içi çalışmaları, parti yönetimi, denetimi; parti organları için yapılacak seçimler ile parti genel başkanlığına, genel merkez organlarına ve parti gruplarına alınan kararları ve yapılan eylem ve işlemleri parti tüzüğüne, parti üyeleri arasındaki eşitlik ilkesine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.*” hükmü düzenlenmiştir.

Parti içi demokrasi en dar şekilde “*partinin iç işlerinde demokrasi ilkelerinin uygulanması*” olarak tanımlanabilir. Buradaki “iç işler” ifadesi partinin örgütlenmesi, hukuksal iç düzenlemeleri, yönetimi ve çalışmalarını kapsamaktadır. Partiyle ilgili tüm iş ve işlemlerde demokrasi ilkesinin temel alınması parti içi demokrasinin gereğidir.¹⁹

Daha geniş bir tanıma göre ise parti içi demokrasi “*siyasi partilerin örgüt içi düzenlerinin demokrasi esaslarına uygun hukuki düzenlemelerle sınırlarının çizilerek, partilerdeki oligarşik eğilimlerin ve baskıların ortadan kaldırılması; demokratik örgüt yapısının kurularak lider teşkilat, organlar ve adayların demokratik yöntemlerle belirlenmesi ve karar mekanizmasının tabandan tepeye oluşturulması sürecidir.*”²⁰

Tanımlarından da anlaşılacağı üzere, parti içi demokrasi kavramı demokrasi ile ilgili unsurları vurgulamaktadır. Buna göre, parti örgütü içinde farklı kesimler kendilerine yer bulabilmelidirler ve parti ile bağlantılı olan kişiler düşünce, oy ve ifade özgürlüğüne sahip olmalıdırlar. Bu sayede birbirinden farklı düşünceler parti içinde var olabilmektedir.²¹ Demokratik partilerde, düşünce temelinde oluşan gruplaşmalar doğal kabul edilir hatta sağlıklı politikalar ortaya koyabilmek ve dinamizmi koruyabilmek için bu durum özendirilir.²²

Partiler arasında muhalefet olmaksızın demokrasi kültürü yerleşmeyeceği gibi, parti içinde de durum böyledir. Gerçek demokrasilerde çoğunluk kadar muhalefet de gerekli ve önemlidir.²³

Parti içi demokrasinin gerçekleşmesi için gerekli diğer unsurlar, partinin her kademesindeki görevlinin bulunduğu yere seçimle ve belirli süre için gelmesi, seçimler yoluyla başkalarının da parti içinde görev üstlenebilmesine fırsat tanınması ve alınacak kararlar için partideki grupların katılımının sağlanması

¹⁹ Yanık, a.g.e., s. 114.

²⁰ Tuncay, a.g.e., s. 56.

²¹ Mehmet Tan, Yeter Çiçek, Hatike Koçar, Siyasi Partiler ve Türkiye’de Parti İçi Demokrasi Sorununa İlişkin Çözüm Önerileri. *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2016, 5 (2), s. 354.

²² Yanık, a.g.e., s. 115.

²³ Tuncay, a.g.e., s. 56.

olarak belirtilebilir. Yani, partide değişmez unsurların varlığı ile kararların tek merci tarafından alınması yerine, katılımcılığın ve örgütlenmede esnek modelin benimsenmesi gerekmektedir.²⁴

“Seçim Sistemleri ve Parti İçi Demokrasi: Kısa Bir Analiz” başlığını taşıyan bu çalışmada başlıca seçim sistemleri hakkında bilgi verilerek, bu seçim sistemleri ile parti içi demokrasi arasındaki ilişki ortaya konulmaya çalışılacaktır. Daha sonra Türkiye’de uygulanan seçim sistemi ve seçim hukukumuzda yeni giren ittifak kurumu ile parti içi demokrasi ilişkisi irdelenmeye çalışılacaktır.

I. SEÇİM SİSTEMLERİ

Tuncer’in de isabetli olarak ifade ettiği gibi, Demokratik sistem, seçim kanunlarının da içinde bulunduğu üç temel dayanmaktadır: Anayasa / Seçim Yasası / Siyasî Partiler Sistemi. Demokratik sistemlerde seçim kanunlarının önemi ve siyasal sistem üzerindeki etkileri her türlü tartışmadan varestedir. Anayasayı ve kanunları yapacak ya da değiştirecek çoğunlukların bileşimi bu kanunlarla belirlenmektedir. Bu açıdan seçim kanunlarının anayasalar kadar önem taşıdığı söylenebilir. Ülkeyi kimlerin yöneteceğini de belirleyen seçim kanunları, ülkedeki siyasal partiler sistemini ve hükümetlerin oluşum biçimlerini de etkilemektedir. Uygulanan seçim sistemi bazı hallerde seçmenlerin parti tercihleri üzerinde de yönlendirici etki yapabilmektedir.²⁵ Ülkede kullanılan oyların milletvekili adayları arasında; milletvekillerinin de partiler arasında ne şekilde paylaşılacağına ilişkin kurallar kuşkusuz seçim kanunlarında düzenlenir. Seçim kanunlarındaki bütün bu kurallar ise “seçim sistemleri” kavramı ile ifade edilmektedir.

A. Seçim Sistemi Kavramı

Seçim, bir kişi ya da topluluğun, kendisine sunulan alternatifler, seçenekler arasından özgür iradesine dayanarak bir tercihte bulunması anlamına gelmektedir. Seçimdeki temel unsur yapılan tercihin özgür iradeye dayanmasıdır.²⁶ Bir hukuk terimi olarak seçim ise ilgili seçmenler tarafından, birden fazla aday arasından bir kamu görevini yerine getirecek kişi ya da kurulun belirlenmesi anlamını taşımaktadır. Bu açıklamadan hareketle kısaca yönetenlerin yönetilenler tarafından belirlendiği işlem olarak da belirtilebilir.²⁷

²⁴ Yanık, a.g.e., s. 115; Seçkin İnan, *Türkiye’de Demokrasinin Yapılanmasında Önemli Bir Unsur: Parti İçi Demokrasi*, Ankara, Gazi Üniversitesi, 2014, s. 69.

²⁵ Erol Tuncer, *Çok Partili Dönemde Seçimler ve Seçim Sistemleri*, (Çeviri) <http://www.tesav.org.tr/wp-content/uploads/2017/04/CokPartiliDonemdeSecimlerveSecimSistemleri.pdf>, 11 Ocak 2020.

²⁶ Bülent Daver, *Anayasal Yargı ve Seçim Sistemleri*, *Anayasa Yargısı*, 1988, 5, s. 11.

²⁷ Hikmet Sami Türk, *Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih*, *Anayasa Yargısı*, 2006, s. 76.

Klasik demokrasilerde seçim “temsili” ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. “Temsili rejim” olarak adlandırılan yönetim biçiminin tarihsel gelişimine bakıldığında, kralların mutlak egemenliğinin son bulması ve siyasal iktidarın aristokrasiden burjuvaziye geçmesinin kolaylaşması için geliştirildiği görülecektir. Bu sebeple, seçim olgusunun gelişmesi ile toplumsal bir sınıf olan burjuvazinin gelişip siyasal iktidara talip olması arasında ilişki bulunmaktadır.²⁸

Seçim sistemi dar ve geniş anlamda seçim sistemi olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda seçim sistemi, çoğunluk sistemi ya da nispi temsil sistemi gibi, seçilecek olanların tespit edilmesinde izlenecek usul ve esasları ifade eder.²⁹ Seçim çevreleri, seçme ve seçilme hakkı, adaylık başvurusundan seçmenlerin oy kullanması ve sonuçların açıklanmasına kadar gerçekleştirilen tüm işlemler, bu işlemleri gerçekleştiren görevliler, seçim sürecini yöneten ve denetleyen kurullar ise geniş anlamda seçim sistemini meydana getirir. Bu nedenle geniş anlamda seçim sistemi bir ülkedeki siyasi sistemden ve özgürlükler rejiminden ayrı ele alınamaz.³⁰

Demokratik rejimlerde seçimler ve seçim sistemleri yönetim yetkisinin kaynağını oluşturur. Çok partili demokrasilerde parlamento seçimleri, belirli bir süre ülkeyi yönetecek parti ya da partiler ile muhalefet olarak denetim görevi yapacak parti ya da partilerin belirlenmesi amacıyla yapılmaktadır. Seçim sisteminin bu işlevi fayda ilkesi olarak isimlendirilmektedir. Eğer bu işleve, gerçekleşen seçim neticesinde seçilen hükümetin ülkeyi istikrar içinde yönetme imkânını bulacağı bir parlamento çoğunluğunu sağlaması olarak bakılırsa, bu ilke yönetimde istikrar ilkesi olarak isimlendirilebilir.³¹

Seçim sisteminden beklenen yalnızca istikrarı sağlaması değildir. Gerçekleştirilen seçim ile ülkede bulunan siyasi akımların parlamentoda yerini alabilmesi, çok partili demokrasinin gereklerinden birisidir. Bu nedenle seçim sistemi, seçime katılan parti ya da adayların kullanılan oylar neticesinde sahip oldukları güçlerinin parlamentoya yansımaya imkân vermelidir. İşte seçim sisteminin bu işlevine temsilde adalet ilkesi adı verilmektedir.³²

Belirtilen bu iki ilke, birbirinin karşıtı olarak işlemektedir. Bu nedenle birine ağırlık verilmesi durumunda diğeri zarar görür. Eğer temsilde adalet ağırlık verilirse yönetimde istikrarsızlık söz konusu olabilir. İstikrar ön planda tutulursa temsilde

²⁸ Murat Güvenir, Seçim Sistemleri ve Ülkemizdeki Uygulama. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1982, 37 (1), s. 215.

²⁹ Necmi Yüzbaşıoğlu, Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi, *IHF*, 1996, 55, s. 105.

³⁰ Türk, *a.g.e.*, s. 76.

³¹ Türk, *a.g.e.*, s. 77.

³² Türk, *a.g.e.*, s. 78.

adalet ilkesi bozulabilir ki bu durumda yönetenlerin meşruiyet kaynağı tartışmalı hale gelir. Bu sebeple bu ilkeleri bağdaştırmaktan ziyade, iki ilkedeki de belirli oranlarda ödün vererek orta nokta bulmak daha doğru bir yöntem olur. Demokratik rejimlerde bu ilke arasında toplumsal şartlara uygun, halkın benimseyebileceği, makul, denge sağlayan bir seçim sistemini tesis etmek çok önemli bir meseledir. Günümüzde pek çok seçim sistemi ve karma sistemlerle karşılaşmamızın nedeni de budur.³³

Genellikle seçim sistemi ile seçim işlerinin diğer ayrıntılarının anayasalarda değil seçim yasalarında düzenlendiği görülmektedir. Seçimle ilgili düzenlemeler ile toplumsal yapı, bu yapıdaki değişimler ve siyasal gelişmişlik oranı arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Toplumsal gelişim ve değişimlere bağlı olarak seçim sistemlerinin değiştirilmesi gerekebilmektedir. Uygulamada anayasayı değiştirmek kanunları değiştirmekten daha zor olduğu için, seçimin ayrıntılarına ve bilhassa seçim sistemine ilişkin düzenlemeler anayasalarda değil seçim kanunlarında yer almaktadır.³⁴

B. Seçim Sistemleri

Uygulanacak seçim sisteminin tespit edilmesi, anayasa ya da kanun koyucunun yapacağı en önemli siyasi tercihlerden birini oluşturmaktadır. Çünkü uygulanan seçim sistemi en başta siyasi partilerin sayısı olmak üzere, ülkedeki siyasal sistemi birçok açıdan derinden etkilemektedir.³⁵ Uygulanan seçim sisteminin türü, halkın parlamentoda temsil edilmesinin içeriğini doğrudan etkilemekte, yani seçim sonuçlarına etki etmektedir.³⁶

Çok sayıda seçim sistemi bulunmasına rağmen, uygulamada ve öğretilerde başlıca iki seçim sistemi karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; çoğunluk sistemi ve nispi (orantılı) temsil sistemidir. Ayrıca çoğunluk sistemi ile nispi temsil sisteminin birleştirilmesi ile oluşturulan karma sistemler de bulunmaktadır. Çoğunluk sisteminde yönetimde istikrar, nispi temsil sisteminde temsilde adalet ilkesi ön plana çıkmaktadır.³⁷ Çünkü çoğunluk sisteminde halkı yönetme hakkının oy kullananların çoğunluğu tarafından seçilen temsilcilere ait olduğu fikrinden hareket edilirken, nispi temsil sisteminde oy kullanan yurttaşların çoğunluğunun değil tamamının seçtiği temsilcilere ait olduğu fikri kabul edilir.³⁸

³³ Yüzbaşıoğlu, *a.g.e.*, s. 106.

³⁴ Güvenir, *a.g.e.*, s. 216.

³⁵ Ergun Özbudun, Seçim Sistemleri ve Türkiye, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, 44 (1), s. 521.

³⁶ Güvenir, *a.g.e.*, s. 219.

³⁷ Yüzbaşıoğlu, *a.g.e.*, s. 106.

³⁸ Güvenir, *a.g.e.*, s. 220.

1. Çoğunluk Sistemi

İsminden de anlaşılacağı üzere çoğunluk sisteminde en fazla oy alan aday seçilmiş olur. Bu temel ilke gözetilerek, sistem içerisinde farklı çeşitler geliştirilebilmektedir. Çoğunluk sistemi oldukça basit olan yapısı dolayısıyla geniş bir kullanım alanına sahiptir ve demokratik seçim uygulamalarında kullanımı çok eskilere dayanmaktadır. Zamanla toplumsal yapılar gelişip karmaşık hale geldikçe sistem de kendini geliştirmiş ve çeşitlendirmiştir.³⁹

Çoğunluk sisteminde tek partinin basit çoğunluğu elde ederek parlamentoda gereken çoğunluğa dayanan istikrarlı bir hükümet kurması genelde kolay olur. Demokratik rejimlerde bu durumun hükümet bunalımına engel olabileceği söylenebilirken, demokrasiyi özümseyememiş siyasi rejimlerde ise hükümet bunalımı partilerin çoğunluğa dayanamamalarından değil, çoğunluklarına güvenmeleri nedeniyle meydana gelebilmektedir.⁴⁰

Çoğunluk sisteminde bazen bir siyasi parti parlamentoda, ülke genelinde sağladığı çoğunluktan daha fazla çoğunluk sağlamaktadır. Bazen de aldığı oylar daha az olan bir siyasi parti parlamentoda çoğunluğu elde etmektedir.⁴¹

a. Tek İsimli-Çok İsimli Çoğunluk Sistemleri (Dar Bölge-Geniş Bölge/Listeli Çoğunluk Sistemleri)

Tek isimli seçim sisteminde ülke, parlamentoya seçilecek üye sayısı kadar eşit nüfusa sahip olan seçim çevrelerine ayrılır. Bu ayırım yapılırken coğrafi, tarihi faktörler, nüfus hareketleri ve idari sınırlar nedeniyle küçük sapsmaların olması da doğal karşılanmalıdır.⁴²

Bir seçim çevresinde uygulanan tek isimli seçim sistemi, ilgili seçim çevresinde seçime katılan her partinin tek adayının olmasını ifade eder. Bu sistemde seçim çevreleri, tek adayla temsil edildiği için küçüktür. Bu sebeple bu sisteme seçim çevrelerinin genişliği bakımından “dar bölgeli seçim sistemi” adı verilmektedir. Bu sistemde seçim çevreleri çok küçük olduğu için, seçmenler adayları yakından tanıma olanağına sahip olabilmektedirler. Bu durum, adayların belirlenmesinde parti hâkimiyetini azaltmakta ve seçmenlere büyük oranda serbestlik sağlamaktadır. Seçmen değerlendirmesini ve oy verme tercihini yaparken daha özgür olmaktadır. Ancak tek isimli çoğunluk sistemi, seçimdeki reka-

³⁹ Erem Sarıkoca, *Türkiye’de Seçim Sistemleri ve Demokrasi*. Erzurum: Fenomen Yayıncılık, 2010, s. 77.

⁴⁰ Erdoğan Teziç, *Seçim Sistemleri*. Ankara: Filiz Kitabevi, 1967, s. 26.

⁴¹ Güvenir, a.g.e., s. 224.

⁴² Sarıkoca, a.g.e., s. 77.

betin partiler ve onların savunduğu fikirlerden ziyade seçim çevresinin ileri gelen kişileri arasında geçmesine sebep olabilmektedir.⁴³ Bu durum, seçimi kazanan adayların şahsi gayret ve güçleriyle seçimi kazandıkları fikrini geliştirdiği için parti disiplininin zayıflamasına neden olabilmektedir.⁴⁴

Bu sistemde seçmen ve adaylar arasında yakınlık olması ve adayın seçmenler ile seçim çevresini tanınması olumlu olmakla birlikte, bu durum seçilen adayların bölgesel eğilimlerle hareket etmesine ve seçmenlerinin şahsi sorunlarını takip etmesine neden olabilmektedir.⁴⁵

Çok isimli çoğunluk sistemi, her seçim çevresinde birden çok adayın seçildiği çoğunluk sistemidir. Seçim çevreleri mülki sınırlarla, örneğin il sınırlarıyla örtüşebilmektedir. Seçim çevreleri geniş olduğu için bu sisteme seçim çevrelerinin genişliği bakımından “geniş bölgeli seçim sistemi” adı verilmektedir. Çok isimli çoğunluk sisteminde genelde seçmenler, adayların isimlerini içeren listelerle karşı karşıya kaldıkları için sisteme “liste usulü çoğunluk sistemi” de denilmektedir. Seçmenler kendilerine sunulan aday listeleri üzerinde değişiklik yapmadan hazırlanan haliyle kabul etmek durumunda kalırlarsa “kapalı (bloke) liste”; listedeki adaylardan bir kısmını değiştirip bağımsız adayların ya da diğer parti adaylarının ismini yazabilme imkânına sahip olurlarsa “karma liste” söz konusu olur.⁴⁶

Liste usulü çoğunluk sisteminde “eksik temsil” bakımından tek isimli çoğunluk sisteminden çok daha fazla adaletsiz sonuçlar doğduğu görülmüştür. Bu nedenle, günümüz demokratik rejimlerinde neredeyse tamamen terkedilmiştir.⁴⁷

b. Basit Çoğunluk-Salt Çoğunluk Sistemleri (Tek Turlu-İki Turlu Çoğunluk Sistemleri)

Basit ya da nispi çoğunluk sisteminde, kullanılan oyların basit çoğunluğunu sağlayan aday ya da adaylar seçimi kazanmış olur. Burada aday ya da adayların en yüksek oy sayısına ulaşması yeterli olup, belirli bir oy oranına ulaşmadığına bakılmaksızın seçilmesi söz konusudur.⁴⁸ Bu sistemde kazananın belirlenmesi için seçmenlerin bir defa oy kullanması yeterli olduğu için yani seçim bir oylama ya da bir turda tamamlandığı için sisteme “tek turlu çoğunluk sistemi” de denmektedir.⁴⁹

⁴³ Teziç, *Seçim Sistemleri*, s. 23-24.

⁴⁴ Yüzbaşıoğlu, *a.g.e.*, s. 107

⁴⁵ Türk, *a.g.e.*, s. 83.

⁴⁶ Türk, *a.g.e.*, s. 79-80.

⁴⁷ Yüzbaşıoğlu, *a.g.e.*, s. 111.

⁴⁸ Sarıkoca, *a.g.e.*, s. 77-78.

⁴⁹ Türk, *a.g.e.*, s. 80.

Tek turlu çoğunluk sisteminde seçmenler oylarının boşa gitmemesi amacıyla iki büyük partiye oy verdiği için, siyasal hayatta iki büyük partinin egemen olduğu görülür. Bu nedenle de üçüncü bir parti iktidar yarışına ağırlığını koymakta zorlanır.⁵⁰ Bu sistemde genelde bir partinin çoğunluğu elde etmesi kolay olduğundan, istikrar ön planda bulunur. İstisnai durumlar dışında parlamentoda hükümet kuracak bir çoğunluk sağlanır.⁵¹

Salt çoğunluk sistemi, seçime katılan aday ya da adayların seçilebilmek için geçerli oyların salt (mutlak) çoğunluğunu almalarını gerektiren bir seçim sistemidir. Yani kullanılan geçerli oyların yarısından bir fazlasını kazanan aday ya da adaylar birinci turda seçimi kazanmaktadırlar. Genellikle ilk turda seçilebilmek için ek başka bir şart da belirlenmektedir. Örneğin Fransa’da ilk turda seçilebilmek için kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday, kazanabilmek için aynı zamanda kayıtlı seçmenlerin en az dörtte birinin de oyunu almalıdır. Böylelikle seçime katılma oranı çok düşük olursa, düşük seçime katılma oranından faydalanılarak ilk turda salt çoğunlukla seçimin kazanılması engellenmiş olur. Eğer seçim ikinci tura kalırsa, seçimin kazanılabilmesi için bu defa kullanılan geçerli oyların basit çoğunluğunu almak yeterli olur, mutlak çoğunluk aranmaz.⁵²

Belirtmek gerekir ki, ikinci tur seçimlerine katılmak için, adayların ilk turda belirli bir oy oranına ulaşmaları gerekir. Aranan bu oran, ülke uygulamalarına göre farklılık gösterir. Örneğin Fransa’da ikinci tura katılabilmek için ilk turda kullanılan geçerli oyların yüzde on iki buçüğünü almak aranmaktadır.⁵³

Salt çoğunluk sisteminde seçimler salt çoğunluğun elde edileceği seçim çevreleri bakımından ilk oylamada sonuçlanırken, diğer seçim çevrelerinde ise ikinci oylamada sonuca ulaşılacaktır. Ülke genelinde seçimin iki tur veya iki oylamada tamamlanması nedeniyle, bu sisteme “iki turlu çoğunluk sistemi” adı da verilmektedir.⁵⁴

Bu sistemde birbirlerine yakın görüşteki partilerin kendi aralarında bloklaşması kolay olur. Bu durumda hükümet kurmak ve istikrarı sağlamak kolaylaştığı gibi, sağ ve solda bloklaşabilen çok partili siyasi hayat karşımıza çıkar. İkinci tur genel olarak partiler arasında pazarlık ve anlaşmalara dayandığı için kutuplaşmalar, beklenmedik ittifaklar ve başka adaylar lehine çekilmeler de meydana gelebilmektedir.⁵⁵

⁵⁰ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 107.

⁵¹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 107.

⁵² Teziç, *Seçim Sistemleri*, s. 30.

⁵³ Sarıkoca, a.g.e., s. 81.

⁵⁴ Türk, a.g.e., s. 80-81.

⁵⁵ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 109.

Belirtilen çoğunluk seçim sistemleri bağımsız olarak değil; tek isimli ve çok isimli çoğunluk sistemleri ile basit çoğunluk ve mutlak çoğunluk sistemleri birlikte, birbirini tamamlayacak şekilde çeşitli varyasyonlar oluşturularak kullanılır.⁵⁶

2. Nispi Temsil Sistemi

Nispi temsil sistemi, çoğunluk sisteminin belirtilen adaletsiz sonuçlarını ortadan kaldırmak için geliştirilmiştir.⁵⁷ Bu sistemde ön planda tutulan amaç, siyasi partilerin parlamentoda güçleri oranında temsil edilmesinin sağlanmasıdır. Bu sistemde toplumda var olan siyasi görüşler parlamentoda güçleri nispetinde var olacaktır. Bu nedenle nispi temsil sistemi temsilde adalete öncelik vermektedir. Sistemde doğal olarak geniş bölge seçim çevreleri uygulanır.⁵⁸

Nispi temsil sisteminde farklı görüşler yasam zemininde temsil edilme olanağı bulmakla birlikte bu durum uzun vadede ülkedeki siyasi partilerin sayılarının artmasına ve mevcut partilerin kendi içlerinde bölünmelerine neden olur. Ayrıca bu sistemde çoğunluğa dayalı istikrarlı bir hükümet kurulması zor olabilmekte, koalisyon hükümetleri ile sık sık karşılaşmaktadır. Uzlaşma kültürünün olması ülkede siyasal bunalımlar doğmasına neden olabilmektedir.⁵⁹

Sistemde temsilcilerin siyasi partiler arasında adil bir biçimde ne şekilde dağıtılacağı en önemli sorun olduğundan, bu amacı gerçekleştirmeye yönelik birçok yöntem ortaya konmuştur. Günümüzde üç yüze yakın nispi temsil uygulamasından bahsedilmektedir. Bu yöntemlerin üç temel özelliği göze çarpmaktadır. Bunlar; seçim çevrelerinin birden fazla temsilci çıkaracak şekilde düzenlenmesi, partilerin adaylarını listeler halinde sunmaları ve seçimlerin tek turlu yapılmasıdır.⁶⁰

Nispi temsil sisteminin çok farklı uygulama yöntemleri olması nedeniyle, çalışmamızda yaygın olarak kullanılan şekillerine değinilecektir.

a. Çevre Seçim Sayısı (Seçim Kotası)

Nispi temsil sistemlerinin bir kısmında nispileği hesaplamak için yapılacak ilk iş, çevre seçim sayısını (seçim kotası-hare kotası) tespit etmektir. Bu sayı seçim çevresinde kullanılan toplam geçerli oy sayısının, o seçim çevresinden çıkacak temsilci sayısına bölünmesiyle bulunur.⁶¹

⁵⁶ Türk, *a.g.e.*, s. 80.

⁵⁷ Teziç, *Seçim Sistemleri*, s. 32.

⁵⁸ Yüzbaşıoğlu, *a.g.e.*, s. 111.

⁵⁹ Teziç, *Seçim Sistemleri* s. 95-96.

⁶⁰ TBMM, "Nispi Temsil Sistemi", Kasım-Aralık-Ocak 1998, 1999, 65. sayı, s. 21.

⁶¹ İba, *a.g.e.*, s. 139.

Çevre seçim sayısı tek başına partiler arasındaki temsilci dağılımını gösteren bir sayı değildir. Bu dağılımı bulabilmek için ilk bölme işleminden sonra, her parti için yapılacak bölme ile her bir siyasi partinin aldığı toplam oyda seçim çevresi sayısının kaç defa olduğu bulunacaktır. Bu sayının bulunabilmesi için, siyasi partilerin aldığı oyların seçim çevresi sayısına bölünmesi gerekmektedir. Bu işlemlerle partilerin doğrudan kazanmış oldukları sandalye sayıları bulunmuş olacaktır, ancak birtakım oylar artık (bakiye) oy olarak değerlendirme dışı kalacaktır. İşte bu aşamada artık oy olasılığını ortadan kaldıracak, bu olasılığı en aza indirecek veya bu oyların seçim çevresi içinde ya da ülke genelinde oluşturulacak seçim çevresinde değerlendirilmesini sağlayacak bir kısım ek yöntemlere başvurulur.⁶²

Belirtmek gerekir ki, nispi seçim sistemlerinde artık oy sorununun meydana gelmediği “değişmez (sabit) tek sayı” yöntemi de bulunmaktadır. Bu yöntemde seçilecek temsilci sayısı önceden tespit edilmez. Seçimden önce sabit bir oy sayısı belirlenir ve belirlenen bu sayının her katı için bir temsilcilik kazanılacağı öngörülür. Bu belirleme yapıldıktan sonra siyasi partilerin kalan artık oyları değerlendirmeye alınmaz.⁶³

b. Artık Oyların Değerlendirilmesi

Nispi temsil sisteminde artık oyların değerlendirilmesine yönelik iki yol bulunmaktadır. İlkinde artık oylar seçim çevreleri içinde, ikincisinde ülke çapında değerlendirilir.

Bakiye oyları seçim çevreleri içinde çözmeye yönelik iki sistem vardır. Birincisi olan en yüksek artık sisteminde, açıkta kalan temsilcilikler artık oyların büyüklüklerine göre siyasi partilere dağıtılır. Bu sistem küçük partilerin parlamentoda temsili bakımından elverişlidir. İkincisi en yüksek ortalama sistemidir. Bu sistemde amaç, açıkta kalan temsilciliklerin mümkün olduğu kadar yüksek seçmeni temsil edecek şekilde doldurulmasıdır. Bunu sağlamak üzere, ilk olarak partilerin aldıkları toplam oylar, elde ettikleri temsilcilik sayısına bir eklenerek bölünür. Çıkan ortalamalar büyüklük sırasına konular. Birden fazla sandalye boş kalmışsa ortalamalarının büyüklük sıralarına göre partiler o sandalyeleri kazanmış olurlar. Bu sistem en fazla oyu almış siyasi partiler lehinedir.⁶⁴

Seçim çevresindeki oyların ülke genelinde değerlendirilmesi ulusal artık (milli bakiye) sistemidir. Burada her partinin artık oyları, seçimin yapıldığı se-

⁶² Türk, *a.g.e.*, s. 86-87.

⁶³ Ali Akyıldız, *Demokrasinin Sayılarla Sınavı: Seçim Sistemleri, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, (7), s. 134.

⁶⁴ Teziç, *Seçim Sistemleri*, s. 35-37.

çim çevrelerinin tamamını içine alan “milli seçim çevresi” içinde toplanır. Bu sayı açık kalan temsilcilik sayısına bölünür ve “milli seçim sayısı” elde edilir. Daha sonra her partinin artık oyları milli seçim sayısına bölünerek boş kalan temsilcilikler de partiler arasında bölüştürülür. Eğer yine doldurulamayan temsilcilikler kalırsa, kalan artık oyların büyüklük sırasına göre doldurulur.⁶⁵

c. Nispiliği Aritmetik Büyüklük Sırasında Arayan Sistemler

Nispi temsil sistemlerinin bir kısmı, her bir partinin kazandığı toplam geçerli oyla ilgili olarak bir aritmetik dizi oluşturacak sayılar elde ederek payların büyüklük sırasına göre temsilcilerin tahsisini gerçekleştirir. Bu sistemlerde artık oy sorunu meydana gelmez.⁶⁶

Nispiliği aritmetik büyüklük sırasında arayan sistemlerden en yaygın olarak kullanılanı d'Hondt sistemidir. Bu sistemde partilerin almış olduğu toplam geçerli oylar, partilerin seçim çevresinde çıkaracağı temsilci sayısına ulaşıncaya kadar birden başlayarak sırasıyla bölünür. Bu işlem sonucu oluşan paydalar büyüklük sıralarına göre, seçim çevresinde çıkarılacak temsilci sayısına kadar sıralanır ve bu dizilimdeki paydaların ait olduğu siyasi partilerin temsilcileri seçilmiş olur. Bu sistem büyük partiler lehine yüzde beş ile on oranında fayda sağlamaktadır.⁶⁷ Bu sistem en yüksek ortalama sistemi ile ulaşılmak istenen sonucu daha kolay bir şekilde vermektedir.⁶⁸

Sainte Laque adı verilen bir diğer aritmetik büyüklük sırasına göre ise, partilerin almış olduğu oylar birden başlayarak tek sayılara bölünür. Devamında burada da d'Hondt sisteminde yapılan uygulama yapılır. Bu sistem klasik d'Hondt sisteminin küçük partiler bakımından adaletsizlik doğurduğu düşüncesinden hareket edilerek geliştirilmiştir. İskandinav ülkelerinde Sainte Laque sistemi, çok küçük partilerin parlamentoya girmesine engel olunması amacıyla, ilk bölen 1.4 olacak şekilde revize edilerek uygulanmaktadır.⁶⁹

II. UYGULANAN SEÇİM SİSTEMİ İLE PARTİ İÇİ DEMOKRASİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

Çağdaş demokrasinin en önemli unsurlarından olan seçim ile parti kavramları arasında çok yönlü bir ilişki bulunmaktadır. Bir taraftan seçimler parti sis-

⁶⁵ Türk, a.g.e., s. 89.

⁶⁶ Türk, a.g.e., s. 90.

⁶⁷ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 112.

⁶⁸ Teziç, *Seçim Sistemleri*, s. 37.

⁶⁹ Türk, a.g.e., s. 91-92.

temlerini etkilerken bir taraftan da partiler seçim reformlarının yapıldığı dönemlerde gelişmişlerdir.⁷⁰ Fakat uygulanan seçim sistemlerinin parti içi demokrasi kavramına etkisi doğrudan değil dolaylı şekilde olmaktadır. Çünkü siyasi partilerin kendi iç işleyişlerinde kabul edecekleri düzenlemeler, bir siyasal sistemde tercih edilen seçim sistemi ile örtüşmek zorunda değildir. Örneğin bir seçim sisteminde kadınların parlamentoda temsili zorlaştırılmış olsa da partiler kendi içlerinde getirecekleri düzenlemelerle kadın temsilcilerin sayısını artırabilir, seçim sistemi bu durumu engeller mahiyette değildir.⁷¹

Seçim sistemlerinin parti içi demokrasiyi etkilemekteki rolü genel olarak parlamentonun oluşumu ve aday belirleme yöntemleri ile temsilcilerin parti içindeki siyasal tavır ve tutumları konusunda belirleyici olmaktadır.⁷²

Seçim çevresinin büyüklüğü, partilerin temsilci adaylarını tespit etmedeki etkileri bakımından çok önemlidir. Seçim çevresi küçük olduğu oranda, seçmenlerin adayları şahsen tanıma ve onlarla kişisel temasta bulunma olanakları artar. Seçim çevresi büyüdükçe ise bu durumun aksi gündeme gelir. Küçük seçim çevrelerinde mücadele kişiler arasında geçmekteyken, büyük seçim çevrelerinde siyasi aidiyetler rekabet halinde olur. Bu nedenle seçim çevreleri büyüdükçe partilerin adayları tespit etmedeki oligarşik eğilimlerinde rahatlıkla artış gözlenebilir. Genelde liste usulünde geniş seçim çevreleri, tek isimli seçim sistemlerinde dar seçim çevreleri gözleendiği için, aynı durum burada da söz konusu olur.⁷³

Seçim giderleri de seçim çevresinin büyüklüğüne bağlı olarak partilerin adayları belirlemedeki rollerine etki etmektedir. Küçük seçim çevrelerinde seçim giderleri daha az olduğu için adaylar partiler tarafından desteklenmese bile, bu giderleri kendileri karşılayabilme şansına sahipken büyük seçim çevrelerinde giderleri ancak partiler karşılayabilir. Bu nedenle adayların partiler tarafından desteklenmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkar.⁷⁴

Seçim sisteminin parti içi demokrasi üzerindeki etkilerinden birisi, kadınların parlamentoda temsiliyle ilgilidir. Yapısı gereği listeli yöntem olan nispi seçim sisteminde birden fazla temsilci, partinin listelerinde yer alabilmektedir. Böyle bir liste usulünün olması, partilerin temsilci adaylarına ait listeleri hazır-

⁷⁰ Yanık, a.g.e., s. 126.

⁷¹ Erdoğan Günel, *Türkiye'de Seçim Sistemlerinin Siyasal Kurumlar Üzerindeki Etkileri*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 56.

⁷² Tevfik Sönmez Küçük, *Parti İçi Demokrasi*, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2015, s. 248.

⁷³ Duverger, a.g.e., s. 458-459.

⁷⁴ Duverger, a.g.e., s. 459.

larken her seçim bölgesinde en az bir kadın aday belirlemelerini kolaylaştırır. Küçük olan seçim çevrelerinde listelerde kadın adayların bulunup bulunmadığı dikkat çekici olacağından, bu durum siyasi partileri kadın kotası uygulama bakımından teşvik edici olur. Fakat nispeten büyük olan seçim çevrelerinde, seçmenler adaylara göre değil parti politikalarına göre oy kullanma eğiliminde olduklarından, listelerde kadın adayların bulunup bulunmadığı dikkat çekici olmayabilir. Nispi seçim sisteminde olduğu gibi, listeli çoğunluk sistemleri de, belirtilen şekilde kadın adayların parlamentoya girmesini kolaylaştırıcı etkiye sahiptir.⁷⁵

Bir görüşe göre; çoğunluk sisteminde genel olarak aday belirlemede parti merkezinin baskın olduğu görülmektedir. Özellikle tek isimli-tek turlu çoğunluk sistemi iki partili siyasi hayatı doğurduğu için, seçmenler kendilerine sunulan iki büyük partiden birini seçmek durumunda kalmaktadırlar. Bu durumda da seçmenlerin kişi ya da parti seçme konusundaki serbestileri zedelenmektedir.⁷⁶ Diğer görüşe göre ise, tek isimli-tek turlu çoğunluk sisteminde partiler değil adayın şahsi özellikleri ve seçmenle kurduğu ilişki ön plana çıkacağından, partiler aday belirleme sürecinde yerel seçimdeki eğilimleri de göz önünde bulundurmaya zorunda kalır.⁷⁷

İki turlu çoğunluk sistemlerinde, adayların ilk turda mutlak çoğunluğa ulaşması oldukça güç olduğundan, siyasi partilerin desteğine ihtiyaç duyarlar. Bu da adayların parti merkezince tespit edilmesinin yolunu açar.⁷⁸ Ayrıca ikinci turda partiler arasında koalisyonlar ve birbirleri lehine çekilmeler görülebildiği için bu durum da partilerin baskınlığını artırabilmektedir.⁷⁹

Nispi temsil sisteminde genelde geniş seçim çevreleri söz konusu olduğu için, kural olarak partilerin adayları belirlemedeki rolleri büyük olur. Partiler aday belirlemede dışarıdan zorlayıcı bir etkiyle karşılaşmazlar. Bu durum da katılımcılığa değil örgütlerin hâkimiyetine vurgu yapar. Fakat seçmenler aday listelerinde değişiklik yapabilme şansına sahip olurlarsa, adayların şahsi özellikleri önem kazanır ve partiler aday tespitinde belirli bir yönde hareket etme durumunda kalabilirler. Bu nedenle blok liste yönteminde seçmenlerin adayların tespitinde söz sahibi olma imkânları kısıtlıdır.⁸⁰ Yine de çoğunluk sistemlerine

⁷⁵ Küçük, *a.g.e.*, s. 250-253.

⁷⁶ Duverger, *a.g.e.*, s. 460-461.

⁷⁷ Küçük, *a.g.e.*, s. 267.

⁷⁸ Küçük, *a.g.e.*, s. 276.

⁷⁹ Tuncay, *a.g.e.*, s. 86.

⁸⁰ Küçük, *a.g.e.*, s. 258-259.; Faruk Bilir, *Siyasi Partilerde Parlamento Adaylarının Belirlenmesi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 193.

nazaran nispi temsil sistemlerinin oluşturduğu çok partili siyasal hayatta parti içi demokrasinin boyutlarının daha geniş olduğunu söylemek yanlış olmaz.⁸¹

Seçmenlerin sunulan listelerdeki adayların sıralarını değiştirme imkânına sahip olduğu tercihli oy yöntemi, aday tespitinde adayın kişisel özellikleri ile aday seçmen arasındaki ilişkiyi ön plana çıkarır. Bu nedenle parti merkezinden ziyade yerel teşkilatlar aday belirlenmesinde etkin rol oynar. Fakat her durumda adayların yerel teşkilatlar tarafından belirlenmesinin parti içi demokrasiye işlerlik kazandıracağını söylemek de doğru olmaz. Çünkü bu durumda da yerel teşkilatların katılımcı usuller kullanmak yerine kendi hâkimiyetlerine neden olabilir.⁸²

Karma liste usulünde seçmenler kendilerine sunulan listelerdeki isimleri çikarma ve yerlerine başka parti adaylarını yazma olanağına sahip olurlar. Listelerde bulunacak aday sayısı, ilgili seçim çevresinden seçilecek aday sayısını aşamaz. Bu durum da şüphesiz seçmenlerin oy kullanırken adayların özelliklerini dikkate alacağı sonucuna götürür. Ancak nispi temsilde parti programları ön planda olduğu için, karma liste usulünün uygulanması bu sistem ile bağdaşmaktadır. Bu nedenle uygulamada nispi temsil sistemini benimseyen ülkelerde karma liste usulüne rastlanmamaktadır.⁸³

Seçim sistemlerinin parti içi demokrasi bağlamında temsilcilerin davranışlarına olan etkisi ise, partilerin aday belirlemedeki oligarşik eğilimleri ile bağlantılıdır. Yani partiler bu belirleme konusunda baskın oldukları ölçüde adayların kişisel fikirlerini belirtebilme imkânı azalmakta ve kendilerini parti merkez organlarına koşulsuz bağlı hissetmektedirler. Bu bağlamda aday belirleme usulü olarak ön seçimin kabul edilmesi parti içi demokrasi kavramının uygulamaya geçmesine fayda sağlayacaktır.

Parti içi demokrasi bakımından seçim güvenliği de büyük önem arz etmektedir. Hiç şüphesiz demokrasinin yaşayabilmesi ve seçmen iradesinin parlamentoya yansiyabilmesi için seçim güvenliği vazgeçilmez bir unsurdur.⁸⁴

B. Türkiye'de Durum

Parlamento seçimleri ülkemizde ilk kez Osmanlı Devleti döneminde 1877 yılında gerçekleştirilmiştir. Bu tarih erken gibi görünse de, Osmanlı Devleti döneminde hiçbir zaman düzenli seçim yapılamamıştır.⁸⁵

⁸¹ Tuncay, *a.g.e.*, s. 86.

⁸² Küçük, *a.g.e.*, s. 262.

⁸³ Teziç, *Seçim Sistemleri*, s. 50-51.

⁸⁴ Yanık, *a.g.e.*, s. 129.

Ülkemizde 1943 yılına kadar iki dereceli seçim yöntemi, 1957 yılına kadar liste usulü çoğunluk sistemi, 1977 yılına kadar nispi temsil sistemi, 1983 seçimlerinde çifte barajlı d'Hondt sistemi, 1987 ve 1991 seçimlerinde çifte barajlı d'Hondt ve kontenjan sistemi uygulanmıştır.⁸⁶

Ülkemizde uygulanan seçim sistemleri tabloda şu şekilde gösterilebilir:⁸⁷

Seçim Yılı	Uygulanan Sistem
1946	Liste Usulü Çoğunluk
1950	Liste Usulü Çoğunluk
1954	Liste Usulü Çoğunluk

⁸⁵ Sarıkoca, a.g.e., s. 132.

⁸⁶ İba, a.g.e., s. 153.

⁸⁷ Tablo, "BBC, "Türkiye'de 1946'dan bugüne seçim sistemleri", 18 Mart 2018, (Çevrimiçi) <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41981590>, 18 Şubat 2020." künye bilgili kaynaktan aynen alıntılanmıştır.

- **"Liste Usulü Çoğunluk Sistemi:** Çok partili ilk seçimlerden 27 Mayıs 1960 darbesine kadar bu sistem uygulandı. Buna göre, her bir seçim çevresi için partiler kendi milletvekili listelerini hazırlıyor ve bir bölgede en yüksek oyu alan partinin listesi kazanmış oluyordu. Türkiye'de uygulaması sırasında her il bir seçim çevresi olarak kabul edilmişti. Bu sisteme en çok büyük partilere büyük avantaj sağladığı eleştirisi yöneltiliyordu.
- **Milli Bakiye:** Yalnızca 1965 seçimlerinde uygulandı. Bu sistem kapsamında, seçim bölgelerinde sonuçlara yansımayan oylar toplanarak, tüm Türkiye genelinde partilere göre dağıtılıyordu. Böylece Türkiye genelinde az oy alan partiler de milletvekili çıkarmayı başarmıştı. Yüzde 3'e yakın oy alan Türkiye İşçi Partisi (TİP) 15; yüzde 2,24 oy alan Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi (CKMP) de 11 milletvekili çıkarmıştı. Bu sistemin en büyük avantajı olarak küçük partilerin de temsil edilmesi gösteriliyor. Sisteme yönelik en büyük eleştiri, hükümet kurulması sürecinde partilerin uzlaşmacı davranmaması halinde istikrarsızlık riskini doğurması.
- **D'Hondt Sistemi:** Belçikalı matematikçi Victor D'Hondt tarafından geliştirilen ve nispi temsil oranlarını belirleyen sistem. Türkiye'de 1965 seçimleri hariç, 1961 yılından bu yana bu sistem uygulanıyor. D'Hondt Sistemi'nde bir seçim bölgesinde partilerin aldığı oy miktarı, o bölgenin milletvekili sayısına ulaşana kadar 1'den başlayarak bölünüyor. Partilerin bu bölünmelerle elde ettikleri sayılar en çoktan en aza diziliyor ve milletvekili sayısı dağıtılıyor. Bu hesaplama, bölgedeki milletvekili sayısına ulaşılana kadar devam ediyor. D'Hondt Sistemi de kendi içinde ülke veya bölge barajlı ve barajsız olmak üzere üçe ayrılıyor:
- **Barajsız:** Burada başka kriterlere girmeden, bölünme yoluyla elde edilen oy miktarlarına göre dağılım yapılıyor:
- **Bölge Barajı:** Her seçim çevresinde bir partinin milletvekili çıkarabilmesi için oy sayısı, oranı ya da ondalık birim olarak bir baraj belirleniyor ve bunun altında kalan partiler hesaplamaya dahil edilmiyor.
- **Ülke Barajı:** Ülke genelinde oy oranı belli bir düzeyin altında kalan partiler ve yeni düzenlemeyle ittifaklar milletvekili çıkaramıyor. Türkiye'de şu an yüzde 10 ülke barajıyla birlikte D'Hont Nispi Temsil Sistemi uygulanıyor." Bkz.: BBC, "Türkiye'de 1946'dan bugüne seçim sistemleri", 18 Mart 2018, (Çevrimiçi) <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41981590>, 18 Şubat 2020.

Seçim Yılı	Uygulanan Sistem
1957	Liste Usulü Çoğunluk
1961	D'Hondt Sistemi - Çevre Barajlı
1965	Milli Bakiye
1969	D'Hondt Sistemi - Barajsız
1973	D'Hondt Sistemi - Barajsız
1977	D'Hondt Sistemi - Barajsız
1983	D'Hondt Sistemi - Çift Barajlı (Ülke ve Bölge)
1987	D'Hondt Sistemi - Çift Barajlı + Kontenjan
1991	D'Hondt Sistemi - Çift Barajlı + Kontenjan
1995	D'Hondt Sistemi - Ülke Barajlı
1999	D'Hondt Sistemi - Ülke Barajlı
2002	D'Hondt Sistemi - Ülke Barajlı
2007	D'Hondt Sistemi - Ülke Barajlı
2011	D'Hondt Sistemi - Ülke Barajlı
7 Haziran 2015	D'Hondt Sistemi - Ülke Barajlı
1 Kasım 2015	D'Hondt Sistemi - Ülke Barajlı

24 Haziran 2018 tarihli Milletvekili Genel Seçimleri'nde de D'Hondt Sistemi (Yüzde On Ülke Barajlı) uygulanmıştır.

1982 Anayasasının kabulünden sonra kabul edilen 2839 sayılı seçim kanununda seçim sistemi olarak, siyasal istikrarı sağlamak amacıyla çevre barajıyla birlikte yüzde on ülke barajını öngören d'Hondt sistemi kabul edilmiştir. Buna göre adayların seçilebilmesi için ilk olarak aday oldukları siyasi partilerin ülke genelinde aldığı oy oranı yüzde onun üzerinde olmalı, ikinci olarak adayların da kendi seçim çevrelerinde uygulanan çevre barajını geçmesi gerekmektedir. 1995 yılında gerçekleşen seçimlerden önce çifte barajlı d'Hondt sistemi terk edilmiş,

yerine yüzde on ülke barajlı d'Hondt sistemi getirilmiştir. Bu sistem günümüzde de uygulanan seçim sistemidir.⁸⁸

Nispi temsil sisteminde partilerin merkez organlarının, adayları tespit etmedeki ağırlığı fazla olduğu için, adayların şahsi özelliklerinden ziyade partilerin kurumsal kimliği ön planda olmaktadır. Fakat bu durum seçim çevrelerinin büyüklüğünden etkilenmektedir. Buna göre, nispi temsilde seçim çevresi büyük olduğu oranda adayların seçmen tarafından tanınırlığı ve buna göre değerlendirilmesi imkânı azaltmaktadır. Küçük seçim çevrelerinde ise genelde adaylar ile seçmenler arasında kişisel ilişkiler kurulabildiği için, parti merkezinin hegemonyası azalabilmekte ve parti içi demokrasi işlerlik kazanabilmektedir.⁸⁹

2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'nun dördüncü maddesine göre çıkaracağı milletvekili sayısı on sekize kadar olan iller bir seçim çevresi olarak değerlendirilmektedir. Eğer iller, on dokuz ile otuz beş arasında milletvekili çıkaracaksa iki; otuz altı ve daha fazla milletvekili çıkaracaksa üç seçim çevresine bölünür. Sözgelimi Yüksek Seçim Kurulu'nun 05.03.2020 tarihli ve 163 sayılı Kararıyla 2019 yılı genel nüfus sayımı sonuçlarına göre 2020 yılında bir seçim olması durumunda Ankara ve İstanbul üç, İzmir ve Bursa iki, bu iller dışındaki tüm iller bir seçim çevresi olarak kabul edilmiştir. Bir seçim çevresini oluşturan illerden bir tanesi bir, on bir tanesi iki, kalanı üç ya da daha fazla temsilci çıkarmaktadır.⁹⁰

Üç ya da daha fazla temsilci çıkaran iller kural olarak nispi temsil sisteminin tipik özelliklerine sahip oldukları için, buralarda parti içi demokrasi aleyhine partilerin etkilerinin arttığı ve adayların kişisel niteliklerinin seçimi kazanmada belirleyici olmayacağı, partiye bağlı hareket edecekleri söylenebilir.⁹¹

Yüzde on olarak uygulanan seçim barajı, ülkemizde seçim hukukunun en önemli meselelerinden olduğu gibi, parti içi demokrasiyi de etkilemektedir.⁹² Aslında iki temsilcinin seçildiği seçim çevrelerinde, nispi temsil sistemi tek isimli tek turlu çoğunluk sistemine yaklaşmaktadır. Burada her ne kadar bir değil iki aday seçilmekteyse de adayların özelliklerinin seçmen davranışları bakımından bir etki doğurduğu belirtilebilir. Fakat ülkemizde uygulanan seçim barajı yüzde on olduğu için, seçmenler adayların kişisel özelliklerini ve onlarla

⁸⁸ Sarıkoca, *a.g.e.*, s. 204-211.

⁸⁹ Küçük, *a.g.e.*, s. 478.

⁹⁰ Bkz.: YSK., K.T., 05.03.2020, S. 163, R.G., T., 17.03.2020, S. 31071, (Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200317-9.pdf>, 17 Mart 2020.

⁹¹ Küçük, *a.g.e.*, s. 479.

⁹² İba, *a.g.e.*, s. 182.

kurdukları şahsi ilişkileri dikkate alsalar da barajı geçemeyecek partilerin adaylarının seçilemeyeceklerini bildikleri için, oylarını barajı geçebileceğini düşündükleri ve dünya görüşünü kendilerine yakın buldukları büyük partilerden yana kullanma eğiliminde olacaklardır. Bu da doğal olarak parti içi demokrasinin uygulanması adına olumsuz bir durumdur.⁹³

Ülkemizde blok liste yöntemi uygulanmaktadır. Bu yöntem parti merkez yönetimlerinin oligarşik eğilimlerini artırmakta, parti içi demokrasi kavramını olumsuz yönde etkilemektedir. Ön seçim olmaksızın adayların parti yönetimleri tarafından diledikleri şekilde sıralanması, seçilmesi istenmeyen adayların seçilme olasılığı az olan sıradan veya seçim çevresinden aday gösterilmesine imkân tanımaktadır. Bu durum da adayların parti içi siyasal davranışlarını etkilemektedir. Adaylar merkezden farklı olan düşünce ve davranışları ortaya koymakta çekimser davranmaktadırlar. Bu durum da, adayların parti yönetimlerinin memuru gibi hareket etmesi sonucu doğurmaktadır.⁹⁴

2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'nda 13.03.2018 tarihinde yapılan değişiklikle siyasi partilerin milletvekili seçimlerine ittifak oluşturarak girmelerine olanak tanıyan düzenlemeler yapılmış ve partilerin seçimlerde ne şekilde ittifak yapacağına dair usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Kanunun seçim ittifakı başlıklı 12/A maddesinde ittifak yapan siyasi partilerin kendi aday listeleri ile seçime girebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme parti içi demokrasiyi gerçekleştirme adına olumlu bir düzenlemedir. Çünkü ortak liste zorunluluğu olması durumunda küçük siyasi partilerden aday olanlar, ortak listelerde seçilemeyecek sıralara yerleşme endişesiyle büyük partilere katılmaya meyilli olurlar ve küçük partiler zamanla büyük parti içinde erirler. Bu da partilerin kurumsal kimliklerinin adayların niteliklerinin önüne geçebilmesiyle sonuçlanmakta ve parti içi demokrasiye zarar vermektedir.⁹⁵

Seçim ittifakının parti içi demokrasiye diğer etkisi ise barajın hesaplanmasında kendisini gösterir. Kanunun 33'üncü maddesinde yapılan değişiklikle; *"Seçim ittifakı yapılması halinde, yüzde onluk barajın hesaplanmasında ittifak yapan siyasi partilerin aldıkları geçerli oyların toplamı esas alınır ve bu siyasi partiler için ayrıca baraj hesaplaması yapılmaz. Bir siyasi parti listesinde yer almış bağımsız adayların seçilebilmesi de listesinde yer aldığı siyasi partinin ülke genelinde ve ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde yüzde onluk*

⁹³ Küçük, a.g.e., s. 481.

⁹⁴ Yanık, a.g.e., s. 128.

⁹⁵ Betül Aydoğan Ünal, Türkiye'nin Yeni Sisteminde Seçim Öncesi İttifaklar. *Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Elektronik Dergisi*, 2019, 10 (2), s. 325.

barajı aşması ile mümkündür.” düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenleme ülkemizde uygulanan yüzde onluk barajın küçük partilere olan olumsuz etkilerini bertaraf etmek bakımından önemli olduğu gibi, bağımsız adaylara da barajı geçmede kolaylık sunmaktadır. Yeni sistemde, tek başına baraj altında kalma riski olan bir siyasi parti, ittifak içerisinde seçime gitmesi sayesinde parlamentoda temsil hakkı kazanabilecektir. Bu durumda adaylar kendi siyasi fikirlerini ortaya koyma imkânı buldukları, kendilerine yakın gördükleri küçük partilerden seçilememe korkusuyla uzaklaşmayacaklar, büyük partilerin kurumsal kimliği altına girme zorunluluğu hissetmeyeceklerdir.

SONUÇ

Kişi ya da kişi topluluklarının önlerindeki seçeneklerden bir tanesini özgür iradeleriyle seçmeleri anlamına gelen seçim hukuki olarak, seçmenler tarafından birden fazla aday arasından bir ya da birkaç kişiyi kamu görevini yerine getirmek üzere tercih etmelerini ifade eder. Demokratik siyasal rejimlerde seçimler ve seçim sistemleri yönetenlerin yönetim yetkisinin meşruluğunu sağlar. Bu yetkinin tespiti bakımından pek çok sistem öngörülmüş ve uygulanmıştır. Seçimle ilgili hususların tespitinde ülkelerin toplumsal yapıları, demokrasi kültürlerinin gelişmişlik düzeyi, toplumsal ve ekonomik yapılarında meydana gelen değişiklikler büyük rol oynamaktadır.

Seçilenlerin istikrar içinde yönetme imkânı bulacağı yönetimde istikrar ilkesi ile adayların parlamentoda seçmenlerin iradesinin yansıması olarak yer alması ilkesi olan temsilde adalet ilkesi seçim sistemlerinin tespitinde yol gösterici olmuştur. Temsilde adalet ilkesine ağırlık verilmesiyle nispi temsil sistemleri, yönetimde istikrar ilkesine ağırlık verilmesiyle çoğunluk sistemleri oluşmuştur.

Seçim sistemlerinin meydana gelmesinde birden çok faktör rol oynadığı gibi, bu sistemlerin uygulanması birçok konu üzerinde etkide bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de parti içi demokrasidir. Fakat bu etkinin doğrudan değil dolaylı olduğu belirtilmelidir. Çünkü demokrasi kavramını içselleştirmemiş bir siyasi atmosferde de partilerin kendi içlerinde demokratik ilkelere bağlı kalmaları ve bu yönde hareket etmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Seçim sistemlerinin parti içi demokrasi üzerindeki etkisinin görüldüğü alanlardan bir tanesi parlamentonun oluşumu ile ilgilidir. Kadınların parlamentoda temsili bakımından nispi seçim sistemleri yapıları gereği listeli usulü öngördüğü için, olumlu değerlendirilebilir. Çünkü partiler adayların yer aldığı listelere kadın adayları koyma bakımından bir kural getirebilir. Böylelikle en az bir kadın aday listelerde kendisine yer bulur.

Seçim giderleri ve seçim çevresinin büyüklüğü parti içi demokrasiyi etkilemektedir. Şöyle ki, seçim çevreleri büyüdüğü orandan adayların kişisel niteliklerinden ziyade parti kimlikleri ön plana çıkar. Bu da parti merkez yönetiminin demokratik tavır ve tutumlardan uzaklaşmasına yol açabilir. Seçim giderleri de seçim çevreleri büyüdükçe artacağı için, belirtilen sonuç burada da gözlenir.

Çoğunluk sisteminin birbirinden farklı sonuçlar doğuran yöntemleri bulunması nedeniyle, bu sistemin parti içi demokrasiye etkisi bakımından genel geçer bir kural getirmek güçtür. Tek isimli-tek turlu çoğunluk sistemlerinde adayların kişisel nitelikleri ve seçmenle kuracağı bağ dikkate alınacağı için partinin merkez organlarının baskınlığını azaltacağı söylenebilir. İki turlu çoğunluk sistemlerinde ilk turda seçimin kazanılmasının zor olması, adayların siyasi partilerin desteğine ihtiyaç duymalarına ve ikinci turda partilerin koalisyon kurmalarına neden olabildiği için, partilerin oligarşik eğilimlerinde artma gözlemlenebilmektedir.

Nispi temsil sistemlerinde sistemin yapısı gereği seçim çevreleri geniş olmaktadır. Seçim çevreleri büyüdüğü için aday belirlemede partilerin baskınlığı da artmaktadır. Ancak aday listelerinin seçmenler tarafından değiştirilebildiği durumlarda partilerin katılımcılığa önem verdikleri gözlemlenir.

Partilerin adayların tespiti hususundaki baskınlığı arttıkça, adayların parti içindeki siyasal tutum ve davranışları da demokrasi ilkelerine aykırı olarak parti merkeziyle tam uyumlu hale gelmektedir.

Ülkemizde yüzde on barajlı d'Hondt sistemi uygulanmaktadır. Nispi temsil sistemi ve yüksek oranda barajın yan yana gelmesi partilerin merkez teşkilatlarının baskınlığını artırmakta ve parti içi demokrasiyi olumsuz etkilemektedir. Ayrıca blok liste yönteminin uygulanması da bu sonucun ağırlığının daha çok hissedilmesine neden olmaktadır. Yine de seçim çevresinin küçük olduğu iller bakımından siyasi partilerin merkez teşkilatları aday tespitinde yerel dinamikleri tümüyle göz ardı etmemektedirler.

2018 yılında seçim hukukumuzda giren ittifaklar ise, barajın küçük partiler bakımından doğurduğu dezavantajı ortadan kaldırmakta ve partilerin ittifak yapsalar dahi ortak liste belirleme zorunluğunun olmaması parti içi demokrasi adına olumlu değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyıldız, Ali, Demokrasinin Sayılarla Sınavı: Seçim Sistemleri, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, (7), 127-148.
- Bilir, Faruk, *Siyasi Partilerde Parlamento Adaylarının Belirlenmesi (Karşılaştırmalı Bir inceleme)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Daver, Bülent, Anayasal Yargı ve Seçim Sistemleri, *Anayasa Yargısı*, 1988, 5, 9-27.
- Duverger, Maurice, *Siyasal Partiler: Modern Devletteki Örgütleri ve Faaliyetleri*. (Çev: Ergun Özbudun), Ankara, Sevinç Matbaası, 1971.
- Gökçe, Ali Fuat, Siyasal Partilerde Parti İçi Demokrasi ve Disiplin Algısı: Türkiye. *Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 2013, (9), 64-79.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2015.
- Günal, Erdoğan, *Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Siyasal Kurumlar Üzerindeki Etkileri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- Güvenir, Murat, Seçim Sistemleri ve Ülkemizdeki Uygulama, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1982, 37 (1), 215-250.
- İba, Şeref, *Siyasal Partiler ve Seçim Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.
- İnan, Seçkin, *Türkiye’de Demokrasinin Yapılanmasında Önemli Bir Unsur: Parti İçi Demokrasi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Kapani, Münci, *Politika Bilimine Giriş*. (7. Baskı). Ankara, Bilgi Yayınevi, 1995.
- Küçük, Tevfik Sönmez, *Parti İçi Demokrasi*, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2015.
- LaPalombara, Joseph, Weiner, Myron “Origin&Development of Political Parties”, LaPalombara, Joseph, Weiner, Myron (edt.) *Political Parties and Political Development*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1966, s. 3-42.
- Neumann, Sigmund, “Toward a Comparative Study of Political Parties”, Neumann, Sigmund (ed.) *Modern Political Parties: Approaches to Comparative Politics*, The University of Chicago Press, 1956, s. 395-421.
- Odyakmaz, Zehra, Siyasal Partilerin Kapatılması ile İlgili Hükümlerde Uyumsuzluklar ve Güçlükler. *Anayasa Yargısı*, 1996, 13, 231-243.
- Özbudun, Ergun, Seçim Sistemleri ve Türkiye. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, 44 (1), 521-539.
- Özbudun, Ergun, *Siyasal Partiler*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974,

- Sarıkoca, Erem, *Türkiye’de Seçim Sistemleri ve Demokrasi*. Erzurum: Fenomen Yayıncılık., 2010.
- Tan, Mehmet, Çiçek, Yeter ve Koçar, Hatike, Siyasi Partiler ve Türkiye’de Parti İçi Demokrasi Sorununa İlişkin Çözüm Önerileri. *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2016, 5 (2), 347-364.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*. Ankara, Beta Yayınevi, 2014.
- Teziç, Erdoğan, *Seçim Sistemleri*. Ankara, Filiz Kitabevi, 1967.
- Tıkveş, Özkan, Siyasi Partiler ve Anayasa Yargısı Konusunda Mukayeseli Bir İnceleme. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1970, 36 (1-4), 145-166.
- Tuncay, Suavi, *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*. (2. Baskı). Ankara, Gündoğan Yayınları, 2000.
- Türk, Hikmet Sami, Türk, Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih. *Anayasa Yargısı*, 2006.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Nispi Temsil Sistemi”, Kasım-Aralık-Ocak 1998, 65. Sayı.
- Ünal, Betül Aydoğan, Türkiye’nin Yeni Sisteminde Seçim Öncesi İttifaklar. *Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Elektronik Dergisi*, 2019, 10 (2), 321-328.
- Wolinetz, Steven B., “Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies”. Gunther, Richard / Montero, Jose Ramon / Linz, Juan J. (ed.), *Political Parties: Old Concepts and New Challenges*, Oxford University Press, 2002, s. 136-165.
- Yanık, Murat, *Parti İçi Demokrasi*. (2. Baskı), Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55, 1996, 103-150.

7153 ve 7181 Sayılı Kanunlarla İmar Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme^(*)

An Examination on the Amendment Laws (No: 7153 and 7181) of the Zoning Law

Dr. Hüseyin BİLGİN^(**)

Öz

3194 sayılı İmar Kanunu 1985 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kanunda yürürlük tarihinden itibaren çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Son yapılan iki değişiklik çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. 7153 ve 7181 sayılı Kanunlarla bu değişiklikler yapılmıştır. 7153 sayılı Kanunla imar planı tanımlarından bazıları değiştirilmiştir. Mekânsal Strateji Planı Kanuna yeni plan olarak eklenmiştir. Metruk binaların yıkım yolu açılmış ve bisiklet yolu zorunluluğu getirilmiştir. 7181 sayılı Kanun ile birlikte Tarım arazilerinin korunması amaçlanmıştır. İfraz ve tevhid konusunda düzenlemeler getirilmiştir. İmar uygulamasıyla ilgili önemli yenilikler düzenlenmiştir. Şehir içi arsaların otopark olarak kullanılması sağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

İmar Kanunu, İmar Planı, Yıkım, Bisiklet Yolu, İmar Uygulaması.

Abstract

The Zoning Law No. 3194 was entered into force in 1985. Several amendments have been made about this law since the enforcement date. The last two amendments are the subject of this study. These amendments were made by Laws No. 7153 and 7181. By Law No. 7153, some of the definitions of zoning plans have been amended. The Spatial Strategy Plan is regulated as new type of plans. This Law enables to demolish of derelict buildings and also makes cycling paths compulsory. Law no. 7181 aims to protect agricultural land. By this Law, some regulations are made about the division and unification of plots. Significant regulations are made about parceling. Also it's provided that urban plots can be used as parking lots.

Keywords

Zoning Law, Zoning Plan, Demolition, Cycling Path, Parcelling.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 08.10.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 08.10.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 08.10.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 08.10.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 12.10.2019.

(**) Hâkim, Konya Bölge İdare Mahkemesi,
E-mail: huseyinbilgin22@hotmail.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0003-1887-792X>.

GİRİŞ

3194 sayılı Kanun İmar Kanunu olup 03.05.1985 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiştir. 09.05.1985 gün ve 18749 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Geçici ve ek maddeler hariç olmak üzere 50 maddeden oluşmaktadır. Kanunda çeşitli tarihlerde çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Kanuna ek ve geçici maddeler eklendiği gibi mevcut maddelerinde de değişikliklere gidilmiştir.¹ Çok sayıda değişiklik yapıldığı anlaşılan İmar Kanundaki son iki değişiklik çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Çalışma içeriğinde, 7153 sayılı Kanun ve 7181 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin getirdiği yeniliklerin neler olduğu hususu madde gerekçeleriyle birlikte ve eski düzenlemelerle kıyaslanarak ele alınmıştır.

7153 sayılı Kanun, Çevre Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun adını taşımaktadır. 29.11.2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilmiştir. 09.12.2018 tarihinde Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmıştır. 10.12.2018 gün ve 30621 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 04.07.2019 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiştir. Cumhurbaşkanı tarafından 10.07.2019 tarihinde onaylanmıştır. 10.07.2019 gün ve 30827 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

I. 7153 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

7153 sayılı Kanun (yürürlük ve yürütme maddesi dahil) toplam 30 maddeden oluşmaktadır. Torba kanun olarak da nitelendirilen 7153 sayılı Kanun bir çok kanunda aynı anda değişiklik yapan bir kanundur.

¹ 3194 sayılı Kanunda yapılan değişikliklere ilişkin tarih ve Kanun numaraları: 3194 sayılı Kanunun değişen veya iptal edilen maddeleri Yürürlüğe Giriş Tarihleri 3394 sayılı Kanun ve 30/6/1987 tarihinde; 3542 sayılı Kanun ve 4/5/1989 tarihinde; 4046 sayılı Kanun ve 27/11/1994 tarihinde; 4232 sayılı Kanun ve 8/4/1997 tarihinde KHK/572 sayılı KHK ile 6/6/1997 tarihinde; 4342 sayılı Kanun 28/2/1998 tarihinde; 4380 sayılı Kanun ve 2/8/1998 tarihinde; 4736 sayılı Kanun ve 19/1/2002 tarihinde; 4928 sayılı Kanun ve 19/7/2003 tarihinde; 5006 sayılı Kanun ve 17/12/2003 tarihinde; 5403 sayılı Kanun ve 19/7/2005 tarihinde; 5398 sayılı Kanun ve 26/7/2008 tarihinde; 5793 sayılı Kanun ve 3 6/8/2008 tarihinde; 5940 sayılı Kanun ve 1/1/2012 tarihinde; 6637 sayılı Kanun ve 7/4/2015 tarihinde; 6704 sayılı Kanun ve 26/4/2016 tarihinde KHK/678 sayılı KHK ile 22/11/2016 tarihinde; 7033 sayılı Kanun ve 1/7/2017 tarihinde 7071 sayılı Kanun ve 8/3/2018 tarihinde 7139 sayılı Kanun ve 28/4/2018 tarihinde 7143 sayılı Kanun ve 18/5/2018 tarihinde KHK/700 sayılı KHK ile 8 24/6/2018 tarihinde birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının andiçerek göreve başladığı tarihte (9/7/2018); 7153 sayılı Kanun ve 10/12/2018 tarihinde 7159 sayılı Kanun ve 28/12/2018 tarihinde 7181 sayılı Kanunla ve 10/7/2019 tarihinde değişiklikler yapılmıştır. Yukarıda Kanun numaraları ve yürürlük tarihleri yer verilen değişikliklere bakıldığında 3194 sayılı Kanunda yaklaşık 30 yılda 25 adet önemli değişiklik yapılmıştır.

Anılan Kanun ile 2872 sayılı Çevre Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesine İlişkin Kanun, 3621 sayılı Kıyı Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 4342 sayılı Mera Kanunu, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun hükümlerinde çeşitli değişiklikler yapılmış veya yeni hükümler getirilmiştir.

Ayrıca Kanunun 28. maddesinde 32 ayrı Kanunda geçen çeşitli ibareler üzerinde değişikliğe gidilerek mevzuatta uyum bütünlüğü sağlanması amaçlanmıştır. Görüldüğü üzere büyük çoğunluğu Çevre Kanunu, İmar Kanunu ve 6306 sayılı Kanunla ilgili olmak üzere toplam 8 temel kanunda önemli değişikliklere gidilmiştir.

A. Tanımlardaki Değişiklik ve Yeni Tanım Ekleme

İmar Kanununun 5. maddesinde İmar Kanununda geçen çeşitli tanımlara yer vermiştir.² 7153 sayılı Kanunla bu maddede yer alan “Nazım İmar Planı” ve “Çevre Düzeni Planı” tanımları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye “Fen adamları” tanımından sonra gelmek üzere “Mekânsal Strateji Planı” tanımını eklenmiştir (7153 SK m. 10).

1. Nazım İmar Planı

Anılan değişiklik öncesinde;

“Nazım İmar Planı; varsa bölge veya çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, detaylı bir raporla açıklanan ve raporuyla beraber bütün olan plandır.” şeklinde tanımlanmıştı.³ Değişiklik sonrasında bu tanım,

² İmar Kanununda geçen tanımlar için bkz. Bilgin, Hüseyin / Sezer, Yasin; *Açıklamalı- İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi*, İmar Davalarında Kanun Yolları (İstinaf ve Temyiz Eklenmiş) Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 30 vd.; Halil Kalabalık; İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 48.

³ Davaya konu planların üst ölçekli çevre düzeni planına uygun olduğu, planların kademeli birlik-teliği ilkesi çerçevesinde halen yürürlükte olan planlar arasında arazi kullanım kararlarının örtüş-tüğü, arazi kullanım kararları açısından ölçeklerarası hiyerarşi açısından tutarlılık taşıdığı, özel proje alanında yapılacak çalışmalarda bölgenin turizm açısından marka değerini arttıracak nite-likte turizm gelişim projesi oluşturulmasının öncelikli tercih olduğu, planlamaya tabi tutulan ala-

“Nazım İmar Planı; varsa bölge planlarının mekâna ilişkin genel ilkelerine ve varsa çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklüklerini, nüfus yoğunlukları ve eşiklerini, ulaşım sistemlerini göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, plan hükümleri ve raporuyla beraber bütün olan plandır.” şeklini almıştır.

Anılan tanımda bölge planları ibaresi bölge planlarının mekana ilişkin genel ilkelerine şeklinde değiştirilmiştir. Tanımdaki diğer ifadeler de daha sade, anlaşılır bir hale getirilmiştir. Özellikle bu planların “*yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklüklerini, nüfus yoğunlukları ve eşiklerini, ulaşım sistemlerini göstermek*” şeklindeki özellikleri de vurgulanmıştır.

2. Çevre Düzeni Planı

Anılan değişiklik öncesinde;

“Çevre düzeni planı; Ülke ve bölge plan kararlarına uygun olarak konut, sanayi, tarım, turizm, ulaşım gibi yerleşme ve arazi kullanılması kararlarını belirleyen plandır.” şeklinde tanımlanmıştır. Değişiklik sonrasında bu tanım,

“Çevre Düzeni Planı; varsa mekânsal strateji planlarının hedef ve stratejilerine uygun olarak yerleşim, gelişme alanları ve sektörlerle ilişkin alt ölçek planlarını yönlendiren genel arazi kullanım kararları çerçevesinde ilke ve kriterleri belirleyen, bölge, havza veya il bütününde hazırlanan, plan hükümleri ve raporuyla bir bütün olan plandır.” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu tanımda, çevre düzeni planlarının da mekânsal strateji planlarının hedef ve stratejilerine uygun olarak hazırlanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca bu planların alt ölçekteki planları yönlendiren, bu planlar için ilke ve kriterler belirleyen üst ölçekli planlar olduğu belirtilmiştir.

3. Mekânsal Strateji Planı

3194 sayılı Kanunda yer alan tanımlar içerisine yeni bir tanım daha eklenmiştir. Bu tanım yukarıda değiştirilen tanımlarda da geçen “*Mekânsal Strateji Planı*” şeklindedir. Anılan tanıma bakıldığında;

nın özellikleri itibarıyla, kamu yararı açısından planlama bütününde alan kullanım kararlarının dengeli dağılımının sağlandığı, davaya konu parseli de kapsayan alanda hazırlanacak özel proje alanları çalışmalarını ile kat adedi ve yapılaşma miktarının azalmayacağı ve dava konusu 1/5000 ve 1/1000 ölçekli planlar öncesi imar durumuna göre herhangi bir hak kaybının olmayacağı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu planlarda şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına aykırılık görülmediği hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 27/02/2018, E. 2017/1959, K. 2018/319 sayılı kararı.

Mekânsal Strateji Planı; “ekonomik, sosyal politikalar ve çevre politikaları ile stratejilerini mekânla ilişkilendirerek fiziki gelişmeyi ve sektörel kararları yönlendiren, ülke bütününde ve gerekli görülen bölgelerde hazırlanan, raporu ile bütün olan plandır.” şeklindedir.

Mekânsal Strateji Planı, daha önce 2014 yılında yürürlüğe giren⁴ Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.⁵ 7153 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte Yönetmelikte düzenlenen bu husus kanuni dayanağa kavuşturulmuştur.

Mekânsal strateji planı, ekonomik, sosyal politikalar ve çevre politikaları ile fiziki gelişmeyi ve sektörel kararları yönlendiren ülke bütününde ya da gerekli bölgelerde hazırlanan bir plandır. Çevre düzeni planları ile nazım imar planları bu planlara uygun olarak hazırlanmak zorundadır. Dolayısıyla mekânsal strateji planları bu planlara göre üst ölçekli planlar niteliğindedir.

B. Mekansal Planlama Kademeleri

7153 sayılı Kanunla İmar Kanununun 6. maddesi başlığı ile birlikte değiştirilmiştir⁶ (7153 SK m. 11).

3194 sayılı Kanunun 6. maddesi “Planlama kademeleri” başlığını taşımaktaydı. Buna göre madde metni;

“Planlar, kapsadıkları alan ve amaçları açısından; “Bölge Planları” ve “İmar Planları”, imar planları ise, “Nazım İmar Planları” ve “Uygulama İmar Planları” olarak hazırlanır. Uygulama imar planları, gerektiğinde etaplar halinde de yapılabilir.” şeklindeydi.⁷

⁴ 14.06.2014 gün ve 29030 sayılı Resmi Gazete

⁵ 1) Mekânsal strateji planı: Ülke kalkınma politikaları ve bölgesel gelişme stratejilerini mekânsal düzeyde ilişkilendiren, bölge planlarının ekonomik ve sosyal potansiyel, hedef ve stratejileri ile ulaşım ilişkileri ve fiziksel eşiklerini de dikkate alarak değerlendiren, yer altı ve yer üstü kaynakların ekonomiye kazandırılmasına, doğal, tarihi ve kültürel değerlerin korunmasına ve geliştirilmesine, yerleşmeler, ulaşım sistemi ile kentsel, sosyal ve teknik altyapının yönlendirilmesine dair mekânsal stratejileri belirleyen, sektörlere ilişkin mekânsal politika ve stratejiler arasında ilişkiyi kuran, 1/250.000, 1/500.000 veya daha üst ölçek haritalar üzerinde şematik ve grafik dil kullanılarak hazırlanan, ülke bütününde ve gerekli görülen bölgelerde yapılabilen, sektörel ve tematik paftalar ve raporu ile bütün olan planıdır. (Yönetmelik Madde 4 /1)

⁶ Madde ile, mekânsal planlama kademeleri düzenlenmiş bu doğrultuda mekânsal planların mekânsal strateji planlarına uygun olarak çevre düzeni planları ile imar planlarından oluşması öngörülmektedir. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1285.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

⁷ 1/1000 ölçekli uygulama imar planının, 1/5000 ölçekli nazım imar planı olmadan, sadece özel niteliği olan 1/25000 ölçekli plan tarafından yönlendirilmesi imar mevzuatında öngörülen kademeli birliktelik ilkesine uygun düşmediğinden, 1/25.000 ölçekli nazım imar planı uyarınca hazırlanacak daha somut belirlemelere yer veren 1/5000 ölçekli nazım imar planı sonrasında, buna uygun olarak uygulama imar planı hazırlanması suretiyle uygulamaya geçilmesi gerektiği hakkında D.6.D, 09/12/2013, E. 2012/915, K. 2013/8099, DD, S. 136, s. 186-193.

Değişiklik sonrasında madde başlığı ile birlikte değiştirmiştir. Maddenin yeni başlığı *Mekânsal Planlama Kademeleri* olmuştur.

Madde metni ise, “*Mekânsal planlar, kapsadıkları alan ve amaçları açısından Mekânsal Strateji Planlarına uygun olarak; “Çevre Düzeni Planları” ve “İmar Planları” kademelerinden oluşur. İmar planları ise nazım imar planı ve uygulama imar planı olarak hazırlanır. Her plan bir üst kademedeki plana uygun olarak hazırlanır.*

Mekânsal strateji planlarında; kalkınma planı ile varsa bölge planları, bölgesel gelişme stratejileri ve diğer strateji belgelerinde ortaya konulan hedefler dikkate alınır.

Büyükşehirlerde 1/25.000 ölçekli nazım imar planının yapılmış olması, gerekli görülen bölgelerde 1/5.000 ölçekli nazım imar planlarının yapılmasına engel teşkil etmez.” şeklini almıştır.

Değişiklik sonrasında mekânsal planların mekânsal strateji planlarına uygun olacağı vurgulanmıştır. Mekânsal planlar çevre düzeni planları ve imar planları olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bölge planları ibaresi yerine çevre düzeni planı ibaresi getirilmiştir. İmar planları ise önceki düzenlemede olduğu gibi nazım imar planı ve uygulama imar planı olarak ifade edilmiştir. Burada her planın bir üst kademe plana uygun olacağı da açıkça vurgulanmıştır.⁸ Planların üst kademe planlara uygun olması gerektiği Danıştay ve diğer idari yargı yerlerince kabul edilen bir içtihatır.⁹

⁸ Bilgin, Hüseyin; “Danıştay Kararları Işığında İmar Planları”, *Mahalli İdareler Derneği Dergisi*, S. 182, Ekim 2009, s. 49-60; Kara, Seyfettin; *Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği*, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2016; Orta, Elif; *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Plan Çatışması*, Legal Kitapevi, İstanbul 2006; Büyükşehir Belediye Meclisi'nin ... tarih ve ... sayılı kararı ile de onaylanarak kesinleşmiş olan ... ilçesi 6. planlama bölgesi 1/5000 ölçekli revizyon nazım imar planında, dava konusu taşınmaz için öngörülen “Konut Dışı kentsel Çalışma Alanı (KDKÇA)” işlevi yönünden dava konusu nazım imar planının üst ölçekli plan olan 1/25.000 ölçekli nazım imar planının getirdiği kararlara (1/25.000 ölçekli nazım imar planında dava konusu taşınmazın bulunduğu alan Orta Yoğunlukta (200 - 400 kişi/ha arası Meskun Konut Alanı” olarak planlanmıştır.) aykırı plan kararları öngördüğü, dava konusu taşınmazın bulunduğu alanın tek parsel ölçeğinde “Konut Dışı kentsel Çalışma Alanı (KDKÇA)” olarak planlanmasının plan bütünlüğü açısından uygun olmadığı, çevresinde gürültü kirliliği, trafik sıklığı, trafik güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi vs. gibi sorunları da beraberinde getireceği, bu nedenlerle dava konusu olan 1/5000 ölçekli revizyon nazım imar planında dava konusu taşınmazın bulunduğu alanın “Konut Dışı Kentsel Çalışma Alanı (KDKÇA)” olarak planlanmasının şehircilik ilkeleri, planlama esasları, kamu yararı ve kentsel ihtiyaçlar açısından uygun olmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 13/11/2018, E. 2018/191, K. 2018/1827 sayılı kararı

⁹ D.6.D, 29.11.2017, E. 2013/8612, K. 2017/10082 sayılı kararı; 1/1000 ölçekli uygulama imar planının 1/5000 ölçekli nazım imar planına aykırı olduğundan dava konusu imar planının iptali gerektiği hakkında. D.6.D, 07.05.2008, E. 2006/3758, K. 2008/2782 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S: 119, s: 238; benzer bir karar için D.6.D, 05.6.2003, E. 2002/853, K. 2003/3482 sayılı kararı, Danıştay Kararları Dergisi, S: 02, s: 237; D.6.D, 24.4.2003 E: 2002/402, K: 2003/2570 sayılı kararı, Danıştay Kararları Dergisi, S: 02, s: 235; 1/1000 ölçekli plan ile 1/5000 ölçekli plan ara-

Mekânsal strateji planlarına ilişkin olarak madde metninde, kalkınma planları, bölge planları ve diğer strateji belgelerinde ortaya konulan hedeflerin dikkate alınacağı da ifade edilmiştir. Ayrıca büyükşehirler¹⁰ için özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, 1/25000 ölçekli nazım imar planının yapılmış olması aynı yer için 1/5000 ölçekli nazım imar planı yapılmasına da engel teşkil etmeyecektir.

C. Planların Hazırlanması ve Yürürlüğe Konulması

3914 sayılı Kanunun 8. maddesi “Planların hazırlanması ve yürürlüğe konulması” başlığı altında imar planlarının ne şekilde yapılacağı hususu düzenlenmiştir.¹¹

Anılan maddenin (ç) bendi; “Bakanlıkça belirlenen tanımlar ve esaslara göre hazırlanıp onaylanan halihazır haritalar, plan, plan değişikliği ve revizyonları, parselasyon planları, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgeleri ile imar mevzuatına konu edilen diğer coğrafi veri ve bilgilerin, ilgili idareler ile kurum ve kuruluşlarca; Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslara uygun şekilde ve sayısal olarak; üretilmesi, elektronik ortamda ilan edilmesi, Bakanlıkça tesis edilecek elektronik ortam üzerinden paylaşılması, arşivlenmesi ve güncellenmesi zorunludur. Yapı ruhsatına ilişkin işlemlerde bu veriler esas alınır” şeklindeydi.

Fıkırdaki geçen “konu edilen” ibaresinden sonra gelmek üzere “ortogörüntüler ile” ibaresi, “usul ve esaslara” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve ilgili standartlara” ibaresi eklenmiştir.

sındaki mevcut uyumsuzluğun nazım imar planının üst ölçekli çevre düzeni planına uygun hale getirilmek suretiyle giderilmesi gerekeceğinden, dava konusu edilmeyen 1/25000 ölçekli çevre düzeni planına uygun bulunan mevzi imar planının nazım imar planına aykırı olduğundan bahisle, iptaline karar verilmesinde isabet görülmediği hakkında D.6.D, 22.05.2000, E: 1999/1663, K: 2000/3194 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, S: 105, s: 326; DİDDK, 15.12.2005, E: 2005/2477, K: 2005/2822 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, S: 113, s: 72.

¹⁰ Büyükşehir belediyesi: Sınırları il mülki sınırı olan ve sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri arasında koordinasyonu sağlayan; idarî ve malî özerkliğe sahip olarak kanunlarla verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisini (5216 SK m. 3/a); Nüfusu 750.000 aşan yerler büyükşehir belediyesi olabilir (m. 4) 6360 sayılı Kanun ile ülkemizde 31 adet büyükşehir belediyesi kurulmuştur. Anılan büyükşehir belediyeleri ise, Adana, Ankara, Antalya, Aydın, Bursa, Balıkesir, Denizli, Diyarbakır, Erzurum, Eskişehir, Gaziantep, Hatay, Kayseri, Kocaeli, Malatya, Mardin, Manisa, Mersin, İzmir, İstanbul, Muğla, Kahramanmaraş, Sakarya, Ordu, Konya, Van, Samsun, Şanlıurfa, Trabzon, Tekirdağ'dır. Konu hakkında bkz. Bilgin, Hüseyin / Dinç, Mustafa; “6360 Sayılı Yasaya Genel Bakış”, *Yerel Yönetim ve Denetim Aylık Mesleki ve Bilimsel Dergi*, Ocak-2013, C. 18, S. 1, s. 3-7.

¹¹ Bilgin / Sezer, s. 88 vd.; İmar planların hazırlanması ve yürürlüğe girmesi hakkında bkz. Hüseyin Bilgin; Bilgin, Hüseyin; “Danıştay Kararları Işığında İmar Planları”, *Mahalli İdareler Derneği Dergisi*, Y. 19, S. 182, s. 50-54.; Kara, Seyfettin; *Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği*, Ankara 2016, s. 101 vd.

Maddenin yeni hali;

“Bakanlıkça belirlenen tanımlar ve esaslara göre hazırlanıp onaylanan halihazır haritalar, plan, plan değişikliği ve revizyonları, parselasyon planları, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgeleri ile imar mevzuatına konu edilen orto-görüntüler ile diğer coğrafi veri ve bilgilerin, ilgili idareler ile kurum ve kuruluşlarca; Cumhurbaşkanınca belirlenen usul ve esaslara ve ilgili standartlara uygun şekilde ve sayısal olarak; üretilmesi, elektronik ortamda ilan edilmesi, Bakanlıkça tesis edilecek elektronik ortam üzerinden paylaşılması, arşivlenmesi ve güncellenmesi zorunludur. Yapı ruhsatına ilişkin işlemlerde bu veriler esas alınır” şeklini almıştır.

Maddedeki bu değişiklik gerekçesi *“İmar mevzuatına konu edilen veriler arasına gelişen teknolojinin getirdiği yeni teknikler dikkate alınarak orto-görüntüler de dahil edilmiş ve elektronik ortamda sağlıklı ve güvenilir verilere kolay ve hızlı bir şekilde ulaşılabilmesi için standartlara uygunluğun sağlanması amaçlanmıştır.”* şeklinde ifade edilmiştir.¹² Burada orto-görüntüler ile kastedilen ise yeryüzü engebelerinin etkisi, giderilmiş görüntü, uydu görüntüleri ile elde edilmiş ortofotodur.¹³ Görüldüğü üzere yapılan değişiklikte teknolojik yeniliklerden imar plan değişikliklerinde faydalanılması amaçlanmıştır.

D. Kamuya Ait Yapı ve Tesisler ile Sanayi Tesislerinde Ruhsat

İmar Kanununun 26. maddesinde *“Kamuya ait yapı ve tesisler ile sanayi tesislerinde ruhsat”* konusunu düzenlemektedir.¹⁴

Anılan maddenin *“Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak veya yaptırılacak yapılara, imar planlarında o maksada tahsis edilmiş olmak, plan ve mevzuata aykırı olmamak üzere mimari, statik, tesisat ve her türlü fenni mesuliyeti bu kamu kurum ve kuruluşlarınca üstlenilmesi ve mülkiyetin belgelenmesi kaydıyla avan projeye göre ruhsat verilir”* şeklindeki birinci fıkrasına 7153 sayılı Kanunla yeni cümleler eklenmiştir (7153 SK m. 13).

Birinci fıkrada kamu kurum ve kuruluşları adına yapılacak veya yaptırılacak yapılarda öncelikli olarak imar planlarında o maksada tahsis edilmiş olmasıdır. Örneğin okul yapılması düşünülen bir alanın planda eğitim alanı olarak ayrılmış olması gerekmektedir. Bu yapının her türlü mimari statik tesisat ve fenni mesuliyetleri ilgili kamu kurum ve kuruluşuna ait olacaktır.

¹² <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1285.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

¹³ <http://www.egitimler.info/terimler-sozlugu/haritacilik-kartografya-terimleri-sozlugu/haritacilik-kartografya-terimi-olarak-orto-goruntu-nedir/> (erişim tarihi: 14.07.2019).

¹⁴ İmar Kanununun 26. maddesinde geniş bilgi için bkz. Bilgin / Sezer, s. 460 vd.

Anılan fıkra hükmüne, “Kamu kurum ve kuruluşlarınca inşaatın yapımına ve denetimine ilişkin hizmet alımı yapılmış ise inşaatın yapımına ve denetimine ilişkin her türlü fenni mesuliyet kamu kurum ve kuruluşu adına danışman firmanın mimar ve mühendislerince üstlenilebilir. Danışman firmanın fenni mesul mimar ve mühendisleri uzmanlık alanlarına göre yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte bu Kanuna ve ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa edilmesini kamu kurum ve kuruluşu adına denetlemekle görevlidir.” şeklinde cümle eklenmiştir.

7153 sayılı Kanunla getirilen yenilikle birlikte ilgili kamu kurum ve kuruluşunun mesuliyetine ilişkin istisnaya yer verilmiştir. İlgili kamu kurum ve kuruluşları bu işleri kendi adlarına danışman firmalara yaptırımları halinde bu danışman firmaların mimar ve mühendisleri de sorumlu tutulabilecektir. Aynı şekilde bu kişilerin kamu kurum ve kuruluşları gibi yapılarda denetim görevleri de bulunacaktır.

Anılan değişiklik hükmü ile, kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak ya da yaptırılacak yapıların denetiminin sağlıklı yürütülmesi için hizmet alımı yönteminden faydalanılmak istenilmiştir.¹⁵ Bu hizmet alımı da işin uzmanlarına gerekli düzenlemeleri yaptırma adına yerinde bir değişiklik olduğu söylenebilir.

E. Müelliflik, Fenni Mesuliyet, Şantiye Şefliği, Yapı Müteahhitliği ve Kayıtlar

3194 sayılı İmar Kanununun 28. maddesi “Müelliflik, fenni mesuliyet, şantiye şefliği, yapı müteahhitliği ve kayıtlar” konusunu düzenlemektedir.¹⁶

Maddenin 9. fıkrasında 7153 sayılı Kanunla bir takım ilaveler yapılmıştır (7153 SK m. 14). Dokuzuncu fıkra hükmü, “Anılan maddenin Bakanlıktan veya Bakanlıkça yetkilendirilmiş idareden yetki belgesi almaksızın, inşaat ve tesisat dahil yapım işlerinin müteahhitliği üstlenilemez. Yetki belgeleri geçici veya daimi olarak düzenlenebilir. Gerçek kişilere ve özel hukuk tüzel kişilerine yapı inşa eden müteahhitlerin kayıtları, her yapı için ayrı ayrı tutulur. Bu kayıtların birer nüshası, ilgili yapı müteahhidinin yetki belgelendirmesi işlemlerinde değerlendirilmeye üzere Bakanlığa gönderilir. Müteahhitlere yetki belgesi verilmesi işlemleri, bu kayıtlar da değerlendirilerek Bakanlıkça yürütülür.” şeklindeydi.

Fıkradaki “yetkilendirilmiş idareden” ibaresinden sonra gelmek üzere “uygun sınıfta” ibaresi ve “geçici veya” ibaresinden sonra gelmek üzere “sınıflandırma yapılarak” ibaresi eklenmiştir.

¹⁵ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1285.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

¹⁶ 28. maddesi hakkında geniş bilgi için bkz. Bilgin / Sezer, s. 486.

Fıkranın yeni hali, “Anılan maddenin Bakanlıktan veya Bakanlıkça yetkilendirilmiş idareden uygun sınıfta yetki belgesi almaksızın, inşaat ve tesisat dahil yapım işlerinin müteahhitliği üstlenilemez. Yetki belgeleri geçici veya sınıflandırma yapılarak daimi olarak düzenlenebilir. Gerçek kişilere ve özel hukuk tüzel kişilerine yapı inşa eden müteahhitlerin kayıtları, her yapı için ayrı ayrı tutulur. Bu kayıtların birer nüshası, ilgili yapı müteahhidinin yetki belgelenmesinde işlemlerinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa gönderilir. Müteahhitlere yetki belgesi verilmesi işlemleri, bu kayıtlar da değerlendirilerek Bakanlıkça yürütülür.” şeklindedir.

Anılan değişiklikle nitelikli yapılaşmanın sağlanabilmesi ve müteahhitlerin ihtisaslaşmasının sağlanması amaçlanmıştır. Bunun içinde yetki belgelerinin Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca sınıflandırılması getirilmiştir.¹⁷

F. Ruhsatsız veya Ruhsat ve Eklerine Aykırı Olarak Başlanan Yapılar

3194 sayılı İmar Kanununun 32. maddesinde “Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar” konusunu düzenlemektedir.¹⁸ Anılan madde hükmünde iki değişikliğe gidilmiştir (7153 SK m. 15).

1. Yıkım Kararı Alınacak Yapıların Niteliği

32. maddenin birinci fıkrası “Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir.¹⁹ Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.” şeklindedir. Anılan fıkra hükmünde iki değişiklik olmuştur.

¹⁷ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1285.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

¹⁸ Kaçak yapı konusunda geniş bilgi için, Bilgin / Sezer, s. 530; Köroğlu, Ömer; *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017. İlgezdi, Ali Rıza; *İmar Hukukunda Yıkım ve İmar Para Cezaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, 1. Baskı, (s. 169 vd.); Ramazan, Yıldırım; *İmar Hukukuna Aykırı Yapılar Üzerinde İdarenin Yetki ve Yaptırımları*, İstanbul 1990, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi; Yasin, Melikşah; *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları*, İstanbul 2009, s. 6-9; Kalabalık, Halil; “İmar Mevzuatına Aykırı Yapıların Yıkılması”, *Kamu Mevzuatı Dergisi*, sy. 4, Mart 2009; Ayanoglu, Taner; *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, Vedat Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2014; Ersöz, A. Kürşat; “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015, S. 3, s. 103-149.

¹⁹ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32'nci maddesi uyarınca ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılan yapıların yıktırılmasına karar verilebilmesi için, idarece ruhsatsız yapıyı tanımlayacak veya ruhsatlı yapıda mevcut bulunan ruhsata aykırılıkları somut ve ayrıntılı olarak belirtecek şekilde bir yapı tatil tutanağının düzenlenmesi, yapı tatil tutanağının yapı yerine asılması ve bir nüshasının da muhtara bırakılması gerekmekte olduğu, usulüne uygun şekilde yapı tatil tutanağı düzenlenmeden yıkım kararı verilemeyeceği; bu durumda, uyumsuzluk konusu ruhsatı iptal edilerek ruhsatsız konuma gelen depo ile ilgili olarak İmar Kanunu'nun 32'nci maddesine uygun

Buna göre, “ruhsat ve eklerine” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına” ibaresi eklenmiştir. Ayrıca fıkrada yer alan “ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Değişiklik sonrasında fıkra hükmü “*Bu Kanun hükümlerine göre, ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.*” şeklini almıştır.

Değişiklikle birlikte, imar mevzuatına göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapıların projelerine ve mevzuata aykırı yapılan halinde de yapının mühürlenmesi ve inşaatın durdurulması imkanı getirilmiştir. Hakkında yıkım kararı alınabilecek kaçak yapı türleri de genişletilmiştir.

2. Otuz Gün Süre Verme Koşulunun Kaldırılması

7153 sayılı Kanunla 32. madde metnine yeni bir fıkra hükmü eklenmiştir. Yeni fıkra hükmü; “*İdare tarafından ruhsata bağlanamayacağı veya aykırılıkların giderilemeyeceği tespit edilen yapıların ruhsatı üçüncü fıkrada düzenlenen bir aylık süre beklenmeden iptal edilir ve mevzuata aykırı imalatlar hakkında beşinci fıkra hükümleri uygulanır.*” şeklindedir.

Bu değişiklikle birlikte yıkım için 30 gün bekleme zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Ancak bu yapıların idarece ruhsata bağlanma imkanı bulunmadığı ve aykırılığın giderilemeyeceğinin tespiti gerekir. Bu tespit ise yapı tatil tutanağı ile olacaktır.²⁰ Esasında bu husus, Danıştay içtihatlarıyla da kabul edilmiş

şekilde yapı tatil tutanağı düzenlenmeden tesis olunan dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdari Dava Dairesi, 11/04/2019, E. 2018/1681, K. 2019/770 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 2’nci İdari Dava Dairesi, 17.01.2019, E. 2018/782, K. 2019/63 sayılı kararı.

²⁰ Yapı tatil tutanağının usulüne uygun olarak düzenlenmesi gerektiği hakkında yıkım ve para cezasına ilişkin işlemlerin temelini oluşturan söz konusu tutanağın açık ve herhangi bir tereddüde mahal bırakmayacak şekilde düzenlenmediği sonucuna ulaşıldığı, bu durumda; 3194 sayılı Kanunda belirtilen usule uygun düzenlenmiş somut, ayrıntılı, aykırılıktan etkilenen alan hesaplarını içerir ve gerekçeli tespitler içeren bir yapı tatil tutanağı düzenlenmediği anlaşıldığından, öngörülen usule uygun düzenlenmeyen dava konusu yapı tatil tutanağında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 19/09/2019, E. 2019/1200, K. 2019/1451 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 24/09/2019, E. 2019/1354, K. 2019/1470 sayılı kararı; dava konusu taşınmaza ilişkin yapılan denetim sonucunda 19/03/2018 tarihinde düzenlenen yapı tatil zaptında imara aykırı olarak tespit edilen alanın önce 225 m² olarak belirlendiği, ardından bu ölçümün üzeri çizilmek suretiyle iptal edildiği, Mahkemece yapılan 26/09/2018 tarihli ara kara ile neden üzerinin çizildiğine ilişkin

olup, mevcut değişiklikle birlikte yasal düzenleme haline gelmiştir.²¹ Özellikle kesin yapılaşma yasağı bulunan 1. derece sit alanlarında veya kıyı kenar çizgisinde yapılaşma yasak alanda yapılan kaçak yapılar bir aylık süre beklemeden yıkabilecektir.

G. Bisiklet Yolu Mecburiyeti

3194 sayılı Kanuna 7153 sayılı Kanunla bir ek madde eklenmiştir (7153 SK m. 16). Ek maddenin madde numarası altıdır.

Ek 6. madde hükmü ise, *“1/6/2019 tarihinden itibaren, imar uygulaması görmemiş alanlar için hazırlanıp onaylanacak yeni imar planlarında, Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara uygun şekilde ve plan bütününde ulaşım amaçlı bisiklet yolları ve bisiklet park istasyonları bulunması zorunludur. Topoğrafya ve arazi eğimi nedeni ile bisiklet yolu yapılamayan yerlerde ise yaya yolları düzenlenir.”* şeklindedir.

Anılan değişiklik için yürürlük tarihi ileri bir tarih belirlenmiştir. 10.12.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7153 sayılı Kanunu bu madde hükmü 01.06.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Buna göre, ilk defa nazım ve uygulama imar planı yapılan alanlarda plan bütününde ulaşım amaçlı yada imar planı olmakla birlikte henüz imar uygulaması yapılmamış alanlarda bisiklet yolları ve bisiklet park istasyonları bulunması zorunlu hale getirilmiştir. Bu zorunluluğun istisnası ise, topoğrafya ve arazi eğimi nedeni ile bisiklet yolu yapılmasına imkan bulunmamasıdır. Bu durumda, anılan yollarda bisiklet yolu yerine yaya yolu olarak düzenlenecektir. Düzenleme ile yollarda, yayalara ve bisiklet sürücülerine rahat hareket edebilme imkanı getirilmiştir.

bilgi istendiği, gelen cevabı yazı da sehven yazıldığından dolayı silindiğinin bildirildiği, esasen üzeri çizilmesi sonrası imara aykırı alan miktarının belirlenmediği, ayrıca bir denetim olmaksızın ve tatil tutanağında yer almayan bir miktar üzerinden para cezası hesaplandığı, para cezasına konu yapı tatil zaptında ise imara aykırı alanın kaç m² olduğuna dair bilgi bulunmadığı, tatil zaptının her türlü şüpheden ari, tereddüte yer bırakmayacak mahiyette olması gerektiği ancak dava konusu para cezası gerekçesinde hesapta kullanılan m² ilişkin bilgi bulunmadığı, bu yapı tatil zaptına dayalı olarak işlem tesis edilemeyeceği, bununla birlikte hesaplamaya konu 621,90 m²'nin nereden bulunduğu ilişkin somut bir veri bulunmadığı, tekrar denetim veya ölçüm yapılmadığının anlaşıldığı, 3194 sayılı Kanunda belirtilen usule uygun düzenlenmiş somut, ayrıntılı, aykırılıktan etkilenen alan hesaplarını içerir ve gerekçeli tespitler içeren bir yapı tatil tutanağı düzenlenmeden yıkım ve para cezasına ilişkin işlem tesis edilemeyeceğinden, öngörülen usule uygun düzenlenmeyen tutanağa dayanılarak davacıya idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 17.09.2019, E. 2019/420, K. 2019/1379 sayılı kararı; somut, ayrıntılı ve gerekçeli tespitler içermeyen ve usulüne uygun olarak düzenlenmediği sonucuna ulaşılan yapı tatil zaptında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 28/11/2018, E. 2018/1479, K. 2018/2076 sayılı kararı

²¹ D.14.D, 12.05.2016, E. 2014/10001, K. 2016/3775 sayılı kararı.

Madde gerekçesinde bu husus; “yaşanabilir, kaliteli ve nitelikli bir çevreye olan katkısı ve karbon salınımını azaltmanın yanı sıra şehir içi ulaşımında alternatif bir yöntem teşkil etmesi nedeniyle madde ile, 1/6/2019 tarihinden sonra imara açılacak yeni yerleşim yerleri planlanırken cadde ve sokaklarda bisiklet yolları ve bisiklet park istasyonlarına imar planlarında yer verilmesi ve bu yolların belirli bir plan doğrultusunda inşa edilmesi öngörüldüğü” şeklinde ifade edilmiştir.²²

Kanaatimizce sağlıklı, yaşanabilir şehircilik açısından bu düzenleme yerinde olmuştur. Bundan sonra yapılacak olan imar planları yada imar plan değişikliklerinde şehircilik ilkeleri ve planlama esasları açısından değerlendirme yapılırken Ek 6. Madde hükmü de dikkate alınacaktır. Bu şekilde “bisiklet yolu” için özel düzenleme getirilmesiyle ilgili idarelere bu konuda kanuni yükümlülük getirilmiştir. Bu şekilde yasal bir düzenleme olmaması durumunda plan yapan idarelerin bu şekilde bisiklet yollarını planlamamasının da önüne geçilmek istenmiştir. Bu haliyle de oldukça yerinde bir düzenleme olmuştur.

H. Geçici Maddeler

7153 sayılı Kanunla 3194 sayılı Kanuna iki geçici madde eklenmiştir (7153 SK m. 17). Geçici madde 17 ve geçici madde 18 bu yeni eklenen geçici maddelerdir.

1. 1/25000 Ölçekli Çevre Düzeni Planı Hakkında

Geçici 17. madde ile yürürlükteki 1/25000 ölçekli çevre düzeni planlarının 5 yıl içinde üst ölçekli çevre planı veya nazım imar planına dönüştürüleceği hüküm altına alınmıştır. Geçiş için beş yıllık süre tanınmıştır. Bu süre içinde de bu planlarda artık revizyon yapılamayacağı ifade edilmiştir.

Anılan hükme bakıldığında; “Yürürlükteki 1/25.000 ölçekli çevre düzeni planları, 5 yıl içinde üst ölçekli çevre düzeni planı veya nazım imar planına dönüştürülür. Bu süre içinde, bu planlarda revizyon yapılamaz, yapılacak plan değişikliklerinin usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.” şeklindedir.

Yasa koyucu burada ilgili idareler gerekli işlemleri tamamlaması amacıyla beş yıllık bir süre vermiştir.

2. Çalkaya Yöresine Özgü İmar Uygulaması

Geçici 18. maddeyle, Antalya İli, Aksu İlçesi sınırları içerisinde yer alan Çalkaya Bölgesinde yaşayan yöre halkının mağduriyetlerinin giderilmesi amaç-

²² <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1285.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

lanmıştır.²³ Aynı yörede 1990'lı yıllarda yapılan 1/5000 ölçekli nazım imar planı, 1/1000 ölçekli uygulama imar planları ve bunlara bağlı yetmişin üzerinde imar uygulaması (yola terk ve parselasyon işlemi) sonucunda bölge halkının mağduriyetleri ortaya çıkmıştır. Bu mağduriyetler kişilerin mülkiyet hakkına sahip oldukları yerlerde taşınmaz yapamamaları ya da yaptıkları yapılara tapu alamamaları şeklinde olduğu gibi mevcut yapılarının kaçak ve ruhsatsız hale gelmesi şeklinde olmuştur.

Bu geçici madde anılan yöreye özgü imar uygulaması getirilmiştir.

Anılan hükme bakıldığında;

- a. Antalya ili Aksu ilçesi sınırları içerisinde yer alan Çalkaya Bölgesi olarak adlandırılan ve 9/4/2018 tarihli ve 2018/11605, 2018/11606 ile 2018/11607 sayılı Bakanlar Kurulu kararlarıyla kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilen alanlarda, tescilli olan mevcut parseller esas alınarak tapu kaydının evveliyatından gelen imar uygulamalarındaki hatalar dikkate alınmadan imar uygulaması yapılır. Burada yeni bir imar uygulaması yapılacağı kanun hükmü haline getirilmiştir.
- b. Kentsel dönüşüm ve gelişim projesi kapsamında hazırlanan her ölçekteki imar ve parselasyon planları Antalya Büyükşehir Belediyesince yapılacak, yaptırılacak ve onanacaktır. Parselasyon planlarının askı ilanları, yazılı tebliğ hükmüne geçecektir. İmar ve parselasyon planları onaylandığı tarihte yürürlüğe girecektir. Burada 1/1000 ölçekli uygulama imar planı ile parselasyon işlemlerini yapma yetkisi ilçe belediyesi yerine doğrudan Antalya Büyükşehir Belediyesine verilmiştir.²⁴

²³ "Madde ile ayrıca, Antalya İli, Aksu İlçesi sınırları içerisinde yer alan Çalkaya Bölgesinde 1990'lı yıllarda yapılan 1/5000 ölçekli nazım imar planı, 1/1000 ölçekli uygulama imar planları ve bunlara bağlı yetmişin üzerinde imar uygulaması (yola terk ve parselasyon işlemi) sonucunda ortaya çıkan bölge halkının mağduriyetlerinin giderilmesi öngörülmektedir." <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1285.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

²⁴ İlçe belediyelerinin görev ve yetkilerinin sayıldığı 5216 sayılı Kanunun 7. maddesinin ilgili fıkrasının (a) bendinde "Kanunlarla münhasıran büyükşehir belediyesine verilen görevler ile birinci fıkra dışındaki kalan görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak." şeklinde ifade edilmiş olup aynı maddenin "Büyükşehir belediyesinin görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır" başlığı altındaki fıkrasının (b) bendinde de, "Çevre düzeni plânına uygun olmak kaydıyla, büyükşehir belediye sınırları içinde 1/5.000 ile 1/25.000 arasındaki her ölçekte nazım imar plânını yapmak, yaptırmak ve onaylayarak uygulamak; büyükşehir içindeki belediyelerin nazım plâna uygun olarak hazırlayacakları uygulama imar plânlarını, bu plânlarda yapılacak değişiklikleri, parselasyon plânlarını ve imar islah plânlarını aynen veya değiştirerek onaylamak ve uygulanmasını denetlemek; nazım imar plânının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmayan ilçe belediyelerinin uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmak veya yaptırmak." şeklinde ifade edildiği için ilçe belediyesi sınırları içindeki 1/1000 ölçekli uygulama imar planları ile 3194 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca yapılacak olan imar uygulamaları işlemlerini ilçe belediyelerince yapılması gerekmektedir. Büyükşehir Belediyesinin ilçe belediyesi yerine 1/1000 ölçekli uygulama imar planı yapamayacağı hakkında bkz. uygulama imar planlarını yapma yetkisi ilçe belediyesinde olup, 5216 sayılı Kanunla büyükşehir belediyelerine verilen yetki istisna kapsamında olduğundan, olayda da istisna kap-

Parselasyon planlarının askı ilanlarını da yazılı tebliğ hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Bu şekilde askı süresi içinde itirazlar yapılacak ve itiraz üzerine zımni ret veya (altmış günü geçmeyecek şekilde) esastan başvurunun reddi üzerine de bu işlemlere karşı idari dava açılabilir. Askı ile süreyi başlatmak suretiyle işlemlerin bir an evvel kesinleşmesi amaçlanmaktadır.

- c. Kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarındaki parselasyon planlarında gerekli görülmesi halinde imar uygulaması sonucu oluşmuş olan parsellerden, yüzde beşi aşmamak kaydıyla eşit oranda ilave düzenleme ortaklık payı kesintisi yapılabilecektir. Yasada mevcut olan orandan farklı olarak özel bir düzenleme ortaklık payı (DOP) oranı belirlenmiştir. Ancak bu oran tüm paydaşlardan eşit olarak alınacaktır. İlave alınacak DOP oranı hiçbir şekilde yüzde beşi geçmeyecektir.
- d. Birinci fıkrada belirtilen kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarında;
 - aa. Tescilli parsellerin, tapu sicilinde tescil edilen alanı ile hesap edilen alanı arasındaki farkın tecviz sınırını²⁵ aşması durumunda tapuda kayıtlı yüz ölçümü esastır.
 - bb. Uygulama alanı içinde ve sınırında mükerrer tescil edilen parsellerin her ikisinin de uygulama sınırları içerisinde kalan alanların imar uygulamasına dâhil edilmesi esastır.
 - cc. Daha önce yapılan imar uygulamaları sırasında hisseli hale getirilen ve farklı yerlere tahsis edilen müstakil veya hisseli parselleri, arsa paylarının sahipleri adlarına taksim yapılmak suretiyle müstakilen ve resen tescil ettirmeye Antalya Büyükşehir Belediyesi yetkilidir. Kanun koyucu ilçe belediyesi yerine bu konulardaki yetkiyi büyükşehir belediyesine vermiştir.
 - çç. Tapu sicillerinde tescile esas belgesine aykırılığı tespit edilmiş hisse hataları, doğru hisse uygulamaya alınarak resen düzeltilir.

samında yer alan bir durum bulunmadığından dolayı, büyükşehir belediyesinin 5216 sayılı Kanununun 7. maddesi kapsamında uygulama imar planı değişikliği yapma yetkisi bulunmadığından yetkili idare tarafından tesis edilmeyen dava konusu 1/1000 ölçekli revizyon imar planına ilişkin olarak işlemin iptali gerektiği hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 10/07/2019, E. 2019/15, K. 2019/1283 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 14/05/2019, E. 2019/702, K. 2019/1023 sayılı kararı;

²⁵ “**Tecviz:** Sözlükte yapılması uygun görülen, izin verilen olarak tanımlanan tecviz, haritacılıkta; iki ölçü arasındaki fark veya kayıtlı değer ile sayısal olarak yeniden hesaplanan değer arasındaki farkın kabul edilebilir nitelikteki miktarıdır. Bu bilimsel olarak tanımlanmış ve formüle edilmiş parametrelere bağlı olarak hesaplanan değerdir.” Gencer, Seyfettin; “*Kadastral Hataların İdari Yoldan Düzeltilmesi ve Yargı Süreci*”, <http://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/duzeltmeler-2/411-kadastral-hataların-idari-yoldan-duzeltilmesi-ve-yargi-suereci>. (erişim tarihi: 14.07.2019)

- dd.** Hazine mülkiyetine tahsis edilmesi gereken parsellerde ve bu parsellerin oluşturuldukları alanlarda bulunan mevcut parsellerin başka bir alana taşınması işlemlerinde, “*imar parsellerinin mümkün mertebe aynı yerdeki veya yakınındaki eski parsellere tahsisinin sağlanması*” ilkesine²⁶ uygunluğu aranmaz. Bu hükümlerle vatandaşların mağduriyetlerinin giderilmesi hedeflenmiştir. Hazine taşınmazlarının sahibi olan idarelere bu taşınmazlar bakımından aynı yerden veya en yakın yerden tahsis edilmesi ilkesinin göz ardı edilmesi emredilmiştir.
- e.** Kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarında, imar ve parselasyon planlarının kesinleşmesinden sonra gerekli görülmesi halinde Antalya Büyükşehir Belediyesi, ilgili mevzuattan doğan yetkilerinin bir kısmını veya tamamını Aksu Belediyesi ve diğer kamu idarelerine devredebilir.
- Büyükşehir belediyesine yukarıdaki fıkrada tanınan yetkilerden bazılarını gerekli görmesi halinde ilçe belediyesi olan Aksu belediyesine veya ilgili diğer kamu idarelerine devredebilme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.
- f.** Son olarak, bu maddede hüküm bulunmayan hallerde ilgili mevzuat hükümleri uygulanacaktır.
- Bölge halkının mağduriyetlerini giderme adına yapılan yasal düzenleme yerinde olmuştur. Ancak bu şekilde yasa hükmü ile imar uygulaması yoluna gidilmesi ise benzer durumda olan her yerde aynı şekilde düzenleme beklentisine girecektir.

II. 7181 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

7181 sayılı Kanun yürürlük ve yürütme maddeleri dahil olmak üzere 29 maddeden oluşmaktadır.

Anılan Kanunla birlikte başta 2644 sayılı Tapu Kanunu olmak üzere, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunda önemli değişiklikler yapılmıştır.

²⁶ 02.11.1985 gün ve 18916 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İmar Kanununun 18 İnci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 10/a) Düzenlemeyle oluşacak imar parsellerinin mümkün mertebe aynı yerdeki veya yakınındaki eski parsellere tahsisi sağlanır”

A. Planların Hazırlanması ve Yürürlüğe Konulması

İmar Kanununun 8. maddesi imar planlarının hazırlanması ve yürürlüğe konulmasına ilişkin hükümleri içermektedir. 7153 sayılı Kanundan hemen sonra İmar Kanununda yapılan ilk değişiklik olan 7181 sayılı Kanunla da 8. madde hükmünde değişikliğe gidilmiştir.

7181 sayılı Kanunla anılan maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde değişikliğe gidilmiştir. Değişiklik öncesinde bent hükmü, “Tarım arazileri, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda belirtilen izinler alınmadan tarımsal amaç dışında kullanılmak üzere plânlanamaz.” şeklindeydi.²⁷

Değişiklik sonrasında hüküm “c) *Tarım arazileri, 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda belirtilen*²⁸ *izinler alınmadan; tarımsal amaç dışında kullanılamaz, planlanamaz, köy ve/veya mezraların yerleşik alanı ve civarı veya yerleşik alan olarak tespit edilemez.*” şeklini almıştır²⁹ (7181 SK m. 6). Tarım arazileri ile ilgili olarak hangi birimden izin alınacağı ve bu birimlerin kimlerden oluşacağı konusu 5403 sayılı Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.³⁰

Anılan değişiklikle birlikte, tarım arazilerinin üzerindeki koruma kapsamı genişletilmiştir. 5403 sayılı Kanunda belirtilen izinler alınmadan tarımsal amaç

²⁷ Taşınmazın kullanımı yönünden uyumsuzluğa konu uygulama imar planı, üst ölçekli plana aykırı ise de, tarım arazileri açısından istisnai düzenlemeler getiren 5403 sayılı Kanun'a göre, taşınmaz hakkında tarımsal amaçlı kullanım açısından fonksiyon belirlemelerine gidilebileceğinden bu belirlemelerin tarımsal ilkelere, kamu yararına ve planlama esaslarına uygun olup olmadığının objektif ve somut olarak ortaya konulması gerektiği hakkında D.6.D, 06/05/2014, E. 2011/6103, K. 2014/3563, DD, S. 137, s. 167-169.

²⁸ Tarım İl Müdürlüğü yazısından da anlaşıldığı üzere mutlak tarım arazisi vasfındaki dava konusu taşınmazın tarım dışı kullanımına izin veren hukuken geçerli ve yürürlükte olan bir iznin bulunmadığı; hâl böyle olunca yukarıda aktarılan 5403 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi uyarınca dava konusu taşınmazın izinsiz biçimde OSB alanı olarak veya tarımsal üretim dışında herhangi bir amaçla kullanılmasına imkân bulunmadığı gibi, taşınmazın OSB alanında kullanılmak üzere kamulaştırılmasında da mevzuata uygunluk bulunmadığı, kamulaştırma işlemi ile bu işleme yönelik olarak alınan kamu yararı kararında hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdari Dava Dairesi, 19.07.2019, E. 2019/648, K. 2019/1315 sayılı kararı

²⁹ Mutlak tarım arazilerinin tarım dışı amaçla kullanımının uygun görülmesi için öncelikle yapılacak yatırımın tarım arazisi vasfı olmayan yerlerde veya daha düşük vasıflı başka arazilerde yapılmasının mümkün olup olmadığı yönünde bir alternatif alan tespitinin yapılmasının zorunlu olduğu, olayda, gerek idarece verilen cevaptan gerekse de yine yukarıda belirtilen (idare personelinin düzenlediği) etüd raporundan anlaşıldığı üzere dava konusu işlem öncesinde idarece herhangi bir alternatif alan çalışmasının yapılmamış olduğu, bu durumun ise dava konusu işlemi hukuka aykırı olduğu hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi, 23/01/2019, E. 2018/710, K. 2019/126 sayılı kararı.

³⁰ 5403 sayılı Kanun hakkında geniş bilgi için bkz. Usta, Murat; *Tarım Reformu ile Toplulaştırma Hukuku ve Uygulamaları*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017; Özçelik, Ş. Barış “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda 6537 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 87-110.

dışında kullanılmayacağı da açıkça ifade edilmiştir.³¹ Bu yerlerde planlama yapılamayacaktır. Aynı şekilde köy veya mezraların yerleşik alanları ve civarı ile yerleşik alan olarak tespit edilemeyecektir.³² Ülkemizin tarımsal kaynaklarının korunması adına bu düzenleme oldukça yerinde olmuştur. Aslında değişik-

³¹ 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun "Kurulun Görevleri" başlıklı 6. maddesinde; "Kurulun görevleri aşağıda belirtilmiştir: a) Arazi kullanılan tüm faaliyetlerde, arazinin korunması, geliştirilmesi ve verimli kullanılmasına yönelik inceleme, değerlendirme ve izleme yapmak, ortaya çıkan olumsuzlukları belirlemek, toprak korumayı ve bununla ilgili sorunları giderici önlemleri almak, geliştirmek, uygulanmasını sağlamak için görüş oluşturmak. b) Arazi kullanımını gerektiren tüm girişimleri yönlendirmek üzere, yerel plân veya projelerin uygulanması amacıyla takibini yapmak. c) Toprak koruma önlemlerinin yerine getirilmesi sürecini yerel ölçekte izlemek, değerlendirmek ve çözümleyici öneriler geliştirmek, hazırlanacak toprak koruma ve arazi kullanım plânları doğrultusunda, yerel ölçekte yıllık iş programları için görüş oluşturmak ve uygulamaya konulmasının takibini yapmak. ç) Ülkesel, bölgesel veya yerel ölçekte yapılan plânlar arasındaki uyumu denetlemek. d) Kanunda yer alan konularla ilgili başvuruları almak ve ilgililere aktarmak. e) Kanunla verilen diğer görevleri yapmak." hükmüne, "Tarım Arazilerinin Amaç Dışı Kullanımı" başlıklı 13. maddesinde ise; "Mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazileri tarımsal üretim amacı dışında kullanılamaz. Ancak, alternatif alan bulunmaması ve Kurulun uygun görmesi şartıyla; a) Savunmaya yönelik stratejik ihtiyaçlar, b) Doğal afet sonrası ortaya çıkan geçici yerleşim yeri ihtiyacı, c) Petrol ve doğal gaz arama ve işletme faaliyetleri, ç) İlgili bakanlık tarafından kamu yararı kararı alınmış madencilik faaliyetleri, d) Bakanlıklarca kamu yararı kararı alınmış plân ve yatırımlar, e) Kamu yararı gözetilerek yol altyapı ve üstyapısı faaliyetlerinde bulunacak yatırımlar, f) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun talebi üzerine 20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca yenilenebilir enerji kaynak alanlarının kullanımı ile ilgili yatırımları, g) Jeotermal kaynaklı teknolojik sera yatırımları, için bu arazilerin amaç dışı kullanım taleplerine, toprak koruma projelerine uyulması kaydı ile Bakanlık tarafından izin verilebilir. Bakanlık bu yetkisini valiliklere devredebilir. Mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazileri dışında kalan tarım arazileri; toprak koruma projelerine uyulması kaydı ile valilikler tarafından tarım dışı kullanımlara tahsis edilebilir. Tarımsal amaçlı yapılar için, projesine uyulması şartıyla ihtiyaç duyulan miktarda her sınıf ve özellikteki tarım arazisi valilik izni ile kullanılır. Birinci fıkranın (c) ve (ç) bentleri kapsamında izin alan işletmeciler, faaliyetlerini çevre ve tarım arazilerine zarar vermeyecek şekilde yürütmekle ve kendilerine tahsis edilen yerleri tahsis süresi bitiminde eski vasfına getirmekle yükümlüdürler. Bu madde kapsamında valiliklerce verilen kararlara yapılan itirazlar, Bakanlık tarafından değerlendirilerek karara bağlanır. Tarım arazilerinin korunması ve amaç dışı kullanımına dair uygulamaların usûl ve esasları tüzükle düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir; *fiilen tarım arazisi olarak kullanıldığı açık olan dava konusu parsellere ilişkin revizyon imar planı işlemlerinin, ancak, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu kapsamında gerekli görüş ve izinler alınarak yapılacağı anlaşıldığından, mevzuatta belirtilen usule uygun olarak tesis edilmeyen dava konusu revizyon imar planı işlemlerinde hukuka uyarlık bulunmadığı* hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 14/03/2019, E. 2017/3192, K. 2019/527 sayılı kararı

³² Bu husus Kanunun gerekçesinde de, "19/7/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 25'inci maddesi ile 3194 sayılı İmar Kanununun 8'inci maddesinde düzenleme yapılarak tarım arazilerinin, tarım dışı amaçla kullanım izni alınmaksızın planlanamayacağı hükmü getirilmiştir. Ancak, valilikler veya belediyeler tarafından plan gerektirmeyen yapılar için 5403 sayılı Kanun kapsamında tarım dışı amaçla kullanım izni alınmaksızın ruhsat verildiği tespit edilmiştir. Ayrıca, yine köy ve/veya mezraların yerleşik alanı ve civarı ile yerleşik alanlar; plan yapılmadığı, mevcut durumun tespit edildiği gerekçesiyle 5403 sayılı Kanun kapsamında tarım dışı amaçla kullanım izni alınmadan belirlenmiştir. Bu durum tarım alanlarının gerekli izinler alınmaksızın amacı dışında kullanılmasına yol açmaktadır. Bu nedenle madde ile, tarım arazilerinin korunması ve ihtiyaç halinde planlı kullanımı için, köy ve/veya mezraların yerleşik alanı ve civarı ile yerleşik alanlar belirlenirken 5403 sayılı Kanun kapsamında izin alınması zorunluluğu 3194 sayılı Kanunun 8'inci maddesine dercedilmektedir." şeklinde ifade edilmiştir. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1984.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

lik öncesinde de bu hükme benzer bir hüküm yer alsa da, anılan değişiklikle bu konudaki Kanun koyucu kararlılığı vurgulanmıştır.

B. İmar Planlarında Umumi Hizmetlere Ayrılan Yerler

1. Madde Başlığında Yapılan Değişiklik

3194 sayılı Kanununun 13. maddesi “imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerler” başlığını taşımaktaydı.³³ 7181 sayılı Kanunla madde başlığı ile birlikte değişmiştir. Madde başlığı “*İmar Planlarında Umumi Hizmetlere ve Kamu Hizmetlerine Ayrılan Yerler*” şeklini almıştır (7181 SK m. 7).³⁴ Madde başlığı daha kapsamlı olarak yeniden düzenlenmiştir. Kamu hizmetleri kavramı da madde başlığına dahil edilmiştir.

2. Madde Kapsamı ve Umumi Hizmete Ayrılan Yerlerin Karşılanması

Özel kişilerin mülkiyetinde olup uygulama imar planında düzenleme ortaklık payına konu kullanımlarda yer alan taşınmazlar madde kapsamında düzenlenmiştir.

Düzenleme ortaklık payına konu kullanımlardan umumi hizmetlere ayrılan alanların öncelikle 3194 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca arazi ve arsa düzenlemesi (parselasyon işlemleri) yapılarak karşılanması esastır (3194 SK m. 13/1-a).

İmar uygulaması suretiyle DOP alınarak bu alanların karşılanması yeterli olmayabilir. Bu durumda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu uyarınca trampa hükümleri uygulanarak veya satın alınarak bu alanlar karşılanacaktır. Trampa

³³ İmar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerler: **Madde 13** - “İmar programına alınan alanlarda kamulaştırma yapıncaya kadar emlak vergisi ödenmesi durdurulur. Kamulaştırmanın yapılması halinde durdurma tarihi ile kamulaştırma tarihi arasında tahakkuk edecek olan emlak vergisi, kamulaştırmayı yapan idare tarafından ödenir. Birinci fıkrada yazılı yerlerin kamulaştırma yapılmadan önce plan değişikliği ile kamulaştırmayı gerektirmeyen bir maksada ayrılması halinde ise durdurma tarihinden itibaren geçen sürenin emlak vergisini mal sahibi öder. Onaylanmış imar planlarında, birinci fıkrada yazılı yerlerdeki arsa ve arazilerin, bu Kanunda öngörülen düzenleme ortaklık payı oranı üzerindeki miktarlarının mal sahiplerince ilgili idarelere bedelsiz olarak terk edilmesi halinde bu terk işlemlerinden ayrıca emlak alım ve satım vergisi alınmaz.” Anılan madde hakkında geniş bilgi ve örnek mahkeme kararı için bkz. Bilgin / Sezer, s. 247 vd.

³⁴ 3194 sayılı İmar Kanununun 13’üncü maddesinde yapılan değişiklik ile; uygulama İmar planlarında umumi hizmet alanına ayrılan veya kamulaştırılması gereken alanların kamu eline geçmesini sağlama, kamulaştırma yükünü ve kamulaştırmaz el atmadan kaynaklanan sorunları azaltma, nüfusun ihtiyaç duyduğu açık ve yeşil alanların elde edilmesini sağlama yönünde kanuni düzenlemelerin hayata geçirilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca düzenleme ortaklık payına konu kullanımlardan, yol, meydan, ibadet yerleri, park ve çocuk bahçeleri hariç olmak üzere yapı yapılabilecek diğer alanlarda; alanların kamuya geçişi sağlanıncaya kadar maliklerinin talebi halinde ilgili kamu kuruluşunun uygun görüşü alınarak plandaki kullanım amacına uygun özel tesis yapılabilmesine imkan sağlanması öngörülmüştür. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1984.pdf> (Erişim tarihi: 14.07.2019).

yapılırken öncelikle ilgisine göre Hazine veya ilgili idarelerin mülkiyetindeki taşınmazlar trampa kullanılmaktadır. Satın alma suretiyle kamulaştırma işlemi ise, ilgili kamu kurum ve kuruluşunca yapılarak taşınmaz kamu mülkiyetine geçirilecektir (3194 SK m. 13/1-b).

3. Taşınmazların Kullanımının Sınırlandırılması

Düzenleme ortaklık payına konu olabilecek alanların bir kısmında bu alanların kamuya trampa veya kamulaştırma yoluyla kamuya geçişi sağlanıncaya kadar, taşınmaz maliki tarafından plandaki kullanım amacına uygun olarak özel tesis yapılabilir. Bunun için taşınmaz malikinin talebi olması yanı sıra ilgili kamu kuruluşunun da uygun görüşü gerekmektedir.

Planda eğitim alanında kalan bir taşınmaz üzerinde taşınmaz maliki tarafından özel eğitim kurumu açılabilir. Ancak DOP'a konu olacak olan bu taşınmazın planda yol, meydan, ibadet yerleri, park ve çocuk bahçelerine rastlaması halinde ise bu şekilde izinle dahi özel tesis yapılma imkanı bulunmamaktadır. Kanun Koyucu özel tesis yapılamayacak yerleri madde metninde sınırlı sayıda belirtmiştir (3194 SK m. 13/2).

4. Yapılaşma Yasağı ve Mevcut Yapıların Korunması

İlgili mevzuat uyarınca hiçbir şekilde yapı yapılamayacak alanlarda (örneğin, birinci derecede arkeolojik ya da doğal sit alanlarında) ilgili idarelerin bu konuda muvafakati bulursa dahi yapılaşmaya gidilemez. Ancak, bu yerlerdeki mevcut yapılar ilgili idarelerce kamulaştırılınca kadar korunabilir (3194 SK m. 13/3-c. 1-2). Düzenleme ile mevcut yapı sahiplerinin yapıları korunurken burada yeni yapı yapmada tamamen yasaklanmıştır.

5. Mülkiyet Hakkının Korunması

Kesin yapı yasağı bulunan alanlarda beş yıllık imar programı süresinde, öncelikle 18. madde uygulamasıyla DOP'tan karşılanarak veya bunun mümkün olmaması halinde ise, Kamulaştırma Kanununa göre trampa veya satın alma suretiyle bu parsellerin kamu mülkiyetine geçirilme zorunluluğu getirilmiştir. Beş yıllık bu süre en fazla bir yıl daha uzatılabilecektir.

Anılan taşınmazların toplamda altı yıl içerisinde kamu mülkiyetine geçirilerek özel mülkiyetin daha uzun süre kısıtlanmasının önüne geçilmek istenilmiştir. Buradaki altı yıllık süre azami süre olup idarelerce bu süre sonu beklenilmemeli ve bir an evvel gerekli işlemler yapılarak taşınmaz malikinin mülkü üzerindeki kısıtlılık hali nedeniyle doğan kaybı giderilmelidir. (3194 SK m. 13/3-c. 3-4).

6. İdareye Bağış ve Devir Konusu

İlgili parselin malikleri o parseldeki hisselerini idareye bağış yapabileceği gibi bedelsiz olarak da devredebilir. Böyle durumlarda ilgili idarece devir işlemleri bedel almaksızın gerçekleştirilecektir (3194 SK m. 13/4-c. 1).

Yukarıdaki bentte belirttiğimiz üzere ilgili parsel sahiplerince idareye bağış veya bedelsiz devir yapılması durumunda bu bağış ve devir işlemleri içinde parsel maliklerinden herhangi bir suretle vergi, resim, harç, döner sermaye ücreti veya her hangi başka bir ad altında bir bedel istenmez. (3194 SK m. 13/4-c. 2).

Bu hükümlerle parsel maliklerinin bağış ve bedelsiz devir işlemleri kolaylaştırılarak bu konuda kişiler özendirilmek istenmiştir.

7. Vergi, Resim, Harç vs. Muafiyeti

Kamu kullanımına ait sosyal, kültürel ve teknik altyapı alanlarının, Hazine veya kamu mülkiyetindeki alanlarla trampa yapılması halinde, taşınmaz maliki şahıs veya özel hukuk kişilerinden de hiçbir vergi, resim, harç, döner sermaye ücreti ve bu sayılanlar dışında herhangi bir ad altında bedel alınmayacaktır (3194 SK m. 13/5).

8. Yönetmelik Çıkarılması Konusu

3194 sayılı Kanunun 13. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak “İmar planlarında umumi hizmetlere ve kamu hizmetlerine ayrılan yerlere ilişkin usul ve esaslar” Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca çıkartılacak olan Yönetmelikle belirlenecektir (3194 SK m. 13/6).

C. İfraz ve Tevhid İşlemlerine İlişkin Değişiklikler

1. Bölüm Başlığının Yeniden Adlandırılması

İmar Kanunu toplam 7 bölümden oluşmaktadır.³⁵ Üçüncü bölümün başlığı “İfraz ve Tevhid İşlemleri” idi. 7181 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bölüm başlığı “Arazi ve Arsa Düzenleme Esasları” olarak değiştirilmiştir. Bölüm başlığının değişikliği yanı sıra 3194 sayılı Kanunun 15. maddesinde de çeşitli değişiklikler yapılmış ve maddeye yeni fıkralar eklenmiştir (7181 SK m. 8).³⁶

³⁵ 3194 Sayılı Kanun 1. Bölüm: Genel Hükümler (m. 1-5); 2. Bölüm: İmar Planları ile İlgili Esaslar (m. 6-14); 3. Bölüm: Arazi ve Arsa Düzenleme Esasları (m. 15-19); 4. Bölüm: Yapı ve Yapı ile İlgili Esaslar (m. 20-37); 5. Bölüm: Çeşitli Hükümler (m. 38-45); 6. Bölüm: 2960 Sayılı Boğaziçi Kanunu ile İlgili Hükümler (m. 46-48, Ek Madde 1-7); 7. Bölüm: Geçici Hükümler ve Yürürlük, Yürütme (Geçici madde 1- 19; 49-50).

³⁶ Uygulamada tanım karmaşası olduğundan parselasyon planı yapılması gereken yerlerde ifraz ve tevhit işlemleri yapılmaktadır. Bu nedenle madde ile; ifraz ve tevhidin hangi durumlarda yapı-

2. İfraz ve Tevhid Yapılma Şartı

3194 sayılı İmar Kanununun “İfraz ve Tevhid” başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrasında değişikliğe gidilmiştir. Değişiklik öncesinde fıkra hükmü;

- a. *“İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez.”* şeklindeydi. Değişiklik sonrasında

“İmar planı bulunan alanlarda, uygulama imar planına uygun olarak öncelikle parselasyon planının yapılması esastır.” şeklini almıştır.

Madde metni kendi içinde yeniden düzenlenmiştir. İmar planı bulunan alanlarda bu plana uygun olarak öncelikle parselasyon planı yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre ancak imar planı yapıldıktan sonra ifraz ve tevhid işlemlerine geçilebilecektir. Nitekim bir sonraki fıkrada bu husus ifade edilmiştir.

- b. Maddenin ikinci fıkrası *“İmar parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin bu planlara uygun olması şarttır.”* şeklinde iken,

“İmar planı bulunan alanlarda, ifraz ve tevhid işlemleri, parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda yapılabilir.” şeklinde değiştirilmiştir. İfraz ve tevhid işlemleri ancak parselasyon planları tamamlanmış alanlarda yapılabilecektir. Parselasyon planları yapılmayan yerlerde ifraz ve tevhid yapılamayacaktır.

3. Yeni Eklenen Fıkralar

Yukarıda aktarılan iki değişiklikten sonra maddeye üç fıkra daha eklenmiş ve madde metni bu yeni fıkralara göre yeniden düzenlenmiştir. Yeni eklenen üç fıkra ikinci fıkradan sonra gelmiştir.

Yeni eklenen fıkralara bakıldığında ise,

a. İfraz ve Tevhidin Parselasyon Planına Uygun Olması

Üçüncü fıkra olarak; *“Parselasyon planı tescil edilmiş yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin imar planlarına ve imar mevzuatına uygun olması şarttır.”* şeklindedir.

labileceği açıklanmakta ve ifraz ve tevhid şartlarının daha anlaşılır hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, kamu yararı düşünülerek gecikmelerin önüne geçilmesi amacıyla, ifraz ve tevhid işlemleri yönünden kamu mülkiyetine ait alanlar için istisna getirilmesi öngörülmektedir. Ayrıca; resen ifraz ve tevhid yapılabilmesi, yapılaşmaya elverişli olmayan bu parsellerin yapılaşmaya elverişli hale getirilmesini sağladığından yaşanan sıkıntıların önüne geçebilmek için ilgili düzenlemenin yapılması önem arz etmektedir. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1984.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

Değişiklik öncesi madde metninde ikinci fıkrada belirtilen husus daha açık ve net olarak ifade edilmiştir. Parselasyon planı yapılan yerlerdeki yapılacak olan ifraz ve tevhit işlemleri öncelikle imar planlarına ve imar mevzuatına uygun olmalıdır. Bu hükümle birlikte planlama arasındaki kademelendirme ve plan hiyerarşisine de uyulması gerekmektedir. Nitekim imar planları üst ölçekli planlara uygun olması gerektiği gibi, parselasyon işlemleri de bu planlara uygun olarak yapılmalıdır.

b. Kamu Taşınmazlarında İfraz ve Tevhid Konusu

Dördüncü fıkra hükmü; “10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda belirtilen merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin yetkisi içindeki kamu yatırımlarında veya kamu mülkiyetine ait alanlarda, parselasyon planının tatbiki mümkün olmayan meskûn alanlar ile koruma amaçlı imar planı bulunan alanlarda ve büyük bir kısmı uygulama imar planına uygun şekilde oluşan imar adalarının geri kalan kısımlarında bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan hükümlerde belirtilen şartlar aranmaz.” şeklindedir.

Bu fıkra hükmü ile kamuya ait yapılar ile kamunun kullanımında olacak yapılarda ve koruma amaçlı imar planı bulunan alanlarda ifraz ve tevhid yasağı ile plana uygun ifraz ve tevhid yapılmasına ilişkin şartların aranmayacaktır. Bu taşınmazlar için ana kurala istisna getirilmiştir.

c. Yapılaşmaya Elverişli Olmayan Parseller

Mevcut hâliyle yapılaşmaya elverişli olmayan imar parsellerine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Buna göre, maliklerden birinin talebi üzerine veya idarelerce doğrudan, parsel maliklerine kendi aralarında anlaşmaları istenecektir. Bunun için yapacağı tebliğden itibaren üç aylık bir süre tanınacaktır. Bu süre içerisinde maliklerce anlaşma sağlanamaması hâlinde ise, resen tevhit ve fiilî duruma göre ifraz yoluyla işlem yapma yetkisi ilgili idareye verilmiştir. Res’en ifraz ve tevhit yapılabilme, yapılaşmaya elverişli olmayan bu parsellerin yapılaşmaya elverişli hale getirilecektir. Bu konuda yaşanan sıkıntıların önüne geçebilmek için bu düzenleme getirilmiştir. İfraz ve tevhid için maliklerin kendi aralarında anlaşması esastır. Tarafların kendi arasında anlaşması için üç aylık bir süre tanınmıştır.³⁷

³⁷ Değişiklik sonrasında 3194 sayılı Kanunun 15. maddesinin son iki (altıncı ve yedinci) fıkrası: “İmar planlarında parsel cepheleri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir.” “İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez.”

D. Arazi ve Arsa Düzenlemesi

1. Madde Başlığında Değişiklik

3194 sayılı Kanununun 18. maddesi “Arazi ve Arsa Düzenlemesi” başlığı altında imar uygulaması ve parselasyon işlemlerini düzenlemektedir.³⁸ 7181 sayılı Kanunla birlikte maddenin başlığı “Parselasyon Planlarının Hazırlanması” şeklinde değiştirilmiştir (7181 SK m. 9). Madde metninde imar uygulaması işlemlerine ilişkin işlemleri düzenlemektedir. Madde metninde yapılan değişiklikle birlikte bir çok konu kanuni düzenleme içerisine dahil edilmiştir. İmar uygulamasının parselasyon planlarına dayalı olarak gerçekleştirilecek olması nedeniyle madde başlığının değiştirilmesi de yerinde olmuştur.

2. Düzenleme Ortaklık Payı Miktarı ve Konusu

- a. Maddenin ikinci fıkrası “Belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında “düzenleme ortaklık payı” olarak düşülebilir. Ancak, bu maddeye göre alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırkını geçemez” şeklindeydi.

Fıkra da geçen “saha” ibaresinden sonra gelmek üzere “düzenleme alanındaki nüfusun kentsel faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olan umumi hizmet alanlarının tesis edilmesi ve” ibaresi eklenmiştir. Böyle fıkra hükmü,

“Belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme alanındaki nüfusun kentsel faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olan umumi hizmet alanlarının tesis edilmesi ve düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında “düzenleme ortaklık payı” olarak düşülebilir.” şeklini almıştır.

³⁸ İmar uygulamaları ile ilgili geniş bilgi için bkz. Bilgin/ Sezer, 307 vd.; Şimşek, Suat; *İmar Kanunu 18. Madde Uygulamaları (Arazi ve Arsa Düzenlemeleri) İtiraz ve Dava Yolları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, 2. Baskı, s. 55 vd. Köroğlu, Ömer; *İmar Hukukunda Planlama Süreci ve Arazi ve Arsa Düzenlemeleri (Parselasyon)*, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2016; Koçak, Hüseyin / Beyaz Metin; *3194 sayılı Kanununun 18. Maddesi Gereğince İmar Uygulamaları*, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2018; Karavelioğlu Celal; *Değişiklik Açıklama ve İçtihatlarla İmar Kanunu 18. Madde Uygulaması*, 5. Bası, Ankara 2010; Kalabalık, s. 389 vd.; dava konusu parselasyon işleminin imar adasının tamamında yapılması gerekirken bir kısmında yapılması ve imar adasının geri kalanında da uygulama yapılması gerektiği dikkate alındığında, imar uygulamasının imar mevzuatına, şehircilik ve planlama esaslarına uygun olmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 28/05/2019, E. 2018/2135, K. 2019/1115 sayılı kararı.

Şehirde yaşayan nüfusun kentsel ihtiyaçlarının karşılanması için gerekli olan umumi hizmet alanlarının tesisinde “düzenleme ortaklık payı” kesilebilecektir.

- b. İkinci fıkra hükmünde yer alan düzenleme ortaklık payı kesilebilecek olan alan miktarında artışa gidilmiştir. Düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin *yüzde kırkbeşini* geçemeyecektir. Anılan düzenleme ile düzenleme ortaklık payı miktarında yüzde beş oranında artışa gidilmiştir.
- c. Değişiklik öncesinde 18. maddenin 3. fıkrası “Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tâbi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi umumî hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz. Düzenlemeye tabi tutulan alan içerisinde bulunan taşkın kontrol tesisi alanlarının, bu fıkroda belirtilen kullanımlar için düzenleme ortaklık payı düşülmesini müteakip kalan hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanması esastır.³⁹ Ancak taşkın kontrol tesisi için yeterli alanın ayrılamaması durumunda, düzenleme ortaklık payının ikinci fıkroda belirtilen oranı aşmaması şartıyla, düzenlemeye tabi diğer arazi ve arsaların yüzölçümlerinden bu fıkradaki kullanımlar için öncelikle düzenleme ortaklık payı ayrıldıktan sonra ikinci fıkroda belirtilen orana kadar taşkın kontrol tesisi için de ayrıca pay ayrılır.” şeklindeydi.

Fıkra hükmü, “Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan yerler ile bölgenin ihtiyacı olan yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı öğretime yönelik eğitim tesis alanları, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesis alanları, pazar yeri, semt spor alanı, toplu taşıma istasyonları ve durakları, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, resmî kurum alanı, mezarlık alanı, belediye hizmet alanı, sosyal ve kültürel tesis alanı, özel tesis yapılmasına konu olmayan ağaçlandırılacak alan, rekreasyon alanı olarak ayrılan parseller ve mesire alanları gibi umumi hizmet alanlarından oluşur ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz. Düzenlemeye tabi tutulan alan içerisinde bulunan taşkın kontrol tesisi alanlarının, bu fıkroda belirtilen kullanımlar için düzenleme ortaklık payı düşülmesini müteakip kalan Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanması esastır. Ancak

³⁹ Planda kamu kullanımına ayrılan alanların, düzenlemeye giren tüm taşınmaz maliklerinden eşit oranda alınacak düzenleme ortaklık payı ile karşılanması gerekirken, Hazine taşınmazlarının düzenleme sınırı dışında bırakılarak kamu kullanımına açılmasına neden olan dava konusu parselasyon işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında D.6.D, 18/02/2013, E. 2011/7373, K. 2013/956, DD, S. 133, s. 169-172.

taşkın kontrol tesisi için yeterli alanın ayrılabilmesi durumunda, düzenleme ortaklık payının ikinci fıkrada belirtilen oranı aşmaması şartıyla, düzenlemeye tabi diğer arazi ve arsaların yüz ölçümlerinden bu fıkradaki kullanımlar için öncelikle düzenleme ortaklık payı ayrıldıktan sonra ikinci fıkrada belirtilen orana kadar taşkın kontrol tesisi için de ayrıca pay ayrılır. Kapanan imar ve kadaströ yollarının öncelikle düzenleme ortaklık payına ayrılan toplam alandan düşülmesi esastır.” şeklinde değiştirilmiştir.⁴⁰

Bu düzenleme ile birlikte;

- aa.** Düzenleme ortak payları olarak ayrılacak alanların kapsamı genişletilmiş ve bu alanlar tek tek sayılmıştır.
- bb.** Eskiden Yönetmeliğin 12. maddesi⁴¹ kapsamında kamu ortaklık payına konu edilen birçok kullanım sahası düzenleme ortaklık payı kapsamına alınmıştır.
- cc.** Düzenleme ortaklık payı olarak alınan yerlerin ilgili idarelerce başka amaçla kullanılamayacağı da açıkça ifade edilmiştir.
- dd.** Taşkın kontrol payına ilişkin düzenlemeye açıklık getirilmiştir.
- ee.** Kapanan imar ve kadaströ yollarının öncelikle düzenleme ortaklık payına ayrılan toplam alandan düşürülmesinin esas olduğu vurgulanmıştır.⁴²

⁴⁰ Danıştay 6. Dairesinin kapanan kadaströ yollara ilişkin yerleşik kararları; kapanan kadaströ yolların ilgili idare adına tescil edilmemesini değil, tescil edildikten sonra parselasyon işlemi kapsamında, kadaströ durumda, kadaströ sahadaki kullanım amacına koşut olarak, düzenleme sınırı içerisindeki umumi hizmet alanları için kullanılmasını; eğer umumi hizmet alanlarından, idarenin elde ettiği taşınmaz daha fazla ise ancak o zaman Anayasa Mahkemesi kararına yansıyan ihtimaller doğrultusunda kullanılabilmesi, bunun dışında özel hukuk rejimi çerçevesinde kullanılması konusunda takdir yetkisinin bulunmadığı hakkında D.6.D, 05/11/2013, E. 2012/1904, K. 2013/6299, DD, S. 135, s. 158-169; umumi hizmetlere ayrılan yerlerin kapanan kadaströ yollardan daha az olduğu, dolayısıyla bir kısım kapanan yolun belediye adına tescilinin gerektiği noktasında herhangi bir iddia ve belge de bulunmadığına göre kapanan kadaströ yolundan dolayı ihdasen elde edilen parselin tamamının ortak kullanım alanlarında kullanılması gerekirken bu alanın Yumurtalık Belediyesi adına tescil edilmesine yönelik tesis olunan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 12/03/2019, E. 2018/919, K. 2019/491 sayılı kararı.

⁴¹ 02.11.1985 gün ve 18916 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İmar Kanununun 18 İnci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 12. **Kamu Tesisleri Arsalarına Tahsisi** “Düzenleme sahasında bulunan okul, hastane, kreş, belediye hizmet veya diğer resmi tesis alanı gibi umumi tesislere ayrılan alanların parselleri, düzenlemeye giren parsellerin alanları oranında pay verilmek suretiyle hisselendirilir.”

⁴² Kapanan kadaströ yollarının belediye adına ihdas edilmesinin uygulamanın iptaline neden olduğu hakkında uyuşmazlığa konu parselasyon işleminde belediye adına 7 adet parsel olduğu, parsellerden bazılarının daha önce yapılan imar uygulamasında yoldan ihdas suretiyle oluşturulduğu, davaya konu bu uygulamada ise ihdas alanlarının düzenleme ortaklık payından düşülmeyerek düzenlemeye giren parsellerden fazladan düzenleme ortaklık payı kesilmesi yoluna başvurulduğu, imar planı gereği kapanan yollardan veya yol fazlalarından ihdas suretiyle oluşan taşınmazların düzenleme ortaklık payından karşılanan yerlere tahsisi gerekirken belediye adına

- d. Aynı maddenin 4. fıkrası, “Düzenleme ortaklık paylarının toplamı, yukarıdaki fıkrada sözü geçen umumi hizmetler için, yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olduğu takdirde, eksik kalan miktar belediye veya valilikçe kamulaştırma yolu ile tamamlanır.” şeklindeydi.

Değişiklik sonrasında fıkra hükmü, “*Düzenleme ortaklık paylarının toplamı, üçüncü fıkrada sözü geçen umumi hizmetler için, yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olduğu takdirde, eksik kalan miktar, tescil harici alanlardan veya muvafakat alınmak kaydıyla; kamuya ait taşınmazlardan ya da Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanır. Bu yöntemlerle karşılanamaması hâlinde belediye veya valilikçe kamulaştırma yoluyla tamamlanır.*” şeklinde değiştirilmiştir.

Anılan düzenleme ile düzenleme ortaklık paylarının yeterli gelmemesi halinde ise, sosyal donatı alanlarının ne şekilde karşılanacağı belirtilmiştir.

Buna göre sosyal donatı karşılanması amacıyla öncelikle hazine ve kamu alanları kullanılacaktır. Hazine ve kamu alanlarının yetersiz olması halinde ise kamulaştırma yoluna gidilecektir.

Önceki düzenlemeden farklı olarak burada doğrudan kamulaştırılma yoluna başvurulma yerine hazine ve kamu alanlarından sosyal donatı alanlarının karşılanması gerektiği vurgulanmıştır.

- e. Aynı maddenin 6. fıkrası, “Bu fıkra hükümlerine göre, herhangi bir parselden bir defadan fazla düzenleme ortaklık payı alınmaz. Ancak, bu hüküm o parselde imar planı ile yeniden bir düzenleme yapılmasına mani teşkil etmez.” şeklindeydi.

Fıkra hükmü, “*Bu madde hükümlerine göre, herhangi bir parselden bir defadan fazla düzenleme ortaklık payı alınmaması esastır. Ancak, her türlü imar planı kararı ile yapılaşma koşulunda ve nüfusta artış olması hâlinde, artış olan parsellerden, uygulama sonucunda oluşan değerinin önceki değerinden az olmaması kaydıyla, ilk uygulamadaki düzenleme ortaklık payı oranını %45’e kadar tamamlamak üzere ilave düzenleme ortaklık payı kesintisi yapılabilir.*” şeklinde değiştirilmiştir.

- aa. Yeni düzenleme ile düzenleme ortaklık payı olarak kesilecek olan miktar yüzde 40 dan yüzde 45 e çıkartılmıştır.

tescil edilerek fazla düzenleme ortaklık payı alınmasına neden olduğu, düzenleme ortaklık payıyla karşılanacak yerlerden yoldan ihdaslar düşüldükten sonra düzenleme ortaklık payının hesaplanması gerekirken, dağıtım cetvelinde yoldan ihdasların da parselasyon işlemine tabi tutulup imar parsellerine dahil edildiği anlaşıldığından dava konusu imar uygulamasında bu yönüyle hukuka uyarlık görülmediği hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 25/09/2019, E. 2019/297, K. 2019/1514 sayılı kararı

- bb.** Herhangi bir parselden düzenleme ortaklık payının bir kerelik alınması gerektiği önceki düzenlemedeki gibi vurgulanmıştır.
- cc.** İmar planındaki değişiklikte birlikte yapılaşma koşulunda ve nüfusta artış olması halinde, parselin yeni değerinin önceki değerinden de düşük olmaması koşuluyla ilave DOP kesintisi yapılabilecektir.
- dd.** Buradaki yüzde 45’lik oran yeni imar planlarında uygulanabileceği gibi eski imar planı ve uygulama geçmiş alanlarda da uygulanabilecektir.

3. Sosyal Donatı Alanlarının Tescili

Maddeye üçüncü fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkra hükmü eklenmiştir. Yeni fıkra hükmü,

“Üçüncü fıkroda belirtilen, bölgenin ihtiyacına ayrılan alanlardan belediye hizmetleri ile ilgili olanlar bu amaçlarla kullanılmak kaydıyla ilgili belediyesi adına, diğer alanlar ise imar planındaki kullanım amacı doğrultusunda bu amacı gerçekleştirecek olan idareye tahsis edilmek üzere Hazine adına tescil edilir.” şeklindedir.

Düzenleme ortaklık payı olarak alınan ve sosyal donatı alanı şeklinde kullanılacak olan taşınmazın hangi idareler adına tescil edileceği hususu bu fıkra hükmünde düzenlenmiştir.

4. Yürürlükten Kaldırılan Fıkralar

Maddenin 7, 8 ve 9 fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan fıkra hükümlerine bakıldığında;

- a.** “Bu düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenleme ortaklık payı alınanlarından, bu düzenleme sebebiyle ayrıca değerlendirme resmi alınmaz.” (m. 18-f. 7)
- b.** “Üzerinde bina bulunan hisseli parsellerde, şüyulanma sadece zemine ait olup, şüyunun giderilmesinde bina bedeli ayrıca dikkate alınır.” (m. 18-f. 8)
- c.** “Düzenleme sırasında, plan ve mevzuata göre muhafazasında mahzur bulunmayan bir yapı, ancak bir imar parseli içinde bırakılabilir. Tamamının veya bir kısmının plan ve mevzuat hükümlerine göre muhafazası mümkün görülemeyen yapılar ise, birden fazla imar parseline de rastlayabilir. Hisseli bir veya birkaç parsel üzerinde kalan yapıların bedelleri, ilgili parsel sahiplerince yapı sahibine ödenmedikçe ve aralarında başka bir anlaşma temin edilmedikçe veya şüyuu giderilmedikçe bu yapıların eski sahipleri tarafından kullanılmasına devam olunur.” (m. 18-f. 9) şeklindedir.

5. Yürürlükten Kalkan Fıkralar Yerine Getirilen Yeni Düzenlemeler

Değişiklik sonrasında yukarıda ifade edilen ve yürürlükten kaldırılan fıkralar yerine yeni fıkralar getirilmiştir. Bunlara bakıldığında ise,

a. Mükerrer DOP Alınmaması

Parselasyon planı yapılmadan ifraz ve tevhit edilerek tescil edilen parsellerden, imar planında umumi hizmet alanlarına rastladığı için terk edilen veya bağışlanan alanların toplam parsel alanına oranı, yeni yapılacak parselasyon planındaki düzenleme ortaklık payı oranına tamamlayan farkı kadar düzenleme ortaklık payı alınabilecektir.⁴³

Burada esas alınacak oran yüzde 45 olarak uygulanacaktır. Kişilerin mülkiyet hakkının korunması adına bu düzenleme yerinde olmuştur. Parsel sahiplerinden mükerrer olarak düzenleme ortaklık payına katılımın da önüne geçilmek istenilmiştir.

b. Parselasyon Planı Yapılma Süresi ve Kamulaştırma

Belediye veya valiliğin; parselasyon planlarını, imar planlarının kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl içinde yapması ve onaylaması esastır. Yeni düzenleme ile planların kesinleşmesinden itibaren beş yıl içinde parselasyon planlarının yapılması ilişkin bir süre getirilmiştir. Beş yıllık süre her plan değişikliğinde yeniden işlemeye başlayacaktır. İlgili belediye veya valiliğin anılan parselasyon planını yapmaması sebebiyle doğacak her türlü kamulaştırma iş ve işlemlerinden dolayı da sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

Parselasyon planı yapılması halinde düzenleme ortaklık payları kesilerek sosyal donatı alanları karşılanacağı halde, bundan kaçınılması ve sosyal donatı alanı olarak belirlenen taşınmazlar üzerinde kısıtlılık bulunması nedeniyle ilgili taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakları⁴⁴ ihlal edilecektir. Anılan mülkiyet hakkı

⁴³ Şimşek, Suat; "Arazi ve Arsa Düzenlemesinde Düzenleme Ortaklık Payı ile İlgili Önemli bazı İlkeler", *Mahalli İdareler Derneği Dergisi*, S. 220, s. 14-25; kök parsel itibarıyla geçmişte %26,83 oranında bedelsiz yola terki yapılan taşınmazdan, istikrarlı Danıştay içtihadına göre (örneğin Danıştay 6. Dairesinin 19/12/2017 tarih ve E: 2013/6858, K: 2017/11002 sayılı kararı) ancak yeni imar uygulamasında belirlenen DOP oranına tamamlayan fark kadar DOP kesintisi yapılabileceği (ki dava konusu imar uygulamasında yola terk oranından daha düşük miktarda DOP oranı belirlendiğinden davacıdan mevcut dava konusu imar uygulaması kapsamında hiç DOP kesintisi yapılmaması gerekmektedir) açık iken, bu hususa riayet edilmeksizin davacıdan DOP kesintisi yapılması suretiyle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı, aksi yöndeki mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 16/07/2018, E. 2017/2457, K. 2018/1280 sayılı kararı

⁴⁴ Anayasa'nın 13 ve 35. maddesinde hükümleri uyarınca temel hak ve hürriyetlerden olan mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla Anayasada belirtilen sebeplere bağlı olarak yasayla sınırlandırılabilir. Bu hükümlerden hareketle bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kamulaştırma yolu ile kaldırılması (mülkiyetin el değiştirmesi) ancak kamu yararının karşılanması zorunluluğunun

ihlalinin önlenmesi için de bu taşınmazların kamulaştırılması gerekmektedir. Kamulaştırma giderleri parselasyon planını yapan idareler tarafından karşılanacaktır.

c. DOP Yerine Bedel Takdiri ve Tahsili

- aa.** Mevcut yapılar nedeniyle parsellerden düzenleme ortaklık payı alınmadığı hâllerde bu payın miktarı, düzenlemenin gerçekleştirilebilmesi için yapılacak kamulaştırmada kullanılmak üzere bedele dönüştürülebilir.⁴⁵ Parselasyon işlemleri gerçekleştirilirken daha önce yapılmış olan mevcut taşınmazlar üzerindeki yapıların korunması amaçlanmıştır. Bu sayede hem yapı sahipleri yapılarını korumuş olacak hem de o yapı için öngörülen düzenleme ortaklık payı da bedel olarak ilgili yapı sahibinden alınmış olacaktır. Anılan bedel ise diğer sosyal donatı alanları için yapılacak olan kamulaştırmalarda kullanılarak belediye veya valiliklere düşen mali külfetler azaltılacaktır. Düzenleme ortaklık payı olarak alınacak olan bedelin objektif ölçüler içerisinde belirlenmesi esastır. Nitekim bir sonraki fıkrada bu hükme ilişkin düzenlemeye ver verilmiştir.
- bb.** Bir önceki fıkraya göre yapılacak bedel takdirlerinde; bedeller 2942 sayılı Kanununun 11'inci maddesinde belirtilen bedel tespiti esasları⁴⁶ da gözetilerek 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre lisans almış gayrimenkul değerlendirme uzmanları veya ilgili idare takdir komisyonlarınca raporlandırılarak tespit edilecektir. Fıkra hükmünde değerlendirmenin kimler tarafından ne şekilde yapılacağı açıkça ifade edilmiştir.

özel mülkiyet hakkının korunmasından üstün tutulması şartına bağlıdır. 20.03.1952 günü kabul edilen İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunması'na İlişkin Sözleşmeye Ek 1 No.lu Protokol Türkiye tarafından 19.03.1954 günü onaylanmıştır. Anılan Protokol'un Mülkiyetin Korunması başlıklı 1. maddesinde ise mülkiyet hakkını koruyan düzenleme içermektedir. Bilgin, Hüseyin; *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 1249.

⁴⁵ Yönetmelik m. 10: "Düzenlemeye tabi tutulan parselin zemin durumu ve üzerindeki yapının özelliği itibarıyla düzenleme ortaklık payının alınmadığı hallerde, ilgisinin muvafakatı ile düzenleme ortaklık payı miktarı bedele dönüştürülebilir."

⁴⁶ **Kamulaştırma Kanunu madde 11; Kamulaştırma bedelinin tespiti esasları** "15'inci madde uyarınca oluşturulacak bilirkişi kurulu, kamulaştırılacak taşınmaz mal veya kaynağın bulunduğu yere mahkeme heyeti ile birlikte giderek, hazır bulunan ilgilileri de dinledikten sonra taşınmaz mal veya kaynağın; a) Cins ve nevidi, b) Yüzölçümünü, c) Kıymetini etkileyebilecek bütün nitelik ve unsurlarını ve her unsurun ayrı ayrı değerini, d) Varsa vergi beyanını, e) Kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerini, f) Arazilerde, taşınmaz mal veya kaynağın (...) mevki ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelirini, g) Arsalarda, kamulaştırılma gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre satış değerini, h) Yapılarda, (...) resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarını ve yıpranma payını, ı) her bir ölçünün etkisi açıklanmak kaydıyla bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçüleri, Esas tutarak düzenleyecekleri raporda bütün bu unsurların cevaplarını ayrı ayrı belirtmek suretiyle ve ilgililerin beyanını da dikkate alarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kabul edilen değerlendirme standartlarına uygun, gerekçeli bir değerlendirme raporuna dayalı olarak taşınmaz malın değerini tespit ederler. Taşınmaz malın değerinin tespitinde, kamulaştırmayı gerektiren imar ve hizmet teşebbüsünün sebep olacağı değer artışları ile ilerisi için düşünülen kullanma şekillerine göre getireceği kâr dikkate alınmaz. Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynağın meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir."

- cc. Aynı fıkra hükmünün devamında ise, tespit edilen bedelin tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtileceği ifade edilmiştir. Bu beyan sayesinde aleniyet de gerçekleşmiş olacaktır.
- dd. Tespit edilen değere bedelin tamamının ödenme tarihinde, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298'inci maddesi⁴⁷ hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında güncellenecektir. Bu bedel ödenmedikçe taşınmazın devri yapılamayacak, yapı ruhsatı verilemeyecektir. Burada yeniden değerlendirme oranı esas alınarak geç ödeme nedeniyle idarelerin mağduriyetinin oluşmaması amaçlanmıştır.
- ee. Son olarak aynı fıkra hükmüne göre, bedelin tamamen ödenmesi hâlinde taşınmaz maliki ya da idarenin talebi üzerine tapudaki şerh terkin edilecektir.

d. Taşınmazın Bulunduğu Yerden Tahsis Yapılması

Değişikle eklenen bir başka fıkra hükmü;

“Düzenleme sonucu taşınmaz maliklerine verilecek parseller; öncelikle düzenlemeye alınan taşınmazın bulunduğu yerden, mümkün olmuyor ise en yakınındaki eşdeğer alandan verilir.” şeklindedir. Buna göre, parsellasyon işlemlerinde mümkün olduğunda taşınmaz maliklerine kendi taşınmazlarının bulunduğu alandan yer tahsis edilmesi gerekmektedir.⁴⁸ Bunun mümkün olmaması durumunda ise en yakın eşdeğer nitelikteki yerden taşınmazın tahsis edilmesi gerekir. Nitekim bu husus Yönetmeliğin 10. maddesinde ifadesini bulmuştur.⁴⁹

⁴⁷ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu: Enflasyon Düzeltmesi ve Yeniden Değerleme Oranı Mükerrer Madde- 298: “... B) Yeniden değerlendirme oranı, yeniden değerlendirme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dahil) bir önceki yılın aynı dönemine göre Devlet İstatistik Enstitüsünün Toptan Eşya Fiyatları Genel Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranıdır. Bu oran Maliye Bakanlığınca Resmi Gazete ile ilan edilir. C) Vergi kanunlarında yer alan “toptan eşya fiyatları genel endeksi” ibaresi “üretici fiyatları genel endeksi” ve “TEFE” ibaresi “ÜFE” olarak uygulanır.” Son 7 yılın yeniden değerlendirme oranları; 2012 yılında 7.8; 2013 yılında 3.93; 2014 yılında 10.11; 2015 yılında 5.58; 2016 yılında 3.83; 2017 yılında 14.47; 2018 yılında 23.73 olarak belirlenmiştir.

⁴⁸ Şimşek Suat; “Arazi ve Arsa Düzenlemesinde Aynı Yerden Parsel Verilmesi İlkesi ve Bu İlkenin İstisnaları”, *Mahalli İdareler Derneği Dergisi*, Y. 22, S. 217, s. 44-50; davacının kadastral parselinin imar planında kısmen yol ve okul alanına ayrılmış olmasından kaynaklanan hukuki ve fiili zorunluluk nedeniyle kadastral parselin birebir aynı şekilde imar parseli olarak tahsisinin mümkün bulunmadığı, kaldı ki davacıya müstakil olarak hemen hemen aynı yerden ve hâlihazırda (arazideki fiili taksime istinaden) fiilen de kullandığı yerden parsel tahsis edildiğinin anlaşıldığı, özetle, dava konusu imar uygulamasında mevzuata, düzenleme-tahsis ilkelerine ve tekniklerine aykırılık bulunmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 21/03/2018, E. 2017/2162, K. 2018/538 sayılı kararı

⁴⁹ 02.11.1985 gün ve 18916 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İmar Kanununun 18 İnci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 10/a) Düzenlemeyle oluşacak imar parsellerinin mümkün mertebe aynı yerdeki veya yakınındaki eski parsellere tahsisi sağlanır”

Yönetmelik hükmü yasa maddesi haline getirilmiştir. Eşdeğer yerden tahsis yapıp yapılmadığı konusu uyuşmazlık dava konusu edildiği takdirde keşif ve bilirkişi incelemesiyle tespit edilecek olan bir husustur.⁵⁰

e. Müstakil Parsel Tahsis Edilmesi

Düzenleme alanında bulunan imar adalarında, asgari parsel büyüklüğünü karşılamak kaydıyla, imar uygulama alanında kalan hisseli arsa ve araziler; hisse sahiplerinin muvafakati hâlinde veya fiilî kullanım esasına göre müstakil hâle getirilebilecektir.

Yeni getirilen bu düzenleme ile mümkün mertebe hisseli parsel yerine müstakil parsellerin sağlanması amaçlanmıştır.⁵¹ Yine 2981 sayılı Kanunun Ek 1. maddesinde⁵² öngörülen ferdileştirme (hisse çözümü) yetkisi belli koşullarda 3194 sayılı Kanunun 18. madde uygulaması kapsamına dahil edilmiştir.

⁵⁰ Maliye Hâzinesinin 1160 ada 636 parseldeki toplam 4005,00 m²lik payından dava konusu uygulama işleminde hesaplanan DOP oranında toplam 931,97 m² DOP kesildikten sonra Maliye Hâzinesinin geriye kalan 3.073,03 m²lik imar hak edişinin sadece 1.908,23 m²lik bölümünün toplam 1.908,23 m² alana sahip olan 9207 ada 56 no.lu parselden müstakil olarak verildiği geriye kalan 1.164,80 m²lik bölümünün ise birçok ada/parsel numaralı taşınmazdan hisseli olarak verildiği, bunun yanında, dava konusu uygulama işlemi sonucunda Maliye Hâzinesine müstakil olarak tahsis edilen parsel ile hisseli olarak tahsislerin yapıldığı parsellerin tamamının Maliye Hâzinesinin uygulama işlemi öncesi hissedarı olduğu dava konusu 1160 ada 636 no.lu parselin bulunduğu alan dışında oluşturulan imar parselleri olduğu, dava konusu uygulama işlemi sonucunda Maliye Hâzinesinin 1160 ada 636 parseldeki payının bu parselin bulunduğu alan üzerinde oluşturulan 9271 ada 9, 10 ve 11 no.lu parseller ile 9272 ada 11, 12 ve 13 no.lu parsellerden verilmesi gerekirken bunun yapılmadığı, yani kendi yerinden kendisine tahsis edilmemesinden dolayı dava konusu uygulama işleminin bu yönüyle yönetmeliğin 10. Maddesine aykırı işlem tesis edildiği hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 12/12/2018, E. 2018/788, K. 2018/2171 sayılı kararı; anılan parsellerin eski yerinde oluşturulan imar parseline tahsis imkanı bulunmasına rağmen herhangi bir zorunluluk bulunmaksızın daha uzakta oluşturulan parseller tahsis ve dağıtımının yapıldığı, 348 ada 1 no.lu imar parselinde, tahsis açığı olan 404,99 m²lik kısmın parselde daha yakın Maliye Hâzinesine ait 999 ada 4 no.lu parselden tamamlanması ve böylece parselin tamamen Maliye Hâzinesine ait parselde tahsisi mümkün iken parselde daha uzak 128 ada 11 no.lu parselin hissedar yapıldığı, davacının 999 ada 8 sayılı kadastral parseldeki hissesinden düzenleme ortaklık payı kesildikten sonra kalan 2.50 m²lik kısmı herhangi fiilî bir zorunluluk olmamasına rağmen kullanmaya elverişli olmayacak şekilde 345 ada 2 parselden tahsis edildiği, anılan parseller yönünden yapılan imar uygulamasının dağıtım ilke ve tekniklerine uygun olmadığı hakkında Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 21/05/2019, E. 2018/1951, K. 2019/1078 sayılı kararı

⁵¹ 2981 sayılı Yasanın Ek-1 Maddesi ile 3194 sayılı Yasanın 18. maddesinin birlikte uygulanması durumunda hisseli parsellerin müstakil tahsis edilmesinin olanaklı olduğu, 2981 sayılı Yasanın Ek-1 Maddesinin uygulama koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılması suretiyle karar verilmesi gerektiği hakkında. D.6.D, 10.12.2007, E: 2005/5726, K: 2007/7452 sayılı kararı.

⁵² İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Ek Madde 1 - (Ek: 22/5/1986 - 3290/15 md.) "İmar planı olan yerlerde, 9/5/1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanununun 18'inci maddesi gereğince arsa ve arazi düzenlemelerinde, binalı veya binasız arsa ve arazilere bu Kanundan önce özel parsellere dayalı veya hisse karşılığı satın alınan yerler dikkate alınarak müstakil, hisseli parselleri veya üzerinde yapılacak binaların daire miktarları gözönünde bulundurularak kat mülkiyeti esasına göre arsa paylarını sahipleri adlarına resen tescil ettirmeye valilik veya belediyeler yetkilidir."

Esas olan husus uygulama imar planında asgari parsel büyüklükleri hakkında hüküm bulunmasıdır. Ancak uygulama imar planında bu konuda hüküm bulunmaması hâlinde Yönetmelikte belirlenen asgari parsel büyüklüklerinin altında parsel oluşturulamayacaktır.⁵³

6. Kamu Hizmetine Ayrılan Yerlerdeki Yapıların Durumu

3194 sayılı Kanunun 18. maddesinin 10. fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Fıkra hükmü değişiklik öncesi, “Bu maddede belirtilen kamu hizmetlerine ayrılan yerlere rastlayan yapılar, belediye veya valilikçe kamulaştırılmadıkça yıktırılamaz.” şeklindeydi. Değişiklikten sonra ise,

“Bu maddede belirtilen kamu hizmetlerine ayrılan yerlere rastlayan alanlardaki ağaçlar/yapılar, belediye veya valilikçe bedeli/enkaz bedeli ödenerek sökülür ve yıkılır.” şeklini almıştır.

Değişiklikle birlikte kamulaştırma yerine bedelinin veya enkaz bedelinin ödenmesi yolu getirilmiştir. Anılan yapıların veya ağaçların yıkım ve söküm yükümlülüğü de valilik veya belediyeye yüklenmiştir.

7. Madde Uygulamasına İlişkin Yönetmelik Çıkarılması Konusu

Son olarak, 18. maddenin uygulanmasına ilişkin olarak, maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça hazırlanacak Yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir. Burada bakanlıktan kastedilen ise, Çevre ve Şehircilik Bakanlığıdır. Aslında hali hazırda 18. maddenin uygulanmasına ilişkin 02.11.1985 gün ve 18916 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İmar Kanununun 18 İnci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik bulunmaktadır. Bu yönetmeliğe yasal dayanak oluşturulduğu gibi Yönetmelik hükümlerinin güncellenerek yeniden yayımlanmasının da yolu açılmıştır.

8. Maddede Yapılan Değişikliklerin Gerekçeleri

7181 sayılı Kanunla imar uygulaması ve parsellasyon planları konusunu düzenleyen 18. maddede oldukça kapsamlı bir değişikliğe gidilmiştir. Bu değişikliklerle birlikte bir çok yeni düzenlemeye yer verilmiştir. Uygulamaya ve yargı kararlarına yansıyan bir takım hususlar kanun metni haline getirilmiştir. Madde metninde yapılan değişiklikler özet olarak madde gerekçesinde de;

⁵³ **İmar Adalarının Parsellenmesi Madde 36** - İmar adaları, imar plânı ve yönetmeliği hükümlerindeki şartlara uygun olarak parsellere ayrılır. Alan belirlendikten sonra, parseli, hisseli durumda bırakmamak için sınırları, plân ve yönetmeliğine aykırı olmamak kaydıyla az miktarda kaydırılarak kesinleştirilir. Meskûn sahalarda teşkil edilecek parsel, birden fazla mevcut bina girmesini önlemek ve müstakil hale getirebilmek için, düzgün imar parseli teşkili yerine, mevzuata uygun bina yapılabilecek parsellerde kadastro parsel sınırları, imar parseli sınırı olarak alınabilir.

“a. Madde ile; arsa ve arazi düzenlemesi uygulanacak alanlarda umumi hizmet alanına konu kullanımlar netleştirilmekte ve uygulamada birlik sağlanması öngörülmektedir.

b. Buna mukabil düzenleme ortaklık pay oranı da artırılmakta ve düzenleme ortaklık payına ilişkin usul ve esaslar belirlenerek yaşanan tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

c. Yapılan düzenleme ile;

1. Kadastro ve imar yollarının zaten kamunun kullanımındaki yollar olduğu, yani bir nevi plan öncesi umumi hizmet alanı olduğu değerlendirildiğinden bu alanların ihdasa konu edilmeden, öncelikle imar planıyla belirlenen umumi hizmet alanlarından düşülmesi ve sonrasında düzenleme ortaklık payının hesaplanması öngörülmektedir.

2. Sağlıklı ve güvenli yaşam alanları oluşturulurken yapılan imar uygulamalarında kamuya yük getirmeden hareket alanının genişletilmesi, daha hızlı hareket edilmesi ve yasal çerçeve içerisinde kamulaştırma yükünün azaltılması, yıllarca süren kamulaştırma ve mülkiyet problemlerinin önüne geçilmesi ile vatandaşlarımızın mağduriyet yaşamamaları amaçlanmaktadır.

3. Mevcut yapılar nedeniyle uygulamada düzenleme ortaklık payının alınmadığı durumlarda, eşitlik ilkesinden hareketle düzenleme ortaklık payı miktarının bedele dönüştürülerek alınması öngörülmektedir.

4. Çok hisseli parsellerdeki mülkiyet probleminin, parsel sahiplerinin muvafakatleri olması halinde imar uygulamasıyla çözülmesi ve bu suretle müstakil parsel oluşması sağlanmaktadır.

5. Uygulama imar planında hüküm bulunmaması halinde yönetmelikte belirlenen asgari parsel büyüklüklerinin altında parsel oluşturulmasının engellenmesi amaçlanmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁴

E. Köylerde Yapılacak Yapılar ve Uyulacak Esaslar

3194 sayılı İmar Kanununun 27. maddesi köylerde yapılacak yapıları ve bu yapılarla ilgili uyulacak olan esasları düzenlemektedir.⁵⁵ Köylerde köy yerleşim planı⁵⁶ yapılmamışsa bu durumda yapılacak olan taşınmazlarla ilgili olarak ilgili

⁵⁴ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1984.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

⁵⁵ Bilgin / Sezer, s. 468 vd.

⁵⁶ <https://mpgm.csb.gov.tr/koy-yerlesme-plani-ve-mevzuattaki-yeri-i-88591> (e.t. 14.07.2019)

birimlere haber vermek yeterli iken bu taşınmazların fen ve sağlık kurallarına uygun olarak yapılması gerektiği de açıktır.⁵⁷

1. Yeni Madde Hükmü (Seracılığının Kolaylaştırılması)

27. madde hükmünde mevcut fıkralarda her hangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Ancak, maddenin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere ikinci fıkra olarak yeni hüküm eklenmiştir (7181 SK m. 10). Buna göre yeni fıkra hükmü;

“Belediye ve mücavir alanlar içinde veya dışındaki iskan dışı alanlarda yapılacak tarımsal amaçlı seralar, entegre tesis niteliğinde olmamak ve ilgili il tarım ve orman müdürlüğünden uygun görüş alınmak koşuluyla yapı ruhsatı aranmadan yapılabilir. Ancak etüt ve projelerinin ruhsat vermeye yetkili idarece incelenmesi, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur. Etüt ve projelerinin ve inşasının sorumluluğu, müellifi ve fennî mesulü olan mimar ve mühendisler aittir. Bu yapılar ilgili idarece ulusal adres bilgi sistemine ve kadastro paftasına işlenir. Bu alanlarda yapılacak seralar için, yola cephesi olan komşu parsellerden süresiz geçiş hakkı alınmış ve bu konuda tapu kayıtlarına şerh konulmuş olmak kaydıyla 8’inci maddede⁵⁸ belirtilen yola cephe sağlama koşulu aranmaz.” şeklindedir.

⁵⁷ Belediye ve mücavir alanlar dışında köylerin köy yerleşik alanlarında, civarında ve mezralarda yapılacak konut, entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapılar ile köyde oturanların ihtiyaçlarını karşılayacak bakkal, manav, berber, köy fırını, köy kahvesi, köy lokantası, tanıtım ve teşhir büfeleri ve köy halkı tarafından kurulan ve işletilen kooperatiflerin işletme binası gibi yapılar için yapı ruhsatı aranmaz. Ancak etüt ve projelerinin valilikçe incelenmesi, muhtarlıktan yazılı izin alınması ve bu yapıların yöresel doku ve mimari özelliklere, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olması zorunludur. Etüt ve projelerin sorumluluğu müellifi olan mimar ve mühendisler aittir. Bu yapılar valilikçe ulusal adres bilgi sistemine ve kadastro planlarına işlenir. Köy yerleşik alan sınırları dışında kalan ve entegre tesis niteliğinde olmayan ve imar planı gerektirmeyen tarım ve hayvancılık amaçlı yapıların yapı ruhsatı alınarak inşa edilmesi zorunludur. Bilgin / Sezer, s. 468 vd.

⁵⁸ 3194 Sayılı Kanun 8/ğ) (Ek: 12/7/2013-6495/73 md.) Büyükşehir belediyesi sınırının il sınırı olması nedeniyle mahalleye dönüşen, nüfusu 5.000’in altında kalan ve kırsal yerleşim özelliği devam eden yerlerdeki uygulamalar, büyükşehir belediye meclisince aksine bir karar alınmadıkça, uygulama imar planı yapıncaya kadar 27’nci madde hükümlerine göre yürütülür. Kırsal alanlarda iş yeri açma ve çalışma izni; kadimden kalan veya yapıldığı tarihteki mevzuat kapsamında yola cephesi olmaksızın inşa edilen yapılar ile köy yerleşik alanlarda kalan yapılara kırsal yapı belgesine, yerleşik alan sınırı dışındaki diğer yapılara ise yapı kullanma izin belgesine göre verilir. Köylerde bulunan konutlarda, iş yeri açma ve çalışma izni alınarak ev pansiyonculuğu yapılabilir. Kamuya ait bir yaya veya taşıt yoluna cephe sağlanmadan yapı inşa edilemez, parsel oluşturulamaz. Yerleşme ve yapılaşma özellikleri, mimari doku ve karakteri, gelişme düzey ve potansiyeli açısından önem arz eden köylerde bu özellikleri korumak, geliştirmek ve yaşatmak amacıyla muhtarlık katılımı ile ilgili idarelerce köy tasarım rehberleri hazırlanabilir. Köy tasarım rehberleri ilgili idare meclisi kararı ile onaylanır ve uygulanır. **madde 12: Cephe hattı:** İmar planlarında gösterilen cephe hattından önde bina yapılamaz. Herhangi bir arsanın cephe hattının gerisinde kalan kısmı, plan ve yönetmelik esaslarına uygun bina inşaatına yetmiyorsa, beş yıllık imar programı içinde olup olmadığına göre, 10’uncu maddede belirtilen müddetler içerisinde 18’inci madde hükümleri tatbik edilmediği veya başka bir şekilde halline imkan bulunmadığı takdirde mal sahibinin yazılı müracaatı üzerine, bu arsanın tamamı ilgili idarelerce kamulaştırılır.

2. Seracılığının Kolaylaştırılması Koşulları

- a. Değişiklik ile birlikte, tarımsal amaçlı sera yapımı kolaylaştırılmıştır.
- b. Bu yapılar için ruhsat aranmaksızın il tarım ve orman müdürlüklerinin uygun görüşleri yeterli görülmüştür.
- c. Aynı şekilde sera, etüd ve projelerin fen, sanat ve sağlık koşulları yönünden uygun olması zorunlu tutulmuştur.
- d. Fen, sanat ve sağlık koşullarına uygun olma zorunluluğuyla can ve mal güvenliğinin korunması amaçlanmıştır.
- e. Proje müellifi ve fenni mesuller bu yapılarda da bulunacaktır ve Bu yapılar bakımında müellif ve mesullerin sorumluluğu devam edecektir.
- f. Seraların yola cephesi bulunmaması halinde yola cephesi olan parsellerden süresi geçiş hakkı da getirilmiştir.
- g. Bir başka ifadeyle seralar için yola cephesi bulunması şartı da aranmamıştır.
- h. Bu yapılar ilgili idarece bilgi sistemine ve kadastro paftasına sera olarak işlenecektir.⁵⁹

F. Otoparklar

1. Otoparkla İlgili Mevcut Düzenleme Hakkında

İmar Kanununun 37. maddesinde otoparklar konusu düzenlenmektedir.⁶⁰ Buna göre, imar planlarında bölgenin ve beldenin ihtiyaçları dikkate alınarak otopark yerlerinin ayrılması zorunlu tutulmuştur. Otopark ihtiyacı bulunan bina ve tesislere gerekli olan otopark yeri ayrılmadıkça yapı kullanma izni verilmeyecektir. Otopark yerlerinin plan ve yönetmelik hükümlerine aykırı olarak başka amaçlarla kullanımı yasaklanmıştır. Bu yasağa aykırı hareket edenler üç aylık süre içerisinde bu aykırılıkları gidermelidir. Eğer tanınan bu sürede aykırılık giderilmezse ilgili idarece giderilecek ve masrafları da ilgisinden tahsil edilecektir.

⁵⁹ Belirtilen hususlar, "Madde ile; tarımsal seralarda ruhsat aşamasında yaşanan sıkıntıların giderilmesine yönelik çözüm sağlanması ve bu suretle tarımsal üretimin artırılması amacıyla seraların fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun olmak, ilgili il tarım ve orman müdürlüğünün uygun görüşü bulunmak ve entegre tesis niteliğinde olmamak kaydıyla ruhsat alınmadan ve yola cephesi bulunan parsellerden geçiş hakkıyla (yola cephe sağlamadan) yapılabilmesine imkan sağlanmaktadır." şeklinde madde gerekçesinde ifade edilmiştir. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1984.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

⁶⁰ Bilgin / Sezer, s. 699 vd.: Ayrıca Otopark Yönetmeliği için bkz. 22.02.2018 gün ve 30340 sayılı Resmi Gazete

2. Şehir İçi Boş Parsellerin Otopark Olarak Kullanılabilmesi

7181 sayılı Kanunla 37. maddeye yeni bir fıkra hükmü eklenmiştir (7181 SK m. 11). Anılan hükme göre;

Yapılaşmamış parsellerde, parsel maliklerinin izni ile araç giriş ve çıkışlarının trafiği aksatmaması ve ilgili idarelerden izin alınmak suretiyle açık otopark olarak işletilebilecektir.

Bu düzenleme ile şehirlerde yaşanılacak olan otopark problemlerine de çözüm getirilmesi amaçlanmıştır.

Anılan parsellerin otopark olarak kullanılabilmesi için zeminin geçirimli malzeme ile kaplanmalıdır. Ayrıca gerekli işaretlemeler yapılmalı ve yapı⁶¹ olarak nitelendirebilecek yapılar yapılmamalıdır.

G. Yıkılacak Derecede Tehlikeli Yapılar

3194 sayılı Kanunun 39. maddesi “yıkılacak derecede tehlikeli yapılar” konusunu düzenlenmektedir.⁶² Anılan düzenleme ile can ve mal güvenliğini tehlikeye sokacak olan yapıların bir an evvel ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. 3194 sayılı Yasanın 39. maddesi yıkılacak derecedeki tehlikeli yapılar konusunu düzenlemektedir. Bir belde bulunan ve yıkılacak durumda olan veya yıkılması halinde orada bulunan bireylerin can ve mal güvenliğini tehlikeye atacak taşınmazlara neler yapılması gerektiği hususu düzenlenmektedir. Buna göre, bir yerde yıkılacak derecede tehlikeli olan bir yapının bulunması halinde, yetkili belediye veya valilik tarafından yapı sahibinden bu yapının ortadan kaldırılması bildirilir. Bu konuda malike on gün içinde tebligatta bulunulması gerekir. Binada kimsenin yaşamaması halinde ise, bu konuya ilişkin tebliğ belgesi tehlikeli yapıya yapıştırılarak, bu durum mahalle muhtarıyla birlikte tutanak altına alınır.⁶³

7181 sayılı Kanunla 39. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında değişikliğe gidilmiştir (7181 SK m. 12).

1. Metruk Binaları Yıkma Yetkisi

Anılan maddenin birinci fıkrası değişiklik öncesinde

⁶¹ 3194 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde yer alan tanımların içinde, “Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.” şeklinde tanımlanmıştır

⁶² Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Bilgin / Sezer, s. 628 vd.

⁶³ Bilgin / Sezer, s. 628 vd.

“Bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe on gün içinde tebligat yapılır. Yapı sahibinin bulunmaması halinde binanın içindekilere tebligat yapılır. Onlar da bulunmazsa tebligat varakası tebliğ yerine kaim olmak üzere tehlikeli yapıya asılır ve keyfiyet muhtarla birlikte bir zabıta tespit edilir.” şeklindeydi. Değişiklik sonrasında ise;

“Genel güvenlik ve asayiş bakımından tehlike arz ettiği valilikçe tespit edilen metruk yapılar ile bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerinin adrese dayalı nüfus kayıt sistemindeki adreslerine tehlike derecesine göre bunun izalesi için belediye veya valilikçe üç gün içinde tebligat yapılır. Yapı sahibine bu şekilde tebligat yapılamaması hâlinde bu durum tebligat yapan idarenin internet sayfasında 30 gün süre ile ilan edilir ve tebligat varakası tebliğ yerine kaim olmak üzere tehlikeli yapıya asılır ve keyfiyet muhtarla birlikte bir zabıta tespit edilir. Malik dışında binada ikamet amacıyla oturanlara da ayrıca tahliye için tebligat yapılır.” hükmü getirilmiştir. Buna göre,

- a. Genel güvenlik ve asayiş bakımından tehlike arz ettiği valilikçe tespit edilen metruk yapıların bu madde kapsamında yıkımının yapılması yasal dayanağa kavuşmuştur.
- b. Önceki düzenlemede olduğu gibi bir kısmı veya tamamı yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen taşınmazlarda bu madde kapsamında yıkılabilecektir.
- c. Yukarıda anılan taşınmazların sahiplerine MERNİS (adrese dayalı nüfus kayıt sistemindeki) adreslerine ilgili valilik veya belediye tarafından yapının ortadan kaldırılması için üç gün içinde tebligat yapılacaktır. Önceki düzenlemeden farklı olarak 10 günlük tebligat ve bildirim süresi 3 güne düşürülmüştür.
- d. Yapı sahibine tebligat yapılamaması durumunda ise, tebligatı yapması gereken idarenin internet sayfasında 30 gün süre ile bu husus ilan edilecektir. Bu hüküm önceki düzenlemede yer almamaktadır. Değişiklikle birlikte internet sayfasında ilan hükmü getirilmiştir.
- e. Yapı sahibine tebligat yapılamaması durumunda (internet sayfasında ilan dışında) tebliğ evrakı tebliğ yerine geçmek üzere tehlikeli yapıya asılacak ve bu durum muhtarla birlikte tutanak altına alınacaktır.
- f. Anılan taşınmazlarda bina maliki dışında ikamet amacıyla oturanların bulunması halinde bu kişilerin de binayı tahliyesi için, bu durumun tebliği gerektiği yasal düzenleme altına alınmıştır. Ancak metruk, harabe niteliğindeki binalarda her hangi bir yasal dayanağa veya sözleşmeye bağlı olmaksızın kalan kişilere tebligat yapılmasına gerek bulunmamaktadır. İlgili idarece resen bu kişilerin tahliyesi yoluna gidilebilecektir.

2. Yıkım İçin Süre Tanınması Hakkında

Değişiklik öncesi anılan maddenin ikinci fıkrası;

“Tebliğati müteakip süresi içinde yapı sahibi tarafından tamir edilerek veya yıktırılarak tehlike ortadan kaldırılmazsa bu işler belediye veya valilikçe yapılır ve masrafı %20 fazlası ile yapı sahibinden tahsil edilir.” şeklindeydi. Değişiklik sonrasında fıkra hükmü;

“*Tebliğati veya ilanı müteakip 30 günü geçmemek üzere ilgili idarece belirlenen süre içinde yapı sahibi tarafından tehlikeli durumun ortadan kaldırılmaması hâlinde, tehlikenin giderilmesi veya yıkım işleri belediye veya valilikçe yapılır ve masrafı %20 fazlası ile yapı sahibinden tahsil edilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Anılan değişiklik ile birlikte;

- a. Yapı sahibine tehlikeli durumun ortadan kaldırılması için 30 günlük azami bir süre verilmiştir. Bu süre azami süre olup daha az bir süre de idarece belirlenebilecektir.
- b. Verilen süre içinde tehlike giderilmediği takdirde tehlikeyi ilgili valilik veya belediye giderecektir.
- c. Tehlikenin giderilmesi için idareler yaptığı masrafları yüzde 20 fazlasıyla ilgisinden tahsil edecektir.

G. Fiili Duruma Göre Yeniden Sınır Düzenlemesi

7181 sayılı Kanunla ile birlikte 3194 sayılı Kanuna ek madde 7 olarak yeni bir ek madde getirilmiştir (7181 SK m. 13). Anılan maddeye bakıldığında;

“*Alan, sınır, hisse düzeltimi yapılamaması nedeniyle zamanla sicili ile zemini uyumsuz hâle gelen, imar uygulama hatalarının varlığı tespit edilmesine rağmen bu hataların düzeltilmediği, haricî bölünmeye tabi tutulup tescili sağlanamayan ve/veya zamanla farklı nedenlerle fiilî kullanıcı ile maliki farklılaşmış parseller gibi konu çeşitliliği ve taraf fazlalığı bulunan ve münferit davalar ile çözümü mümkün olmayan taşınmazlardan bu madde kapsamında uygulama yapılması gerekenlerin sınır ve koordinatları Bakanlığın teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca belirlenir. Belirlenen alanlarda; her türlü iyileştirme, yenileme, dönüşüm, kamulaştırma ve benzeri uygulamaların yapılmasında, ilgililere tebliğ edilmek üzere; mülkiyete ilişkin hisse hatalarının, parsellerin yüz ölçümü ve sınır düzenlemelerinin ve imar uygulaması gören alanlarda dağıtım ve alan hatalarının doğru miktar üzerinden resen düzeltilmesinde kamulaştırma, trampa ve benzeri yollarla edinilen taşınmazların, Hazinesinin özel mülkiyetindeki veya özel mülkiyete konu olabilecek Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki veya ihtiyaç duyulması hâlinde belirlenen alan dışında olup Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazların uygulamalar kapsamında değerlendirilmek ve trampa*”

yoluyla yapılacak kamulaştırmalarda kullanılmak üzere tespitinde ve temininde ve üçüncü kişilere devir ve temlik gereken taşınmazlarla ilgili iş ve işlemler ile tapudaki işlemlerin yürütülmesinde, ilgili alanlarda her tür ölçekteki imar planı ve imar uygulamaları ile hak sahibine devir ve benzeri ilgili işlemlerde Bakanlık yetkilidir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.” şeklindedir. Buna göre,

1. Bu madde kapsamında uygulama yapılması gerekenlerin sınır ve koordinatları Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca belirlenecektir.
2. Bu yerlerdeki taşınmazlarla ilgili iş ve işlemler ile tapudaki işlemlerin yürütülmesinde, ilgili alanlarda her tür ölçekteki imar planı ve imar uygulamaları ile hak sahibine devir ve benzeri ilgili işlemlerinde de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı yetkili kılınmıştır.
3. Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar çıkaracağı düzenleyici işlemlerle tespit edilecektir.

H. İmar Barışı Getiren Geçici 16. Maddedeki Yeni Düzenleme

İmar Kanununa 7143 sayılı Kanunla getirilen geçici 16. madde ile imar barışı sağlayarak ruhsatsız ve kaçak yapıların yapı kayıt belgesi ile kullanılabilmesi amaçlanmıştır.⁶⁴ Bu madde ile afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması istenilmiştir. Buna göre, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 30/06/2019 tarihine kadar başvurulması, geçici maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2019 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde “Yapı Kayıt Belgesi” verileceği hüküm altına alınmıştır.⁶⁵ Bu geçici madde hükmü ile ruhsatsız ve kaçak yapıların ruhsatlı ve kayıtlı hale getirilmesi amaçlanmıştır. Anılan değişiklikle birlikte ülkemizde kaçak yapılar kayıtlı hale gelecektir. Yasanın açık hükmü gereğince kaçak yapıların 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış olması

⁶⁴ Kaplan, Mahmut; *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2018; Kalabalık, Halil; *İmar Barışı Başvuru Süreci ve Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2018; Çelik, M. Lamih / Altıparmak, Cüneyd; *101 Soruda İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve İmar Barışı*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2019; Özmen, E. Saba; *İmar Barışı ve Sonrasında Doğacak Uyuşmazlıklarda Çözüm Yolları*, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2019.

⁶⁵ Not: 28 Aralık 2018 gün ve 30639 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 27.12.2018 gün ve 7159 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile Boğaziçi Kanununda düzenlenen alanlarda imar barışı kapsamına alınmıştır. 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun geçici 16’ncı maddesinin dördüncü fıkrasına “bu Kanun” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve 2960 sayılı Kanun” ibaresi eklenmiş ve maddeye bağlı 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesine ait kroki ile sınır ve koordinat listesi ekteki şekilde değiştirilmiştir (7154 sayılı Kanun m. 4).

gerekmektedir. Bu tarihten sonra yapılan yapılar bu geçici madde hükmünden yararlanamayacaktır. Ancak 31.12.2017 tarihinden önce yapılan yapılardaki mevcut haliyle yapının tamamlanmasına da izin verilmiştir. Yapıların 31.12.2017 tarihinden önce yapılıp yapılmadığını ispatlama yükümlülüğü idarelere düşmekte olup, idareler bunu uydu görüntüleri, fotoğraflar ve diğer yollarla ispatlamalıdır. Geçici 16. madde hükmü sadece imar kanununa tabi yapılarda uygulanacak olup, kıyı mevzuatına, kültür varlığı veya arkeolojik ya da doğal sit alanı olması nedeniyle 2863 sayılı Kanun hükümlerine tabi olması nedeniyle bu yerlerde yapılan yapılar hakkında da uygulanmayacağı yönünde mahkeme kararları bulunmaktadır.⁶⁶ Geçici 16. madde gereğince 31.12.2017 tarihinden önce yapılan kaçak ve ruhsatsız yapılar için verilen yıkım kararları gibi imar para cezaları da ilgili belediyelere iptal edilecektir. Ancak ödenmiş olan imar para cezalarının iadesi söz konusu değildir. Yapı kayıt belgelerinin verilmesi ve bu belgelerin iptali belediye başkanlıklarının sorumluluklarında olmayıp Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve ilgili il müdürlüklerinin görev ve sorumluluğundadır.

7181 sayılı Kanunla da geçici 16. maddede bir takım değişikliklere gidilmiştir (7181 SK m. 14). Buna göre;

1. Hazineye Ait Taşınmazlar Üzerindeki Yapılar Hakkında

- a. Anılan geçici maddenin yedinci fıkrası “Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların, Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, bu taşınmazlar Bakanlığa tahsis edilir. Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır. Bu durumda elde edilen gelirler bu maddenin ikinci fıkrasına göre genel bütçeye gelir kaydedilir. Ayrıca bu gelirler hakkında 29/6/2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 5’inci maddesinin beşinci fıkrası hükmü uygulanmaz.” şeklindeydi.

Fıkranın ikinci cümlesine “akdi haleflerinin” ibaresinden sonra gelmek üzere “31/12/2019 tarihine kadar yapacakları satın alma” ibaresi eklenmiştir. 31.12.2019 tarihine kadar satın alınan taşınmazların da bu madde kapsamında yapı kayıt belgesi alınarak satışının gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır.

⁶⁶ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, 30/01/2020, E. 2019/851, K. 2020/105 sayılı kararı; ... imar barışı kapsamında yapı kayıt belgesi alındığı ileri sürülmekte ise de, işleme konu yapının kıyı çizgisi ile kıyı kenar çizgisi arasında kaldığı, sözkonusu yapının yaya yolu, gezinti, dinlenme, seyir ve rekreatif amaçlı olmadığı göz önüne alındığında dava konusu işlemin iptalini gerektirmediği hakkında İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, 13/02/2020, E. 2020/177, K. 2020/143 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi 30/01/2020, E. 2020/106, K. 2020/109 sayılı kararı

- b. Aynı fıkranın dördüncü cümlesinde yer alan “beşinci fıkrası” ibaresi “beşinci fıkrası, yapı ve tesisler hakkında ise onbirinci fıkrası” şeklinde değiştirilmiştir.⁶⁷

2. Tapu Tahsis Belgesi Bulunan Yerlerdeki Yapılar Hakkında

Aynı fıkraya yeni bir cümle eklenmiştir. Bu cümle, “Yapı kayıt belgesine konu taşınmaz için 24/2/1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun hükümlerine göre tapu tahsis belgesi alınması ve bu belgeye esas arsa bedellerinin ödenmiş olması hâlinde bu madde uyarınca ayrıca satış bedeli alınmaz. Yapı kayıt belgesi alınan taşınmazların satışa konu edilen kısımlarından yapı kayıt belgesi tarihi ile satış tarihi arasındaki dönem için ecrimisil alınmaz, tahakkuk ettirilen ecrimisiller terkin edilir, satış tarihi itibarıyla tahsil edilen ecrimisil tutarı satış bedelinden mahsup edilir, bu tutardan fazlası iade edilmez.” şeklindedir.

Anılan değişikliklerin birlikte değerlendirilmesinden;

Geçici 16. maddede yapılan değişiklikle birlikte, 3194 sayılı İmar Kanununun geçici 16’ncı maddesi kapsamında verilen yapı kayıt belgesinin bulunduğu Hazine taşınmazlarının ilgililerine yapılacak satışların en kısa sürede yapılmasını teminen başvuru süresi getirilmiştir.

Yapı kayıt belgesine konu taşınmaz için 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre tapu tahsis belgesi alınması ve bu belgeye esas arsa bedellerinin ödenmiş olması halinde bu madde uyarınca ayrıca satış bedeli alınmayacaktır.

Ayrıca bu belgenin alınması sırasında hem yapı hem de taşınmazın zemini için ilgilileri tarafından ödeme yapıldığından bu taşınmazlardan yapı bedeli ve ecrimisil alınmayacaktır.

Tahsil edilmiş ecrimisiller satış bedelinden mahsup edilecektir.⁶⁸

⁶⁷ Fıkra son haliyle “Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların, Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, bu taşınmazlar Bakanlığa tahsis edilir. Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin 31/12/2019 tarihine kadar yapacakları satın alma talepleri üzerine taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır. Bu durumda elde edilen gelirler bu maddenin ikinci fıkrasına göre genel bütçeye gelir kaydedilir. Ayrıca bu gelirler hakkında 29/6/2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 5’inci maddesinin beşinci fıkrası, yapı ve tesisler hakkında ise onbirinci fıkrası hükmü uygulanmaz.” şeklini almıştır.

⁶⁸ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1984.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).

İ. Dop Oranı Artırılmayacak Olan Parselasyon Planları

7181 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte 3194 sayılı İmar Kanunu-na yeni bir geçici madde eklenmiştir (7181 SK m. 15). Geçici madde 19 olarak eklenen bu geçici madde;

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, ilgili idare veya yetkili kurumca onaylanmış ancak tescil işlemi tamamlanmamış parselasyon planlarında hesaplanmış olan düzenleme ortaklık payı ve kamu ortaklık payı kesintilerine göre yürütülen iş ve işlemlere, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl süreyle devam edilir.” şeklindedir.

Anılan geçici madde ile, halen devam eden ve tamamlanmamış parselasyon işlemlerinin aynen devam edebileceği hüküm altına alınmıştır.

Burada azami bir süre belirlenmiş olup bu süre 7181 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl olarak ifade edilmiştir.

Buna göre, 7181 sayılı Kanununun ilgili maddesi 10.07.2019 tarihinde yürürlüğe girdiği düşünüldüğünde 19.07.2021 tarihine kadar mevcut parselasyon planlarındaki oranlar geçerliliğini koruyacaktır.

SONUÇ

7153 sayılı Kanunla Çevre Kanunu, 6306 sayılı Kanunda önemli değişiklikler yapıldığı gibi 3194 sayılı İmar Kanununda da sekiz başlık altında değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden özellikle ilk göze çarpanı kanun yoluyla imar uygulamasının yapılacak olmasıdır. Geçici 18. madde ile getirilen düzenleme ile Antalya İli Aksu İlçesi Çalkaya Bölgesindeki mülkiyet ve tapu sorunlarının çözümü amacıyla bu şekilde bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir.

Yine bu Kanunla ekonomik, sosyal politikalar ve çevre politikaları ile fiziki gelişmeyi ve sektörel kararları yönlendiren ülke bütününde ya da gerekli bölgelerde hazırlanan bir plan olarak mekânsal strateji planı tanımını üst plan olarak Kanun metnine girmiş ve alt planların bu plana uygun olması gerektiği de ifade edilmiştir.

Kaçak ve ruhsatsız yapıların ruhsata bağlanma imkanı yoksa otuz gün bekenilmeden derhal ilgili idarelerce yıkılabileceği düzenlemesine gidildiği gibi, ruhsat gerektirmeyen yapılarda çarpık yapılaşmayı önleme amacıyla projeye uygunluk gibi bazı koşullar getirilmiştir. Burada ilgili idarelerin taşınmazın ruhsata bağlanıp bağlanamayacağı konusunda takdirini kullanırken bu yetkilerini kötüye kullanmamaları da önem arz etmektedir.

Yeni yapılacak olan planlarda bisiklet ve yaya yolunun mecbur hale getirilmiş olması da bu düzenlemenin yerinde olan hükümlerinden birisidir.

7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla toplamda 10 Kanunda değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden imar kanunu ile ilgili olanlar çalışmamızın konusu olarak ele alınmıştır.

3194 sayılı Kanunun imar planlarının hazırlanması ve yürürlüğe konulmasına ilişkin 8. maddesinde yapılan değişiklikte birlikte tarım alanlarının daha etkin olarak korunması sağlanması amaçlanmıştır.

“İmar planlarında umumi hizmetlere ve kamu hizmetlerine ayrılan yerler” başlığı altında 13. madde yeniden düzenlenerek bu konuda önemli değişikliklere gidilmiştir.

Aynı şekilde ifraz ve tevhide düzenleyen 15 madde ile imar uygulaması ve parselasyonu düzenleyen 18. maddesinde önemli bir takım değişikliklere gidilmiştir.

Yine, otoparklar, maili inhidam denilen tehlikeli yapılarla ilgili de bir takım değişikliklere gidildiği görülmektedir.

Anılan değişikliklerin İmar Kanununun uygulanmasından kaynaklanan sorunları çözmeye yönelik olarak hazırlandığı ve acil çözüm gerektiren hususlara ilişkin olduğu görülmektedir. Mevcut düzenlemede yapılan bu değişikliklerin tamamı yargı kararlarından hareketle, şehircilik ilkeleri, planlama esasları, kamu yararı gözetilerek yapılan yerinde değişikliklerdir. Ancak İmar Kanununun bu şekilde kısa aralıklarla sık sık değiştirilerek madde madde değiştirilmesi yerine bir bütün olarak ele alınıp yeniden oluşturulmasında fayda bulunmaktadır.

Aslında imar kanunu 1985 den beri uygulamada bulunan ve bu süre zarfında da bir çok değişikliğe uğramış olan bir kanundur. Aslında bir çok kez gündeme geldiği gibi imar kanununun baştan sona yeniden ele alınarak gözden geçirilmesi yeniden bir bütün halinde yeniden düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır.

Özellikle imar plan değişikliklerine ve parselasyon planlarına karşı dava açma süresinin sınırlandırılması ve imar planları yapılırken kişisel ve/veya siyasi çıkarlar yerine daha yaşanılabilir şehirler kentler oluşturulması anlamında “kamu yararı” esas alınmalıdır. Bu yönde bir değişiklik ile bu sürenin 5 yıl olarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

Bununla birlikte imar planlarına ve parselasyon işlemlerine karşı açılacak olan davalarda 2577 sayılı Kanunda yer alan ivedi yargılama usulü şeklinde bir yargılama usulü getirilebilir. Bu davaların sıklıkla görüldüğü ve birden çok ilk derece mahkemesinin bulunduğu yerlerde bu mahkemelerden birisi bu davalar için özel yetkili kılınabilir.

Yine yürürlükteki mevzuat ve/veya plan hükümlerine göre yapılan yapılar konusunda kazanılmış hak doğup doğmayacağı konusu ile kaçak ve ruhsatsız yapılaşmanın önüne geçme için alınacak olan tedbirlerin daha etkin uygulanması için gerekli düzenlemelere yer verilmelidir.

Yine Sayın Cumhurbaşkanımızın da ifade ettiği üzere dikey mimariyi önleme ve yatay mimari için özendirici ve aksi yöndeki uygulamaları yasaklayıcı hükümlere de yer verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Ayanoğlu, Taner; *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, Vedat Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2014;
- Bilgin, Hüseyin / Dinç, Mustafa; “6360 Sayılı Yasaya Genel Bakış”, *Yerel Yönetim ve Denetim Aylık Mesleki ve Bilimsel Dergi*, Ocak-2013, C. 18, S. 1, s. 3-7.
- Bilgin, Hüseyin / Sezer, Yasin; *Açıklamalı- İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi, İmar Davalarında Kanun Yolları (İstinaf ve Temyiz Eklenmiş) Adalet Yayınevi*, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Bilgin, Hüseyin; “Danıştay Kararları Işığında İmar Planları”, *Mahalli İdareler Derneği Dergisi*, Y. 19, S. 182, s. 50-54.
- Bilgin, Hüseyin; *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Çelik, M. Lamih / Altıparmak, Cüneyd; *101 Soruda İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve İmar Barışı*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2019.
- Ersöz, A. Kürşat; “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015, S. 3, s. 103-149.
- Gencer, Seyfettin; “*Kadastral Hataların İdari Yoldan Düzeltilmesi ve Yargı Süreci*”
<http://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/duzeltmeler-2/411-kadastral-hataların-idari-yoldan-duezeltilmesi-ve-yargi-suereci>. (erişim tarihi: 14.07.2019)
- <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1285.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).
- <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1984.pdf> (erişim tarihi: 14.07.2019).
- İlgezdi, Ali Rıza; *İmar Hukukunda Yıkım ve İmar Para Cezaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, 1. Baskı, (s. 169 vd.)
- Kalabalık, Halil; “İmar Mevzuatına Aykırı Yapıların Yıkılması”, *Kamu Mevzuatı Dergisi*, sy. 4, Mart 2009.
- Kalabalık, Halil; *İmar Barışı Başvuru Süreci ve Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2018.
- Kalabalık, Halil; *İmar Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2017.
- Kaplan, Mahmut; *İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2018.
- Kara, Seyfettin; *Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği*, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2016.
- Karavelioğlu Celal; *Değişiklik Açıklama ve İçtihatlarla İmar Kanunu 18. Madde Uygulaması*, 5. Bası, Ankara 2010

- Koçak, Hüseyin / Beyaz Metin; *3194 sayılı Kanununun 18. Maddesi Gereğince İmar Uygulamaları*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara 2018.
- Köroğlu, Ömer; *İmar Hukukunda Planlama Süreci ve Arazi ve Arsa Düzenlemeleri (Parselasyon)*, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2016.
- Köroğlu, Ömer; *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- Orta, Elif; *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Plan Çatışması*, Legal Kitapevi, İstanbul 2006
- Özçelik, Ş. Barış “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda 6537 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 87-110.
- Özdemir, Selman; *İmar İdare Hukukunda Kazanılmış Hak*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, 1. Baskı.
- Özmen, E. Saba; *İmar Barışı ve Sonrasında Doğacak Uyuşmazlıklarda Çözüm Yolları*, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Sezer, Yasin / Kalkan Recep Emre / Şahin, Mustafa Emre; *İmar Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2018.
- Şimşek, Suat / Hazar, İlhami; *Açıklamalı- İctihatlı ve Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Şimşek Suat; “Arazi ve Arsa Düzenlemesinde Aynı Yerden Parsel Verilmesi İlkesi ve Bu İlkenin İstisnaları”, *Mahalli İdareler Derneği Dergisi*, Y. 22, S. 217, s. 44-50.
- Şimşek, Suat; “Arazi ve Arsa Düzenlemesinde Düzenleme Ortaklık Payı ile İlgili Önemli bazı İlkeler”, *Mahalli İdareler Derneği Dergisi*, S. 220, s. 14-25
- Şimşek, Suat; *İmar Kanunu 18. Madde Uygulamaları (Arazi ve Arsa Düzenlemeleri) İtiraz ve Dava Yolları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, 2. Baskı.
- Usta, Murat; *Tarım Reformu ile Toplulaştırma Hukuku ve Uygulamaları*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Yasin, Melikşah; *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları*, İstanbul 2009, s. 6-9.
- Yıldırım, Ramazan; *İmar Hukukuna Aykırı Yapılar Üzerinde İdarenin Yetki ve Yaptırımları*, İstanbul 1990, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Muhtelif Yargı Kararları
- www.uyap.gov.tr (Bu çalışmada yer alan tüm Danıştay, Bölge İdare Mahkemesi kararları UYAP BİLGİ SİSTEMİNDEN alınmıştır).

Türkiye’de Seçim Barajı Uygulamasının Temsilde Adalet İlkesine Etkisi^(*)

The Effect of Election Threshold on the Principle of Justice in Representation in Turkey

Arş. Gör. Dr. **Hatice Derya ORMANOĞLU**^(**)

Öz

Demokratik siyasal sistemlerde halkın iradesinin parlamentoya yansımaları seçimler aracılığıyla gerçekleştirilir. Bir ülkede tercih edilen seçim sistemi parlamentoda oluşacak görünümü önemli ölçüde etkilemektedir. Barajlı bir seçim sisteminin tercih edilmesi, parlamentoda temsil edilecek parti sayısını azaltıcı bir etki yaratmaktadır. 1995 yılında seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesini bağdaştırması gerektiği anayasal bir ilke hâline gelmiştir. 7102 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle yasal hâle gelen seçim ittifaklarıyla seçim barajının etkisinde bir azalma meydana gelse de önemini korumaktadır.

Bu çalışmada seçim barajlarının kavramsal çerçevesi çizildikten sonra; Türkiye’de barajlı seçim sisteminin kabulü tarihsel bir biçimde ele alınacaktır. Seçim barajları anlamlandırılırken Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin seçim barajlarına ilişkin kararlarına detaylı bir biçimde yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Seçim Barajı, Temsilde Adalet İlkesi, Yönetimde İstikrar İlkesi, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Abstract

In democratic political systems, the reflection of the will of the people to the parliament is realized through elections. The election system which is preferred in a country has a significant impact on the outlook in parliament. The choice of a threshold election system has the effect of reducing the number of parties to be represented in parliament. In 1995, it became a constitutional principle that election laws should correlate the principle of justice in representation and stability in governance. Even though there has been a decrease in the impact of the election threshold with the election alliances that became legal with the entry into force of Law no. 7102, it remains important.

In this study, after mentioned about the conceptual framework of election thresholds; electoral thresholds in Turkey will be discussed in a historical manner. When explaining the meaning of the

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 05.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 19.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 08.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 09.10.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
E-mail: hdormanoglu@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0003-1568-7100>.

concept of election thresholds, the related decisions of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights will be given in detail.

Keywords

Election Threshold, The Principle of Justice in Representation, The Principle of Stability in Governance, Constitutional Court, European Court of Human Rights.

1. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1982 Anayasası seçimlerle ilgili genel ilkeleri belirttikten sonra düzenleme yapma yetkisini kanun koyucuya bırakmıştır. Ancak seçim kanunlarının birbiriyle örtüşmesi zor olan iki ilkeyle, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesiyle bağdaşacak bir biçimde yapılması gerektiği Anayasa'nın 67. maddesinde 1995 yılında gerçekleştirilen değişiklikle yer almıştır. Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrasına eklenen bu hüküm norm denetimi yaparken Anayasa Mahkemesi (AYM)'ye temsilde adalet ya da yönetimde istikrar ilkelerinden birine dayanarak karar verme özgürlüğü tanımaktadır.

Doktrinde temsilde adalet, sandalye - oy orantısızlığının düşük olması, yani partilere verilen oy oranları ile elde ettikleri sandalye oranlarının uyumlu ve dengeli olması şeklinde ifade edilirken, yönetimde istikrar; seçimden sonra ülkeyi yönetebilecek bir hükümetin kurulması ve karar alma süreçlerinde yeterli çoğunluğun sağlanması olarak tanımlanabilir.¹

Türk hukuk sistemine, seçim kanunlarında “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” ilkelerinin bağdaştırılması gereğine giden sürece bakıldığında; ilk olarak çok partili hayata geçilmesinden 1960'a kadar tek turlu listeli çoğunluk sisteminin uygulandığı görülmektedir. Bu seçim sisteminin doğal bir sonucu olarak, bir seçim çevresinde geçerli oyların en çoğunu alan parti bütün milletvekillerini çıkarmaktadır. Böylece de anılan dönemde oldukça adaletsiz sonuçlar ortaya çıkmıştır.² Bu sonuç rakamlarla ifade edilirse; tek turlu listeli çoğunluk sisteminin uygulandığı 1957 seçimlerinde Demokrat Parti %48 oy oranına sahip olarak 4.394.893 geçerli oy elde etmiştir. Böylece de parlamentonun %69.1'ine karşılık gelen 424 sandalye sayısına sahip olmuştur. Cumhuriyet Halk Partisi, Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi ve Hürriyet Partisinden oluşan muhalefet partileri ise toplamda elde ettikleri %52 oy oranına karşılık gelen 4.770.717 geçerli oyla, parlamentonun %30,9'unu oluşturan 186 milletvekili elde etmişlerdir.³ 1957 seçimlerindeki bu tablo aslında çoğun-

¹ Türkmen Göksel ve Yetkin Çınar, “Yeni Anayasal Sistemde Seçim Sistemleri Simülasyonları”, TEPAV Politika Notu, 2017, s. 1.

² Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 343-344.

³ Teziç, a.g.e., s. 344.

luk sistemlerinin yol açtığı artık temsil-eksik temsil sorununun somut bir göstergesidir.⁴ Bu adaletsiz seçim tablosunu ortadan kaldırmak amacıyla 1960’lardan itibaren nispi temsil sistemi uygulanmaya başlanmıştır ancak temsilde adalet ilkesini gerçekleştirmeye yönelik olarak uygulamaya konulan nispi temsil sistemi bu kez de parçalı bir parlamento yapısına sebep olduğu eleştirilerine maruz kalmıştır.⁵ Böylece de yönetimde istikrarı sağlama çabaları doğrultusunda seçim kanunlarına seçim barajlarını ekleme yoluna giden süreç başlamıştır.⁶

Parlamentoda temsil edilebilecek parti sayısını azaltan ve böylece de temsilde adalet ilkesini zayıflatan bir mekanizma olarak karşımıza seçim barajları çıkmaktadır.⁷ Seçim eşiği ya da seçim engeli⁸ olarak da adlandırılan seçim barajı parlamentoda temsil edilebilmek için bir partinin ihtiyaç duyduğu asgari destek düzeyi olarak tanımlanabilir. Bu baraj anayasada ya da kanunlarda öngörülen geçerli oyların belli bir yüzdesi şeklinde resmi bir baraj olabileceği gibi, kullanılan seçim sisteminden kaynaklanan matematiksel bir özellik de olabilir.⁹ Seçim barajı Venedik Komisyonu tarafından da partilerin parlamentoya erişimini etkileyen bir mekanizma olarak ifade edilmiştir.¹⁰ Seçim barajlarıyla küçük partilerin parlamentoda temsili engellenerek yönetimde istikrarın sağlanması amaçlanmaktadır.¹¹

⁴ Çoğunluk sistemlerinde ya da seçim barajları gibi nedenlerle bazı partilerin artık temsili söz konusu olurken bazı partiler ise aldıkları oy oranına göre daha az temsilci elde etmektedirler. Teziç, a.g.e., s. 344.

⁵ Yusuf Şevki Hakyemez, “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Açısından Seçim Barajı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C: 11, S: 1-2, s. 18, 19.

⁶ Yavuz Sabuncu, “Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2006, S: 23, s. 193 vd.

⁷ Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği-Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, Ergun Özbudun (Çev), Ankara, Yetkin Yayınları, 1997, s. 23.

⁸ Abdullah Sezer, *Demokrasi Teorisinde ve Pratiğinde Seçim Barajları (Adalet-İstikrar İkileminde %10 Ulusal Baraj Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz)*, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, s. 21.

⁹ May Ahmar, *Election Terminology: A Guide to Frequently Used Terms and Phrases*, Washington, National Democratic Institute, 2009, s. 136.

¹⁰ Venedik Komisyonu baraj kavramını yalnızca yasal olarak belirlenen ve partilerin parlamentoda sandalye elde edebilmesi için ulaşması gereken asgari oy oranından ibaret görmemektedir. Yasal seçim barajları partilerin parlamentoda sandalye elde etmelerini etkileyen ve başka bir ifadeyle kısıtlayan mekanizmalardan yalnızca biridir. Yasal seçim barajları dışında seçim sisteminden kaynaklanan ve küçük partilerin parlamentoda sandalye elde edebilmek için almaları gereken oy miktarı da doğal seçim barajı olarak ifade edilmektedir ve doğal seçim barajı seçim çevresinin büyüklüğüyle ilgilidir. European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), *Comparative Report on Thresholds and Other Features of Electoral Systems Which Bar Parties From Access to Parliament*. Strasbourg, 2008, s. 2-8.

¹¹ Hikmet Sami Türk, “Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2006, S: 23, s. 96.

Seçim barajları sistemde yer alan siyasi partilerin sayısının azalmasına yol açtığı için dışlayıcı bir etkiye sahiptir.¹² Aslında seçim sistemlerinin çoğu küçük partilerin dışlanmasına ya da daha az temsil edilmesine yol açsa da siyasal sistem içinde kabul edilebilmektedir ancak seçim barajı gibi engeller aşırı bir boyuta ulaştığında önem arz etmektedir. Bu bağlamda dünyada hangi oranlarda seçim barajlarının öngörüldüğüne bakılması gerekir. İsveç, Finlandiya, İrlanda ve İzlanda yasal seçim barajı bulunmayan ülkeler arasındadır.¹³ Türkiye’de uygulanan %10 barajından sonra en yüksek seçim barajına sahip ülke Rusya’dır. %7 olan seçim barajı %5’e düşürülmüştür.¹⁴ Romanya’da uygulanan seçim barajı da %5’tir.¹⁵ Polonya, Çek Cumhuriyeti, Moldova, Slovakya, Almanya¹⁶ ve Belçika’da da oran %5’tir.¹⁷ Arjantin ve İtalya’da seçim barajı %3’tür.¹⁸ Danimarka’da %2 olan seçim barajı Hollanda’da ise %0,67’dir.¹⁹ Seçim barajları konusunda ayrı bir ülke olarak Slovenya’dan bahsetmememiz gerekir. 2000 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile %4 olarak belirlenen seçim barajı bu değişiklik öncesinde her seçim döneminde değişen bir görünüm sergilemekteydi. Slovenya’daki seçim mevzuatına göre bir partinin parlamentoda temsil edilebilmesi için en az üç milletvekili elde edecek kadar bir oy oranına sahip olması aranmaktaydı. Bu oran da her seçim döneminde kullanılan geçerli oy sayısına göre değişiklik gösterecek bir oran olduğu için Slovenya seçim barajı konusunda farklı bir örnek olmuştur.²⁰

Seçim barajları seçmen davranışları üzerinde etkili olan ve seçim sonrasında yaratılan adaletsizliklerle yasama organının görünümünün istenildiği gibi

¹² Sartori, a.g.e., s. 23.

¹³ European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), *Comparative Report on Thresholds and Other Features of Electoral Systems Which Bar Parties From Access to Parliament II*. Strasbourg, 2010, s. 5.

¹⁴ Mikail Turchenko ve Sergey Shevchuk, “Veto Players and Major Electoral Reforms in Russia”, *Russian Politics*, 2016, S: 1, s. 205.

¹⁵ http://gov.ge/files/57731_57731_584699_288_57731_929968_ElectionsInGeorgia.PDF (Erişim tarihi: 24.02.2019)

¹⁶ Almanya’da seçim barajları ilk kez 1949 yılında gerçekleştirilen seçimlerde uygulanmıştır ve bu tarihten itibaren de farklı türleriyle uygulanmaya devam etmektedir. Greg Taylor “The Constitutionality of Election Thresholds in Germany”, *International Journal of Constitutional Law*, 2017, C: 15, S: 3, s. 734-735.

¹⁷ European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), *Comparative Report on Thresholds and Other Features of Electoral Systems Which Bar Parties From Access to Parliament II*. Strasbourg, 2010, s. 5.

¹⁸ Sartori, a.g.e., s. 23; Alesandro Chiaramonte ve Roberto D’Alimonte, “The New Italian Electoral System and Its Effects on Strategic Coordination and Disproportionality”, *Italian Political Science*, 2018, C: 3, S: 1, s. 10.

¹⁹ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 348.

²⁰ Ali Ersoy Kontacı, *Kırılgan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016, s. 145.

oluşturulmasını sağlayan yasal hilelerdir.²¹ Seçim barajlarının yüksek olması temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri açısından olumsuz etki doğurmaktadır. Bu da toplumda demokrasiye olan inancı etkilemektedir. Seçim barajlarının seçmen davranışı üzerinde yarattığı etki nedeniyle seçmenlerin barajı geçemeyeceği gerekçesiyle asıl oy vermek istedikleri parti yerine bir başkasını seçmeleri aşırı temsil gibi bir tabloyu ortaya çıkarmaktadır. Böylece iktidar-muhalefet arasında dengenin bulunmadığı bir parlamento çoğunluğu oluşmaktadır.²² Seçim barajları bir siyasal sistemde parlamentoda temsil edilen siyasi parti sayısını etkileyen tek belirleyici değildir. Diğer belirleyicilerden azade bir biçimde seçim barajlarının partilerin temsil edilebilme oranına etkisini tespit edebilmek güçtür.²³

Seçim barajlarının olağan meclislerin birinci ve ikinci kanadı için nadiren de olsa kurucu meclisler için ve son olarak da yerel seçimler için uygulanması mümkündür. Ülke genelinde gerçekleştirilen seçimler dışına Avrupa Parlamentosu (AP) seçimlerinde de seçim barajları uygulanmaktadır.²⁴ Seçim barajlarının cumhurbaşkanlığı seçimlerinde de görünümüne rastlanmaktadır. Cumhurbaşkanlığı seçiminde Türkiye’nin de referans aldığı Fransa Cumhurbaşkanlığı seçimlerine bakıldığında; ilk turda cumhurbaşkanı seçilebilmek için geçerli oyların %50’sinden fazla oy alınması gerekmektedir.²⁵ Cumhurbaşkanı seçilebilmek için getirilen baraj aynı zamanda, cumhurbaşkanlığı adaylık sürecinde de görülmektedir. Anayasanın 101. maddesinde cumhurbaşkanı adayı gösterilebilmek için iki şarttan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan biri siyasi parti gruplarının cumhurbaşkanı adayı göstermesidir. Diğeri ise son genel seçimlerde geçerli oyların en az %5’ini almış olan siyasi partilerin aday göstermesidir.²⁶ Daha önce %10 olan bu oran 2017 yılında 6771 sayılı kanunla %5’e düşürülmüştür.

Seçim barajlarının Türkiye’de bir başka engelleyici görünümü ise siyasi partilerin malî yardım alması konusunda yaşanmaktadır. Siyasi Partiler Kanunu Ek madde 1’e göre milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %3’ünden fazlasını alan siyasi partilere Devlet yardımı yapılır.

²¹ Sezer, a.g.e., s. 23.

²² Orhan Şener, “Avrupa Seçimlerinden Alınacak Dersler”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C: 2, S: 2, s. 59.

²³ Sabuncu, a.g.m., s. 191.

²⁴ Sezer, a.g.e., s. 25-26.

²⁵ Andre Blais ve Peter J. Loewen “The French Electoral System and Its Effects”, *West European Politics*, 2009, C: 32, S: 2, s. 345 vd.

²⁶ Sezer, a.g.e., s. 25-26.

Seçim barajlarının kaynağı anayasa ya da kanun olabilir. Seçim barajına ilişkin düzenlemeler çoğunlukla kanunlarla yapılsa da anayasalarda düzenlenmesi hâlinde beş farklı durum ortaya çıkabilir.²⁷ Bunlardan ilki anayasanın herhangi bir baraj kaydı içermemesi ve kanunla baraj öngörülmesinin de engellenmesidir. İkinci durum ise baraj oranının anayasa ile sabit bir oranda belirlenmesidir. Başka iki durum ise barajın alt veya üst sınırının anayasa tarafından belirlenip, yasama organına baraj konusunda düzenleme olanağının verilmemesidir. Son olarak da anayasada baraja ilişkin düzenleme yapılmayarak örtülü bir biçimde ya da açık bir düzenleme ile bu belirlemenin yasama organına bırakılmış olması durumu ile karşılaşılabılır.²⁸

Seçim barajlarının belli bir seçim çevresinde çevre barajı ve ülke çapında ulusal baraj şeklinde sınıflandırılması mümkündür.²⁹ Seçim çevresi barajı bir seçim çevresindeki geçerli oyların çıkacak milletvekili sayısına bölünmesiyle elde edilen sayı olan basit seçim çevresi barajı ya da kanunla konulan yüzdelik barajlar şeklinde ifade edilmesi mümkündür.³⁰

2. TÜRKİYE'DE SEÇİM BARAJLARI VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA YANSIMASI

Meşruti monarşiye geçilen 1876 Kanun-ı Esasi döneminde anayasada ve seçimlere ilişkin belgeler arasında bir seçim barajının yer almadığı görülmektedir.³¹ Olağanüstü dönemde oluşturulan I. TBMM'nin seçiminden 1961 Anayasası döneminde Temsilciler Meclisi üyelerinin seçiminde uygulanan çevre barajına kadar herhangi bir seçim barajı uygulamasına rastlanmamıştır.³² Her ne kadar 1961 Anayasası döneminde seçim çevresi barajı mevcut olsa da ulusal düzeyde seçim barajları ilk kez 1982 Anayasası sonrasında yapılan seçim kanunuyla uygulama alanı bulmuştur. 1961 Anayasası döneminde kabul edilen 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunuyla çevre barajlı d'Hondt sistemi getirilmiştir.³³ 1965 yılında 306 sayılı kanunda 533 sayılı kanunla bir değişiklik yapılmış

²⁷ Sezer, a.g.e., s. 31-33.

²⁸ Sezer, a.g.e., s. 37.

²⁹ Sabuncu a.g.m., s. 192; Çevre barajı ile ulusal baraj arasında kalan bölge barajının da seçim barajının bir türü olarak kabul edildiği görülmektedir. Bölge barajı seçim çevrelerinden oluşan ve ülkenin coğrafi yapısına uygun olarak belirlenen bölgelerde uygulanan baraj türüdür. Sezer, a.g.e., s. 36.

³⁰ Sabuncu, a.g.m., s. 192.

³¹ Abdurrahman Eren "Türkiye'de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C: 16, S: 2, s. 79.

³² Eren, a.g.m., s. 81.

³³ Bu seçim sistemine, bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların toplamı, o seçim çevresinden çıkacak olan milletvekili sayısına bölünerek elde edilen ve çevre barajı olarak esas alınan

ve seçim çevresi barajlı d’Hondt sisteminden vazgeçilerek nispi temsil sisteminin milli bakiye yöntemi kabul edilmiştir.³⁴ Bu yöntem 1965 yılında gerçekleştirilen seçimlerde uygulanmıştır. Ancak Adalet Partisi 1968 yılında 1036 sayılı kanunla seçim çevresi barajlı d’Hondt sistemine geri dönülmesini sağlamıştır. Bu düzenlemeye göre geçerli oyların toplamı, o seçim çevresinden çıkacak olan milletvekili sayısına bölünerek elde edilen ve çevre barajı olarak esas alınan sayının altında oy alan partiler ya da adaylar o seçim çevresindeki milletvekili elde edemeyeceklerdir. AYM bu düzenleme için açılan iptal davası üzerine yaptığı incelemede Anayasa’nın seçimin temel ilkelerini belirleyip seçim sistemi ile ilgili düzenlemeler yapma konusunda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğunu ifade ettikten sonra takdir yetkisinin serbest seçim hakkı gibi sınırlarının bulunduğunu belirtmiştir. Bu değerlendirmeleri yapan AYM düzenlemeyi demokratik hukuk devleti ilkesi, seçimlerin serbestliği ilkesi ve seçme ve seçilme hakkına aykırılık gibi sebeplerle iptal etmiştir.³⁵ Bu kararda bir seçim çevresinde yalnızca bir partinin küçük bir farkla barajı aşması durumunda; barajı aşan partinin o seçim çevresinde seçmenlerin çoğunluğu tarafından desteklenmemesine rağmen milletvekilliklerinin tümünü elde edeceğine dikkat çekilmiştir. Diğer seçim çevrelerinde de aynı durumun gerçekleşmesi halinde, ülkenin seçmenlerin azınlığı tarafından seçilen temsilcilerle yönetileceği ve böylece de demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı bir durumun ortaya çıkacağı kararda ifade edilmiştir.³⁶ Aynı kararda söz konusu düzenlemenin seçmen davranışı üzerinde yaratacağı etkiden dolayı serbest oy ilkesi ile çok partili hayat üzerinde yarattığı negatif etki nedeniyle siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olduğu anayasal ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.³⁷ AYM’nin bu kararından sonra 1961 Anayasası döneminde gerçekleştirilen seçimlerde 1980 Askeri Müdahalesi’ne kadar barajsız d’Hondt sistemi uygulanmıştır.³⁸ AYM’nin bu gerekçelerle verdiği iptal kararı, tercihin istikrar yerine temsilde adalet ilkesinden yana yapıldığını göstermektedir.³⁹

sayının altında oy alan partiler ya da adaylar o seçim çevresindeki milletvekili elde edemeyeceklerdir. Necmi Yüzbaşıoğlu “Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, C: 50, S: 1-2, s. 115.

³⁴ Yüzbaşıoğlu, a.g.m., s. 116.

³⁵ AYM., 1968/15 E., 1968/13 K. 3, 4 ve 6.05.1968 T.; Fendoğlu a.g.e., s. 346.

³⁶ Ömer Gedik, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul, 2013, s. 187-188.

³⁷ Gedik, a.g.e., s. 188.

³⁸ Türk, a.g.m., s. 96.

³⁹ Fendoğlu, a.g.e., s. 347; Yüzbaşıoğlu a.g.m., s. 117.

Türkiye’de ulusal düzeyde seçim barajları 1982 Anayasası döneminde çıkarılan 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile Türk hukuk sistemine dâhil olmuştur. Aynı zamanda seçim kanunu da hazırlamakla görevli olan kurucu meclis 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalesi’ne giden süreçte yaşananlarla ilgili kaygıları kanun tasarısına ilişkin rapora yansıtmıştır.⁴⁰ Raporda 12 Eylül öncesindeki istikrarsız koalisyon hükümetlerine değinilmiş, bu nedenle de kabul edilecek olan seçim sisteminin temel hedefinin istikrar sağlamak olduğuna vurgu yapılmıştır. Bu doğrultuda da çoğunluk ve nispi temsil sistemi açısından yapılan değerlendirmeler sonucunda, nispi temsil sisteminin d’Hondt usulünün tercih edilmesine karar verilmiştir.⁴¹ Yaşanan koalisyon krizlerinden sonra hükümet istikrarını⁴² sağlamaya yönelik olarak küçük partilerin baraj kaydı konularak parlamentoda temsil edilmesi engellenmek istenmiştir. Böylece de hem ülke çapında %10 barajı hem de seçim çevrelerinde seçim çevresi barajı getirilerek çifte barajlı d’Hondt sistemi ülkenin seçim sistemi olarak kabul edilmiştir.⁴³

1982 Anayasası’nın yürürlüğe girmesinden sonra ve gerçekleştirilen ilk seçimlerden önce ara rejim döneminde⁴⁴ 2839 sayılı kanunla getirilen %10 seçim barajının öngörülmesinin sebepleri arasında küçük partilerin parlamentoya girmesini engelleyerek istikrar sağlama düşüncesinin yanında iki ya da tek partili bir sistem yaratmak, siyasete duyulan güvensizlik nedeniyle baraja bir emniyet supabı işlevi gördürmek ve depolitize olmuş bir toplum yaratmak olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁵

Milletvekili Seçim Kanunu’yla getirilen çifte baraj düzenlemesinin ardından 08.01.1984 tarihli ve 2972 sayılı “Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 2. maddesiyle onda birlik baraj düzenlemesi yapılmıştır. Aynı kanunun 23. maddesiyle de getirilen bir

⁴⁰ Yüzbaşıoğlu, a.g.m., s. 123.

⁴¹ Yüzbaşıoğlu, a.g.m., s. 123.

⁴² % 10 barajı her ne kadar siyasi istikrarı sağlamak amacıyla getirilmiş olsa da istikrarı sağlamaya yönelik olumlu bir getiri sağlayamadığı konusunda ağırlıklı görüşler bulunmaktadır. Sevtap Yokuş, “Türkiye’de %10 Seçim Barajına İlişkin Hukuksal ve Siyasal Tartışmalar”, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2007, S: 11, s. 297.

⁴³ Yüzbaşıoğlu, a.g.m., s. 123.

⁴⁴ 1961 Anayasası döneminde 306 sayılı kanunla getirilen çevre seçim barajı ve 1982 Anayasası döneminde 2839 sayılı kanunla getirilen %10 ulusal barajı arasında çeşitli benzerlikler ve farklılıklar bulunmaktadır. Her iki kanunun da olağan dönemde değil de kurucu meclisler tarafından yapılması benzer özellikler arasında yer alırken, 1961 Anayasası dönemindeki 306 sayılı kanunun Anayasanın halkoylamasına sunulmasından önce kabul edilip 2839 sayılı kanunun ise Anayasanın halkoylamasına sunulmasından sonra kabul edilmesi farklılıklarını ortaya koymaktadır. Sezer a.g.e., s. 111-112.

⁴⁵ Sezer, a.g.e., s. 116-122.

seçim çevresinde kullanılan geçerli oy toplamının onda birine karşılık gelen sayının, bütün partilerin ve bağımsız adayların aldıkları oy sayısından ayrı ayrı çıkarılacağı ve bu çıkarmadan sonra geriye oyu kalmayan siyasi partilerin ve bağımsız adayların üye tahsisinde hesaba katılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme hakkında ana muhalefet partisi Halkçı Parti tarafından AYM’de iptal davası açılmıştır. AYM ise onda birlik baraj uygulamasını anayasaya aykırılı bulmamıştır.⁴⁶ AYM kararında seçimlere dair anayasal sınırların çizildiğini ve geri kalan hususların kanun koyucunun takdirine bırakıldığını ifade etmiştir. AYM’ye göre kanun koyucu değişen siyasal ve sosyal gerekler doğrultusunda uygun göreceği seçim sistemini benimsemek konusunda serbesttir.⁴⁷ AYM’nin 1982 Anayasası döneminde verdiği bu karar, 1961 Anayasası dönemindeki seçim sistemleri konusundaki temsilde adalet ilkesinden yana yaklaşımından vazgeçip istikrardan yana bir tavır sergilediğinin göstergesidir.⁴⁸

6 Eylül 1987’de Anayasada yer alan siyasi yasakların kaldırılmasına ilişkin halkoylaması gerçekleştirilmiştir. Bu arada 2839 sayılı kanun dört kez değişikliğe uğramıştır. Siyasi yasakların kalkmasıyla partilerin 12 Eylül 1980’den sonra serbest bir biçimde katılabildiği ilk seçim, 29 Kasım 1987’de erken seçim şeklinde ve çifte barajlı d’Hondt sistemiyle birlikte kontenjan milletvekillerinin⁴⁹ çoğunluk sistemiyle seçildiği karma sistem olarak gerçekleştirilmiştir.⁵⁰

24.08.1991 tarih ve 3757 sayılı erken genel seçim düzenlemesi içeren kanunla 2839 sayılı kanunda değişiklik yapılmış ve 20.10.1991 tarihinde gerçekleştirilecek Milletvekili Genel Seçimlerinde; iki, üç milletvekili çıkaracak seçim çevreleri ile kontenjan adayı gösterilen dört milletvekili çıkacak seçim çevrelerinde seçim çevresi barajı %25, kontenjan adayı gösterilen beş milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde ise çevre barajı %20 olarak belirlenmiştir.⁵¹

Çifte barajlı d’Hondt sisteminin uygulandığı bu dönemde Anayasaya 1995 yılında gerçekleştirilen değişiklikle seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenmesi gerektiği hükmü eklenmiştir. Bu hükümle de hukuk sistemindeki mekanizmalardan AYM’nin

⁴⁶ AYM., 1984/1 E. ve 1984/2 K., 01.03.1984 T.

⁴⁷ AYM., 1984/1 E. ve 1984/2 K., 01.03.1984 T.

⁴⁸ Fendoğlu, a.g.e., s. 347; Yüzbaşıoğlu a.g.m., s. 126.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi 2839 sayılı kanunda 3270 sayılı kanunla getirilen kontenjan adayı gösterilen milletvekili seçilen seçim çevrelerinde bölme işleminin bir eksiğiyle yapılacağına düzenlemenin iptali talebiyle yapılan başvuruyu kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak reddetmiştir. AYM., 1986/17 E., 1987/11 K., 22.05.1987 T.

⁵⁰ Yüzbaşıoğlu, a.g.m., s. 130.

⁵¹ 28.10.1995 tarih ve 20972 sayılı Resmi Gazete, s. 1-5. <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20972.pdf> (Erişim tarihi: 27.02.2019)

iptal kararı vermede gücünün arttığı söyleyebilir. Çünkü Anayasanın bu hükmü ile AYM iptal istemiyle önüne gelen seçim kanunlarını isterse temsilde adalet ilkesine aykırılıktan, isterse de yönetimde istikrar ilkesine aykırılıktan iptal edebilecektir.

Anayasaya temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleriyle bağdaşan seçim kanunlarının düzenlenmesi gerektiği hükmünün eklendiği 1995 yılında seçim mevzuatında önemli değişiklikler getiren 4125 sayılı kanun kabul edilmiştir. 4125 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, Siyasi Partiler Kanunu ve Milletvekili Seçim Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un içerdiği düzenlemelerden biri parlamentodaki toplam 550 milletvekilinin 100'ünün ülke seçim çevresi milletvekili olarak kabul edilmesine ilişkindir. Bir başka düzenleme ise 2839 sayılı Kanunun 34'üncü maddesindeki seçim çevresi barajına ilişkindir. Bu düzenlemeye göre seçim çevresi barajı iki ve üç milletvekili çıkararak seçim çevrelerinde bu oran %25 olarak belirlenmiştir.⁵² Bu kanuna ilişkin olarak da AYM'ye iptal davası açılmıştır. AYM de ülke seçim çevresi milletvekilliği getirilmesine ve seçim çevresi barajına ilişkin düzenlemeleri anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Seçim çevresi barajının anayasaya aykırılığı değerlendirilirken çevre seçim barajının iller arasında daha da adaletsizlik yaratacağı, kuralın temsilde adalet ilkesine aykırılığı ve ulusal düzeyindeki %10 barajının yönetimde istikrarı sağladığından hareket edilmiştir.⁵³ 1995 yılında gerçekleştirilen değişiklikle kararlarını temsilde adalet ya da yönetimde istikrar ilkesine dayandırmak bakımından oldukça geniş bir yetkiye sahip olan AYM, 1982 Anayasası dönemindeki istikrar yanlısı tarafından vazgeçmiştir. Ülke seçim çevresi barajını temsilde adalet ilkesine aykırı bulan AYM, %10 barajını temsilde adalet ilkesine aykırı bulmamıştır.⁵⁴

TBMM, AYM'nin iptal kararı üzerine yeni bir düzenleme yapmış ve bu düzenlemeyle 4138 sayılı kanunla yalnızca 20. Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinde geçerli olacak %10 seçim çevresi barajı getirilmiştir. Yapılan düzenleme sonucunda hem ülke düzeyinde hem de seçim çevrelerinde %10 barajlı d'Hondt sistemi geçerli olmuştur. Bu düzenleme aleyhine de Cumhurbaşkanı tarafından iptal davası açılmıştır. AYM de önceki kararına atıfta bulunarak son düzenlemenin AYM'nin kararını etkisiz kılmak amacıyla ve bir önceki düzenlemeyle yapı ve içerik bakımından aynı olduğu için Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında yer alan AYM kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayacağı hükmü gereğince diğer anayasa kuralları açısından inceleme

⁵² AYM., 1995/54 E., 1995/59 K., 18.11.1995 T.

⁵³ AYM., 1995/54 E., 1995/59 K., 18.11.1995 T.

⁵⁴ Hakyemez, a.g.m. s. 29; Yüzbaşıoğlu, a.g.m., s. 138.

yapmaksızın iptal etmiştir.⁵⁵ Bu kararlar birlikte de 1995 yılında gerçekleştirilen seçimlerde %10 barajlı d’Hondt sistemi uygulanmıştır. AYM, kendi kendini sınırlayan yaklaşımından vazgeçerek yargısal aktivizmden yana bir tavır sergilemiştir.

12 Eylül 1980’den sonra gerçekleştirilen seçimler arasında değerlendirme yapıldığında 1995 yılında gerçekleştiren seçimlerin temsilde adalet ilkesi bakımından en adil seçimler olduğunun söylenmesi mümkündür. Ancak buna rağmen seçime katılan on iki partiden yedisi %10’luk ülke barajını aşamadığı için parlamentoda temsil edilememiştir.⁵⁶

Seçim barajları konusunda AYM’nin de dâhil olduğu bir başka önemli gelişme 2014 yılında yaşanmıştır. 2010 Anayasa değişikliğiyle Türk hukuk sistemine dâhil olan bireysel başvuru yolu 2012 yılından itibaren vatandaşların başvurusuna açılmıştır. Bu süreçte AYM’ye seçim hukukuna ilişkin çeşitli başvurular yapılmıştır.⁵⁷ 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun %10 seçim barajı öngören 33. maddesindeki düzenlemeye ilişkin olarak iki parti Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuruda bulunan partiler 12 Haziran 2011 tarihinde gerçekleştirilen Milletvekili Genel seçimlerinde %10 barajının altında kalan Büyük Birlik Partisi ve Demokratik Sol Parti’dir. Her iki partinin ayrı ayrı yaptığı başvuru birleştirilmiştir.⁵⁸ 2011 yılında gerçekleştirilen seçimlerde Büyük Birlik Partisi %0,75, Saadet Partisi %1,27 ve Demokratik Sol Parti %0,25 oranında oy almıştır. Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvuru öncesinde DSP, YSK’ye başvurarak ülke barajının kaldırılmasını talep etmiştir, DSP’nin bu talebi ise YSK tarafından⁵⁹ reddedilmiştir. Ret gerekçesi ise seçim barajının kaldırılmasının YSK’nin yetkisinde olmaması ve yasal düzenlemeyi gerektirmesidir.⁶⁰ Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurunun gerekçesi ise başvuru partilerin 2015 yılında gerçekleştirilecek seçimlerde seçim barajının potansiyel mağduru olmalarıdır. Başvurucular, baraja ilişkin düzenlemenin Anayasa’nın temsilde adalet ve eşitlik ilkeleriyle birlikte çeşitli maddelerine aykırı olduğu gerekçesini ileri sürmüşlerdir.⁶¹ Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı değerlendirme sonucunda siyasi partilerin kamu tüzel kişisi ol-

⁵⁵ AYM., 1996/56 E., 1995/60 K., 01.12.1995 T.

⁵⁶ Yüzbaşıoğlu, a.g.m., s. 138.

⁵⁷ AYM., 2014/5425 Başvuru No., 23.07.2014 T.; AYM., 2014/8842 Başvuru No., 06.01.2015 T.; AYM., 2015/6723 Başvuru No., 14.07.2015 T.

⁵⁸ AYM., 2014/8842 Başvuru No., 06.01.2015 T.

⁵⁹ YSK., 4025 S., 25.09.2014 T.

⁶⁰ AYM., 2014/8842 Başvuru No., 06.01.2015 T.

⁶¹ AYM., 2014/8842 Başvuru No., 06.01.2015 T.

maması sebebiyle bireysel başvuruda bulunabileceklerine karar verdikten sonra, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde yer alan yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı hükmüne işaret edilmiştir. Ayrıca YSK'nin DSP'nin yaptığı başvuru üzerine verdiği kararında da yasama işleminin uygulanması niteliğinde bir karar olmaması sebebiyle “konu bakımından yetkisizlik” gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁶²

Seçim sisteminin çok tartışılan konularından biri olan seçim barajıyla ilgili Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun kabulü öncesinde %10 ülke barajını temsilde adalet ilkesine aykırı bulmayarak ülke barajı konusunda istikrar yanlı tavır sergilemiştir. Bireysel başvurunun kabulünden sonra AYM'ye götürülen baraj konusunda vereceği karar merak konusu olmuştur. Ancak AYM'nin verdiği karar Avrupa'nın en yüksek seçim barajının kaldırılması konusundaki beklentileri boşa çıkarmıştır. Avrupa'nın en yüksek barajının hâlâ hukuk sistemi-mizde kalmasında yasama organı kadar AYM'nin de rolü bulunmaktadır.

3. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARINDA SEÇİM BARAJLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin seçim sistemleri ile ilgili olarak Türkiye hakkında verdiği kararlardan bahsetmeden önce, Mahkeme'nin Sözleşme'nin Ek 1 No.lu Protokol'ünün 3. maddesi bağlamında verdiği kararlara değinmekte fayda vardır.

Serbest seçim hakkı başlığını taşıyan Ek 1 No.lu Protokol'ünün 3. maddesinin yorumlandığı ilk karar 1987 yılında Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika⁶³ davasıdır. Bu dava ile Mahkeme maddeyi anlamlandırmıştır. Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin son şekli şöyledir: “*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler*”.

Mahkeme maddeyi anlamlandırırken öncelikle Sözleşme metninde ve ek protokollerin neredeyse tamamında “herkes” “hiç kimse” gibi ifadelerle rastlanırken burada sözleşmeciler taraf devletlerin yükümlülüğünden bahsedilmesi hususunu tartışmıştır.⁶⁴ Çünkü madde metninde düzenlemenin sadece yükümlülüklerden

⁶² AYM., 2014/8842 Başvuru No., 06.01.2015 T.

⁶³ AİHM., 9267/81 Başvuru No. Mathieu- Mohin ve Clerfayt v. Belçika 02.03.1987 T. Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C II*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004, s. 232; Mustafa Koçak, “*Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri*”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2006, S: 23, s. 124-125.

⁶⁴ Doğru a.g.e., s. 232; Eren, a.g.m., s. 67.

ibaret olduğu gibi bir ifade yer almaktadır.⁶⁵ Çünkü bu ifade, Sözleşme’de ve Ek ve Protokollerinde haklarla ilgili düzenlemeler yapılırken kullanılan “herkes” ya da “hiç kimse” gibi ifadelerden farklı olarak “Yüksek Sözleşmeci Taraf” şeklindedir.⁶⁶ Ancak daha sonra Mahkeme’nin düzenlemeyi yalnızca devletlere yükümlülük yükleyecek şekilde algıladığı dar yorumundan uzaklaştığı görülmektedir.⁶⁷ Ancak AİHM içtihatlarında, bu düzenlemenin bir hak olmasa bireysel başvuruya da konu olamayacağı ve zaten sözleşmenin taslak metninde de hak olarak düzenlendiği ifade edilmiştir.⁶⁸ Mahkeme sonuç olarak; her ne kadar devletlerin yükümlülüğünden bahsedilse de Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin AİHS ile Protokollerdeki diğer maddelerden farklı olmadığını belirttikten sonra, taraf devletlerin temel yükümlülüğünün demokratik seçimleri gerçekleştirmek üzere pozitif önlemleri almak olduğunu ifade etmiştir.⁶⁹

Mahkeme’nin serbest seçim hakkının niteliğine ilişkin yaklaşımında değişiklik olduğu göze çarpmaktadır. Bu değişiklik ise kurumsal hak anlayışından, sübjektif katılım kavramına doğru evrilmiştir.⁷⁰

Ek 1 No.lu Protokol’de seçme ve seçilme hakkının sınırlarına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Mahkeme’ye göre hakkın sınırlarına ilişkin bir düzenlemenin olmaması onu mutlak hak hâline getirmez.⁷¹ Seçme

⁶⁵ Olgun Akbulut, *Serbest Seçim Hakkı*. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme. Sibel Inceoğlu (Ed.), 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 543.

⁶⁶ Koçak, a.g.m., s. 125.

⁶⁷ Koçak, a.g.m., s. 125.

⁶⁸ Akbulut, a.g.e., s. 543.

⁶⁹ Doğru, a.g.e., s. 232-233; Mahkeme Mathieu- Mohin ve Clerfayt v. Belçika kararında önceden benimsediği dar metinsel yorum metodundan uzaklaşarak öznel-tarihsel yorum metodunu benimsemiştir. Böylece de Protokol’ün hazırlık çalışmalarındaki ifadelere de yer vererek; siyasal özgürlük, siyasal hak ve serbest seçim hakkı gibi ifadelere vurgu yapıldığına dikkat çekmiştir. Hatta Mahkeme amaçsal yorum da yaparak 1 No.lu Protokol’den sonra yürürlüğe giren 4 No.lu Protokol’ün başlangıcında 1 No.lu Protokol’ün 1. ve 3. maddeleri arasındaki haklardan bahsedildiğine vurgu yaparak maddenin oluşumundaki amaca dikkat çekmiştir. Tolga Şirin, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2011, C: 16, S: 3-4, s. 293, 294.

⁷⁰ Mahkeme’nin Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin herkes için hak ve özgürlük tanıdığına aksine yalnızca taraf devletlere yükümlülükler yüklediği görüşünden uzaklaşarak yasama organı seçimleriyle sınırlı da olsa seçme ve aday olma gibi haklar kavramına yönelik değerlendirme yapması sübjektif katılım hakkı görüşüne ulaştığının göstergesidir. Bu konudaki kararlar için bkz. AİHM., 1028/61 Başvuru No. X v. Belçika, 18.09.1961 T., AİHM., W, X, Y, Z v. Belçika kabul edilebilirlik kararı. Doğru, a.g.e., s. 233; Koçak, a.g.m., s. 125.

⁷¹ Devletlerin vatandaşlık, yaş, kısıtlı olmama, hükümlü olmama, seçmen kütüğüne kayıtlı olma, askerlik görevini yerine getirmiş olma, seçim barajı, adaylık ücreti gibi seçme ve seçilme hakkına ilişkin sınırlamalar getirmesi mümkündür. Ancak belli bir kesime seçme ve seçilme hakkı tanıırken aynı durumda bulunan diğer vatandaşlara tanınmaması öze dokunma yasağını ihlal etmiş olacaktır. Akbulut, a.g.e., s. 544.

ve seçilme hakkına ilişkin olarak her ne kadar devletlerin takdir marjı bulunsa da söz konusu takdir marjı Mahkeme'nin denetimine konu olacaktır.⁷² Bu denetim, devletlerin seçme hakkına ilişkin takdir marjı, sınırlamanın hakkın özüne dokunması, seçme hakkını etkisiz bırakması, meşru bir amaç taşıyıp taşıyamaması ve hakkı sınırlarken kullanılan araç ile amacın orantılı olup olmaması bakımından yapılabilecektir.⁷³ Mahkeme getirilen sınırlamaların sayılan hususlar bakımından denetlenebileceğini ortaya koymakla birlikte ayrıca getirilen sınırlamaların seçimler sırasında halkın düşüncelerini özgürce ifade etmesi bakımından engelleyici bir niteliğe sahip olmaması gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁴

Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen serbest seçim hakkına kimlerin sahip olduğu sorusu sorulduğunda ise; hakkın sahibinin bütün insanlar olmadığını siyasal hakların sahibinin yalnızca vatandaşlar olmasından hareketle, serbest seçim hakkının sahibinin vatandaşlar olduğunu görmekteyiz.⁷⁵

Serbest seçim hakkında seçme eylemi Mahkeme tarafından "*farklı siyasi partilerin makul bir biçimde adaylarını hazır bulundurmasını zorunlu kılan bir tercih*" olarak tanımlanmıştır. Ancak Mahkeme'nin çeşitli içtihatlarında seçme eyleminin gerçekleşmesinden sonra seçilenin görevini sürdürmesiyle, süreklilik arz ettiği ifade edilmiştir.⁷⁶

Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen hakkın hangi organların seçiminde geçerli olacağı meselesi önemlidir. Serbest seçim hakkına ilişkin İngilizce metinde "*legislature*"⁷⁷ ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. İfadenin tam Türkçe karşılığı bulunmasa da yasama organını kasteden bir anlam taşıdığı görülmektedir.⁷⁸ Bu nedenle de yasama organından ne anlaşılması gerektiğinin üzerinde durulmalıdır.

Mahkeme'nin yaygın içtihatlarında yasama organı kavramının her ülkenin içinde bulunduğu anayasal yapının Mahkeme'ye göre değerlendirildiği görülmektedir. Bu doğrultuda da federal ya da bölgesel bir yapıya sahip olan devletlerin yerel meclisleri için yasama organı değerlendirmesi yapılırken; üniter yapıya sahip olan devletler bakımından yerel yönetim organlarının yasama organı olarak değerlendirildi-

⁷² Akbulut, a.g.e., s. 544.

⁷³ Doğru, a.g.e., s. 233.

⁷⁴ Doğru a.g.e., s. 233.

⁷⁵ Şirin, a.g.m., s. 295.

⁷⁶ Şirin, a.g.m., s. 295.

⁷⁷ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Erişim tarihi: 04.07.2018)

⁷⁸ Şirin, a.g.m., s. 299.

rilmediği görülmektedir.⁷⁹ Ayrıca ulus-üstü nitelik taşıyan yasama organı bakımından da değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ulus-üstü yasama organı olarak karşımıza AP çıkmaktadır.⁸⁰ Avrupa Tek Senedi ile önemli yetkilerini elde eden AP ile ilgili olarak Mahkeme Maastricht Antlaşması’na kadar AP’yi yasama organı olarak kabul etmediği yönünde karar vermiştir. Maastricht Antlaşması sonrasında ise Mahkeme, AP’nin bir yasama organı olarak kabul edilip edilmemesi hususunu boşlukta bırakmıştır.⁸¹ Ancak Maastricht Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinden sonra 24833/94 numaralı Matthews v. Birleşik Krallık başvurusunda Mahkeme AP⁸² ile ilgili yeni bir değerlendirme yapmıştır.⁸³ Birleşik Krallığın sömürgesi olan Cebelitarık’ta oturan D. Matthews’un başvurusunda AP’nin rolüne ilişkin bir değerlendirme yapmış ve AP’nin genel yasama fonksiyonunu üstlendiğinden bahisle bu seçimin de yasama organı seçimi olarak kabul edileceği şeklinde kararını vermiştir.⁸⁴ Türk hukuk düzeni ile AİHS’nin öngördüğü düzen arasında serbest seçim hakkı bağlamında bir değerlendirme yapıldığında Anayasa’nın 67. maddesinde yer alan ilkelerin kapsamı hem yasama organı seçimi hem de yerel yönetimlerin seçimi bakımından geçerli olduğundan daha geniş bir koruma içermektedir.

Her ne kadar doğrudan oy ve genel oy ilkeleri bakımından eksiklikler içerse de Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinde seçimlerin temel güvenceleri olan serbest oy, gizli oy ve eşit oy ilkesi ile makul aralıklarla seçimin gerçekleştirilmesi ilkesi yer almaktadır.⁸⁵

⁷⁹ Şirin a.g.m., s. 311. AİHM., 24833/94 Başvuru No. 18.02.1999 T. Matthews v. Birleşik Krallık kararı; AİHM., 7215/75 Başvuru No. X v. Birleşik Krallık, 05.11.1981 T.; Ece Göztepe, Çelebi, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuruyla İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Değerlendirmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2015, S: 32, s. 25.

⁸⁰ Şirin, a.g.m., s. 310.

⁸¹ Şirin, a.g.m., s. 310.

⁸² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Hukuku arasındaki ilişki incelendiğinde; 1970’lerde gündeme gelen Avrupa Topluluğu’nun/Birliği’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olması tartışmaları gündeme gelmiştir. 1990’lara gelindiğinde ise Avrupa Topluluğu Mahkemesi 2/94 sayılı ve 28 Mart 1996 tarihli Görüşü’nde Avrupa Topluluğu’nun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemine dâhil olamayacağını belirtmiştir. Gerekçesi ise Sözleşmeye taraf olunmasının Avrupa Topluluğu sisteminde önemli değişikliklere sebep olacağı ve bu durumun da üye devletleri etkileyeceğinden Antlaşma değişikliğini gerektirmesi olarak açıklanmıştır. 2000’lerde ise insan haklarının önemi yeniden gündeme gelmiştir. Bu bağlamda da Avrupa Birliği Anayasası’nda önemli düzenlemeler yapılmışken, Anayasa’nın devletlerce onaylanma safhasındaki bir aşamada onay aşaması askıya alınmıştır. Ardından da Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi’ne nasıl dâhil olacağı konusunda, Avrupa Birliği Antlaşmasında değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu süreç henüz tamamlanamamıştır. Ahmet Burak Bilgin “Avrupa Birliği’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Katılımı- 1. Perde: Tarihsel Süreç”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C: 6, S: 12, Temmuz, s. 9 vd.; Naz Çavuşoğlu, “Maastricht Antlaşması ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku: D. Matthews- Birleşik Krallık’a Karşı Davası”, *Istanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1998, S: 16-17-18-19, s. 95.

⁸³ Çavuşoğlu a.g.m., s. 95 vd.

⁸⁴ Çavuşoğlu a.g.m., s. 95; Şirin a.g.m., s. 310.

⁸⁵ Şirin a.g.m., s. 316-318.

Serbest seçim hakkının ayrıntılı bir biçimde yorumlandığı Mathieu- Mohin ve Clerfayt v. Belçika kararında seçim sistemlerine ilişkin olarak tıpkı 1982 Anayasası'nın 67. maddesinde düzenlenen seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştırması düzenlemesine benzer bir çıkarım yaptığı görülmektedir.⁸⁶ Mahkemenin yaklaşımına göre; seçim kanunları hem seçmenlerin görüşlerini adil ve güvenilir bir şekilde yansıtmalı hem de açık ve güçlü bir siyasi iktidarın ortaya çıkmasını sağlayacak düzenlemeler içermelidir.⁸⁷ Ancak seçim sistemlerinin hangi ilkeleri barındırması gerektiği konusunda Mahkeme'nin bir yaklaşımı bulunsa da, hangi seçim sisteminin Sözleşme'ye taraf devletlerce tercih edilmesi gerektiği konusunda bir yükümlülüğün yüklenmediği görülmektedir.⁸⁸ Herhangi bir seçim sisteminin tercihi konusunda bir zorunluluk içermeyen Sözleşme devletlere geniş bir serbesti tanırken iki hususun ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlar da seçimler sırasında vatandaşların düşüncelerini özgürce açıklamasını sağlayacak bir ortamın yaratılması bağlamında ifade özgürlüğünün sağlanması ve vatandaşların seçme ve seçilme haklarından adil bir biçimde yararlanmasının sağlanmasıdır.⁸⁹

Mahkeme'nin serbest seçim hakkı konusunda genel yaklaşımına yer verdikten sonra %10 ulusal barajı ile ilgili Mahkeme'nin Türkiye hakkında verdiği karara değinmekte fayda vardır.

% 10 ulusal barajına ilişkin olarak yapılan başvuruda⁹⁰ 3 Kasım 2002'de gerçekleştirilen milletvekili genel seçimlerinde Şırnak'tan Demokratik Halk Partisi (DEHAP) milletvekili adayları Resul Sadak ve Sedat Yumak Şırnak'ta geçerli oyların %45,95'ini elde etmiştir. Ancak aday oldukları DEHAP'ın ülke genelinde geçerli oyların %10'una ulaşamaması sebebiyle milletvekili olamamışlar ve partileri de herhangi bir milletvekili çıkaramamıştır.⁹¹

2002 yılında gerçekleştirilen seçimlerde on sekiz parti seçimlere katılmasına rağmen, %10 seçim barajını aşabilen yalnızca iki parti, Adalet ve Kalkınma Partisi ve Cumhuriyet Halk Partisi parlamentoda sandalye elde edebilmiştir. Parlamentoda temsil edilebilen ve temsil edilemeyen partilerin oy oranlarını incelediğimizde seçim barajının yol açtığı sonuçlar şu şekildedir: Toplamda geçerli oyların %34,26'sını alan Adalet ve Kalkınma Partisi 363 milletvekili

⁸⁶ Koçak, a.g.m., s. 126.

⁸⁷ Doğru, a.g.m., s. 234.

⁸⁸ Koçak, a.g.m., s. 128.

⁸⁹ Çavuşoğlu, a.g.m., s. 95.

⁹⁰ AİHM, 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T.

⁹¹ AİHM, 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T., par. 16.

çıkarak, parlamentodaki sandalyelerin %66’sını elde etmiştir. Parlamentoda temsil hakkı elde eden Cumhuriyet Halk Partisi ise %19,4 oy alarak 178 milletvekili çıkarmış ve parlamentodaki sandalyelerin %33’ünü elde etmiştir. Bu iki parti dışında 9 bağımsız aday da parlamentoda yer alabilmiştir.⁹²

Bir de %10 seçim barajını aşamadıkları için temsil edilemeyen partilere ve oy oranlarına bakıldığında; %9,54 oy alan Doğruyol Partisi, %8,36 oy alan Milliyetçi Hareket Partisi, %7,25 oy alan Genç Parti, %6,22 oy alan DEHAP ve %5,13 oy alan Anavatan Partisi’nden oluşan bu tablo karşımıza çıkmaktadır.⁹³

Seçimler sonucunda yaklaşık %45 temsil edilemeyen oy oranı ortaya çıkmış ve çok partili hayata geçilmesinden itibaren en düşük temsil oranına sahip ilk parlamento görünümü ortaya çıkmıştır.

2002 yılında gerçekleştirilen seçimlerde aday oldukları partinin %10 barajını aşamaması sebebiyle parlamentoda temsil hakkı elde edemeyen Resul Sadak ve Sedat Yumak 1 Mart 2003 tarihinde AİHS’nin Ek 1 No.lu Protokolü’nün 3. maddesinde düzenlenen serbest seçim hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM’e başvurmuştur. 20 Ocak 2007 tarihinde kararını veren Daire, ülkede uygulanmakta olan seçim barajının geçerli oyların parlamentoda nasıl sandalyeye dönüştürüleceğini belirleyen seçim kurallarının bir ürünü olduğunu belirtmiştir. 3 Kasım 2002’de gerçekleştirilen seçimlerin çok öncesinde 2839 sayılı kanunda yerini bulan barajın aşılabilmesi hâlinde aday oldukları bölgede ne kadar oy alırlarsa alsınlar parlamentoda sandalye elde edemeyeceklerini öngörebilmeleri mümkündür.⁹⁴

Daire verdiği kararında Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinin AİHS’nin diğer maddelerinden farklı olarak sınırlamaları belirtmediğine dikkat çektikten sonra, başvuruya konu olan seçim barajıyla aşırı parçalanmış parlamentoların önlenmesinin ve hükümet istikrarının güçlendirilmesinin amaçlandığını ifade etmiştir. Kararında Türkiye’de özellikle 1970’lerde yaşanan istikrarsızlıkları göz önünde bulundurmuştur.⁹⁵

Anılan tarihte yürürlükte bulunan 2839 sayılı kanununun 16. maddesinin hukuki olarak seçim ittifakı kurmaya engel olduğuna da dikkat çekilmiş ve bu nedenle de bu kanun hükmünü dolanarak küçük partilerin, büyük partilerin içinde sandalye elde etmeye çalıştığı vurgulanmıştır. Daire ayrıca yüksek seçim barajının çok partili

⁹² AİHM, 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T., par. 17.

⁹³ AİHM, 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T., par. 18.

⁹⁴ Serkan Cengiz, Yumak ve Sadak v. Türkiye Kararı (Başvuru No: 10226/03), Tarihsiz, https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/Yumak_ve_Sadak.pdf (Erişim tarihi: 25.08.2018), s. 19.

⁹⁵ AİHM, 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T., par. 78.

hayata geçilmesinden itibaren ilk kez seçmenlerin temsili bakımından en düşük seviyede bir parlamento kompozisyonuna yol açtığına da dikkat çekmiştir.⁹⁶

Yüksek seçim barajının toplumda farklı siyasi alternatiflerin de doğuşuna engel olmadığına dikkat çeken Daire ayrıca Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan seçim kanunlarında temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerinin bağdaştırılmasına da yer vermiş ve Anayasa Mahkemesi'nin 18 Kasım 1995 tarihli kararına da dikkat çekmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin seçim barajlarının oy verme ve seçilme hakkını engellediğine yer vermesine rağmen parçalanmış parlamento yapılarını önlemek amacıyla normal sınırları aşmayan barajın anayasaya uygun olduğuna dair hükme de kararda yer verilmiştir.⁹⁷

Nihayetinde Daire Türkiye'de uygulanan seçim barajının diğer Avrupa ülkeleriyle karşılaştırıldığında en yüksekte kaldığını fakat bunun Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi bağlamında devletlerin takdir marjına dâhil olduğundan, 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁹⁸

Daire'nin ihlal bulunmadığına dair oy çokluğuyla verdiği karar üzerine Yumak ve Sadak Büyük Daire'ye başvurmuştur. Büyük Daire ise yaptığı değerlendirmede Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika kararına atıfta bulunarak yasama organı seçimlerinde devletlerin geniş bir takdir marjının bulunduğunu vurgulamıştır. Devletlerin görevinin seçimler sırasında vatandaşların düşüncelerini özgür bir biçimde açıklayabileceği ortamı yaratmak olduğunu ifade etmiştir. Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi bağlamında devletlerin vatandaşların düşüncelerini özgür bir biçimde açıklayabileceği ortamı yaratmak konusundaki yükümlülükleri makul aralıklarla ve gizli oyla özgür seçimler yapılmasını sağlamaktan ibarettir. Bu şartlara uymak kaydıyla devletlerin istediği seçim sistemini tercih etmesi mümkündür.

Büyük Daire seçim barajına ilişkin 2839 sayılı kanunun 33. maddesinde düzenlemenin oluşturduğu müdahalenin yasal bir amaca hizmet edip etmediği noktasında ve başvuru ile hedeflenen amaç arasında bir oran olup olmadığı noktasında inceleme yapmıştır. Büyük Daire, seçim barajının oldukça yüksek olduğunu tespit etmesine rağmen; Dairenin verdiği karara paralel biçimde müdahalenin parlamentodaki parçalanmayı önlemek ve hükümet istikrarını kuvvetlendirmek gibi meşru bir amaca hizmet ettiği sonucuna varmıştır. Ayrıca Büyük Daire'nin karardan önce gerçekleşen 2007 seçimlerinde seçim barajını aşamayacağını düşündükleri partileri yerine bağımsız olarak milletvekili adayı olan ve başvurularla aynı siyasi partinin kökeninden gelenlerin parlamentoda yer bulabildiğini ifade etmiştir.

⁹⁶ AIHM, 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T., par. 87.

⁹⁷ AIHM, 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T., par. 42.

⁹⁸ AIHM, 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T., par. 127.

Büyük Daire 8 Temmuz 2008 tarihinde yaptığı değerlendirme neticesinde aşırı yüksek bulduğu barajın indirilmesini tavsiye etmekle birlikte; barajın Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesinde güvence altına alınan serbest seçim hakkını ihlal etmediğine oy çokluğuyla karar vermiştir.⁹⁹

AİHM’in Türkiye hakkında seçim barajıyla ilgili verdiği kararlar ilgili olarak varılabilecek çeşitli sonuçlar bulunmaktadır. Mahkeme her ne kadar %10’luk seçim barajının Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesini ihlal etmediği sonucuna varsa da uygulanan barajın Avrupa Konseyi standartlarının oldukça üzerinde olduğuna vurgu yapmıştır. Ancak barajın yüksekliği konusundaki görüşünü ifade ettikten sonra bu konuda gerekli düzenlemelerin yapılması hususunda Türk makamlarına düştüğü sonucuna varmıştır.

Türkiye’de uygulanan seçim barajına ilişkin AYM VE AİHM tarafından gerçekleştirilen denetimler sonrasında seçim barajının düşmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmamıştır. Ancak 2018 yılında seçim barajının etkisini önemli ölçüde etkileyen bir gelişme yaşanmıştır. 2018 yılında kabul edilen 7102 sayılı kanunla önceden fiilen uygulanan seçim ittifakları hukuki bir zemine kavuşmuştur. 13.03.2018 tarihinde kabul edilen ve 16.03.2018 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 7102 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile siyasi partilerin anlaşarak ortak liste ile seçimlere katılması mümkün hâle gelmiştir.

Seçim ittifaklarıyla birlikte seçim barajını aşamayacağı muhtemel olan küçük bir partinin büyük bir partiyle ya da birden fazla partiyle ittifak yaparak seçim barajı engelini aşması mümkün olmaktadır. Böylece de seçim barajının altında kalacak partilerin parlamentoda sandalye elde etmesiyle hem temsilde adalet ilkesi daha yüksek düzeyde gerçekleşmektedir hem de güçlü parlamento çoğunlukları oluşmaktadır. Bu bağlamda seçim ittifakları, ulusal düzeyde uygulanan %10’luk seçim barajının etkisini azaltmaktadır. Ancak küçük partilerin bu imkânı elde edebilmek için mutlaka büyük bir partiyle ya da birden fazla küçük partiyle ittifak anlaşması yapması gerekmektedir.

Bir araştırmada temsilde adalet ve yönetimde istikrar gibi bağdaşması zor iki ilkenin varlığı karşısında oldukça yüksek olan %10 seçim barajının yönetimde istikrar ilkesine böylesi önemli bir katkısının olup olmadığı tartışılmıştır.¹⁰⁰ Bu araştırmada 1995 ve 2007 yılları arasında gerçekleştirilen dört genel seçim, 1995, 1999, 2002 ve 2007 seçimleri, esas alınmıştır. Dört genel seçim

⁹⁹ AİHM, 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T. Par. 147-148.

¹⁰⁰ Türkmen Göksel ve Yetkin Çınar, “Seçim Barajını “Yönetimde İstikrarı Azaltmayan Bir Seviyeye” Düşürmek Mümkün mü?” *TEPAV Politika Notu*, 2011, s. 1.

açısından da temsilde adalet ve yönetimde istikrar seviyeleri ölçülmüştür. Bir de her iki ilkeyi bağdaştıran baraj seviyesi ölçülmüş ve bu barajın %4 olduğu saptanmıştır.¹⁰¹

Seçim barajının %4 olması hâlinde meclise giren parti sayısında önemli bir artış olmaktadır. Özellikle temsilde adalet ilkesinin en zayıf olduğu 2002 seçimlerine bakıldığında %10 barajıyla mecliste iki parti temsil edilmesine rağmen, barajın %4 olması hâlinde mecliste temsil edilen parti sayısı yediye çıkmaktadır. Araştırmada esas alınan dört seçimin ortalamasına bakıldığında barajın %4 olarak hesaplanması hâlinde mecliste temsil edilen parti sayısı 3,75'ten 6,25'e çıkmaktadır. Mecliste temsil edilemeyen oy oranı ise %23'ten %5'e düşmektedir.¹⁰² Temsilde adaletle ilişkin veriler bu olmakla birlikte yönetimde istikrara ilişkin verilerdeki değişime bakıldığında; en büyük üç partinin ağırlıklı güç toplamını ifade eden güç endeksi 0,44'ten 0,40'a düşmektedir.¹⁰³ Görüldüğü gibi seçim barajındaki bu değişimle temsilde adalet oranındaki bu artışa rağmen yönetimde istikrar ilkesinde kayda değer bir düşüş yaşanmamaktadır. Böylece de seçim barajının %10'dan daha düşük bir seviyeye düşürülmesi durumunun yönetimde istikrar ilkesini zedeleyecek bir sonuç doğurmayacağı ortaya çıkmaktadır.

Türkiye'de yaşanan hükümet krizleri sonrasında %10 barajıyla siyasi parti sayısını azaltarak hükümet istikrarının sağlanması amaçlansa da çok partili bir siyasal yapının varlığına engel olunamamıştır.¹⁰⁴ Seçim barajının düşürülmesi temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesi arasında denge sağlamanın yanında parlamento dışında yer alan muhalefetin parlamento içine taşınmasını sağlayacaktır. Temsil edilmeyen seçmen sayısı da azalacağı için aşkın ve eksik temsilin de önüne geçilmesini sağlayacaktır.¹⁰⁵

¹⁰¹ Seçime giren bütün partilerin parlamentoda elde ettiği sandalye oranıyla, oy oranları arasındaki mutlak farktan en yüksek olan değer orantısızlık endeksini yansıtmaktadır. Yapılan seçimlerde temsilde adaletin ölçümü orantısızlık endeksiyle yapılmıştır. Yönetimde istikrar ilkesinin hesaplanmasında ise parlamenter hükümet sisteminin geçerli olduğu ve TBMM üye tamsayısının 550 olduğu dönemlerde gerçekleştirilen seçimler açısından çeşitli kararların alınmasında gerekli olan yeter sayılar esas alınmıştır. Bu dönemde hükümetin kurulabilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğu yeterli olmasına rağmen, görev sırasında güvenoyu arandığında TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğu aranmaktadır. Bu nedenle de hükümetler kurulurken 276 olan üye tamsayısının salt çoğunluğuna ulaşmayı hedeflemişlerdir. Bu doğrultuda da koalisyonların gerekmesi hâlinde her bir partinin sahip olduğu milletvekili sayısı da partinin belirleyici rolü olarak ifade edilmiş ve 0 ile 1 arasında değişen güç endeksi hesaplanmıştır. Yönetimde istikrar ilkesi ise TBMM'deki en çok milletvekiline sahip üç partinin güç endekslerinin belirli ağırlık verilerek toplanmasıyla ortaya çıkan ağırlıklı güç endeksiyle ölçülmüştür. Göksel ve Çınar, a.g.m., s. 2.

¹⁰² Göksel ve Çınar, a.g.m., s. 2.

¹⁰³ Göksel ve Çınar, a.g.m., s. 2.

¹⁰⁴ İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Derstleri- Genel Esaslar*. İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 207.

¹⁰⁵ Hasan Buran, *Seçim Sistemleri ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Sistemi Önerisi*, 1. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2005, s. 182.

IV. SONUÇ

Bir ülkenin seçim sisteminde, seçim sisteminden meydana gelen doğal barajın etkisinin yanında anayasadan ya da kanundan kaynaklanan başka bir barajın kabulü parlamentoda temsil edilecek parti sayısını azaltıcı bir etki yaratmaktadır. Seçim sistemlerinde yüksek bir barajın kabul edilmesi parlamentoda istikrarlı ve güçlü çoğunlukların oluşturulmasını bu doğrultuda da istikrarlı hükümetlerin kurulmasını amaçlamaktadır.

Türkiye’de ulusal düzeyde seçim barajının getirilmesi istikrarsız hükümetler sonucunda yaşanan krizler ve askeri müdahale sonrasına denk gelmektedir. Parlamentoda temsil edilebilmek için ülke genelinde kullanılan geçerli oyların %10’unun elde edilmesi gerektiği Avrupa’nın en yüksek seçim engelini oluşturmaktadır. %10 barajının varlığına rağmen Türkiye’de parlamentoda çok partili bir yapı devam etmiştir.

AYM seçim çevresinde uygulanan barajı Anayasaya aykırı bularak iptal etmesine rağmen ulusal düzeyde uygulanan barajı Anayasaya aykırı bulmamıştır. AİHM’in verdiği kararda ise Avrupa’daki en yüksek seçim barajının Türkiye’de olduğuna karar verilmesine rağmen, uygulamanın ülkelerin takdir marjı kapsamında kaldığı belirtilerek ihlal kararı verilmemiştir.

Türkiye’de seçim barajının oldukça yüksek düzeyde varlığının korunması temsilde adalet ilkesi ve yönetimde istikrar ilkesi ikileminde, yönetimde istikrar ilkesinden yana tutum sergilendiğinin göstergesidir. Ancak seçim barajı ile ilgili korunan mevcut hukuki duruma rağmen 2018 yılında kabul edilen 7102 sayılı kanunla önceden fiilen uygulanan seçim ittifaklarının hukuki hâle gelmesi temsilde adalet ilkesinin gerçekleştirilmesi konusunda oldukça önemli bir adımdır ve seçim barajının engelleyici etkisini azaltmaktadır. Seçim ittifaklarıyla küçük partiler parlamentoda temsil edilebilmek için her ne kadar bir başka partiyle ittifak yapmak zorunda kalsa da temsil olanağı bulabilmektedirler. Seçim ittifaklarının gerçekleştirilmesiyle yalnızca temsilin adil gerçekleşmesi sağlanmakta aynı zamanda güçlü parlamento çoğunlukları da elde edilerek yönetimde istikrar ilkesi de olumlu yönde etkilenmektedir. Ancak bunlara rağmen seçim barajının yönetimde istikrar ilkesini de azaltmayacak şekilde daha düşük bir seviyeye indirilmesi temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri arasında dengeyi sağlandığı bir seçim sistemini meydana getirecektir.

KAYNAKÇA

- Ahmar May, *Election Terminology: A Guide to Frequently Used Terms and Phrases*, Washington, National Democratic Institute, 2009.
- Akbulut Olgun, *Serbest Seçim Hakkı*. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme. Sibel İnceoğlu (Ed.), 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.
- Bilgin Ahmet Burak, "Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Katılımı- 1. Perde: Tarihsel Süreç", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C: 6, S: 12, Temmuz.
- Blais Andre ve Loewen Peter J. "The French Electoral System and Its Effects". *West European Politics*, 2009, C: 32, S: 2.
- Buran Hasan, *Seçim Sistemleri ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Sistemi Önerisi*, 1. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2005.
- Chiaromonte Alesandro ve D'Alimonte Roberto, "The New Italian Electoral System and Its Effects on Strategic Coordination and Disproportionality", *Italian Political Science*, 2018, C: 3, S: 1.
- Çavuşoğlu, Naz "Maastricht Antlaşması ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku: D. Matthews- Birleşik Krallık'a Karşı Davası". *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1998, No: 16-17-18-19.
- Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C II*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.
- Eren Abdurrahman "Türkiye'de Uygulanan %10 Genel Seçim Barajının Serbest Seçim Hakkını İhlal Sorunu" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C: 16, S: 2.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Comparative Report on Thresholds and Other Features of Electoral Systems Which Bar Parties From Access to Parliament*. Strasbourg, 2008.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Comparative Report on Thresholds and Other Features of Electoral Systems Which Bar Parties From Access to Parliament II*. Strasbourg, 2010.
- Fendoğlu Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Gedik Ömer, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul, 2013.
- Göksel Türkmen ve Çınar Yetkin, "Yeni Anayasal Sistemde Seçim Sistemleri Simülasyonları", *TEPAV Politika Notu*, 2017.
- Göksel Türkmen ve Çınar Yetkin, "Seçim Barajını "Yönetimde İstikrarı Azaltmayan Bir Seviyeye" Düşürmek Mümkün mü?" *TEPAV Politika Notu*, 2011.

- Göztepe Çelebi Ece, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Değerlendirmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2015, S: 32.
- Hakyemez Yusuf Şevki, “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Açısından Seçim Barajı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C: 11, S: 1-2.
- Kaboğlu İbrahim Özden, *Anayasa Hukuku Dersleri- Genel Esaslar*. İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.
- Koçak Mustafa, “Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2006, S: 23.
- Kontacı Ali Ersoy, *Kırılğan Demokrasilerde Siyasal Örgütlenme Özgürlüğü*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016.
- Sabuncu, Yavuz, “Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2006, S: 23.
- Sartori Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği-Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, Ergun Özbudun (Çev), Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.
- Sezer Abdullah, *Demokrasi Teorisinde ve Pratiğinde Seçim Barajları (Adalet -İstikrar İkileminde %10 Ulusal Baraj Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz)*, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014.
- Şener Orhan, “Avrupa Seçimlerinden Alınacak Dersler”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C: 2, S: 2.
- Şirin Tolga, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2011, C: 16, S: 3-4.
- Taylor Greg “The Constitutionality of Election Thresholds in Germany”, *International Journal of Constitutional Law*, 2017, C: 15, S: 3.
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Turchenko Mikail ve Shevchuk Sergey, “Veto Players and Major Electoral Reforms in Russia”, *Russian Politics*, 2016, S: 1.
- Türk Hikmet Sami, “Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2006, S: 23.
- Yokuş Sevtap, “Türkiye’de %10 Seçim Barajına İlişkin Hukuksal ve Siyasal Tartışmalar”, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2007, S: 11.
- Yüzbaşıoğlu Necmi, “Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, C: 50, S: 1-2.

Mahkeme Kararları

- AİHM., 1028/61 Başvuru No. X v. Belçika, 18.09.1961 T.
- AİHM., 7215/75 Başvuru No. X v. Birleşik Krallık, 05.11.1981 T.
- AİHM., 9267/81 Başvuru No. Mathieu- Mohin ve Clerfayt v. Belçika 02.03.1987 T.
- AİHM., 24833/94 Başvuru No. 18.02.1999 T. Mathews v. Birleşik Krallık
- AİHM. 10226/03 Başvuru No. Yumak ve Sadak v. Türkiye, 08.07.2008 T.
- AİHM., W, X, Y, Z v. Belçika kabul edilebilirlik kararı
- AYM., 1968/15 E., 1968/13 K. 3, 4 ve 6.05.1968 T.
- AYM., 1984/1 E. ve 1984/2 K., 01.03.1984 T.
- AYM., 1986/17 E., 1987/11 K., 22.05.1987 T.
- AYM., 1995/54 E., 1995/59 K., 18.11.1995 T.
- AYM., 1996/56 E., 1995/60 K., 01.12.1995 T.
- AYM., 2014/5425 Başvuru No., 23.07.2014 T.
- AYM., 2014/8842 Başvuru No., 06.01.2015 T.
- AYM., 2015/6723 Başvuru No., 14.07.2015 T.
- YSK., 4025 S., 25.09.2014 T.

Elektronik kaynaklar

- https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Erişim tarihi: 04.07.2018)
- http://gov.ge/files/57731_57731_584699_288_57731_929968_ElectionsInGeorgia.PDF
(Erişim tarihi: 24.02.2019)
- <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20972.pdf> (Erişim tarihi: 27.02.2019)

Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem mi? 1996 Tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme^(*)

A New Era for Custody Cases? An Analyse on the 1996 Hague
Convention on Parental Responsibility

Arş. Gör. Ayşe Kübra ALTIPARMAK^(**)

Öz

Sınır aşan uyuşmazlıklarda çocukların korunması ve velayete ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere, 2017 yılında bir yenisi daha eklenmiştir: 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi.

1996 Lahey Velayet Sözleşmesi, aynı konuda daha önce akdedilen 1961 tarihli Küçüklerin Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi'nin, daha geniş bir sahada tatbiki için, bu sözleşmenin yeniden ele alınmasıyla oluşmuştur. 1996 Lahey Velayet Sözleşmesi, çocukların korunmasına ilişkin daha fazla adli ve idari önlem içermesi yanında, velayet yükümlülüğüne ve çocuğun malvarlığının korunmasına uygulanacak hukuk, yetki, tanıma ve tenfiz konularında hükümler de barındırmaktadır. Bu nedenle Sözleşme, âkit devletler bakımından bütüncül bir sistem kurmaktadır. Çocuğun korunması ve velayet konularında getirdiği bu bütüncül sistem yanında, Avrupa Birliği (AB) ile 2013 yılında başlatılan Vize Serbestisi Diyaloğu çerçevesinde Sözleşme'nin, ülkemizce hayata geçirilmesi beklenen yasal düzenlemelerden olduğu da ifade edilmiştir. Bu husus, konunun önemi politik bakımdan da arttırmaktadır.

Çalışmamızda çocukların korunmasına ve velayete ilişkin olarak 1996 Lahey Velayet Sözleşmesi'yle tamamlanan sistem, genel bir yapıda ortaya konularak, Türk hukukuna etkileri tartışılacaktır. Gerekli görülen noktalarda genel tartışmalar detaylandırılacaktır.

Anahtar Kelimeler

1996 Lahey Velayet Sözleşmesi, Velayet, Kanunlar İhtilâfı, Tanıma-Tenfiz, Milletlerarası Yetki.

Abstract

Turkey has adopted several international conventions regarding protection of children and custody in cross-border legal disputes. In 2017, a new one has been added to the list: Convention of 19th October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 16.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 16.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 02.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 21.11.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 05.12.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
E-mail: ak_altiparmak@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0003-3593-4543>.

1996 Hague Convention on Parental Responsibility is agreed upon in light of the need for a revision of the 1961 Hague Convention Concerning Protection of Infants for its' broader application. The Convention has created an integrated system for the contracting states by bringing rules on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement and cooperation. As well as building a unitary system for contracting states, it has been stated that The 1996 Convention is of high importance due to ongoing Visa Free Dialogue between Turkey and the EU which has started in 2013. This also, increase the politic importance of the subject.

In this study, the integrated system of the 1996 Convention on Children's Rights and Parental Responsibility and its' possible affects on Turkish law will be examined. The explanations will be detailed where it is considered necessary.

Keywords

1996 Hague Convention on the Protection of Children, Parental Responsibility, Conflict of Laws, Recognition-Enforcement, International Jurisdiction.

1. GENEL OLARAK TÜRK HUKUKUNDA VELAYETE UYGULANACAK HUKUK

A. Velayete Uygulanacak Hukuka İlişkin MÖHUK Düzenlemeleri

Yabancı unsur taşıyan velayet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk, 2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹ (MÖHUK) 19 ve 20. maddelerinde düzenlenmiştir. Velayet başlığını taşıyan m. 19'a göre "Velayet, nesebi düzenleyen hukuka tabidir." Buna göre velayet, çocuk evlilik içinde doğmuşsa evlenmenin genel hükümlerinin tabi olduğu hukuka (m. 15), çocuk evlilik dışında doğmuşsa nesebin veya nesebin düzeltilmesinin tabi olduğu hukuka (m. 16-17), çocuk evlat edinilmişse evlatlık ilişkisini düzenleyen hukuka göre belirlenecektir.² Bir boşanma durumunda velayete uygulanacak hukuk ise ayrıca düzenlenmiştir. "Boşanmada velayet" başlığını taşıyan m. 20'ye göre, "Boşanmada velayet ve velayete ilişkin sorunlar hakkında boşanmanın tabi olduğu hukuk uygulanır." Görüldüğü gibi mülga kanunda boşanmada velayete uygulanacak hukuk, diğer durumlardan ayrı düzenlenmiş ve evlilik içinde ve dışında doğan çocukların nesebi, mülga Medeni Kanun'un da etkisiyle, farklı rejimlere tabi tutulmuştur.

5718 sayılı MÖHUK'ta³ velayetin, evlilik içinde veya dışında doğan çocuklar bakımından ayrı düzenlenmesine son verilmiştir.⁴ Bunun yerine soybağının hükümleri başlıklı ayrı bir düzenleme getirilerek, soybağının hükümleri soyba-

¹ R.G. 22.05.1982/17701.

² Günseli Öztekin Gelgel, *Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, S. 8, Güz 2005/2, 119-148, s. 120, Burak Huysal, *Devletler Özel Hukukunda Velayet*, Legal Yayınevi, 2005, s. 109 vd.

³ R.G. 12.12.2007/26728.

⁴ Konunun eleştirisi için bkz.: Huysal, a.g.e.; s. 112, 168 vd.

ğını kuran hukuka tabi tutulmuştur. Kanun'un gerekçesinde, velayetin de soybağının hükümlerinden olduğu, bu nedenle mülga kanundaki m. 19 düzenlemesinin kaldırıldığı ifade edilmiştir.⁵

5718 sayılı Kanun'da yabancılık unsuru taşıyan velayet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk, "soybağının hükümleri" başlığını taşıyan m. 17'ye göre tespit edilecektir.⁶ Madde ifadesi şu şekildedir "Soybağının hükümleri, soybağınını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır." Görüldüğü gibi bu maddeye göre soybağının hükümleri soybağınını kuran hukuka tabi tutulduğundan, velayet de bu hukuka tabi olacaktır.⁷ Soybağınını kuran hukuku gösteren m. 16'ya göre, "Soybağınını kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa, çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur."

⁵ . 5718 sayılı MÖHUK'un Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri için bkz.: Bilgin Tiryakioğlu/Mesut Aygün/Esin Küçük, *Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı*, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 73 vd.

⁶ Cemal Şanlı/ Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 153; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 22. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 280; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara, 2017, s. 317; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 265; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 168.

⁷ Mülga Kanun'da velayet, nesebi (soybağınını) kuran hukuka tabi tutulmuştur. Bu da halin şartlarına göre evliliğin genel hükümlerinin tabi olduğu hukuk, nesebin kurulmasının veya düzeltilmesinin tabi olduğu hukuk, evlat edinme ilişkisini düzenleyen hukuk olabilmekteydi. Ancak işaret edilen bu bağlama kurallarına göre soybağınını kurulamaması ihtimali her zaman geçerliydi. Örneğin evlilik birliği içinde doğmuş bir çocuğun velayetini düşünelim. Burada m. 19 gereği velayet nesebi düzenleyen hukuka tabi tutulduğundan ve evlilik birliğinde nesebi düzenleyen m. 15'e gidilecek, bu da bizi evliliğin genel hükümlerine yönlendirecektir. Evliliğin genel hükümlerinde gösterilen basamaklı bağlama kuralında tarafların müşterek ikametgâhı bulunduğunu ve bu hukukun uygulanacağını varsayalım. Bu hukuka göre soybağınını kurulamaması durumunda ne olacaktır? Velayet hakkı hangi hukuka göre tesis edilecektir? Buna karşılık 5718 sayılı Kanun'da soybağınını kurulmasıyla soybağınını hükümleri, ayrı olarak düzenlenmiştir. Kanun, m. 16'da getirdiği basamaklı bağlama kuralıyla soybağınını geçerli olarak kurulmasını hedeflemiştir. İlgili maddenin gerekçesinde, kuralın düzenlenmesinde göz önünde tutulan temel hususun çocuğun menfaati olduğu ifade edilmiştir. Burada milletlerarası özel hukukta genel olarak benimsenen yaklaşımın aksine, olayla en sıkı ilişkili hukukun uygulanması yani milletlerarası özel hukuk adaleti değil; maddi hukuk adaleti gözetilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi sonucu, çocuğun menfaati gözetilerek her durumda soybağınını kurulması sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak aile içi ilişkilerde uygulanan hukukta bütünlük sağlanması amacıyla, ailenin müşterek bir hukukun bulunması durumunda bu hukukun öncelikle uygulanacağı da m. 17'de ifade edilmiştir. Bkz.: Tekinalp/Uyanık, a.g.e., 176 vd. Milletlerarası özel hukuk adaletiyle ilgili bkz.: Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 34.

5718 sayılı MÖHUK'ta velayete uygulanacak hukuk, genel olarak m. 17'ye göre tespit edilse de, boşanma ve evlat edinme durumları bakımından ayrı düzenlemelere gidilmiştir. Boşanmada velayet m. 14/3 ile boşanmaya uygulanacak hukuka (m. 14/1) tabi tutulmuştur. Buna göre boşanma durumunda velayete eşlerin müşterek milli hukuku, taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı halde Türk hukuku uygulanır.⁸ Evliliğin boşanma kararı ile son bulması halinde çocukların velayetinin kime verileceği, bu konuda aranan şartlar, velayet hakkının kapsamı, kişisel ilişki kurma ve diğer eşin hakları konusunda, boşanmada yetkili olan hukuk uygulanacaktır.⁹ Bu düzenleme ile mülga kanunda boşanmada velayete uygulanacak hükmün (m. 20) sistematik açıdan doğru yere konulduğu doktrinde ifade edilmiştir.¹⁰

Evlat edinme ilişkisinde velayet ise evlat edinmenin hükümlerinden kabul edilmiştir.¹¹ Evlat edinmeye uygulanacak hukuku gösteren m. 18'in 3'üncü fıkrasında evlat edinmenin doğuracağı hukuki sonuçlar hakkında; evlat edinenin milli hukuku, eşler birlikte evlat edinmişlerse; evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuk yetkili kılınmıştır. Velayete uygulanacak hukuk da bu hükmeye göre tespit edilecektir.

B. Velayet Konusunda Türkiye'nin Taraf Olduğu Sözleşmeler

Yabancılık unsuru barındıran velayet uyuşmazlıklarında MÖHUK m. 1/2 hükmü gereğince Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri öncelikle uygulanır. Türkiye'nin taraf olduğu velayete ilişkin sözleşmeler;¹²

- 1961 Tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi,¹³
- 1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi,¹⁴

⁸ Nomer, a.g.e., s. 263; Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 248; Tekinalp/Uyanık, s. 168.

⁹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 248.

¹⁰ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 248.

¹¹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 265-289.

¹² Türkiye Cumhuriyeti velayet konusunda pek çok sözleşmeye taraftır. Ancak bu sözleşmeler çoğunlukla velayet kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkindir. Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 154.

¹³ RG. 21.02.1983-17966.

¹⁴ RG. 02.11.1999-23864. Sözleşme'ye ilişkin yargı kararları ve uygulamadan örnekler için bkz.: İknur Altuntaş, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006; Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı *1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri*, 22-13 Şubat Ankara, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/yayinlarimiz/lahey_cocuksemineri.pdf (27.07.2019). Sözleşmeye-

- 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi,¹⁵
- 2003 tarihli Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi,¹⁶
- 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi¹⁷

1961 tarihli Küçüklerin Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi, Türkiye’de 1983 yılından bu yana yürürlükte. Bu sözleşme, yabancı unsurlu velayete uygulanacak hukuk yanında, bu konuda yetkili makamları da belirlemektedir.¹⁸ Sözleşmeye göre çocuğun velayeti hakkında karar vermeye yetkili makam çocuğun mutad meskeni makamlarıdır. Yine bu konuda uygulanacak hukuk, küçüğün (*infant*) mutad meskeni hukukudur. Küçüğün şahsı ve mallarına ilişkin koruma tedbirlerini de (m. 1) mutad meskeni makamları alabilir ve bu konuda da mutad mesken hukuku uygulanır.

1961 Sözleşmesi’nin uygulandığı dönemde, yabancı idari makamların verdiği velayet kararlarının MÖHUK’a göre tenfizi mümkün olmadığından ve mahkemelerin tenfiz etmediği velayet kararlarında (tenfizde içeriğe girme yasağı nedeniyle velayetin yeniden tesisine ilişkin bir kararın verilmesi mümkün olmadığından) çocuğun durumu Türk hukukunda belirsiz kalmaktaydı. Bu nedenlerle Sözleşme kendinden beklenen işlevini gerçekleştiriyor ve Türk uygulamasında güçlükler doğuruyordu.¹⁹ Bu zorluklar ise 1980 tarihli Velayete İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile aşılmıştır.²⁰ 1997 tarihinde imzalanan Velayete

le ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention*, Oxford, Hart Publishing, 2013; Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan ve Alınan Çocukların İadesi*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2010; Bahadır Erdem, *Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları*, MHB, C. 35, S. 2, 147-171.

¹⁵ RG. 15.05.2000-23965. Sözleşme’nin uygulanmasında Yargıtay yaklaşımıyla ilgili olarak bkz.: Ömer Uğur Gençcan, *Velayet Hukuku, Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 629-678.

¹⁶ RG. 17.11.2011-28155. Bunlar yanında çocukların şahıs ve malvarlığının korunmasına ilişkin olarak Türkiye, Çocukların Korunması ve Uluslararası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine İlişkin 1993 tarihli Sözleşmeye de taraftır. Yine 1989 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuğun üstün yararının gözetilmesinde temel ilkeleri belirleyen en önemli metinlerden birisidir. (R.G. 27.1.1995-22184) Nitekim Yargıtay’ın velayetle ilgili pek çok kararında bu sözleşmenin “çocuğun üstün yararını” düzenleyen 3’üncü maddesine atıfta bulunulduğu görülecektir. Örnek olarak bkz.: Yarg. 2. H.D., E. 2016/17842 K. 2016/13832 T. 17.10.2016; Yarg. 2. H.D., E. 2016/10241 K. 2016/12086 T. 21.6.2016.

¹⁷ RG. 22.05.2016-29719

¹⁸ Öztekin Gelgel, a.g.m., s. 123.

¹⁹ Öztekin Gelgel, a.g.m., s. 123.

²⁰ Öztekin Gelgel, a.g.m., s. 124.

İlişkin Avrupa Sözleşmesi, 1999'da Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.²¹ Bu sözleşme, taraf devletlerin yetkili makamları tarafından alınan velayete ilişkin kararların, tanınması ve tenfizinde kolaylık sağlayarak, 1961 Sözleşmesi'ne işlerlik kazandırmıştır.²² 1961 Lahey Sözleşmesi'ne göre alınan kararların, Avrupa Sözleşmesi'ne göre tanınıp, tenfiz edilmesi öngörülmüştür. Sözleşme, taraf ülkelerin merkezî makamları aracılığıyla velayet ve kişisel ilişki kurma haklarını koruyarak, haksız şekilde yeri değiştirilen çocukların nerede olduğunun bulunması ve velayetin tesis edilmesinde merkezi makamlar aracılığıyla hızlı, ücretsiz ve kolay yardım sunulmasını amaçlamaktadır.²³ Her ne kadar tenfiz prosedürünü hızlandırsa da, tenfize ilişkin karışık şartlar taşıması nedeniyle bu sözleşme de çok fazla talep görmemiştir.²⁴

Türkiye son olarak Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nın velayete ilişkin en kapsamlı düzenlemesi olan Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmuştur. Sözleşme 1 Şubat 2017 itibarıyla Türkiye açısından yürürlük kazanmıştır.²⁵ Böylece bu tarihten itibaren 1961 Sözleşmesi'nin uygulanması sona ermiştir denilebilir.²⁶ Velayete ve çocukların korunmasına ilişkin Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Teşkilatının en kapsamlı düzenlemesi olan bu sözleşme, 46 taraf ülkeyle geniş bir uygulama alanına sahiptir.²⁷

²¹ Kabul kanunu için bkz.: R.G. 8.8.1999- 23780. 105 No.lu Avrupa Velayet Sözleşmesi 1980 yılında Avrupa Konseyi tarafından imzaya açılmıştır. Sözleşmeyle ilgili detaylı bilgi için bkz.: Council of Europe, Conventions, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105> (23.07.2019).

²² Öztekin Gelgel, a.g.m., s. 124.

²³ Council of Europe, Conventions: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105> (02.08.2019).

²⁴ Öztekin Gelgel, a.g.m., s. 126.

²⁵ HCCH, <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=538> (01.08.2019). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz.: T.C. Adalet Bakanlığı, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli-soz/lahey/turkce_lah34.pdf (02.08.2019).

²⁶ 1961 ve 1996 Sözleşmesi'ne taraf olan devletler arasında 1996 tarihli Sözleşme uygulanacaktır. 1961 Sözleşmesi'ne taraf olup, 1996 Sözleşmesi'ne taraf olmayan tek devlet Çin Halk Cumhuriyeti Macau Özerk Bölgesidir. Bu nedenle Türkiye bakımından 1961 Sözleşmesi, yalnızca Macau Özerk Bölgesi için uygulanacaktır. Ulusu Karataş, a.g.m., s. 913.

²⁷ HCCH, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (01.08.2019).

2. 1996 VELAYET SORUMLULUĞU VE ÇOCUKLARIN KORUNMASI HAKKINDA TEDBİRLER YÖNÜNDEN YETKİ, UYGULANACAK HUKUK, TANIMA, TENFİZ VE İŞBİRLİĞİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİ

A. Genel Bilgiler

a. Sözleşmenin Hazırlanışı

Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, bu meselelerin çözümünde önceki iki Lahey düzenlemesinin²⁸ eksiklerini göz önüne alarak hazırlanan²⁹ ve 5 Ekim 1961 Tarihli Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme'nin³⁰ yerine getirilen son düzenlemedir.³¹ Peki, velayete ilişkin olarak hâlihazırda 1961 Lahey Sözleşmesi yürürlükteyken neden bu yeni düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur? 1980 ve 1993 tarihli sözleşmelere çok sayıda ülke taraf olmuş³² ve böylece geniş bir sahada tatbik edilmişlerdir. 1961 Sözleşmesi ise beklenen ilgiyi görmemiştir.³³ 1961 Sözleşmesi'nin Kıta Avrupası devletleri dışındaki ülkeler için cazip hale getirilerek, daha geniş bir sahada uygulanması amacıyla yeniden ele alınması gündeme gelmiştir. Bununla birlikte 1961 Sözleşmesi'ndeki eksiklik ve yorum farklılıklarının giderilmesi de hedeflenmiştir.³⁴

Sözleşmenin hazırlanması için oluşturulan özel komisyon dört kez toplanmış, devamında düzenlenen diplomatik konferansa ise otuz beşi teşkilat üyesi

²⁸ Bunlar, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair 1980 tarihli Sözleşme ile Çocukların Korunması ve Uluslararası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine İlişkin 1993 tarihli Sözleşme'dir. Türkiye, her iki sözleşmeye de taraftır.

²⁹ Sözleşmeyle ilgili hazırlık çalışmalarının ve detaylı açıklamaların yer aldığı rapor için bkz.: Paul Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention* by Paul Lagarde (*Lagarde Raporu*), <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2943> (01.08.2019).

³⁰ Dorothea Van Iterson, *The New Hague Convention on the Protection of Children: A View from the Netherlands*, *Uniform Law Review*, 2 (3), 1997, 474-486, s. 474.

³¹ Peter Nygh, *The New Hague Child Protection Convention*, *International Journal of Law, Policy and the Family* 11, 1997, 344-359, s. 344; Linda Silberman, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children: Should the United States Join?*, *Family Law Quarterly*, Vol. 34, No. 2, 2000, 239-270, s. 243.

³² 1980 Çocuk Kaçırma Sözleşmesine 97 ülke, 1993 Uluslararası Evlat Edinme Sözleşmesine 98 ülke taraftır. Taraf ülkeler için bkz.: HCCH, *Conventions*, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions> (01.08.2019).

³³ 1996 Sözleşmesi'nin düzenlendiği tarihlerde 1961 Sözleşmesi'ne taraf devlet sayısı yalnızca 11'dir. Bkz.: *Lagarde Raporu*, s. 541.

³⁴ Van Iterson, a.g.m., s. 474; Bilgin Tiryakioğlu, *Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme* (La Haye 19 Ekim 1996), Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 382 vd.

olmak üzere, toplam elli devlet katılmıştır.³⁵ Devletler yanında, pek çok hükümet dışı örgüt de çalışmalara katılmıştır.³⁶

1980 ve 1993 tarihli Lahey Konvansiyonlarının aksine 1996 Konvansiyonu'nun konusunu ilk bakışta net olarak anlamak mümkün değildir. Hazırlık çalışmaları sırasında delegeler daha net ve kısa bir isim olarak “Çocukların Korunması” ismini önerse de; 1993 Konvansiyonu'yla karışıklık olabileceği ve bu ismin maddi hukuka dair bir içerik çağrıştırabileceği gerekçeleriyle, bu talep kabul edilmemiştir.³⁷ Bunun yerine, sözleşmedeki dört ana bölümü tamamını sayan mevcut başlık tercih edilmiştir: “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Konvansiyonu”.

1996 Sözleşmesi çocukların korunmasına ilişkin daha fazla adli ve idari önlem içermesi yanında, velayet yükümlülüğüne, çocuğun malvarlığının korunmasına ilişkin hükümler de barındırması nedeniyle, önceki metinlerden daha geniş kapsamlıdır.³⁸ Bu Sözleşme'nin hazırlanmasındaki önemli iki zorluk, Sözleşmeyle sağlanan koruyucu önlemlerin çok çeşitli olması ve önceki sözleşmelerle koordinasyonun sağlanması ihtiyacı olmuştur.³⁹

Günümüzde Sözleşmeye 46 devlet taraftır. Türk Devleti 7 Ekim 2016'da Sözleşmeyi imzalamış ve Sözleşme 1 Şubat 2017'de Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.⁴⁰ Sözleşmeye Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Gereğesinde 1996 Sözleşmesinin Avrupa Birliği (AB) ile 2013 yılında başlatılan Vize Serbestisi Diyaloğu çerçevesinde ülkemizce hayata geçirilmesi beklenen yasal düzenlemelerden birisi olduğu ifade edilmiştir.

b. Kapsam ve Uygulama Alanı

1996 Sözleşmesi, çocuğun korunması ve velayete ilişkin konularda, yetki, uygulanacak hukuk, tanıma-tenfiz ve bu konularda taraf ülkeler arası işbirliğini düzenlenmektedir. Sözleşmenin konusu, temelde çocukların korunması amacını gerçekleştirmek için çocukların kişiliği ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlerin, tüm üye devletlerde tanınması ve tenfizini sağlamak ve sözleşmeciyi

³⁵ Van Iterson, a.g.m., s. 474.

³⁶ Van Iterson, a.g.m., s. 475.

³⁷ Nigel Lowe, *International Developments The 1996 Hague Convention on the Protection of Children- A Fresh Appraisal*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 14 No. 2, 2002, 191-206, s. 192-193; *Lagarde Raporu*, s. 543.

³⁸ *Lagarde Raporu*, s. 1.

³⁹ Van Iterson, a.g.m., s. 475.

⁴⁰ Bkz.: HCCH, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (01.08.2019)

devletlerin yetkili makamları arasında gerekli işbirliğini sağlamak şeklinde özetlenebilir.⁴¹

Birinci maddeye göre Sözleşme'nin amaçları ve kapsadığı konular şunlardır:⁴²

- Hangi devlet makamlarının çocuğun korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkili olduğunu belirlemek,
- Söz konusu makamların yetkilerini kullanırken uygulayacağı hukuku belirlemek,
- Velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuku belirlemek,
- Tüm âkit devletlerde bu tür koruma tedbirlerinin tanınmasını ve tenfizini sağlamak,
- Sözleşmenin amaçlarını gerçekleştirmek için âkit devlet makamları arasında gereken işbirliğini oluşturmak.

Genel bir bakışla 1996 Sözleşmesi; çocuğun korunmasına ilişkin önlemleri alacak devletin belirlenmesi için yeknesak kurallar getirmektedir.⁴³ Çelişen kararların alınmasını önleyen bu kurallara göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke makamları, çocuğun korunmasına ilişkin önlemleri almakla yükümlüdür. Bunun yanında çocuğun bulunduğu ülkenin acil ve önleyici koruma tedbirlerini almasına izin verilmiştir. Sözleşme, çocuğun korunmasına ilişkin tedbirlere hangi devletin hukukunun uygulanacağını belirler ve bir üye devlette alınan tedbirlerin diğer bütün üye devletlerde de tanınmasını ve tenfizini sağlar. Buna ek olarak Sözleşme'nin işbirliğine ilişkin hükümleri, üye devletlerin (çocuğun korunmasıyla ilgili) idari makamları arasındaki bilgi alışverişi ve gerekli düzeydeki işbirliği için temel bir çerçeve sağlar.⁴⁴

Sözleşmenin, çocukların doğumundan 18 yaşına ulaşana kadar uygulanacağı m. 2'de düzenlenmiştir. Bu hüküm, üç hususa dikkat edilmesini gerektirir:⁴⁵

- Sözleşme henüz doğmamış çocuklara (cenine) uygulanmaz.⁴⁶

⁴¹ Lowe, a.g.m., s. 193.

⁴² Van Iterson, a.g.m., s. 476.

⁴³ *Lagarde Raporu*, s. 2.

⁴⁴ *Lagarde Raporu*, s. 3.

⁴⁵ Lowe, a.g.m., s. 194.

⁴⁶ *Lagarde Raporu*, par. 15, Ulusu Karataş, a.g.m., s. 916. Henüz doğmamış çocukların da kapsama alınmasına ilişkin taleplere rağmen cenin, Sözleşme kapsamı dışında tutulmuştur. Bunda hamileliğin iradî olarak sonlandırılması (kürtaj vb.) hakkındaki mevcut hukuki ve etik tartışmalar

- Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'nde çocuk 16 yaşına ulaşana kadar uygulama söz konusuysen, bu Sözleşme'de yaş sınırı 18'dir.
- Sözleşme, çocuklara 18 yaşına kadar uygulanabildiğini belirtmekle birlikte, taraf devletler bakımından erginlik yaşının ne olduğunu tespit etmez.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise; Sözleşme kapsamında kabul edilen 18 yaşından küçük bir çocuğun millî hukuklara göre "ergin kılınması" halidir. Örneğin, Türk hukukuna göre evlenmeyle ergin kılınmış 17 yaşındaki bir çocuk, Sözleşme'nin konusu olabilecek midir? Sözleşme'yle ilgili açıklamalara bakıldığında, 18 yaş sınırının bilinçli bir tercih olduğu ve erginliğin, Sözleşme'nin uygulanmasında kriter kabul edilmediği görülmektedir.⁴⁷ Bu nedenle millî hukuklara göre farklı nedenlerle ergin kılınmış çocuklar bakımından Sözleşme yine de uygulama alanı bulacaktır.⁴⁸

Çocukların korunmasına ilişkin önceki sözleşmelere bakıldığında yer bakımından uygulama alanında karşılaşılan genel yaklaşım bu Sözleşme'de terk edilmiştir. Önceki düzenlemelerde sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi için çocuğun mutad meskeninin âkit devlette yer alması şartı aranırken, 1996 Lahey Sözleşmesi'nde böyle bir sınırlama getirilmemiştir.⁴⁹ Bu nedenle örneğin Sözleşme'ye taraf olmayan devlet vatandaşı bir çocukla ilgili koruma tedbirlerinin alınmasında Türk mahkemeleri, 1996 Sözleşmesi'ni uygulamakta serbesttir. Ancak mutad meskeni âkit bir devlette bulunan çocukla ilgili alınacak koruma tedbirleri söz konusu olduğunda Türk mahkemeleri, âkit devlet olarak, Sözleşme'yi uygulamakla yükümlüdür. Örnek vermek gerekirse, mutad meskeni Almanya'da bulunan çocukla ilgili olarak koruma tedbirlerini alma konusunda Türk mahkemesi, yetkisini 1996 Sözleşmesi'ne göre tesis edecek, uygulanacak hukuk ve tanıma tenfiz konularında yine 1996 Sözleşmesi'ni uygulayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, çocuğun vatandaşlığının Sözleşme'nin uygulanması noktasında önem arz etmemesidir.

karşısında bir pozisyon almak istenmemesi gerekçe olarak gösterilmiştir. Devletlerin kendi hukuklarına göre ceninin haklarının korunmasıyla ilgili önlemleri almakta ve diğer devletlerin de bunları tanımakta serbest olduğu Raporda ifade edilmiştir. Böylelikle tüm devletler bakımından ceninin haklarını tanımak yönünde zorlayıcı bir tavır almaktansa; ceninin haklarını kabul eden devletlerin, kendi yaklaşımlarını uygulamasına olanak tanınarak, daha itidalli bir çözüm benimsendiği savunulmuştur.

⁴⁷ *Lagarde Raporu*, par. 16, s. 545. Ancak bununla birlikte yetkili devlet makamları, ehliyete uygulanacak hukuka göre çocuğun ergin olduğuna hükmettiğinde, koruma tedbirlerine gerek olmadığına karar verebilir. Bu durum maddi hukuklarla ilgilidir ve Sözleşme kapsamında değildir. Bu bakımdan ergin kılınmış çocukla ilgili koruma tedbirine yerel makamlarca gerek görülmedikçe Sözleşme, uygulama alanı bulamayacaktır.

⁴⁸ Aksi yöndeki görüş için bkz.: Giray, a.g.e., s. 250-251.

⁴⁹ *Lagarde Raporu*, par. 17; Ulusu Karataş, a.g.m., s. 917.

Çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerden ne anlaşılması gerektiği ise m. 3'te düzenlenmiştir. Buna göre velayet sorumluluğuna ilişkin konular, çocuğun kişiliğinin korunmasına yönelik haklar dâhil olmak üzere velayet hakkı, çocuğun yerleşim yerini belirleme hakkı yanı sıra çocuğun belirli bir süre için mutad meskeninden başka bir yere götürülmesi hakkını da içeren erişim hakları, vasilik kayımlık ve benzeri kurumlar, çocuğun korunması önlemlerini alacak olan veya çocuğu temsil eden veya yardımcı olan kişi ya da kurumun belirlenmesi ve bunların işlevleri, çocuğun koruyucu aile yanına veya bir bakım kurumuna yerleştirilmesi ya da bakımının İslam hukukundaki *kafala* (kefalet, sponsorluk)⁵⁰ veya benzer bir kurum tarafından sağlanması, çocuğun bakımını gerçekleştiren kişinin yetkili kamu kurumunca denetlenmesi, çocuğun mallarının idaresi, korunması veya elden çıkarılması gibi konular m. 1'de bahsedilen tedbirler kapsamında sayılmıştır. 1961 Sözleşmesi'nde "koruma tedbirleri" tanımlanmamışken 1996 Sözleşmesinde bu şekilde bir örnekleme yapılmıştır.⁵¹

Sözleşmenin kapsam dışında bıraktığı konular ise m. 4'te tahdidi (*exhaustive*) olarak sayılmıştır.⁵² Sözleşme, ebeveyn çocuk ilişkisinin kurulması veya böyle bir ilişkiye itiraz edilmesini, genel anlamda evlat edinmeyi,⁵³ çocuğun adı ve önadlarını, çocuğun velayetten çıkarılmasını,⁵⁴ nafaka yükümlülüklerini,⁵⁵ tröst ve mirası, sosyal güvenlik konularını, eğitim ve sağlık konularındaki genel nitelikli kamu tedbirlerini, çocukların işlediği cezai suçlar sonucu alınan tedbirleri, iltica hakkı ve göç konularındaki kararları kapsam dışında bırakmıştır.

⁵⁰ İslam hukukunda çocuğun hakları ve kefalet hakkında detaylı bilgi için bkz.: Kamran Hashemi, *Religious Legal Traditions, Muslim States and the Convention on the Rights of the Child: An Essay on the Relevant UN Documentation*, Human Rights Quarterly, Vol. 29, No. 1 (Feb., 2007), pp. 194-227; TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/> (08.08.2019).

⁵¹ Lowe, a.g.m., s. 194. Bu şekilde örnekleme yapıldığının bir sebebi de Sözleşme görüşmeleri sırasındaki taleplerdir. Sözleşmeye taraf olmayan devletlerin delegeleri, milli hukuklardaki farklılıklar da göz önüne alındığında, fikir vermesi açısından koruma tedbirlerinin örneklendirilmesini özellikle talep etmiştir. Bkz.: *Lagarde Raporu*, par. 18.

⁵² *Lagarde Raporu*, par. 26.

⁵³ Evlat edinme kararları, evlat edinmeye hazırlık niteliğindeki tedbirler veya evlat edinmenin iptali veya feshine ilişkin konular.

⁵⁴ Bu durum özellikle 18 yaşından küçük çocuğun ergin kılınması durumlarında önem arz eder. Bkz.: *Lagarde Raporu*, par. 30.

⁵⁵ Nafakaya uygulanacak hukuk ile ilgili olarak Türkiye'nin taraf olduğu Lahey düzenlemeleri ve detaylı bilgi için bkz.: Mesut Aygün, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Ankara, 2017. Nafakaya uygulanacak hukuk konusunda ayrıca bkz.: Mesut Aygün, *Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin 2007 Tarihli Lahey Protokolü, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Ed.: Bilgin Tiryakioğlu/Mesut Aygün, Ali Önal, Ayşe Kübra Altıparmak, Cansu Kaya), Ankara, 2016.

Görüldüğü gibi Sözleşme, çocukların korunmasına yönelik tedbirlerin ne olabileceğini örneklendirmiş, kapsam dışı konuların da neler olduğunu sayarak uygulama alanını başarılı bir şekilde belirlemiştir. Bununla birlikte, doktrinde taraf devletlerin m. 55'e göre çekince ileri sürme yetkisinin doğurabileceği sınırlara da dikkat çekilmiştir.^{56,57}

B. Sözleşmenin İçeriği

a. Yetki

Sözleşme, yetki konusunu II. Bölüm'de m. 5-14 arasında düzenlemiştir. Genel olarak bakıldığında, Sözleşme'nin getirdiği yetki düzenlemeleriyle çocuğun korunması bakımından tek bir mahkemenin yetkilendirilmesi amaçlanmıştır ancak istisnai durumlarda talî veya geçici yetkili mahkemeler de tayin edilmiştir.⁵⁸ Genel yetki kuralının yer aldığı 5. madde ifadesine göre çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasında çocuğun mutad meskeni devleti adli veya idari makamları yetkilidir. Bu genel düzenlemeye karşın, doktrinde haksız yer değiştirme durumunda çocukla ilişki kurulması veya velayete karar verecek mahkemenin yetkisi hakkında daha fazla hükme gerek olup olmadığı konusunda tartışmalar vardır.⁵⁹

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi durumunda m. 5/2 ifadesine göre, yeni mutad meskenin bulunduğu üye devlet makamları yetkili olacaktır. Çocuğun haksız olarak başka bir devlete götürülmesi halinde geri dönüşü acilen sağlanamayabilir. Bu halde yetkili makam henüz bir karar almamışken, çocuğun mutad meskeni kaçırıldığı, alıkonulduğu devlet lehine değişebilir.⁶⁰ Bu tip durumlar bakımından m. 5 düzenlemesi sıkıntılar doğurmaktadır. İlgili hüküm Çocuk Kaçırma Sözleşmesi m. 16 ile birlikte dikkate alındığında, çocuğun mutad meskeninin kaçırıldığı devlet olması ve çocuğun iade edilmemesine karar

⁵⁶ Lowe, a.g.m., s. 195.

⁵⁷ *Madde 55 (1)* 60. madde uyarınca Âkit devlet;

a) ülkesinde bulunan çocuğun mülkiyetinin korunmasına yönelik önlemler almak üzere makamlarının yargı yetkisine çekince getirebilir;

b) söz konusu mülkiyete ilişkin makamlarının aldığı her türlü önlemle uyumsuz olduğu sürece her türlü velayet sorumluluğunu veya önlemi tanımama hakkını saklı tutabilir.

(2) Çekince, bazı mülkiyet kategorileri ile sınırlı olabilir

Âkit devletlerin ileri sürdüğü çekinceler Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Teşkilatı'nın web sayfasında yer alan statü tablosundaki son sütunda görülebilir. Detaylı bilgi için bkz.: HCCH, Conventions, Status table, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (25.07.2019).

⁵⁸ Lowe, a.g.m., s. 195.

⁵⁹ Van Iterson, a.g.m., s. 477.

⁶⁰ Van Iterson, a.g.m., s. 478.

verilen durumlarda bütün kartlar çocuğu kaçırın ebeveynin elinde toplanmış olacaktır.⁶¹ Ayrıca ilgili devletlerin 1996 Sözleşmesine taraf olmasına rağmen, Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'ne taraf olmaması ihtimalinde doğabilecek sıkıntıların da dikkate alınması gerekir.⁶²

Bahsedilen sıkıntının çözülebilmesi için uzun süren tartışmalar ve farklı öneriler sonucunda m. 7 hükmü bu duruma çözüm olarak sunulmuştur. Buna göre çocuğun kaçırılmasından önce mutad meskeninin bulunduğu devlet makamları, çocuğun mutad meskeni değişene kadar, yetkisini koruyacaktır. Çocuğun mutad meskeninin değişmesi durumunda ise bu yeni devlet makamlarının yetkili hale gelebilmesi iki şarttan birisinin gerçekleşmesine bağlıdır:

- Velayet hakkı bulunanların yer değiştirmeye veya alıkonulmaya rıza göstermesi veya,
- Velayet hakkı olan kişi-kurum-kuruluşların, çocuğun nerede olduğuna ilişkin bilgi sahibi olduğunda veya olması gerektiğinden sonra çocuğun en az bir yıl süreyle diğer devlette ikamet etmesi ve bu sürede ilgililerden hiçbir talep olmaması.⁶³

Bu şartlardan birinin sağlanması halinde, çocuğun götürüldüğü devletin makamları Sözleşme'ye göre yetkili kabul edilebilecektir. Ancak ilgili devletlerin her ikisinin de 1996 Sözleşmesi yanında Çocuk Kaçırma Sözleşmesine de taraf olması halinde, m. 50'ye göre Çocuk Kaçırma Sözleşmesi öncelikli olarak uygulanacaktır.

Mülteci çocuklar, ülkesinde çıkan karışıklıklar yüzünden yerlerinden edilmiş çocuklar ve mutad meskeni tespit edilemeyen çocuklar hakkında genel yetkili mahkeme ise, çocukların topraklarında bulunduğu âkit devlet makamlarıdır (m. 6). Mülteci ve sığınmacı çocuklar için bir düzenleme getirilmesi Sözleşme görüşmeleri sırasında Hollanda delegasyonu tarafından sunulan bir öneri olmuş ve mevcut şekilde 6'ncı madde Sözleşme'ye eklenmiştir.⁶⁴

Genel yetkili mahkemeler yanında Sözleşme tâli yetkiye ilişkin düzenlemeler de getirmiştir. Çocuğun vatandaşı olduğu devlet, mallarının bulunduğu devlet, çocuğun ebeveynlerinin boşanma veya ayrılık veya evliliğın iptali için başvurdukları makamların devleti, çocuğun önemli irtibatı bulunan devlet makam-

⁶¹ Van Iterson, a.g.m., s. 478.

⁶² Van Iterson, a.g.m., s. 478.

⁶³ Sözleşme'nin Türkçe çevirisinde 7'nci madde ifadesinin anlaşılma güçlüğü nedeniyle tekrar gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁶⁴ Van Iterson, a.g.m., s. 478.

ları; m. 8'e göre tâli yetkili makamlardır. İlgili maddeye göre genel yetkili makamlar, istisnai durumlarda sayılan devlet makamlarının kendini yetkili saymasını talep edebilir⁶⁵ veya durumun değerlendirilmesini erteleyerek tarafları diğer devlet makamı önünde bu tür bir talebi savunmaya davet edebilir. Bu istisnai duruma başvurabilmek için genel yetkiye sahip âkit devlet makamının, çocuğun üstün yararı bakımından bunu gerekli görmesi şartı aranmıştır. Aynı şekilde, sayılan bu makamlar çocuğun mutad meskeni devletinin makamlarından gerekli gördüğü koruma önlemlerini almak için yetkilendirilmeyi talep edebilir veya tarafları, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit devletin makamı önünde bu tür bir talebi sunmaya davet edebilir.⁶⁶ Örneğin mutad meskeni Almanya'da bulunan çocuğun korunmasıyla ilgili tedbirleri alma konusunda genel yetki m. 5 uyarınca Alman makamlarındadır. Ancak çocuğun Türkiye'de bulunan mallarıyla ilgili olarak Türk makamları, gerekli tedbirlerin alınması için (doğrudan veya Alman Merkezî Makamı aracılığıyla) Alman makamlarından yetki talebinde bulunabilir veya tarafları Alman makamlarına bu yönde bir talep sunmaya davet edebilir.⁶⁷

Ebeveynlerin boşanması durumunda boşanmaya-ayrılığa bakan makamın, çocukla ilgili her konuda genel yetkisi bulunan, çocuğun mutad meskeni makamına başvurmasının, süreci uzatıp külfetli hale getireceği ve her bakımdan zor olacağı ifade edilmiştir.⁶⁸ Üstelik pek çok durumda ebeveynlerin çocuklarıyla ilgili konularda fikir birliği içinde oldukları görülmüştür. Bu nedenle Hollanda delegesinin önerisi ile bu muhtemel soruna çözüm olarak m. 10 düzenlemesi getirilmiştir.⁶⁹ Buna göre; boşanma veya ayrılığa bakan devlet makamları, yar-

⁶⁵ Türk hukukuna yabancı bir kavram olan *forum non conveniens* prensibi bu hükümlerle Sözleşme dâhilinde kabul edilmiş olmaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda doğan bu prensip kısaca, mahkemenin dava ile daha yakın irtibatlı ve bu nedenle davayı görmeye daha uygun bir başka devlet mahkemesinin bulunduğunu tespit etmesi halinde, milletlerarası yetkisinden -bu ülke mahkemeleri lehine- feragat etmesini ifade eder. (Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, a.g.e., s. 368 vd.) Anayasa m. 36 hükmü gereğince hiçbir Türk mahkemesinin görev ve yetkisi dahilinde önüne gelen davaya bakmaktan kaçınamayacağı ifade edilmiştir. Bu hükme dayanarak doktrinde Türk mahkemelerinin bu prensibi uygulamayacağı savunulmuştur. (Bu yönde bkz.: Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, a.g.e., s. 369; Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul, 2000, s. 73 vd.; Nomer, a.g.e., s. 495 vd.) 1996 Sözleşmesi'nin ilgili düzenlemesi emredici nitelikte olmayıp, mahkemeye takdir yetkisi tanır niteliktedir. Bu sebeple Türk mahkemelerinin milletlerarası yetki tesisi konusundaki uygulamalarının değişmeyeceği kanaatindeyiz. Ancak çocuğun üstün yararı ilkesi de düşünüldüğünde, gereken hallerde bu şekilde bir yetki feragatine başvurulup başvurulmayacağı yargı kararlarıyla şekillenecektir. Bu Sözleşmeyle *forum non conveniens* prensibinin, Türk hukukunda sınırlı da olsa uygulama alanı bulacağına dair bkz.: Uluş Karataş, a.g.e., s. 1131.

⁶⁶ 1996 Lahey Velayet Sözleşmesi, m. 9.

⁶⁷ Önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi bu husus yargı kararlarıyla şekillenecektir. (Bkz.: 65. dn)

⁶⁸ Van Iterson, a.g.m., s. 480.

⁶⁹ Van Iterson, a.g.m., s. 480.

gısal işlemlerin başladığı sırada ebeveynlerden birisinin burada mutad meskeni bulunuyorsa ve birisi velayet sorumluluğuna sahip ise ve bu makamın çocuğun korunmasına ilişkin önlemleri almak için yetkili olması ebeveynler yanında velayet hakkına sahip olan diğer kişiler tarafından da kabul edilmiş ve bu makamın yetkisi çocuğun üstün yararına olacaksa, çocuğun korunmasına ilişkin tedbirleri almak bakımından yetkili kabul edilebilecektir. Ancak bu yetki boşanma, yasal ayrılık veya evliliğin iptali yargılamasının devam ettiği süreyle sınırlıdır. Bu konulara ilişkin kararın kesinleşmesi veya başka bir sebeple sona ermesiyle, bu makamın yetkisi de sona erer (m. 9/2). Bir örnek üzerinden açıklanacak olursa; çocuğun mutad meskeninin X ülkesinde olması, ebeveynlerin boşanma davasının ise Y ülkesinde görülmesi halinde yetkide bölünmenin önüne geçmek amacıyla boşanma mahkemesine, dava sonuçlanana kadar, çocuğun korunması için gereken tedbirleri alma konusunda yetki tanınmıştır.

Sözleşme acil durumlarda çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunması için, çocuğun veya mallarının bulunduğu âkit devlet makamlarının yetkisini de kabul etmiştir. Sözleşme m. 11 uyarınca tüm acil durumlarda çocuğun veya çocuğa ait malların topraklarında bulunduğu herhangi âkit devletin makamları, gereken her türlü koruma önlemini alma yetkisine sahiptir. Bu düzenleme -genel yetkili makamların yanında- acil durumların gerektirdiği hallerde bu makamlara sınırlı bir yetki tanır.⁷⁰ Ancak bu önlemler, m. 5. ve m. 10 arasındaki maddeler uyarınca, yargı yetkisine sahip makamların durumun gerektirdiği önlemleri almasıyla sona erer. Yine aynı maddeye göre, âkit olmayan devlette mutad meskeni bulunan çocuğa ilişkin olarak alınan önlemler, söz konusu âkit devlette tanınır tanınmaz her bir âkit devlette sona erer.

Sözleşme'nin uygulanmasında Türk mahkemelerinin dikkate alması gereken önemli bir nokta da Sözleşme m. 13 ile milletlerarası derdestliğin kabul edilmiş olmasıdır. Düzenlemeye göre bir âkit devlet makamının kendisinden önce başka bir yetkili âkit devlet makamından çocuğun korunmasına ilişkin benzer tedbirlerin talep edildiğini tespit etmesi halinde, re'sen yetkisizlik kararı vermelidir. Böylece Türk hukuku bakımından tartışmalı olan milletlerarası derdestlik konusu Sözleşme ile kabul edilmiş olmaktadır. Bunun sonucu olarak Sözleşme m. 5-10'a göre yetkili olan Türk mahkemesinin, aynı uyuşmazlığın bir başka âkit devlet makamı önüne götürüldüğünü tespit etmesi halinde dava şartı yokluğundan davayı usulden reddetmesi gerekir.⁷¹

⁷⁰ *Lagarde Raporu*, par. 67.

⁷¹ *Uluslararası Karataş*, a.g.m., s. 1132.

Günümüzde ulusal hukuklarda çocuğun korunmasına ilişkin yetki konusu, çok geniş bir perspektifte düzenlenmekte ve çocuğun vatandaşlığı, ebeveynlerinin vatandaşlığı, gibi bağlama noktaları kabul edilmektedir. Buna karşın Sözleşme'nin, yetki konusunu "çocuğun mutad meskeni devletini" temel alarak ve çocuğun menfaatini en üst düzeyde dikkate alarak çözüme kavuşturması ve yetkide parçalanmayı önlemeye çalışması, Sözleşme'nin olumlu özelliklerinden kabul edilebilir.⁷²

b. Çocuğun Korunması ve Velayete Uygulanacak Hukuk

Çocukların korunmasına ilişkin alınacak tedbirlere uygulanacak hukuk konusunda Sözleşme, m. 15'te genel kuralı, yetkili devletin kendi hukukunu uygulaması şeklinde belirlemiştir. Ancak gerekli tedbirlerin iç hukuktaki emredici düzenlemeler nedeniyle alınmadığı durumlar da öngörülerek, aynı maddenin ikinci fıkrasında istisnai olarak duruma ilişkin somut bağlantısı bulunan başka bir devletin hukukunun da uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Çocuğun mutad meskeninin bir başka âkit devletle değişmesi halinde çocuğun kendisinin ve mallarının korunmasına ilişkin alınan tedbirlerin devamı Sözleşme'nin amaçları bakımından önem arz eder. Bu nedenle çocuğun mutad meskeninin değişmesi durumunda, önceki mutad mesken devletinde alınan önlemlerin uygulanma şartları bakımından bu devlet hukukunun geçerli olacağı düzenlenmiştir.⁷³ Ancak bu durum yalnızca yeni mutad meskenin de bir Âkit devlet'te yer aldığı durumlar için kabul edilmiştir.⁷⁴

Velayet sorumluluğuna uygulanacak hukuk konusunda genel kural m. 16/1'de düzenlenmiştir. Buna göre velayet sorumluluğunun tesisi veya sona ermesine çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku uygulanır. Velayet sorumluluğunun uygulanması da m. 17'de yine, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabi tutulmuştur. Çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde velayet sorumluluğu, yeni mutad meskenin bulunduğu devletin hukukuna tabi olacaktır (m. 17, c. 2).

Sözleşmeye göre tespit edilen hukukun uygulanması, çocuğun üstü yararı dikkate alınarak, yalnızca kamu düzenine aykırılık durumunda engellenebilecektir (m. 22).

⁷² Nygh, a.g.m., s. 358.

⁷³ *Lagarde Raporu*, s. 575.

⁷⁴ *Lagarde Raporu*, par. 92; Ulusu Karataş, a.g.e. s. 1136. Bu durum dışında örneğin, çocuğun mutad meskenin âkit olmayan devletten âkit devlete geçmesi veya tam tersi halde, uyumsuzluk önüne gelen makamın bağlama kuralları olaya tatbik edilerek statü değişikliği (*conflict mobile*) çözüme kavuşturulacaktır.

Sözleşmeye göre tespit edilen yabancı hukukun hangi kapsamda uygulanacağı ise m. 21’de düzenlenmiştir. Sözleşme m. 21, f. 1 uyarınca, yetkili yabancı hukukun yalnızca maddi hükümleri uygulama alanı bulur. Bu bakımdan atıf, 1996 Sözleşmesi uygulamasında kabul edilmemiştir. Diğer bir deyişle, Sözleşme’ye göre çocuğun korunması hakkında alınacak önlemlere yetkili yabancı hukukun yalnızca maddi hükümleri uygulanacak, kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır. Atfı dışlayan bu yaklaşım, diğer Lahey Sözleşmeleriyle de tutarlıdır.⁷⁵

c. Tanıma ve Tenfiz

1961 Sözleşmesinin olumsuz yönlerinden birisi de tanıma-tenfiz düzenlemelerinin zayıflığı olarak kabul edilmekteydi.⁷⁶ 1996 Sözleşmesi ile tanıma-tenfiz hükümlerinin güçlendirilmesi hedeflenmiştir.⁷⁷ Bu nedenle 1996 Sözleşmesi’nde tanıma-tenfiz hükümleri çok daha detaylı olarak düzenlenmiştir.

Tanıma ve tenfiz, Sözleşme’nin dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. Genel kural olarak, bir âkit devlet makamınca alınan önlemlerin, diğer tüm âkit devletlerde kanun gereğince tanınacağı ifade edilmiştir (m. 23). Kanun gereği tanımanın sonucu olarak, örneğin Alman makamlarının aldığı koruma tedbirinin Türkiye’de hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için tanınmasına veya tenfizine gerek yoktur. Ancak kanun gereği tanımanın gerçekleşebilmesi için Türkiye’de bu tedbirin varlığının ispatlanması gerekir. Tedbirin ispatlanması bakımından Sözleşme’de resmî belge zorunluluğu aranmamıştır. Bu nedenle özellikle de acil durumlarda ilgili makamdan sadır olmuş telefaks, el yazılı not vb. ile de tedbirin ispatlanabileceği ve kanunen tanımanın gerçekleşeceği ifade edilmiştir.⁷⁸ Bununla birlikte şu hallerde alınan önlemlerin tanınmasının veya tenfizinin (m. 26/1 göndermesiyle) reddedilebileceği kabul edilmiştir:

- a) Önlemin, yargı yetkisi II. Bölümde belirtilen gerekçelerden birine dayanmayan makam tarafından alınması halinde;
- b) Önlemin, acil durum haricinde, adli veya idari yargısal işlem bağlamında çocuğun dinlenilmesine fırsat verilmeksizin talep edilen devletin temel usul ilkelerini ihlâl edecek şekilde alınması halinde;
- c) Acil durum haricinde, böyle bir önlemin şahsın dinlenilmesine fırsat verilmeksizin alınması halinde, önlemin velayet sorumluluğunu ihlâl ettiğini ileri süren herhangi bir şahsın talebi üzerine;

⁷⁵ *Lagarde Raporu*, par. 116.

⁷⁶ Silberman, a.g.m. s. 263.

⁷⁷ Silberman, a.g.m., s. 263.

⁷⁸ *Lagarde Raporu*, par. 120; Ulusu Karataş, a.g.m., s. 1155

- d) Çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak böyle bir tanımın talep edilen devletin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde;
- e) Söz konusu önlemin, sonradan alınan önlemin talepte bulunulan devlette tanıma için gereklilikleri yerine getirmesi durumunda, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu âkit olmayan devlette sonradan alınan önlem ile bağdaşmaması halinde;
- f) 33. maddede belirtilen usule uygun olmaması halinde.

Yukarıda belirtilen durumlar tahdidi olarak sayılmıştır. Diğer bir deyişle, bunlar dışında bir sebeple alınan önlemler reddedilemeyecektir.⁷⁹ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sayılan durumlarda Sözleşme'nin tanımının reddine imkân vermekle birlikte, reddi zorunlu tutmamış olmasıdır.⁸⁰

Kanun gereği tanıma esas olarak kabul edilmekle birlikte Sözleşme, ilgililerin tanıma talebinde bulunmasını da engellememiştir. 24'üncü madde düzenlemesindeki tanıma talebi, özellikle çocuğun korunmasıyla ilgili alınan tedbirin başka bir âkit devlette gelecekte kanunen tanınmasıyla ilgili şüphe oluştuğunda önem kazanacaktır.⁸¹ 24'üncü maddede ilgililerin, âkit devletin yetkili makamlarından diğer âkit devlette alınan önlemin tanınması talebi yanında yeni bir usul olarak, "tanınmamasını" da talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu usul, talepte bulunulan devletin hukuku uyarınca yerine getirilir. Bu düzenlemeye göre yabancı bir ülkeden alınan çocuğun korunmasına ilişkin kararın, Türk makamlarınca "tanınmamasının" ne şekilde talep edileceği hususu Türk hukukuna tabi olacaktır. Türk hukukuna yabancı bir kavram olan "tanımama talepleri" bakımından uygulanacak usul konusunda MÖHUK'ta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanunda açıkça yasaklanmadığı gerekçesiyle, ilgilinin bu konuda menfaati bulunması durumunda tanıma usulüne tabii olarak bir "tanımama" talebinde bulunabileceği de ifade edilmiştir.⁸² Sözleşme'nin işlerliği bakımından önemli bir hüküm olan tanımama talepleri bakımından biz de bu görüşe katılıyoruz. Buna göre tanımama talepleri bakımından Türk hukukunda tanıma taleplerinde izlenen usulün izlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

Daha önce ifade edildiği gibi bir âkit devletten alınan tedbirin, diğer âkit devletlerde doğrudan hüküm ve sonuçlarını doğurması esastır. Ancak bunun için ilgili devletin gönüllü olarak harekete geçmesi ve koruma tedbirine karşı

⁷⁹ *Lagarde Raporu*, s. 585.

⁸⁰ *Lagarde Raporu*, s. 585.

⁸¹ Uluşu Karataş, a.g.m., s. 1160 vd.

⁸² Ata Sakmar, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 180 vd.; Uluşu Karataş, a.g.m., s. 1168.

herhangi bir itirazda bulunulmaması gerekir.⁸³ İlgili devletin icra makamlarının harekete geçmediği durumlarda, tedbirin icrasını sağlamak adına tenfiz prosedürüne başvurulacaktır.⁸⁴ Diğer bir deyişle, âkit devlet makamlarının kendiliğinden harekete geçmediği durumlarda, ilgili devletin icra makamlarının harekete geçirilmesi gerekiyorsa, tenfiz yoluna başvurulacaktır.

Türk hukukunda tanıma ve tenfizin ön şartlarının düzenlendiği MÖHUK m. 50 bakımından yabancı makam kararının tanınması ve tenfizi için bir mahkeme tarafından verilmiş ve kesin nitelikte bir karar olması gerekir. Buna göre yabancı idari makamların verdiği kararlar ile yabancı mahkemelerin verdiği geçici nitelikteki kararların tanınması, tenfizi kural olarak mümkün değildir. Ancak MÖHUK m. 1, f. 2 gereği Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler ve özel kanun düzenlemeleriyle bu kurala istisnalar getirilebilmektedir. 1996 Sözleşmesi'nin tanıma, tenfiz hükümlerinin önemli bir sonucu da, bu genel kurala getirdiği istisnalardır. Buna göre; çocukların korunmasıyla ve velayetle ilgili olarak,

- Yabancı idari makamlardan alınan,
- İlam niteliği taşımayan geçici nitelikteki koruma tedbirlerinin Türkiye'de tanınması ve tenfizi mümkün olacaktır.

d. Taraf Devletler Arasındaki İşbirliği

Sözleşmeye taraf devletler arasında Sözleşme'nin kurduğu sistemin rahat işlemesi adına, işbirliği hükümleri öngörülmüştür. Bu hükümler Sözleşme'nin dördüncü bölümünde yer almaktadır. Buna göre her âkit devlet, Sözleşme'nin bu makamlara yüklediği görevleri yerine getirmek üzere bir "merkezî makam" belirler.⁸⁵

Merkezî makamların temel işlevi, Sözleşme'nin uygulanması kapsamında birbirleriyle işbirliği yapmak, Sözleşme'nin amaçlarını gerçekleştirmek üzere devletlerindeki yetkili makamlar arasında işbirliğini teşvik etmek ve Sözleşme'nin uygulanması ile bağlantılı olarak, çocuğun korunmasına ilişkin devletlerindeki mevcut hukuk kuralları ve hizmetler ile ilgili bilgi sağlamaya yönelik uygun adımları atmaktır.⁸⁶

⁸³ Ulusu Karataş, a.g.m., s. 1162.

⁸⁴ Ulusu Karataş, a.g.m., s. 1162.

⁸⁵ Federal Devletlerin, birden fazla hukuk sistemine sahip devletlerin veya özerk bölgesel birimlere sahip devletlerin, birden fazla merkezî makam atayabileceği ve bölgesel veya kişisel işlevlerinin boyutunu belirleyebileceği, devam eden fıkrada düzenlenmiştir. Devletin, birden fazla merkezî makam atadığı durumlarda, devlet içinde uygun merkezî makama iletilmesi için her türlü iletişimin kurulabileceği merkezî makamı belirleyeceği ifade edilmiştir.

⁸⁶ Silberman, a.g.e., s. 266.

Âkit devletin merkezî makamı, doğrudan veya kamu makamları veya diğer organlar aracılığıyla, 8 ve 9. maddelere göre yardım teklifinde bulunur ve iletişimi kolaylaştırır, Sözleşme'nin uygulandığı durumlarda arabuluculuk, uzlaşma veya benzer yollarla çocuğun kişiliğinin ve mallarının korunması için mutabık kalınan çözümleri kolaylaştırır ve diğer âkit devletin yetkili makamının talebi üzerine, talepte bulunulan devletin ülkesinde çocuğun bulunabileceği veya yardıma muhtaç olabileceği bilindiği durumlarda, çocuğun yerinin bulunması için yardım sağlar. Yine yetkili makamlar, koruma önlemi alınması düşünüldüğü hallerde, çocuğun durumu gerektiriyor ise, söz konusu çocuğun korunmasına ilişkin bilgi sahibi olan başka bir âkit devletin makamından bu bilgileri Sözleşme uyarınca talep edebilir. Ancak Türkiye m. 34 f. 2'deki çekince hakkını kullanmıştır. Buna göre başka bir akit devlet makamı Türkiye'de bu kapsamda yalnızca Türk merkezî makamından bilgi talep edebilecektir. Türk merkezî makamı ise Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'dür.⁸⁷

3. SONUÇ

1996 tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi, 1961 Sözleşmesi'yle kıyaslandığında çocuğun korunması ve velayete ilişkin daha bütüncül, detaylı ve anlaşılır bir sistem getirmiştir. Sözleşme, çocuğun korunması ve velayet konularını net bir şekilde ayırarak, bu konularda makamların yetkisi, uygulanacak hukuk ve tanıma-tenfiz konularını farklı cihetlerden düzenlemiştir. Yargı uygulamasına bakıldığında velayet ve (özellikle de çocuğun başka bir ülkeye kaçırılmasından kaynaklanan) çocuğun korunmasında alınacak tedbirler konusunda karşılaşılan kafa karışıklığı, Sözleşme ile net bir şekilde giderilmeye çalışılmış, bir adli veya idari makamın müdahalesinin söz konusu olduğu durumlar, doğrudan m. 15'e göre "çocuğun korunması için alınan tedbirler" kapsamında değerlendirilmiştir.

1996 Sözleşmesi, selefî 1961 Lahey Sözleşmesi'yle kıyaslandığında uygulanacak hukuk konusunda büyük bir farklılık görülmesi de, özellikle yetki ve tanıma-tenfiz konularında pek çok yeni hüküm getirmiştir. Tanıma-tenfizin reddedilebileceği hallerle ilgili m. 23, f. 2 düzenlemesi ve Sözleşme'nin 1980 Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesiyle ilişkisinin uygulamada yaratacağı karışıklık göze çarpan başlıca sorunlardır. Yine Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinden başka bir devlet lehine feragat etmesine imkân sağlayan (*forum non conveniens*) m. 8 hükmü, Türk hukuku özelinde tartışma yaratabilecek düzenlemelerdendir. Özellikle de Türk Yargıtayı'nın velayet konusundaki genel yaklaşımı düşünüldüğünde bu maddenin nasıl uygulanacağı merak konusudur. An-

⁸⁷ HCCH, authority, <https://www.hcch.net/en/states/authorities/details3/?aid=1095> (11.08.2019).

çak hatırlatmak gerekir ki bu hüküm, üye devlet makamlarına, yetkilerinden feragat etme konusunda bir sorumluluk yüklememekte; daha ziyade çocuğun yüksek yararı amacıyla yetkili makamlara bir takdir yetkisi sunmaktadır.

Sayılan olumsuzluklara ve belirsizliklere rağmen; Sözleşme'nin olumlu özellikleri oldukça fazladır. Özellikle çocuğun korunmasıyla ilgili tedbirlerde yetkinin tek merkezde toplanmaya çalışılması, yetkili makamın tedbirlerin alınmasında kendi hukukunu uygulayacak olmasındaki kolaylık, velayet ve çocuğun korunmasına ilişkin uygulanacak hukuk ve usulî hükümlerle ilgili bütüncül bir sistem oluşturulması, sayılan sorunları gölgede bırakan olumlu özelliklerdir.

Sözleşme, hâlihazırda 52 devlet tarafından imzalamış ve 49 devlet bakımından yürürlükte. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Arjantin, Sözleşme'yi imzalamakla birlikte; henüz onaylamamıştır. Buna rağmen Türk mahkemelerinde çocukların korunmasına ve velayete ilişkin uyuşmazlıkların sıkça yaşandığı Rusya, Almanya, İngiltere, Hollanda Romanya gibi pek çok devletin de Sözleşme'ye taraf olması, Türkiye bakımından yeni bir döneme girildiğinin işaretidir. Sözleşme uygulamasının yargı kararlarıyla birlikte şekillenmesiyle, tartışmalı noktaların aydınlanacağını ve bu yeni dönemin çocukların korunmasıyla ilgili yargılamaları ve prosedürleri olumlu yönde şekillendireceğini umuyoruz.

KAYNAKÇA

- Altuntaş, İlknur, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi*, Bilge Yayınevi, 2006.
- Aygün, Mesut, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, Ankara, 2017.
- Aygün, Mesut, Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin 2007 Tarihli Lahey Protokolü, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Ed.: Bilgin Tiryakioğlu/Mesut Aygün, Ali Önal, Ayşe Kübra Altıparmak, Cansu Kaya), Ankara, 2016.
- Çelikel, Aysel /Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.
- Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara, 2017.
- Erdem, Bahadır, *Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları*, MHB C. 35, S. 2, 147-171.
- Gençcan, Ömer Uğur, *Velayet Hukuku, Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- Hashemi, Kamran, *Religious Legal Traditions, Muslim States and the Convention on the Rights of the Child: An Essay on the Relevant UN Documentation*, Human Rights Quarterly, Vol. 29, No. 1, 2007, s. 194-227.
- Huysal, Burak, *Devletler Özel Hukukunda Velayet*, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, 2005.
- Kerem Giray, Faruk, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan ve Alınan Çocukların İadesi*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2010.
- Lowe, Nigel, *International Developments the 1996 Hague Convention on the Protection of Children- A Fresh Appraisal*, Child and Family Law Quarterly, Vol. 14 No. 2, 2002, s. 191-206.
- Nomer, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, 22. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Nygh, Peter, *The New Hague Child Protection Convention*, International Journal of Law, Policy and the Family 11, 1997, 344-359.
- Obe, David Hodson, *The International Family Law Practice 2016-2017*, Lexis Nexis Publications, 2017.
- Öztekin Gelgel, Günseli, *Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, S. 8, Güz 2005/2, 119-148.
- Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- Sakmar, Ata, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

- Silberman, Linda, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children: Should the United States Join?* Family Law Quarterly, Vol. 34, No. 2, 2000, 239-270.
- Şanlı, Cemal / Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Tekinalp, Gülören /Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 12. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tiryakioğlu, Bilgin / Mesut Aygün / Esin Küçük, *Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı*, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Tiryakioğlu, Bilgin, *Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme* (La Haye 19 Ekim 1996), Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999.
- Ulus Karataş, Elif, *Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi*, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C. 37, S. 2, 2017, 911-1003.
- Van Iterson, Dorothea, *The New Hague Convention on the Protection of Children: A View from the Netherlands*, Uniform Law Review, 2 (3), 1997, s 474-486.
- Council of Europe, Conventions, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105> (23.07.2019).
- Council of Europe, Conventions: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105> (26.3.2017).
- HCCH, <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=538> (01.08.2019).
- T.C. Adalet Bakanlığı, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/turkce_lah34.pdf (02.08.2019)
- HCCH, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (01.08.2019).
- Paul Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde (Lagarde Raporu), <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2943> (01.08.2019).
- HCCH Conventions, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions> (01.08.2019).
- HCCH, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (01.08.2019)
- TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/> (08.08.2019).
- HCCH, Conventions, Status table, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> (25.07.2019).
- HCCH, authority, <https://www.hcch.net/en/states/authorities/details3/?aid=1095> (11.08.2019).

İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü^(*)

Procedure in the Executive Courts

Arş. Gör. Gökçe VAROL^(**)

Öz

İcra mahkemesi, takip hukuku bağlamında ortaya çıkan iş ve uyuşmazlıkları olabildiğince hızlı bir şekilde çözmeyi amaçlar. Bu açıdan icra mahkemelerinin yargılama usulü diğer mahkemelerden farklılık gösterir. Aynı şekilde bu mahkemede görülen davalar ve diğer hukuki yollar da yargılama usulü açısından birbirlerinden farklıdır.

İcra mahkemesine başvuru, kural olarak sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Talep veya itirazların sözlü yapılabileceği durumlarda, bu başvurular icra dairesi memurlarınca tutanağa geçirilir (İİK md. 8/1). Bazı hallerde ise başvuru mutlaka yazılı bir şekilde yapılmak durumundadır. Dilekçeler aşamasında ise, basit yargılama usulüne uygun olarak birer tane dava ve cevap dilekçesi verilir ve tahkikat aşamasına geçilir.

İcra mahkemesinde basit yargılama usulü uygulanır, sınırlı bir inceleme yapılır ve uyuşmazlık kısa sürede çözüme ulaştırılır. Bu nedenle tahkikat süreci ve bu süreçte delillerin değerlendirilmesi diğer mahkemelerden farklılık gösterir. İcra mahkemesinde asıl kural sınırlı belgeyle inceleme yapılması olsa da bazı hallerde deliller serbestçe değerlendirilir. Yine ispat yükü açısından da belirli hallerde (örneğin istihkak davası) bazı özel ispat kuralları getirilmiştir. İcra mahkemelerinde tahkikat aşamasında her durumda duruşma yapılma zorunluluğu da yoktur.

Son olarak, icra mahkemelerinde dosyanın işlem den kaldırılmasının mümkün olup olmayacağı, icra mahkemesi kararlarının kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı sorunu ve hangi durumların icra mahkemeleri için bekletici sorun yapılacağı öğretilen tartışmalı olan ve bizim de çalışmamızda incelediğimiz bazı özel durumlardır.

Anahtar Kelimeler

Uyuşmazlık, İcra Mahkemeleri, Yargılama Usulü, Basit Yargılama Usulü, Sınırlı İnceleme.

Abstract

The execution courts aim to resolve the dispute that arises in terms of execution proceedings as quickly as possible. In this respect, the procedure of the execution courts differs from the other courts. Likewise, the proceedings before this court and other legal remedies are different in terms of the procedure.

The application to the execution courts can be made verbally or in writing.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 29.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 29.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 03.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 29.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 12.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı,
E-mail: gokcevarol26@gmail.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-9073-9292>.

In cases where requests or objections can be made orally, these applications are recorded by the officers of the enforcement office. In some cases, the application must be made in writing. At the petitions stage, petition and answer petition is submitted in accordance with the simple procedure and proceeding to the investigation stage.

A simple trial procedure is applied in the execution courts, a limited examination is conducted and the dispute is resolved in a short time. Therefore, the investigation process and the evaluation of the evidence in this process differ from other courts. Even though the main rule is to carry out an examination with limited documents in the execution court, in some cases the evidence is freely evaluated. Again, in terms of burden of proof, certain rules of proof have been introduced in certain cases (for example, in the case of remuneration). There is no obligation to hold hearings in all cases during the investigation stage in the execution courts.

Finally, the question of whether it is possible to remove the file from the proceedings in the execution courts, whether the decisions of the enforcement court will constitute a definite provision and which situations will be held for execution courts are some special cases that are controversial in the doctrine and are examined in our study.

Keywords

Dispute, Execution Courts, Trial Procedure, Simple Trial Procedure, Limited Review.

GİRİŞ

İcra mahkemeleri, uyuşmazlıkları seri bir şekilde çözmek için kurulmuş özel mahkemelerdir. İcra hukukunun temel prensibi, alacaklıların haklarını en kısa zamanda elde etmesi; öte yandan borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatlerine bir zarar gelmemesidir. İşte bu dengenin sağlanması için icra mahkemesinde diğer mahkemelerden farklı olarak, yargılama usulünde birtakım farklılıklar içermektedir.

Bu farklılıklardan biri icra mahkemesinin kural olarak yalnız belirli belgelerle ve sınırlı bir inceleme yapmasıdır. Eğer alacaklının elinde kanunda öngörülen belgeler yoksa (örneğin İİK md. 68 anlamında belgeler), genel mahkemelerde dava açmalıdır. Nitekim takip borçlusu da ispat faaliyetini (karşı veya aksini) aynı türden belgelerle gerçekleştirmek zorundadır. Böylece; alacaklı elinde belirli belgeler varsa ve uyuşmazlığın hızlıca çözümlenmesini istiyorsa icra mahkemesine başvuracaktır. Bununla birlikte, alacaklının elinde bu belgeler yoksa genel mahkemelere başvuru hakkı mevcuttur.

İcra mahkemesi kararlarının kanun yolu denetiminden geçmek veya kanun yoluna hiç başvurmamakla ortaya çıkan kesin hüküm etkisi salt takip prosedürü ile sınırlıdır. Bunun dışındaki hallerde icra mahkemesi kararları şeklen kesinleşmiş olsa da maddi anlamda kesin hüküm etkisine kural olarak sahip değildir. Ne var ki üzerinde tartışmalar bulunmakla birlikte icra mahkemesinin her türlü delili serbestçe değerlendirebildiği iş ve uyuşmazlıkların bir kısmında verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahiptir. Aynı etki icra mahkemesinin genel hükümlere göre yargılama yaptığı haller bakımından da geçerlidir.

Biz de bu çalışmamızda icra mahkemelerindeki yargılama usulünü, diğer mahkemelerden farklılık arz eden özellikleri bağlamında incelemeye çalıştık. Bunu yaparken gerek öğretilerdeki görüşlerden gerek konuya ilişkin Yargıtay kararlarından yararlanmaya çalıştık.

1. İCRA MAHKEMESİ KAVRAMI

İcra mahkemeleri, 2003 yılına kadar icra tetkik mercii olarak isimlendirilmiştir. 2004 yılında kanunda yapılan değişiklikler sonucu¹ icra tetkik mercii kavramı yerini icra mahkemesine bırakmıştır. Bu değişikliğin sebebi, uygulamada tetkik mercilerinin özel mahkeme olduğu konusundaki tereddüt yaşanması ve mahkeme olarak anılmayıdır.²

İcra mahkemeleri tek hakimli hukuk mahkemeleridir. Bu mahkemeler icra dairesi işlemlerinin yasaya uygun ve doğru olup olmadığını şikayet başvurusu üzerine incelemek ve kanunla kendisine verilen diğer icra işlerine bakmak üzere kurulmuşlardır. İcra mahkemesi, icra dairesinin üstünde kurulmasına karşın, icra dairesine herhangi bir talimat veremez; ancak kanunun öngördüğü hallerde icra dairesini denetleyebilir.³

Anayasa'nın 141. maddesinin 4. fıkrasına göre: "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" Davaların olduğu kısa zamanda, ucuz ve basit bir şekilde çözümlenmesi gereği, icra hukukunda takip ekonomisi ilkesi olarak karşımıza çıkar. İcra mahkemesinin kural olarak, belirli belgelerle ve sınırlı bir şekilde inceleme yapması takip ekonomisine uygundur; ancak temel amaç bu değildir.

Takibin makul süre içerisinde, ucuz ve basit bir şekilde sonuçlandırılması gereği menfaatlerin dengelenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.⁴ Mahkeme bir taraftan inceleme sürecini kısa zamanda bitirmeli, bir taraftan da doğru kararlar vermelidir. Bu açıdan hukuki dinlenilme ve adil yargılanma haklarına riayet edilmelidir. Ancak hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkı alacaklının menfaatinin korunması, borçlunun kötü davranışlarının önüne geçilmesi, telafisi güç sonuçların ortaya çıkmaması gibi sebeplerle sınırlandırılabilir.⁵ İcra

¹ RGT: 12.2.2004, S: 5092.

² Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammed Özekes, *İcra İflas Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 48.

³ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2018, s. 64; Pekcanitez /Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 48.

⁴ Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 121; Nezir Özcengiz, *Tetkik Mercii*, Ankara, Fon Matbaa, 1975, s. 1.

⁵ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 15 vd.

mahkemesinin belirli durumlarda duruşma yapma zorunluluğunun olmaması, tarafların belli bazı hallerde ispat haklarını salt belli bazı belgelerle sınırlı olarak kullanabilmeleri bahsettiğimiz hususlara örnek olarak verilebilir.⁶

2. İCRA MAHKEMESİNE BAŞVURU

A. Başvurunun Yazılı veya Sözlü Olarak Yapılacağı Haller

a. Şikayet

İcra ve iflas dairesi memurları, görevini İcra ve İflas Kanununa, İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliğine ve İcra ve İflas hukukuna ilişkin diğer düzenlemelere uygun olarak yahut zamanında yerine getirmeyen, hakkın yerine getirilmesini sebepsiz sürüncemede bırakır veya takdir yetkisini olaya uygun şekilde kullanmaz ise bu durumlarda ilgililer icra mahkemesinde şikayet yoluna başvurabilirler. Şikayete konu olan işlemin ilgili bakımından bir zarara yol açması gerekmediği gibi, icra iflas dairesi görevlisinin de işlemde kusurunun bulunması aranmamıştır.⁷

Şikayet icra mahkemesine verilecek bir dilekçeyle yapılabileceği gibi sözlü olarak şikayet beyanının icra mahkemesinde tutanağa geçirilmesi yoluyla da yapılabilir (İİK md. 8).⁸

Şikayet kendine özgü bir hukuki çaredir, bir dava değildir.⁹ Bu açıdan şikayet dilekçesinin dava dilekçesi içeriğini (HMK m. 119) taşıması gerekmez.¹⁰ Nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, “borçlunun icra mahkemesine başvurusu şikayet olup, şikayet bir dava değildir. Bu nedenle şikayet dilekçesinin kanunda yazılı şartları taşıması zorunlu değildir. Bu itibarla şikayet konusu icra dosya-

⁶ Muhammed Özkes, *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 142.

⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, a.g.e., s. 58 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra s. 76 vd.; M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 31 vd.; Baki Kuru, *İstinaflı Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2017, s. 38 vd.; İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2010, s. 57 vd.; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul, 2004, s. 44 vd.

⁸ Madde düzenlemesi bu şekilde olsa da, takip işlemlerinin yoğunluğu sebebiyle uygulama tarafların sözlü olarak yapabilecekleri başvurularda dahi dilekçe ile icra dairesine başvurusu şeklinde gelişmektedir. Özkes, a.g.e., 87.

⁹ Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, *İcra ve İflas Hukukunda Şikayet*, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 48; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, a.g.e., s. 101; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 81; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunun Esasları*, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 129.

¹⁰ İddia ve somutlaştırma yükümlülüğü takip hukukunda da geçerlidir. Şikayet söz konusu olduğunda icra mahkemesi, kamu düzenine ilişkin hususları re'sen inceler.

sının yanlış gösterilmesi veya hiç bildirilmemiş olmasının sonuca etkisi yoktur. Mahkemece şikayetçiye, doğru dosya numarasını bildirmek üzere süre verilip, asıl şikayet konusu dosya incelenerek sonucuna göre karar verilmesi” işaret etmektedir.¹¹

Şikayet, şikayete konu işlemi yapan icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesine yapılır. İcra mahkemesinin yetkisi kesin yetkidir.¹² Haczedilecek mal, takibi yürüten icra dairesinin yetki alanı dışında ise haciz malın bulunduğu yer icra dairesince istinabe yoluyla yapılır ve haciz ile ilgili şikayet, istinabe olunan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesince incelenir.¹³

Şikayetin icra mahkemesi yerine icra dairesine yapılması herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz; icra dairesi şikayeti kendiliğinden icra mahkemesine göndermez. Şikayet süresi geçtikten sonra icra mahkemesine yapılan başvurular ise sürenin geçmiş olması sebebiyle reddedilmelidir.¹⁴ Yargıtay da icra dairesine yapılan şikayetlerin herhangi bir hukuki sonucunun olmayacağını hükme bağlamaktadır.¹⁵

b. Gecikmiş İtiraz

Ödeme emri kendisine tebliğ edilen borçlu yedi günlük süre içerisinde borca veya imzaya itiraz edebilir. Bu sürenin kesin olmasının istisnası ise gecikmiş itirazdır. Borçlu kusuru olmaksızın bir engel sebebiyle ödeme emrine itiraz edemezse, engelin ortadan kalkmasından itibaren 3 gün içinde icra mahkemesine itirazda bulunabilir (İİK md. 65).

Borçlu gecikmiş itirazını bir dilekçe ile veya sözlü olarak (icra mahkemesinde tutanak düzenlettirmek suretiyle) yapabilir (İİK md. 18/II). Borçlu gecikmiş itirazında hem mazeretini, hem de ödeme emrine itirazını ve sebeplerini bildirmelidir.¹⁶

c. İtirazın Kaldırılması

Borçlunun borca itiraz etmesi durumunda alacaklının icra mahkemesinde başvuracağı yol itirazın kesin kaldırılmasıdır. İtirazın kesin kaldırılması yoluna

¹¹ Y.12. HD, E. 2016 / 16845, K. 2017 / 8872, T. 06.06.2017, KİBB.

¹² Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 38; Abdürrahim Karlı, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 81.

¹³ Üstündağ, a.g.e., s. 53; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 111.

¹⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 83; Emine Halman Çetin, *İcra İflas Hukukunda Şikayet ve İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 9; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 64.

¹⁵ YHGK, E. 2005 / 12-178, K. 2005 / 211, T. 30.03.2005, KİBB.

¹⁶ Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 104;

başvurmak isteyen alacaklı, dilekçeyle veya sözlü olarak, yetkili icra mahkemesine başvurur (İİK md. 70).¹⁷ İtirazın kaldırılması talebi Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında bir dava olmadığından dilekçenin dava dilekçesi içeriğini taşıması gerekmez.¹⁸ İtirazın kesin kaldırılması taleplerini icra mahkemesi inceler. İcra mahkemesinin bu yetkisi kesin yetkidir, kamu düzenindedir.¹⁹ Alacaklının elinde İcra ve İflas Kanunu'nun 68. maddesinde öngörülen belgeler varsa itirazın kesin kaldırılması yoluna başvurulabilir; aksi halde alacaklı genel mahkemelerde itirazın iptali davası açabilir. Taraflar, ileride çıkacak bir uyuşmazlıkta itirazın kaldırılması yoluna değil de itirazın iptali yoluna başvurulabileceği şeklinde, kanunun tanıdığı seçimlik hakkı bertaraf eder nitelikte bir icra sözleşmesi yapamazlar.²⁰

Borçlunun imzaya itiraz etmesi durumunda alacaklının icra mahkemesinde başvuracağı yol itirazın geçici kaldırılmasıdır (İİK m. 68/a). İtirazın geçici kaldırılması yoluna başvurulabilmesi için senedin adi bir senet olması ve kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermesi gerekir. Buna karşılık itirazın kesin kaldırılmasında da borçlunun gösterdiği adi senet altındaki imza alacaklı tarafından inkar edilirse, icra mahkemesi imzanın alacaklıya ait olup olmadığını 68/a'da öngörülen usulle inceler (İİK m. 68/V). Takip borçlusunun resmi senedin sahteliğini ise, genel mahkemede açacağı ayrı bir dava yoluyla ileri sürmesi gerekir (HMK md. 204; İİK md. 72). İcra mahkemesi tarafından itirazın geçici kaldırılmasına karar verilirse borçlu yedi gün içerisinde borçtan kurtulma davası açabilir (İİK. m. 69/II, III, IV, V). Borçlu süresinde borçtan kurtulma davası açarsa davanın sonuna kadar takip durmaya devam eder. İtirazın geçici kaldırılması yolunda da başvuru yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir.²¹

B. Başvurunun Yazılı Olarak Yapılması Gereken Haller

a. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz

Alacaklının kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takibe başvurabilmesi için alacağının senede bağlanmış bulunması ve bu senedin kambiyo senedi niteliğine haiz olması gereklidir. Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip talebi de genel haciz yolundaki esaslara uygun olarak doldurulur; başvuru yazılı

¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 110 vd.; Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 103; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 185 vd.

¹⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 185; Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 113.

¹⁹ Kuru- İstinaflı İcra, a.g.e., s. 119.

²⁰ Taylan Özgür Kiraz, *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006, s. 217.

²¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 119 vd.

olarak yapılır. Ayrıca alacaklı takip talebinde belirttiği kambiyo senedinin aslını ve borçlu sayısı kadar onaylı örneğini de takip talebine eklemelidir (İİK m. 167/2).²²

Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte itiraz, genel haciz yolundaki itirazdan farklı olarak yalnızca dilekçeyle yapılabilir. Ayrıca kambiyo senetlerine özgü haciz yolunda itiraz sebeplerinin de belirtilmesi gerekir (İİK m. 168/5).

b. İstihkak Davası

İstihkak davası ile borç için haczedilen malın iddia edildiği gibi üçüncü kişiye ait olup olmadığı araştırılır. Dava ile amaçlanan haczedilen mal üzerindeki uyuşmazlığın somut icra takibi bakımından çözümlenmesidir.²³

İstihkak davası, basit yargılama usulüne göre görülür ve dava bir dilekçeyle açılır. Görevli mahkeme mal ve hakkın değerine bakılmaksızın icra mahkemelelidir. Yetkili mahkeme, genel yetki kurallarına göre belirlenir.

C. Başvurunun Tarafları

Şekli taraf teorisine göre, hukuki koruma talep eden davacı, hukuki himaye talep edilen ise davalıdır.²⁴ İcra takibi açısından bakıldığında ise, alacaklı talepte bulunan; borçlu kendisine karşı takip yapılan kimsedir.²⁵ Tarafların maddi hukuk anlamında hak ya da borç sahibi olup olmamaları borçlu ya da alacaklı olarak nitelendirilmelerinde etkili değildir. İcra mahkemesine başvuru; alacaklı, borçlu ve bazı hallerde de üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilir. Burada özellik arz eden husus, üçüncü kişilerin de icra mahkemesine başvurabileceği durumlarıdır.

²² "Ancak takip konusu bir çekse ve bankaya ibraz edildiğinde çek bedelinin sadece bir kısmı ödenmişse, bu durumda banka, aslını kendisi saklayarak çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisini çek hamiline verir; bu sebeple, çek hamili de bu fotokopiyle takip yapabilir. (ÇEKK m. 3, VI). Bunun yanında çek dışında da belirli durumlarda (hukuki zorunluluk varsa) bononun fotokopisi ile de takip yapabilir. Örneğin bir bono aynı zamanda cezai takibata konu yapılmışsa, asıl dosyadaki aslı yerine tasdikli fotokopisi dosyaya sunulabilir. Alacaklının borçluya karşı talepte bulunabilmek için ödememe protestosu çekmesi gereken hallerde, kambiyo senedi ile bir bütün oluşturmaktadır." Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 240.

²³ Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 4; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 182 vd.; Yıldırım/Deren Yıldırım, a.g.e., s. 175 vd.; Muşul, a.g.e., s. 390 vd.; Üstündağ, a.g.e., s. 203 vd.; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 467 vd.

²⁴ Arslan /Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası- Usul, a.g.e., s. 251; Şanal Görgün/Levent Börü/ Barış Toraman/ Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 225.

²⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 77; Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 13; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 6. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 157.

İcra müdürünün işleminden zarar gördüğü kanısında olan herkes, hukuki yararı bulunmak kaydıyla işlem hakkında şikayet yoluna başvurabilir.²⁶ Uygulamada, şikayet konusu işlemi yapan icra dairesi olsa da, “şikayet olunan” olarak karşı taraf gösterilmektedir.²⁷ Özel bir şikayet türü olan ihalenin feshinde ise satış isteyen alacaklı ve borçlu haricinde tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler de icra mahkemesine başvurabilir. İhalenin feshini isteyebilecek kişiler sınırlı olarak sayılmıştır.²⁸ Bu nedenle taşınırlarda rehlin sahibinin,²⁹ istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişilerin, taşınmaz üzerinde ihtiyati tedbir koydurmuş olan kişinin ihalenin feshini istemesi mümkün değildir.³⁰ İstihkak iddiasında bulunan üçüncü kişiler ve kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen üçüncü kişiler de icra mahkemesine başvurabilirler.

3. DİLEKÇELER AŞAMASI

İcra mahkemesinde görülecek işlerde basit yargılama usulü uygulanır (İİK md. 18). Basit yargılama usulü yazılı yargılama usulüne göre daha hızlı ve merasimsiz bir yargılamayı içerir.³¹ Yine bu usulde de dilekçeler teatisi, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamaları mevcuttur; ancak bunlar yazılı yargılama usulünde olduğu gibi birbirinden kesin çizgilerle ayrılmamıştır.³²

Basit yargılama usulünde de dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur (HMK md. 317/1 ve 322/1). Davacı dava dilekçesi, davalı cevap dilekçesi ile tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; elinde bulunan delillerini dava dilekçesine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçesinde yer vermek zorundadır (HMK md. 318).

²⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 77.

²⁷ Bu durum, icra dairesinin icra mahkemesinin şikayet incelemesi esnasında işlemi yapan olarak dinlenmesini, şikayet talebine karşı cevabının alınmasını da engellemektedir. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 107.

²⁸ “İhalenin feshi prosedürüne, ihaleye girenlerin fer’i müdahil olarak katılması mümkün değildir. İhalenin feshini isteyebilecek kişiler sınırlı olarak sayıldığından, bu kişilerin ihalenin feshini talep etmeleri mümkün ise, ayrıca ihalenin feshini talep etmeleri gerekir.” Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 222.

²⁹ Aksi yönde görüş için bkz. Timuçin Muşul, *İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 423.

³⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 271.

³¹ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 616; Talih Uyar, *İcra Hukukunda Görev Yetki ve Yargılama Usulü*, Manisa, Şafak Basım, 1983, s. 220.

³² Kuru-Usul, a.g.e., s. 617; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 729.

Basit yargılama usulünde dava ve cevap dilekçesi yazılı olmak zorundadır. İcra mahkemelerine başvuru, yazılı ve sözlü olarak yapılabilmektedir, bu açıdan basit yargılama usulünden ayrılmaktadır. Talepler noktasında da maktu formlar kullanılmaktadır. Ayrıca icra mahkemesinde şikayet söz konusu olduğunda hem talep hem cevaplar, yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir.³³

Basit yargılama usulüne tabi davalarda taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler (HMK md. 319). Davacı bakımından iddianın genişletilmesi yasağı³⁴ cevap dilekçesinden, davalı bakımından savunmanın genişletilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlar.³⁵

4. ÖN İNCELEME VE TAHKİKAT

Basit yargılama usulünde mahkeme mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (HMK md. 320/1).³⁶ Mümkün olan durumlarda ön inceleme ile tahkikat duruşması birlikte yapılabilir.

Dosya üzerinden karar verilemeyecek hallerde mahkeme tarafları duruşmaya davet eder. Ön inceleme duruşmasında mahkeme, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında tarafları dinler, tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tespit eder, daha sonra tarafları sulhe veya arabuluculuğa davet eder. İcra mahkemesinde, tarafların sulha veya arabuluculuğa davet edilip edilemeyeceklerini ikili bir ayırım altında ele almak gerekir. Her şeyden önce söz konusu yargılamalar kural olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan doğmaktadır. Diğer taraftan, gerek İş Mahkemeleri Kanunu (md. 3), gerek Türk Ticaret Kanunu bağlamında (md. 5/A) (ayrıca bkz. HUAK md. 18/A) arabulucuya başvurunun dava şartı olarak kabul edildiği haller bakımından dahi arabuluculuk bir takip şartı değildir ve bu durum alacaklının bir dava olarak kabul edilmeyen itirazın kaldı-

³³ Halman Çetin, a.g.e., s. 9; Muşul, a.g.e., s. 128; Kuru- İstinaflı İcra, a.g.e., s. 44.

³⁴ "Teksif ya da dava malzemesinin başlangıçta yığılması ilkesi HMK'da yer almamakta, doktrinde bu ilkenin varlığı kabul edilmektedir. Buna göre; taraflar iddia ve savunmalarını, yargılamanın belirli bir aşamasına kadar getirmek durumundadırlar; bundan sonra kural olarak yeni bir vakia ileri sürülemez." Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-Usul, a.g.e., s. 158 vd.

³⁵ Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 621.

³⁶ "Basit yargılama usulünde, yazılı yargılama usulünden farklı olarak ön inceleme ve tahkikat işlemleri de basitleştirilmiştir. Bu kapsamda eğer dosya üzerinden karar verilmesi mümkünse taraflar duruşmaya çağrılmadan sadece dilekçe ve delilleri dikkate alınarak karar verilme imkanı da tanınmıştır. Emsal nitelikteki bir kısım dosyalarda Bölge Adliye Mahkemesince Hukuk Muhakemeleri Kanunu 137. madde gereğince ön inceleme yapılmadan tahkikata geçilemeyeceği gerekçesi ile ön inceleme duruşmasının açılması için dosya mahkemesine iade edilmişse de, yazılı yargılamaya dair bu düzenlemenin basit yargılama usulüne tabi davalarda uygulanması ve geriye dönülerek ön inceleme duruşması açılması basit yargılama usulü ile ön incelemenin amacına aykırı düşecektir. Anılan sebeplerle davalının tüm temyiz itirazlarının reddiyle, davanın kabulüne dair hükmün bu ilave gerekçeyle onanmasına karar verilmesi gerekmektedir." (Y.22. HD, E. 2017/40730 K. 2017/22064 T. 18.10.2017, KİBB)

rılması yoluna başvurulmasına engel teşkil etmemektedir. Ancak bu durum, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuda (bir para alacağından doğan ve icra takibinin konusunu oluşturmuş) sulha veya özellikle arabuluculuğa teşvik edilmeyecekleri anlamına gelmez. Kanımızca icra hakiminin taraflara yapacağı ilk duruşmada bu imkanı hatırlatması doğru olmalıdır.

Basit yargılama usulünde mahkeme; tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını ön inceleme duruşması hariç iki duruşmada tamamlar (HMK md. 320/3). Duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz. Bilirkişi incelemesinin uzaması, istinabe yoluyla tahkikat işlemlerinin uzaması gibi zorunlu hallerde, hakim gerekçesini belirterek bir aydan sonrası için de bir duruşma günü belirleyebilir ve ikiden fazla duruşma yapabilir (HMK md. 320).³⁷

A. Delillerin İncelenmesi ve İspat Yükü

a. Belgeyle Sınırlı İnceleme Yapılacak Haller

aa. İtirazın Kesin Kaldırılması

Alacaklı, elinde İİK md. 68, f. 1’de sayılan belgelerden varsa; itirazın kesin kaldırılması yoluna başvurabilir. İİK 68 anlamında belgelerden ilki belli bir para borcuna ilişkin kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren adi senettir. Adi senet üzerinde borçlunun imzası bulunmalı ve bu imza takip borçlusu tarafından ikrar edilmiş olmalıdır. İmzanın borçlu tarafından kabulü açıkça olabileceği gibi, ödeme emrine itirazda yalnızca borca itiraz etmek suretiyle zımni de olabilir.³⁸

Alacaklı takip konusu adi senedi takip talebi ile birlikte icra dairesine vermelidir (İİK md. 58/4). Adi senet takip talebine eklenmediyse itirazın kaldırılmasının istenip istenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Kuru ve Kiraz’a³⁹ göre alacaklı takip talebinde alacağının senede bağlı olduğunu bildirmemiş ve icra dairesine hiçbir belge vermemişse, itirazın kaldırılması yoluna başvuramaz. Üstündağ’a ve Postacıoğlu/Altay’a göre ise alacaklı ilk defa ibraz ettiği belgeye dayanarak itirazın kaldırılmasını talep edebilir.⁴⁰ Kanaatimizce kanuni düzenlemeye aykırı olarak icra mahkemesine ilk defa ibraz edilen senet itirazın kaldırılmasında kullanılmamalıdır.

³⁷ İcra mahkemesinde uygulanan yargılama usulüne ilişkin özellik gösteren durumlara çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilmiştir.

³⁸ Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 115; Kiraz, a.g.e., s. 34; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, a.g.e., s. 112; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 189.

³⁹ Kuru-El Kitabı, a.g.e., s. 273; Kiraz, a.g.e., s. 74.

⁴⁰ Üstündağ, a.g.e., s. 92.

Adi senet üzerinde tahrifat yapıldığı ileri sürülürse, bu belgenin 68 anlamında belge sayılıp sayılmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, belgenin 68 anlamında belge sayılıp sayılmayacağı bilirkişi incelemesi yapılarak çözümlenebilir. İnceleme sonunda senedin yukarıda sayılan niteliklere haiz olmadığı anlaşılırsa mahkeme itirazın kesin kaldırılması talebini reddeder.⁴¹ Bir başka görüşe ise adi belge tahrif edildiğinde 68 anlamında belge olma niteliğini kaybedecektir.⁴² Senet tam olarak yırtılmış yahut yırtılıp yapıştirilmiş ise, borç ödenmiş kabul edilerek itirazın kaldırılması reddedilmelidir.⁴³ Nitekim Yargıtay kararında yırtılmış senet söz konusu olduğunda borcun ödenmiş sayılacağı belirtilmiştir.⁴⁴ Borçlunun gösterdiği adi yazılı belge alacaklı tarafından inkar edilirse, icra mahkemesi bu imzanın alacaklıya ait olup olmadığını, 68/a'daki usule göre inceler.

Öğretide bir görüşe göre iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye dayanılarak da itirazın kaldırılması istenebilir, ancak bu durumda karşı edimin ifa edilmiş olması şarttır.⁴⁵ Kanaatimizce dayanılan adi senedin kayıtsız şartsız borç ikrarını içermesi gerektiğinden iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye dayanılarak itirazın kaldırılmasının istenmesi söz konusu olmamalıdır.

İkinci belge, imzası noterce onaylanmış senettir. Onaylama şeklindeki noter senetlerinin altındaki imza inkar edilse dahi, icra mahkemesi bu imzanın sahte olup olmadığını inceleyemez, zira noterce onaylanmış senet sahteliği sabit olana kadar geçerlidir. Alacaklının imzanın kendisine ait olmadığına dair genel mahkemelerde bir menfi tespit davası açması gerekir.⁴⁶

Üçüncü belge, resmi dairelerin ve yetkili makamların usulüne uygun verdikleri belgelerdir. Bu belgelerden borçlunun borcunu kesin olarak ödemesi gerektiğinin ve kayıtsız şartsız borçlu olduğunun anlaşılması gerekir. O nedenle bir ödeme belgesi yahut makbuz bu belgelerden sayılmaz.⁴⁷ Resmi

⁴¹ Kiraz, a.g.e., s. 108; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 113; Gülin Akba-ba, "İtirazın Kaldırılması ve Yargılama Usulü", www.goksusafisik.av.tr, s. 213.

⁴² Üstündağ, a.g.e., s. 144; Postacioğlu/Altay, a.g.e., s. 250.

⁴³ Kiraz, a.g.e., s. 116; Üstündağ, a.g.e., s. 117.

⁴⁴ Y.12. HD, E. 2012/23238, K. 2013/2101, T. 25.1.2013, KİBB.

⁴⁵ "Kanun 68. maddesinde borç ikrarından bahsetmektedir. Burada kast edilen borç ikrarına dar bir anlam vermemek gerekir. Şarta bağlı bir borç ikrarı veya iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme-deki borç ikrarı da 68. Maddeye itirazın kati olarak kaldırılmasını sağlayabilir. Yeter ki itirazın kaldırılması talebinin ileri sürüldüğü anda şart gerçekleşmiş veya karşı edim ifa edilmiş olsun." Üstündağ, a.g.e., s. 113.

⁴⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., 113; Kiraz, a.g.e., s. 134; Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 116.

⁴⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 194.

dairelerin veya yetkili makamların verdikleri belge ya da makbuzların İcra ve İflas Kanunu md. 68/1 anlamında belge oldukları, bazı özel kanunlarda ve İcra İflas Kanunu'nda belirtilmiştir. Örneğin borç ödemedi aciz belgesi İcra ve İflas Kanunu'nun 143. maddesinde, kesin rehin açığı belgesi İİK'nın 152. maddesinde borç ikrarını içeren senet mahiyetinde gösterilmişlerdir. Böyle açık bir kanun hükmünün bulunmadığı hallerde, ise resmi dairelerin ve yetkili makamların vermiş olduğu belgelerin itirazın kaldırılmasını sağlayabilmesi için borcun kayıtsız şartsız ödenmesi gerektiğinin anlaşılması gerekir.⁴⁸

Dördüncü belge, resmi makamlar önünde borç ikrarını içeren belgelerdir. Örneğin borçlu ihtiyati haciz tutanağında borcunu ikrar ettiyse daha sonra yapılacak asıl takipte, bu tutanağa dayanarak itirazın kaldırılması yoluna gidilmesi mümkündür.⁴⁹

Beşinci belge, kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmiş hesap özetleri ve ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafın usulüne uygun düzenlediği belgelerdir. Krediyi kullandıran taraf krediyi kullanan tarafın kredi sözleşmesinde belirttiği adrese on beş gün içinde hesap özeti yahut usulüne uygun düzenlenmiş belge ve makbuzu noter aracılığıyla⁵⁰ gönderir. Krediyi kullanan taraf bu belgeye gönderildiği tarihten itibaren 1 ay içinde itiraz edebilir. İtiraz edilmeyen belgeler, itirazın kaldırılmasında belge olarak kullanılır.⁵¹ Getirilen bu hükümlerle kredi kurumlarına hiçbir özel hukuk kişisine tanınmayan ayrıcalıklar tanınmıştır. Kredi kurumu ilamlı takip yoluna dahi başvurmadan elindeki hesap özetleri, usulüne uygun düzenlenmiş belge, makbuz ve ihtarnameler ile itirazın kaldırılması yoluna başvurabilmektedir. Bu durum öğretide sıkça eleştirilmiştir.⁵² Eleştirilen başka bir nokta ise, hesap özeti yahut usulüne uygun düzenlenmiş belge ve makbuzla hükümde düzenlenen 1 aylık süre içerisinde itiraz etmeyen tarafın, ancak borcunu ödedikten sonra belgenin gerçeğe aykırılığını öne sürebilecek olmasıdır.⁵³

Alacaklı belirtilen belgelerle alacağını ispat ederse, itirazın kaldırılmasına karar verilir. Borçlu da bu durumda itirazını 68 anlamında belgelerle ispatlama-

⁴⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 194.

⁴⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 114.

⁵⁰ "Krediyi kullandıran taraf hesap özeti veya diğer belgeleri noter aracılığı ile göndermezse bu korumadan yararlanamaz." Y.12. HD, E. 2016/8692, K. 2017/579, T. 18.1.2017, KİBB.

⁵¹ Kiraz, a.g.e., s. 142; Üstündağ, a.g.e., s. 116.

⁵² Üstündağ, a.g.e., s. 115; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 195; Yıldırım/Deren Yıldırım, a.g.e., s. 89.

⁵³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz-İcra, a.g.e., s. 195.

lıdır. Belgeyle ispatı mümkün olmayan haller icra mahkemesince incelenmez.⁵⁴ Bir görüşe göre, borçlu itiraz dilekçesinde borcu ödediğini ileri sürerse, alacaklının artık 68/1’de belirtilen belgelerden sunması gerekmez.⁵⁵ Zira yazılı belgelerle ispatlanacak olan hukuki ilişki ve borçtur. Borçlu hukuki ilişkiyi ve borcu kabul ettiğinden, bu hususun yazılı belge ile ispatlanmasına gerek yoktur. Borçlu bir ödeme belgesi sunamadı ise itiraz kaldırılmalıdır.⁵⁶

bb. İtirazın Geçici Kaldırılması

İtirazın geçici kaldırılmasının icra mahkemesince incelenebilmesi için, borçlunun takibe dayanak adş senet altındaki imzayı açıkça ve ayrıca inkar etmiş olması ve hiç şüphe yok ki senedin kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermesi gerekmektedir.⁵⁷ Alacaklı, noterlikçe onaylı bir senede ya da resmi makamların usulüne uygun verdiği bir belgeye dayanıyorsa imzaya itiraz mümkün olmadığından, itirazın kaldırılması da söz konusu olmaz.⁵⁸ Yine senet şartlı bir borç ikrarı içeriyorsa, icra mahkemesi şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyemez; inceleme yapmadan itirazın geçici kaldırılması talebinin reddine karar verir.⁵⁹

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun adi bir senetteki imza inkar edildiğinde herhangi bir işleme esas alınmayacağına dair hükmü (md. 209/1), bu durumda uygulanmaz. Zira İcra ve İflas Kanunu’nun bu hükümleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun hükümlerine göre özel hüküm niteliğindedir.⁶⁰

⁵⁴ “İcra takibi, İİK m. 68-68a’daki belgelerden birine dayanmakta ise alacaklı bu iki yoldan birisini seçmekte serbesttir. Takip konusu alacak m. 68-68a’daki belgelerden birine bağlı değilse, alacaklı icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını isteyemez, yalnız mahkemede itirazın iptali davası açabilir. Önce icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurmuş olan alacaklı, bu yolu bırakarak (mahkemede itirazın iptali davası açabilir. Bundan başka, önce icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurmuş ve fakat itirazın kaldırılması talebi reddedilmiş olan alacaklı da m. 67’deki 1 yıl içinde itirazın iptali davası açabilir. Eğer İTM’de bir hak istihlal elde etmişse, o kararı infaz ettirmeyerek, genel mahkemelerde itirazın iptali davası açar ise, sadece o halde bu davayı açmada hukuki yararı bulunmayacaktır.” (Y.3. HD, E. 2005/10218, K. 2005/11884 T. 15.11.2005, KİBB)

⁵⁵ “Burada borçlu, hukuki ilişkiyi olduğu gibi ikrar etmiş ve fakat bu hukuki ilişkiyi hükümden düşüren ve ikrar edilen vakianın doğumuyla ilgili olmayan başka bir yeni vakia iddiasında bulunmuştur. Alacaklının alacağını md. 68/1’de öngörülen belgelerden biriyle ispat etmesi beklenmez. Aksine, borç doğurucu hukuki ilişkiyi kabul eden borçlunun, yeni vakia iddiasını md. 68/1’de öngörülen belgelerden biri ile ispat etmesi gerekir.” Kiraz, a.g.e., s. 267.

⁵⁶ Yıldırım/Deren Yıldırım, a.g.e., s. 83.

⁵⁷ Bknz. yukarı s. 9.

⁵⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası- İcra, a.g.e., s. 207.

⁵⁹ Muşul, a.g.e., s. 302; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, a.g.e., s. 120.

⁶⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası- İcra, a.g.e., s. 207.

cc. İcra Takibinin İptali ve Taliki

Kanun'da icra takibinin iptali ve taliki için öngörülen üç hal; itfa, süre verilmesi (imhal) ve zamanaşımıdır. Borçlu, takibin kesinleşmesinden sonra borcun itfa edildiğini yahut süre verildiğini ancak belirli belgelere dayanarak ispat edebilir. Bu belgeler alacaklı tarafından verilen imzası noterlikçe onaylı bir belge ve imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir senettir. Açık düzenleme karşısında elinde ancak bu belgeler bulunan alacaklı, icra mahkemesinden takibi iptalini yahut süre verilmesini talep edebilecektir.⁶¹

Öğretide borçlunun elinde borcu ödemediğine dair makbuz bulunmasına rağmen, alacaklı bu makbuz altındaki imzayı inkar ederse, İcra ve İflas Kanunu'nun 68'in 5. fıkrasının burada kıyasen uygulanmayacağı ve imza incelemesi yapılmadan takibin iptali talebinin reddedileceği belirtilmiştir. Zira kanunun ilgili 71. madde hükmünde böyle bir durumda imza incelemesi yaptırılacağı yönünde bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak alacaklı imza incelemesi yapılmasını talep ederse, icra mahkemesi imza incelemesi yapabilir.⁶²

Borçlu icra mahkemesine imzası ikrar edilmiş bir belge yahut noterlikçe onaylı bir belge sunduğunda, mahkeme sunulan bu belgelerle bağlıdır. Zira İcra ve İflas Kanunu 71. maddede gösterilen deliller kesin delildir ve hakimi bağlar.⁶³ Yargıtay bir kararında, borçlunun imzası ikrar edilmiş bir belge yahut noterlikçe onaylı bir senede dayanarak takibin iptalini talep etmesi durumunda hakimin bunu göz önüne alması gerektiğini şöyle ifade etmiştir: "*Borçlu, takibin kesinleşmesinden sonraki devrede borcun ve ferilerinin itfa edildiğini yahut alacaklının kendisine mühlet verdiğini noterden tasdikli veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispat ederse takibin iptal veya talikini her zaman tetkik mercinden isteyebilir. Merci Hakimliğinin gerekçesinde yasaya uygun olarak açıklandığı üzere HUMK'un 76. maddesi gereğince başvurunun hukuki tavsifi Hakime aittir. Yani ödeme belgeleri alacaklıya gösterilip kabul ettiklerine hasren İİK'nun 71. maddesi gereğince takibin iptaline karar verilmelidir.*"⁶⁴

⁶¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 185 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 215; Nilüfer Boran, *İcra Takibinin İptali ve Taliki*, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2006, s. 72.

⁶² Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 150; Boran, a.g.e., s. 73.

⁶³ Boran, a.g.e., s. 81.

⁶⁴ Y.12. HD, E. 2001/11516, K. 2001/12056, K. 03.07.2001, KİBB.

B. Delillerin Serbestçe Değerlendirileceği Haller

a. Şikayet

Şikayette hangi delillerin ileri sürülebileceği ve mahkemenin delilleri nasıl değerlendireceği konusunda İcra İflas Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda niteliğine aykırı düşmedikçe Hukuk Muhakemeleri Kanununun deliller ile ilgili hükümleri uygulanacaktır.⁶⁵

Şikayete ilgili deliller, çoğunlukla takip dosyasında yer alır. Taraflar bu delillere dayanabileceği gibi, icra mahkemesi bu delilleri re'sen getirterek de değerlendirebilir.⁶⁶ Bunun haricinde icra mahkemesi, şikayeti incelerken bilirkişiye başvurabilir, tanık dinleyebilir, keşfe karar verebilir. Bu anlamda her türlü delili serbestçe değerlendirir.⁶⁷ İcra mahkemesi tarafların göstermiş olduğu sebeplerle de bağlı değildir.⁶⁸

Somutlaştırmaya, hakkı sebepsiz yere sürüncemede bırakılması, hakkın yerine getirilmemesi ve icra memurunun takdir yetkisini yanlış kullanması gibi durumlar çoğu kez birer hukuki fiil teşkil edeceğinden, bunların ispatı bakımından başta tanık beyanı, bilirkişi incelemesi veya keşif icrası olmak üzere her türlü delilin serbestçe değerlendirilebileceği açıktır. Kamu düzenine aykırılık teşkil eden hallerin birçoğu ise, az önce ifade ettiğimiz gibi takip dosyasında yer alan veya şikayet başvurusu ile birlikte icra mahkemesine ibraz edilecek belgelerle de ispat olunabilir. Önce rehine başvuru kuralına aykırılık iddiasında rehin sözleşmesinin veya bir ilamın mevcut olmasına rağmen alacaklının ilamsız takibe girişmesi durumunda ilgili mahkeme ilamının mahkemeye sunulması bu duruma örnek olarak verilebilir.

İcra memuru şikayette tanık olarak dinlenemez, kendi lehine olan beyanları niteliği gereğince delil olarak değerlendirilemez. Bir görüşe göre, belirli hallerde icra memurunun kendi işlemi lehine beyanları dışındaki vakıa değerlendirmeleri uyumsuzluğun çözülmesi için etkili olabilir.⁶⁹ Diğer bir görüşe göre ise, şikayetin özel bir görünüm şekli olan ihalenin feshi sürecinde arttırmanın düzen içinde yürütülmesini sağlamakla görevli olanların (icra memuru vs) hiçbir şekilde tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir.⁷⁰

⁶⁵ Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, *İcra İflas Hukukunda Şikayet*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 366.

⁶⁶ Pekcanitez/Simil, a.g.e., s. 367.

⁶⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 65, Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 82.

⁶⁸ Ramazan Arslan, *İhalenin Feshi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 191; Halman Çetin, a.g.e., s. 10.

⁶⁹ Pekcanitez/Simil, a.g.e., s. 368.

⁷⁰ Arslan, a.g.e., s. 191.

Şikayet prosedüründe ispat yükü kendi lehine hukuki sonucun doğmasını isteyen, şikayetçi üzerindedir. Zira icra memuru yahut karşı tarafın kendi lehine doğmuş bir hukuki sonucu icra mahkemesine kabul ettirmek gibi bir durumu yoktur. Ancak şikayet eden aleyhine doğacak olan bir hukuki sonucun varlığı kabul ediliyorsa bu durumda ispat yükü iddia edende olacaktır.⁷¹

b. İhaleinin Feshi

İhaleinin feshi şikayet yoluyla icra mahkemesinden talep edilir ve uygulanacak usul şikayet usulüdür.⁷² Mahkeme her türlü delili inceleyebilir, yetkisinde bir sınırlandırma yapılmamıştır. Tahkikat esnasında tanık dinlenebilir, yemin teklif edilebilir,⁷³ keşfe karar verilebilir.

İhaleinin feshinde, ihaleye fesat karıştırılması gibi hukuki bir fiil bulunan hallerde, icra mahkemesince senetle ispat zorunluluğuna bağlı kalınmadan tanık dinlenebilir. Yargıtay da ihaleye fesat karıştırıldığına ilişkin iddia sonucu ihale-nin feshi istemine ilişkin kararında tanık beyanlarını esas almıştır⁷⁴

c. İstihkak Davası

İstihkak davasında özel ispat kuralları getirilmiştir. Zira alacaklı üçüncü kişi ile borçlu arasındaki ilişkiden habersizdir ve ispat bakımından korunması gereklidir.⁷⁵ Ancak bir taraftan üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla, İcra ve İflas Kanunu'nun 97. Maddesinde belirtilen karinelerin adi karine niteliğinde olduğu kabul edilmiştir, bu karinelerin aksi ispatlanabilir.⁷⁶

İstihkak davacısı malı ne suretle iktisap ettiğini ve malın borçlunun elinde bulunmasını gerektiren hukuki ve fiili olayları ispat etmek durumundadır (İİK md. 97). Borçlu ile üçüncü kişi malı ortak olarak elinde bulunduruyorsa mal

⁷¹ “Örneğin, onun haczedilmez malların sonradan haczine, özellikle haciz sırasında muvafakat ettiği iddia ediliyorsa bu durumda ispat yükü iddia edendedir.” Pekcanitez/Simil, a.g.e., s. 365.

⁷² Arslan/ Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra s. 335; Muşul-İhale, a.g.e., s. 467.

⁷³ “Yalnız arttırmaya fesat karıştırmak suç teşkil ettiğinden böyle bir fiil hakkında yemin teklif edilemez.” Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz-İcra, a.g.e., s. 336; Arslan, a.g.e., s. 191.

⁷⁴ Pekcanitez/Simil, a.g.e., 370.

⁷⁵ “İstihkak davaları kötüniyetli borçlular tarafından alacaklılarına zarar vermek için de kullanılabilir. Örneğin, borcu çok olan ve nasıl olsa günün birinde mallarının haczedileceğini bilen bir borçlu, mallarının haczedilmesini önlemek için, daha önce bütün mallarını karısına, çocuklarına yahut bir arkadaşına aitmiş gibi gösterir ve bunun için de bir noter senedi düzenletebilir. Borçlunun evine hacze gelindiğinde, borçlu bu noter senedini göstererek malların kendisine değil, başkasına ait olduğunu iddia eder. Bu durumda, böyle bir üçüncü kişi, istihkak davası açınca, noter senedine dayanarak istihkak davasını kazanacağını düşünebilir.” Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 293.

⁷⁶ Kudret Aslan, *Hacizde İstihkak Davası*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 398; Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 201; Muşul, a.g.e., s. 405; Üstündağ, a.g.e., s. 220.

borçlunun elinde sayılır. Üçüncü kişi aksini iddia ediyorsa bunu ispatla mükelleftir. Ancak belirli hallerde bunu ispatlamak oldukça zordur, bu sebeple üçüncü kişi lehine bazı karineler kabul edilmiştir.⁷⁷

Borçlu ile birlikte oturlan yerlerdeki mallardan mahiyetleri itibariyle kadın, erkek ve çocuklara aidiyeti açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar, bu kişilerin farz olunur (İİK md. 97/1). Bu madde hükmündeki karinenin olaya uygulanabilmesi için ön koşul, malın borçlu ile beraber bulunulan yerde olmasıdır.⁷⁸ “Kadın, erkek ve çocuklara aidiyeti açıkça anlaşılan mallar” ifadesi bakımından önemli olan malın niteliğidir. Malın niteliği açıkça anlaşılmiyorsa bilirkişi incelemesine gidilebilir. Yargıtay’ın kadına aidiyeti açıkça anlaşılan eşya ile ilgili farklı kararları mevcuttur. Örneğin Yargıtay bir kararında çamaşır makinesi ve elektrikli süpürge kadına mahsus eşyalardan olmadığına karar vermişken,⁷⁹ dikiş makinasının niteliği gereği kadına mahsus eşya olduğuna karar vermiştir.⁸⁰ Örf adet gereği olan kadına ait olan eşyaya örnek olarak kadının evlenirken evinden getirdiği eşyaların kime ait olduğunu belirlemede kullanılan çeyiz senetleri verilebilir.⁸¹ Yine sanat, meslek ve meşgale icabı olan mallar da kime ait ise o kişilerin sayılacaktır.

İcra ve İflas Kanunu’nun 97. maddesinin 17. fıkrasında icra mahkemesinin istihkak davasında bütün delilleri serbestçe değerlendireceği düzenlenmiştir. Madde hükmünde geçen “bütün deliller” ifadesinden anlaşılması gereken tarafların gösterecekleri bütün delillerdir. Dolayısıyla hukuki işlemlerin ispatına ilişkin sınırlamalar (senetle ispat zorunluluğu vs.) istihkak davasında söz konusu olmaz.⁸² Bu düzenlemenin getiriliş sebebi istihkak davasında alacaklı üçüncü kişi ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye yabancı olması; üçüncü kişinin hukuki işlemin tarafı olmamasıdır. Senetle ispat zorunluluğu gibi ispata ilişkin sınırlamalar ise aralarında hukuki ilişki bulunan taraflar için geçerlidir.⁸³

Davacı üçüncü kişinin malın kendisine ait olduğuna yönelik ibraz ettiği senet alacaklı bakımından delil teşkil etmez, zira yazılı bir delilin bir kimseye

⁷⁷ Pekcanitez/ Simil, a.g.e., s. 239.

⁷⁸ Aslan, a.g.e., s. 414.

⁷⁹ Y.21. HD, E. 2000/2576, K. 2000/2637, T. 4.4.2000, KİBB.

⁸⁰ Y.21. HD, E. 2004/212, K. 2004/1227, T. 17.2.2004, KİBB.

⁸¹ Aslan, a.g.e., s. 417.

⁸² “Hukuki işlemlerin senetle ispatlanacağına ilişkin hükmün istihkak davası bakımından da geçerli olduğu kabul edilirse, alacaklının, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkiye yabancı olması (ve alacaklı ile arasında bir hukuki işlemin bulunmaması) nedeniyle elinde bir senet bulunmasının imkansızlığı bir yana, bu durum tamamen borçlu ile üçüncü kişi arasında hileli işlemlerin yapılmasına ve dolayısıyla alacaklının menfaatlerinin ihlâline neden olacaktır.” Aslan, a.g.e., s. 383.

⁸³ Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 204 vd.

karşı ileri sürülebilmesi için o kimseden kaynaklanmış olması gerekir. Alacaklı ile üçüncü kişi arasında ise böyle bir ilişki yoktur.⁸⁴ Borçlunun malın kendisine ait olduğunu gösteren faturayı mahkemeye sunması, ispat gücü çok düşük olduğundan⁸⁵ malın borçluya ait olduğunu göstermez. Bu anlamda mahkeme diğer delilleri de inceleyerek karar verir.⁸⁶

Üçüncü kişinin istihkak iddiasını borçlunun kabul etmiş olması, alacaklıyı ispat yükünden kurtarmaz; ancak bu durum borçlu aleyhine delil teşkil eder ve ileride bu ikrara aykırı iddiada bulunamaz.⁸⁷

C. Tahkikat Aşamasında Duruşma Yapılması

a. Şikayet

Kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, şikayet yolunda icra mahkemesi duruşma yapılıp yapılmayacağını kendisi takdir eder.⁸⁸ İcra mahkemesi duruşma yapılmasını gerekli görürse tarafları en kısa zamanda duruşmaya çağırır, gelmeseler bile gerekli kararı verir (İİK md. 18). İcra Mahkemesine duruşma yapılıp yapılmama konusunda tanınan takdir yetkisi, mutlak değildir; mahkeme iddia ve delillere göre takdir hakkını kullanmalıdır. Duruşma yapılmaması gereken durumlarda uyuşmazlığın duruşmalı olarak yapılması zaman ve emek kaybına neden olacaktır.⁸⁹ Örneğin tebligatın usulsüz olduğuna ilişkin şikayet duruşmalı olarak incelenmeli, tebliğ yokluğu halinde ise dosya üzerinden inceleme yapılmalıdır.⁹⁰ Duruşma yapılması her ne kadar icra mahkemesinin takdirinde olsa da, duruşma yapılmayan hallerde karşı tarafın cevabını almak gerekir. Zira şikayet bir uyuşmazlığı kapsamaktadır ve karşı tarafın da dinlenilme hakkı mevcuttur.⁹¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi de Medeni Alpkaya başvurusunda “Somut olayda, icra emrinin iptali istemiyle Diyarbakır 2. İcra Hukuk Mahkemesine açılan davada Mahkeme, şikâyet dilekçesini davalıya tebliğ etmeden dosya üzerinden değerlendirme yapmak suretiyle icra emrinin iptaline kesin olarak karar vermiştir. Davalı, gerekçeli kararın tebliği ile birlikte davadan

⁸⁴ Aslan, a.g.e., s. 381.

⁸⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 294; Aslan, a.g.e., s. 381.

⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 187.

⁸⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 187.

⁸⁸ “Ancak bu fıkra, duruşma yapılmayan işlerde icra mahkemesini, işin kendisine geldiği tarihten itibaren on gün içinde karar vermek zorunda bırakmaktadır. Bu hüküm uygulamada icra hakimlerini duruşma açmaya sevk etmektedir.” Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 38.

⁸⁹ Uyar, a.g.e., s. 235; Üstündağ, a.g.e., s. 53.

⁹⁰ Muşul, a.g.e., s. 137 vd.

⁹¹ Postacioğlu/Altay, a.g.e., s. 81; Pekcanitez/Simil, a.g.e., s. 145.

haberdar olmuş, şikâyet hakkında beyanda bulunma ve dosyaya delil bildirme hakkından yoksun bırakılmıştır. Nitekim Mahkeme, iddia ve icra dosyasını dikkate alarak yalnızca davacının tezleri doğrultusunda karar vermiş, davalının, dilekçe içeriği, toplanan deliller hakkında bilgi edinmesine, bunlara karşı çıkmasına ve delil sunmasına izin vermeyerek diğer tarafı yargılamada üstün bir konuma getirmiştir. Bu açıdan söz konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletten yoksun kıldığı sonucuna ulaşılmıştır.” şeklindeki kararıyla, karşı tarafa cevap hakkı tanınmamasının silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır.⁹² Kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından, karşı tarafa cevap hakkı vermek ile ilgili bir hüküm kanunda yer almalıdır.

Basit yargılama usulünde mahkeme; tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını ön inceleme duruşması hariç iki duruşmada tamamlar (HMK md. 320/3). Özel bir şikâyet türü olan ihalenin feshinde de icra mahkemesinin yirmi gün içinde duruşma yapacağı düzenlenmiştir (İİK md. 134/II).

b. Kambiyo Senetlerin Özgü Haciz Yoluyla İtiraz Yargılaması

Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte borçlu borca itiraz ederse, inceleme mutlaka duruşmalı yapılmalıdır (İİK 170/2). Kanunda borca itirazın duruşma yapılarak inceleneceği belirtilmiş olmasına rağmen imzaya itiraz konusunda böyle bir açıklık yoktur. Ancak ilgili İcra ve İflas Kanunu'nun 170/b maddesinin atfı sebebiyle genel haciz yolundaki imza incelemesine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştükçe buraya da uygulanacaktır. Bu nedenle imza incelemesi de duruşmalı yapılmalı, itirazın geçici kaldırılmasındaki düzenleme buraya da uygulanmalıdır.⁹³

c. İtirazın Kesin Kaldırılması

İcra mahkemesi, itirazın kaldırılmasında incelemesini duruşmalı olarak yapar; dosya üzerinden karar veremez. İtirazın kaldırılması talebini alan icra mahkemesi alacaklı ve borçluyu en kısa zamanda duruşmaya çağırır (İİK md. 70). İcra mahkemesi ilk önce, borçlunun alacağın esasına ilişkin olmayan takip hukuku itirazlarını inceler. Mahkeme bu itirazları reddederse, itirazın kaldırılması talebini esastan incelemeye başlar.⁹⁴

⁹² AYM, T. 21.01.2016, 2013/3078 numaralı Medeni Alpkaya Başvurusu: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/9379181b>.

⁹³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 357 vd.

⁹⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra s. 199; Yıldırım/Deren Yıldırım, a.g.e., s. 83; Kurustinaflı İcra, a.g.e., s. 120.

Borçlu icra mahkemesindeki itirazın kaldırılması duruşmasında yalnız itirazında bildirmiş olduğu itiraz sebepleri ile alacaklının dayandığı senet metninden anlaşılan itiraz sebeplerini ileri sürebilir. Senet metninden anlaşılan borcun muaccel olmadığı, zamanaşımına uğramış olduğu gibi itiraz sebepleri ise ilk duruşmada hep birlikte ileri sürülmelidir. Bundan sonra borçlu ancak alacaklının açık muvafakati ile yeni itiraz sebepleri ileri sürebilir. Savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ve bunun istisnası olan alacaklının muvafakatinin bulunması burada da uygulanır.⁹⁵

d. İtirazın Geçici Kaldırılması

İcra mahkemesi itirazın geçici kaldırılması incelemesini de duruşmalı olarak yapar. Alacaklı duruşmada bizzat bulunmayıp da imza vekili tarafından reddolunursa vekil bir sonraki oturumda müvekkilini imza tatbikatı için hazır buldurmaya veya masraflarını vererek davetiye tebliğ ettirmeye mecburdur (İİK 68/6). Borçlu icra mahkemesindeki duruşmada hazır bulunmak zorundadır; hazır bulunmazsa icra mahkemesi yalnız bu sebepten itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verir.⁹⁶ Ancak geçici kaldırılma için duruşma davetiyesinde uyarının duruşma davetiyesinde yer alması gereklidir. Borçlunun duruşmaya gelmediği ancak vekilinin duruşmada hazır bulunduğu durumlarda mahkeme bir sonraki duruşmada bulunması için borçluya süre veremez.⁹⁷ Kanun borçlunun ileride duruşmaya gelmemesi durumunda itirazın geçici olarak kaldırılacağına ödeme emrinde de belirtilmesini öngörmüştür. Ödeme emrinde uyarıya yer verilmeyip, duruşma davetiyesinde yer verildiyse itirazın geçici kaldırılmasına karar verilebilir. Zira duruşma davetiyesi ödeme emrinden sonra tebliğ edilmiş ve gereken uyarı yapılmıştır.⁹⁸

İcra mahkemesi, ilk olarak borçlunun imzaya itiraz ile çelişme halinde olmayan takip hukukuna ilişkin itirazlarını ve alacaklının dayandığı senedin kayıtsız şartsız bir para borcu içerip içermediğini inceler.⁹⁹ Mahkeme borcun kayıtsız şartsız bir para borcu içerdiğine kanaat getirirse bu durumda imza incelemesine geçer.

⁹⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 203; Yıldırım/Deren Yıldırım, a.g.e., s. 83; Üstündağ, a.g.e., s. 120.

⁹⁶ Akbaba, a.g.m., s. 215.

⁹⁷ Y.12. HD, E. 2007 / 17661, K. 2007 /20655, K. 08.11.2007, KİBB.

⁹⁸ Postacioğlu/Altay, a.g.e., s. 279.

⁹⁹ Akbaba, a.g.m., s. 216; Kuru-İstinaflı İcra s. 124; Özlem Yazar, *İcra Hukukunda İmzaya İtiraz ve İmzaya İtirazın Sonuçları*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2011, s. 62.

İcra mahkemesi imza incelemesini yaparken, ilk olarak her iki tarafı dinler.¹⁰⁰ Gerçekten de kimi durumlarda sorun taraflardan alınacak izahat sonucunda çözüme kavuşturulabilir. Örneğin alacaklının takip konusu adı senedi icra dairesine vermeden takip başlattığı durumlarda borçlu daha evvelden inkar ettiği imzayı icra mahkemesi huzurunda kabul edebilir. Zira borçlu bu durumda senedi ilk kez görmektedir.¹⁰¹ Borçlunun mahkeme huzurunda yaptığı ikrar sonucunda takip konusu senet imzası ikrar edilmiş bir adı senet haline gelir ve itirazın geçici kaldırılması talebi kesin kaldırılma talebine dönüşür.¹⁰²

Taraflardan alınan izahat sonucunda da uyuşmazlık çözüme kavuşturulamazsa imzanın borçluya ait olup olmadığına; imzayı tatbik medar veya karşılaştırma yapmaya elverişli belgeler ile kıyaslama yahut yazı yazdırma ve imza attırma (istiktâb) yoluyla karar verilir (İİK m. 68-a/3).¹⁰³

Uygulamaya elverişli imza ya da uygulamaya elverişli imza borçlunun daha önce başka bir nedenle imzaladığı belgelerdir. Bu belgelere örnek olarak tarafların, dava konusu adı senetteki imzayı inkar etmiş olan tarafından imzalandığı hususunda anlaştıkları belgedeki imzalar, adı senetteki imzayı inkar eden tarafın resmi senetteki imzası, imzayı inkar edenin memuriyet gereği olarak imzaladığı belgelerdeki imzaları verilebilir.¹⁰⁴ İtirazın geçici kaldırılmasında ispat ve delil ikame yükü alacaklıya aittir; bu nedenle medarı tatbik imzayı alacaklı göstermelidir.¹⁰⁵ Mahkeme; tatbik medar imza mevcut değilse, borçluya yazı ve attıracağı imza ile yapılacak mukayese ve incelemelerden veya diğer delil ve karinelere gereken sonuca ulaşır.

İnkâr edilen imza ile karşılaştırılacak imza arasında büyük bir benzerlik varsa imza karşılaştırması bizzat hakim tarafından ya da bilirkişi incelemesi

¹⁰⁰ "Yasa icra hakiminin iki taraftan bilgi alması olgusunu inceleme araçları arasında belirtmese de, hakim iki taraftan bilgi isteme yoluna da gidebilir. İcra hakimi bir yandan iki taraftan alabileceği izahatın gerçeğe yakınlık derecesini göz önünde tutarak elde edeceği karine ve belirtilerden diğer yandan senedin dış şekliyle ve gerçeğe yakınlık derecesine göre elde edilecek diğer karinelere yararlanmak suretiyle yasanın kendisine sağladığı inceleme araçlarının getirdiği sonuçları değerlendirecek ve böylelikle bütün kanıt karine ve belirtilerin birlikte takdirini sonucunda kanaatini oluşturabilecektir." Postacioğlu/Altay, a.g.e., s. 283.

¹⁰¹ Yazar, a.g.e., s. 63.

¹⁰² Muşul, a.g.e., s. 303; Kiraz, a.g.e., s. 110; Kuru- El Kitabı, a.g.e., s. 277; Pekcanitez/ Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 121.

¹⁰³ "Adi senetteki inkar edilen imza ile, karşılaştırılacak imza arasında ilk bakışta görülebilecek bir uygunluk ve benzerlik varsa, icra hakimi, imza karşılaştırmasını kendisi yapabilir." Kuru, a.g.e., s. 125, aynı yönde bkz. Postacioğlu/Altay, a.g.e., s. 282.

¹⁰⁴ Kuru- İstinaflı İcra, a.g.e., s. 256; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 122.

¹⁰⁵ Üstündağ, a.g.e., s. 123; Yazar, a.g.e., s. 65.

yoluyla yapılabilir.¹⁰⁶ İmza karşılaştırılmasında hakim bilirkişiden yararlanmak zorunda olup olmadığı konusunda Yargıtay'ın farklı kararları vardır. Yargıtay bir kararında uygunluğu ve benzerliği bariz şekilde görülen imzaların karşılaştırılmasının bizzat hakim tarafından yapılabileceğine hükmetmişken,¹⁰⁷ bir başka kararında imzanın borçluya ait olmadığına ancak bilirkişi incelemesi yoluyla ulaşılabileceğini beyan etmiştir.¹⁰⁸ Yargıtay'ın bu hususta bilirkişi incelemesi yapılmadan inkar edilen imzanın borçluya ait olduğuna karar verilemeyeceği yönünde bir kararı da mevcuttur.¹⁰⁹ Oysa yasada mutlaka bilirkişi incelemesine gidilmesi gerektiğine yönelik bir hüküm mevcut değildir. Kanaatimizce Yargıtay'ın bilirkişi incelemesi yapılmadan inkar edilen imzanın borçluya ait olduğuna karar verilemeyeceği yönündeki kararı bu açıdan isabetsizdir.

Öğretide bir görüşe göre; bilirkişi raporu kesin bir görüş ifade etmiyorsa itirazın geçici kaldırılması isteminin reddine karar verilmelidir. Zira ispat külfeti üzerinde olan alacaklıdır ve alacaklı imza itirazının aksini kanıtlayamamıştır.¹¹⁰ İmza incelemesinde bilirkişi delili dışında, tanık, yemin vb. delillere dayanılmaz.¹¹¹

e. İstihkak Davası

İstihkak davasının duruşmalı olarak incelenip incelenemeyeceğine dair herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak istihkak davası, basit yargılama usulüne ve genel hükümlere göre görüldüğünden hukuka uygun olan duruşma yapılmasıdır.¹¹² Zaten, davanın niteliği gereği de duruşma yapılması gereklidir.¹¹³

¹⁰⁶ Kuru- El Kitabı, a.g.e., s. 279.

¹⁰⁷ İİD, E. 1970/ 948 K. 1970 / 1019 T. 30.1.1970, KİBB.

¹⁰⁸ Y.12. HD, E. 2016/ 3442, K. 2016 / 19699, T. 26.09.2016, KİBB.

¹⁰⁹ "Borçlu vekili yasal süresi içerisinde merciyeye verdiği itiraz dilekçesinde; takip dayanağı çekin 30.6.1992 düzenleme tarihinin 30.6.1993 olarak tahrif edildiğini, düzeltmenin altındaki parafın kendisine ait olmadığını, çekin süresinde muhatap bankaya ibraz edilmediğinden alacaklının takip hakkını yitirdiğini ileri sürmüştür. Mercice, parafın borçlu elinden çıkmadığı kabul edilerek takibin iptaline karar verilmiştir. İİK'nın 170. maddesinin 3. bendi yollaması ile 68/3. maddesi uyarınca merci hakimi yapacağı incelemede reddedilen imzanın borçluya ait olduğuna kanaat getirirse gereken karar verebilir. Mercice hakim bilirkişi incelemesi yaptırmadan inkar edilen imzanın borçluya ait olmadığına karar veremez. Mercice bu yön gözetilerek yönteminde bilirkişi incelemesi yaptırılarak varılacak sonuç çerçevesinde karar verilmek gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptali isabetsizdir." (Y.12. HD E. 1994 / 5014 K. 1994 / 5129 K. 21.04.1994, KİBB.)

¹¹⁰ Yıldırım/Deren Yıldırım, a.g.e., s. 94.

¹¹¹ Akbaba, a.g.m, s. 217.

¹¹² Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 616.

¹¹³ Aslan, a.g.e., s. 363; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 295.

5. HÜKÜM VE KANUN YOLU

Hüküm, hakimın uyuşmazlığın esası hakkında verdiği nihai karardır.¹¹⁴ İcra mahkemelerinde de uyuşmazlık hakkında nihai bir karar verilir ve bu karar hüküm olarak nitelendirilir. İcra mahkemesi kararları kural olarak kesin hüküm teşkil etmez.¹¹⁵ İhalenin feshi ve istihkak davası sonucu verilen kararların kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır.¹¹⁶

İcra ve İflas Kanunu'nun 363. ve 364. maddelerine göre; “İcra mahkemesince 85’inci maddenin uygulanma biçimi, icra dairesi tarafından hesaplanan vekâlet ücreti, 103’üncü maddenin uygulanma biçimi ve bu maddede düzenlenen davetiyein içeriği, yediemin ücreti, yediemin değiştirilmesi, hacizli taşınır malların muhafaza şekli, kıymet takdirine ilişkin şikâyet, ihaleye katılabilmek için teminat yatırılması ve teminatın miktarı, satışın durdurulması, satış ilânının iptali, süresinde satış istenmemesi nedeniyle satışın düşürülmesi, 263’üncü maddenin uygulanma biçimi, iflâs idaresinin oluşturulması, icra mahkemesinin iflâs idaresinin işlemleri hakkında şikâyet üzerine verdiği kararlara karşı, iflâs idare memurunun ücret ve masrafları hakkındaki hesap pusulası ve 36’ncı maddeye göre icranın geri bırakılmasına ilişkin kararları dışındaki kararlarına karşı, ait olduğu alacak, hak veya malın değer veya miktarının yedi bin Türk lirasını geçmesi şartıyla istinaf yoluna başvurulabilir. İstinaf yoluna başvuru süresi tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on gündür.” ve “Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerince verilen ve miktar veya değeri elli sekiz bin sekiz yüz Türk lirasını geçen nihaî kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.” Görüldüğü üzere, 363. madde metninde istinafa tabi kararlarda istisnai bir sayma yoluna gidilerek, hangi kararların istinafa tabi olmadığı belirtilmiştir. Bunların haricinde kalan kararlar için, kanun yoluna gitmek mümkündür. 364. madde hükmünde ise temyiz kanun yoluna başvurmak için parasal bir sınır getirilmiştir.¹¹⁷

6. BAZI ÖZEL DURUMLAR

Bu başlık altında icra mahkemesinde görülen yargılama sırasında ortaya çıkabilecek bazı özel durumlar üzerinde durmak istiyoruz.

¹¹⁴ Nilüfer Boran Güneysu, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 112.

¹¹⁵ Kesin hüküm, bir hükme karşı başvurulacak kanun yolunun kalmaması ve tarafları, dava sebepleri, dava konuları aynı olduğu durumlarda dava açılmamasını ifade eder. Bir hükme karşı başvurulacak kanun yolunun kalmaması şekli anlamda kesin hüküm etkisi, tarafları, dava sebepleri ve dava konuları aynı olduğu durumlarda dava açılmaması maddi anlamda kesin hüküm etkisidir. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, a.g.e., s. 682 vd.

¹¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 30.

¹¹⁷ “İcra mahkemelerinde kanun yolu” ayrı bir çalışma konusu olacağından, bu bölümde konuya kısaca değinilmiştir.

A. Dosyanın İşlemden Kaldırılması

Taraflar usulüne uygun biçimde davet edilmiş oldukları duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dava dosyasının işlemden kaldırılmasına karar verilir. Yine usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflardan biri duruşmaya gelir diğeri duruşmaya gelmezse, gelen tarafın talebi üzerine dosya işlemden kaldırılır (HMK md. 150). Bu haller uygulamada dosyanın işlemden kaldırılmasının en yaygın görüldüğü durumlar-
dır.¹¹⁸

Yazılı yargılama usulünde taraflara iki kez dosyanın yenilenmesini talep etme hakkı tanınmıştır. Taraflardan her biri dosyanın kaldırılmasından itibaren üç ay içinde yenileme talebinde bulunabilir. Eğer bu dosya da herhangi bir sebeple işlemden kaldırılırsa üç ay içerisinde tekrar yenilenebilir (HMK m. 150/4).¹¹⁹ İcra mahkemesinde basit yargılama usulü uygulandığından, taraflar dosyanın yenilenmesini bir kez isteyebilir; dosya yenilenmesinden sonra takip-siz bırakılırsa dava açılmamış sayılır (HMK md. 320/4). Ancak her iki yargıla-ma usulünde de mahkemece re'sen yürütülmesi gereken davalarda dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilemez.¹²⁰

İcra ve İflas Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasında aksine hüküm bu-lunmayan hâllerde icra mahkemesinin, duruşma yapılmasına gerek olup olma-dığını takdir edeceği; duruşma yapılmasını uygun gördüğü takdirde ilgilileri en kısa zamanda duruşmaya çağıracağı ve gelmeseler bile gereken kararı vereceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden çıkarılan şikayet prosedüründe dosyanın iş-leminden kaldırılmasının mümkün olmamasıdır.¹²¹ Aksi yönde bir görüşe göre, ise icra mahkemesi, tarafların duruşmaya katılmadığı hallerde kanıtlar toplanmadığı için karar veremiyorsa dosyanın işlemden kaldırılmasına karar vermeli, mev-cut kanıtlara göre karar verebilecek durumda ise gereken kararı vermelidir.¹²² İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesinin ikinci fıkrasında, ihalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi yirmi gün içinde duruşma yapacağı ve taraflar gelmese-ler bile icap eden kararı vereceği düzenlenmiştir. Bu durumda ihalenin feshi davalarında da dosyanın işlemden kaldırılması mümkün olmamalıdır.

¹¹⁸ Kuru-Usul, a.g.e., s. 442.

¹¹⁹ Kuru-Usul, a.g.e., s. 447; Kiraz, a.g.e., s. 264.

¹²⁰ Y.12.HD, E. 2012/ 28136, K. 2013 / 3606, T. 12.02.2013, KİBB.

¹²¹ Muşul, a.g.e., s. 138; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 65; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 88, Kuru- İstinaflı İcra, a.g.e., s. 44; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 82.

¹²² Uyar, a.g.e., s. 239.

İtirazın kaldırılması yargılması, mutlaka duruşmalı yapılmalıdır. İcra ve İflas Kanunu'nun 70. maddesinde icra mahkemesinin, itirazın kaldırılması hakkındaki talep üzerine iki tarafı davet edeceği ve 18'inci madde hükmüne göre kararını vereceği düzenlenmiştir. Ancak doktrinde iki taraf da duruşmaya gelmez veya taraflardan biri gelir ve duruşmaya devam etmeyeceğini bildirirse ancak bu halde dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesi görüşü hakimdir (HMK md. 150).¹²³ Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹²⁴

Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte borçlu borca itiraz ederse, inceleme mutlaka duruşmalı yapılmalıdır.¹²⁵ Alacaklı veya vekili çağrıldığı duruşmaya gelmezse, icra mahkemesi alacağın itiraz edilen kısmı için takibin geçici olarak durdurulmasına karar verir. Ancak bunun için gönderilen davetiyede bu yönde bir ihtarın yer alması gereklidir. Duruşmaya yalnız borçlu gelmezse bu durumda borçlunun yokluğunda borca itiraz incelenir. Her iki tarafın da duruşmaya gelmemesi durumunda, dosya işlemden kaldırılır (HMK md. 299).

B. İcra Mahkemesi Kararlarının Kesin Hüküm Oluşturup Oluşturamayacağı Sorunu

Kesin hüküm; maddi anlamda kesin hüküm ve şekli anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılır. Şekli anlamda kesin hüküm o kararla ilgili kanun yoluna gidilemeyeceği¹²⁶ ve yargılama yapılamayacağı ile ilgilidir. Maddi anlamda kesin hüküm ise aynı taraflar arasında, aynı vakıalarla, aynı talebin konu edilememesini içerir. Şekli anlamda kesin hüküm maddi anlamda kesin hükmün ön şartıdır.¹²⁷ İcra mahkemelerinde verilen kararlar yargı yolunun açık olması sebebiyle şekli anlamda kesinleşmeye elverişli olsa da; maddi anlamda kesinleşmeleri mümkün değildir. Bunun sebebi icra mahkemelerinin sınırlı yargılama ve sınırlı inceleme yetkisinin olmasıdır.¹²⁸ Bir başka sebep ise yargılamanın amacının maddi gerçeği bulmak değil, takip hukuku bakımından uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak olmasıdır.¹²⁹

¹²³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 205, Yıldırım/ Deren Yıldırım, a.g.e., s. 82; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/ Özekes, a.g.e., s. 121; Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 120.

¹²⁴ Y.12. HD, E. 2003/24515, K. 2004/1214, T. 23.1.2004, KİBB. Aynı yönde bkz: Y.12.HD, E. 2007/ 5876, K. 2007 / 8532 T. 27.04.2007: www.sinerjimevzuat.com.

¹²⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar/Ayvaz/Hanağası-İcra, a.g.e., s. 362.

¹²⁶ Kuru-Usul, a.g.e., s. 554.

¹²⁷ Kuru-El Kitabı, a.g.e., s. 552; Ahmet Cahit İyilikli, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 40.

¹²⁸ *Bu ifadelerden yola çıkılarak, icra mahkemesinin itirazın kaldırılması talebinin kabul ya da reddi, kambiyo senedinin zamanaşımına uğraması sebebiyle icranın geri bırakılması, ödeme emrinin iptali ya da kambiyo senedinin şekil şartlarının eksikliği sebebiyle verdiği iptal kararları, genel mahkemelerde temel borç ilişkisine dayanılarak ikame edilecek maddi hukuk davalarına kesin hüküm engeli oluşturmaz.* İyilikli, a.g.e., s. 59.

¹²⁹ İyilikli, a.g.e., s. 73.

İcra mahkemesi kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez, bu nedenle icra mahkemesinde karara bağlanan bir husus, daha sonra genel mahkemelerde dava konusu yapılabilir.¹³⁰ İcra mahkemesi kararları her ne kadar kesin hüküm oluşturmaya da tarafları ve konusu aynı olan bir takip işlemi bakımından kesinlik arz eder; başka bir icra mahkemesi bu karara aykırı yeni bir karar veremez. Bu açıdan kanun yoluna başvurulmadıkça icra mahkemesi kararları diğer icra mahkemelerini de bağlar.¹³¹

İcra mahkemesi kararlarının kesin hüküm oluşturmayacağı kural olsa da, ihalenin feshi ve istihkak davası sonucu verilen kararların kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı öğretide tartışmalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi icra mahkemesi ihalenin feshinde her türlü delili inceler, yetkisi sınırlanmamıştır. Bu nedenle icra mahkemesinin ihalenin feshi hakkındaki kararlarının kesin hüküm oluşturacağına dair bir görüş mevcuttur.¹³² Diğer bir görüşe göre ihalenin feshi talebinin reddi kararı maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ihalenin feshine karar verilmişse bu maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz.¹³³ Öğretide bazı yazarlarca da ifade edildiği üzere, kanımızca da bir iddianın esastan reddine ilişkin bir kararın kesin hüküm teşkil ettiği bir konuda onun esastan kabulüne ilişkin kararın da pekala kesin hüküm teşkil etmesi gerekir.¹³⁴ Yargıtay ihalenin feshini isteme sonucunu da meydana getirecek tapu iptali ve tescili davasının her zaman açılabileceğini hükme bağlamıştır.¹³⁵ Buna göre ihalenin feshi için öngörülen bir yıllık süre geçse de bu dava açılacaktır. Ancak; ihalenin feshi davalarında verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm oluşturduğundan yeniden dava konusu yapılması mümkün olmamalıdır.¹³⁶ Değnilmesi gereken başka bir husus ihalenin feshi (İİK md. 134) ile satış bedelinin ödenmemesi sebebiyle ihalenin feshinin (İİK md. 133)¹³⁷ birbirinden farklı olduğudur.¹³⁸ İhale

¹³⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 49; Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 240

¹³¹ Muşul, a.g.e., s. 135; İyilikli, a.g.e., s. 58.

¹³² Arslan, a.g.e., s. 203; İyilikli, a.g.e., s. 57.

¹³³ Muşul, a.g.e., s. 152; Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 347; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 49

¹³⁴ Şanal Görgün/Bariş Toraman/Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku Ders Notları*, Ankara, Legem Yayıncılık, 2017, s. 180.

¹³⁵ Y.1. HD, E. 2017/1045, K. 2017/5994, T. 1.11.2017, KİBB.

¹³⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz-İcra, a.g.e., s. 339.

¹³⁷ "İhale bedelinin, eğer satışın peşin olarak yapılacağı öngörülmesi durumunda derhal verilmesi ya da icra müdürü tarafından on güne kadar bir süre verilebileceği şartnamede belirtilmiş ve ihale alıcısına on günlük bir süre verilmiş ise verilen süre içerisinde ihale bedelinin ödenmemesi durumunda icra müdürü, ilgililerin talebine gerek olmadan verdiği ihale kararını re'sen kaldıracaktır (İİK md. 133). İİK m. 134'e göre icra mahkemesinden ihalenin feshinin istenmiş olması, ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle ihale kararının kaldırılmasına ve 133. maddeye göre işlem yapılmasına engel değildir." Murat Dönmez, *Taşınmaz Satışlarında İhale Kararının Kaldırılması ve Tamamlayıcı Arttırma*, www.tbbergisi.barobirlik.org.tr, s. 330 vd.

bedelinin ödenmemesi sebebiyle ihale kararının kaldırılması, İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesine dayanan ihalenin feshi davasına kesin hüküm oluşturmayacaktır.¹³⁹

İstihkak davasının kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı ile ilgili de öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre istihkak davası sonucunda verilen hüküm aynı taraflar, aynı dava konusu ve aynı hak söz konusu olduğunda ikinci bir dava için kesin hüküm teşkil eder. Zira icra mahkemesi istihkak davasına genel hükümlere göre bakmakta ve her türlü delili serbestçe incelemektedir.¹⁴⁰ Aksi yönde ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, istihkak davalarında amaç malın maddi hukuk anlamında kime ait olduğunu belirlemek değil, icra takip hukuku bakımından uyumsuzluğu çözmektir. Bu nedenle istihkak davası sonucu verilen karar yalnızca takip hukuku anlamında bir sonuç doğurur ve kesin hüküm oluşturmaz.¹⁴¹ Nitekim Yargıtay da dava sonunda verilen kararın yalnız derdest olan takip bakımından sonuç doğuracağını belirtmektedir.¹⁴²

İcra ve İflas Kanunu madde 89/4'e dayalı olarak ikame edilen ceza veya tazminat davaları da genel hükümlere göre çözümlenir. Bu nedenle icra mahkemesinin buna ilişkin kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.¹⁴³

C. Bekletici Sorun

Bir davada hüküm verilmesi başka bir davanın sonuçlanmasına bağlı ise, bu sorun bekletici sorundur (HMK md. 165).¹⁴⁴ Takip hukukundan doğan uyumsuzluklarda kanunda yer alan haller dışında hangi durumların bekletici mesele yapılacağı, Yargıtay içtihatlarıyla şekil almaktadır.¹⁴⁵

İcra ve İflas Kanunu md. 68/IV'te yer alan hükme göre, miras bırakana ait bir borç için takip edilmekte olan borçlu, itirazın kesin kaldırılması duruşmasında terekenin borca batık olduğunu" ileri sürerse, icra mahkemesi bu hususun tespiti için borçluya uygun bir süre vermek zorundadır. Bu hal dışında, itirazın

¹³⁸ Kuru-İstinaflı İcra, a.g.e., s. 235.

¹³⁹ İyilikli, a.g.e., s. 74.

¹⁴⁰ Muşul, a.g.e., s. 150; Kuru- İstinaflı İcra, a.g.e., s. 363; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, a.g.e., s. 49; İyilikli, a.g.e., s. 57.

¹⁴¹ Aslan, a.g.e., s. 620; Üstündağ, a.g.e., s. 204; Burhan Gürdoğan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ankara, 1960, s. 39; Yıldırım/Deren Yıldırım, a.g.e., s. 199.

¹⁴² Y.17.HD, E. 2013/ 2788, K. 2013 / 9295, T. 18.06.2013, KİBB.

¹⁴³ İyilikli, a.g.e., s. 73.

¹⁴⁴ Kuru-Usul, a.g.e., s. 351.

¹⁴⁵ Kiraz, a.g.e., s. 287.

kesin kaldırılması talebinin kabul veya reddi için ileri sürülen iddia ve savunmalar bekletici mesele yapılamaz.¹⁴⁶

İki ayrı istihkak davası birbirleri için bekletici mesele yapılabilir. Yine istihkak davası devam ederken çözümlenmesi bu davaya etkili olabilecek başka davaların sonucunun, icra mahkemesi tarafından bekletici sorun yapılması da mümkündür.¹⁴⁷

Borçlu takipten önce, menfi tespit davası açmış ve mahkemeden icra takibinin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı almışsa, bu ihtimalde, icra mahkemesinin menfi tespit davasının sonucunu itirazın kesin kaldırılması bakımından bekletici mesele yapması uygun olacaktır.¹⁴⁸

Borçlu takipten sonra, genel mahkemelerde senedin sahte olduğu iddiasıyla bir menfi tespit davası açmış ise, sahteliği iddia edilen senet hiçbir işleme dayanak yapılamayacağından, itirazın kesin kaldırılması talebini inceleyen mahkeme sahtelik davası sonucunu bekletici mesele yapmalıdır.¹⁴⁹

SONUÇ

İcra mahkemesinde uygulanan yargılama usulü, diğer mahkemelerde uygulanan yargılama usulünden farklılık gösterir. Bunun sebebi; icra mahkemesinin, seri ve sınırlı bir inceleme yapmak zorunda olmasıdır. İcra mahkemesi kural olarak, yalnız belirli belgelerle ve sınırlı bir inceleme yapar. Eğer alacaklının elinde kanunda öngörülen belgeler yoksa (örneğin İİK md. 68 anlamında belgeler), genel mahkemelerde dava açmalıdır. Nitekim takip borçlusu da ispat faaliyetini aynı türden belgelerle gerçekleştirmek zorundadır. Böylece; alacaklı elinde belirli belgeler varsa ve uyuşmazlığın hızlıca çözümlenmesini istiyorsa icra mahkemesine başvuracaktır. Bununla birlikte, alacaklının elinde bu belgeler yoksa genel mahkemelere başvuru hakkı mevcuttur.

İcra mahkemesinde seri yargılamanın gerçekleşebilmesi için, basit yargılama usulünün uygulanması kabul edilmiştir. Basit yargılama usulünde taraflar birer dilekçe verebilmekte, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı o andan itibaren başlamaktadır. Tahkikat aşamasında ise belirli hallerde zorunlu olarak duruşma yapılmakta (itirazın kesin ve geçici kaldırılması vb.), belirli hallerde duruşma yapılmasına gerek olup olmadığı mahkemece takdir edilmektedir (şi-

¹⁴⁶ Kiraz, a.g.e., s. 287.

¹⁴⁷ Aslan, a.g.e., s. 366.

¹⁴⁸ Halman Çetin, a.g.e., s. 302.

¹⁴⁹ Kiraz, a.g.e., s. 299.

kayet vb.). Yine mahkeme delilleri kural olarak sınırlı bir şekilde incelemekte, ancak belirli hallerde tüm delilleri serbestçe değerlendirebilmektedir.

Taraflar usulüne uygun biçimde davet edilmiş oldukları duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dava dosyasının işlemden kaldırılmasına karar verilir. Yine usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflardan biri duruşmaya gelir diğeri duruşmaya gelmezse, gelen tarafın talebi üzerine dosya işlemden kaldırılır (HMK md. 150). İcra mahkemesinde dosyanın işlemden kaldırılması; şikayet, ihalenin feshi yollarında mümkün değilken, itirazın kaldırılması, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte itiraz söz konusu olduğunda mümkündür.

İcra mahkemesi kararları kural olarak, maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz. Ancak delillerin serbestçe değerlendirildiği, ihalenin feshi ve istihkak davası sonucu verilen kararların kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı öğretide tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlar ihalenin feshi talebinin reddine ilişkin kararın kesin hüküm oluşturduğu, ihalenin feshi talebinin kabulü kararının kesin hüküm oluşturmadığı kanaatindedir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, bir iddianın esastan reddine ilişkin karar kesin hüküm oluşturuyorsa, esastan kabulüne ilişkin kararın da kesin hüküm oluşturması gerekir. Bir görüşe göre, istihkak davasında mahkeme davaya genel hükümlere göre baktığından ve delilleri serbestçe değerlendirdiğinden, istihkak davası sonucu verilen hüküm kesin hüküm oluşturur. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, istihkak davasında amaç maddi hukuk bakımından uyuşmazlığı çözmek değil, icra takibi bakımından uyuşmazlığı çözüme kavuşturmadır. Bu açıdan istihkak davası sonucu verilen hüküm, kesin hüküm oluşturmaz.

Bir davada hüküm verilmesi başka bir davanın sonuçlanmasına bağlı ise, bu sorun bekletici sorundur. Takip hukukundan doğan uyuşmazlıklarda kanunda yer alan haller dışında hangi durumların bekletici mesele yapılacağı, Yargıtay içtihatlarıyla şekil almaktadır

KAYNAKÇA

- Akbaba, Gülin, *İtirazın Kaldırılması ve Yargılama Usulü*, www.goksusafisik.av.tr.
- Arslan, Ramazan, *İhalenin Feshi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018 (İcra).
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018 (Usul).
- Aslan, Kudret, *Hacizde İstihkak Davası*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- Boran Güneysu, Nilüfer, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Boran, Nilüfer, *İcra Takibinin İptali ve Taliki*, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2006.
- Çiftçi, Pinar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Dönmez, Murat, *Taşınmaz Satışlarında İhale Kararının Kaldırılması ve Tamamlayıcı Arttırma*, www.tbdergisi.barobirlik.org.tr.
- Gürdoğan, Burhan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ankara, 1960.
- Halman Çetin, Emine, *İcra-İflas Hukukunda Şikayet ve İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- İyilikli, Ahmet Cahit, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, Ankara 2016.
- Kiraz, Taylan Özgür, *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*, 2. Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ankara 2013 (El Kitabı).
- Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017 (Usul).
- Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2017 (İstinaflı İcra).
- Muşul, Timuçin, *İcra ve İflas Hukukunun Esasları*, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Muşul, Timuçin, *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015 (İstihkak).
- Muşul, Timuçin, *İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016(İhale).
- Özcengiz, Nezir, *Tetkik Mercii*, Ankara, Fon Matbaa, 1975.

- Özekes, Muhammed, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin, Özkan, Meral/Özekes, Muhammed, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Pekcanıtez, Hakan/Simil, Cemil, *İcra-İflas Hukukunda Şikayet*, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2010.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Görev Yetki ve Yargılama Usulü*, Manisa, Şafak Basım, 1983.
- Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul 2004.
- Yazar, Özlem, *İcra İflas Hukukunda İmzaya İtiraz ve İmzaya İtirazın Sonuçları*, Ankara 2011.
- Yıldırım, Kamil/Deren, Yıldırım, Nevhis, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.

Uluslararası Hukukta Diplomatik Koruma^(*)

Diplomatic Protection in International Law

Arş. Gör. **Sümevra Sena KURT**^(**)

Öz

Uluslararası hukukun en önemli aktörlerinden olan devletler uluslararası hukuk kişisi kabul edilmelelerinden dolayı sahip oldukları hakları korumak için kimi zaman etkin bir şekilde harekete geçmektedirler. Kendi vatandaşlarını koruma içgüdüsüyle hareket eden devletler, kendilerine doğrudan verilen bir zarar olmasa bile kendisi manevi bir zarar gördüğü düşüncesiyle vatandaşlarının gördüğü zararlardan dolayı harekete geçebilmektedir. Zaman içinde gelişen diplomatik koruma doktrini, bir devlet vatandaşının uluslararası arenada başka bir devlet karşısında haklarını tek başına savunabilecek durumda olmamasından dolayı uluslararası hukukta başvurulabilecek bir yol haline gelmiştir. Temel insan haklarına dünyanın her yerinde saygı gösterilmesinin sağlanması bakımından da yardımcı olabilecek ve devletleri buna uymaya daha çok sevk edecek itici bir güçtür denebilir. Nispeten gelişmemiş veya gelişmekte olan bazı ülkeler bakımından güçlü devletlerin zayıf devletlere karşı baskı aracı olarak kullanıldığı görüşü mevcut olsa da dünya üzerinde büyük çoğunlukla kabul gören bir doktrin olarak uluslararası hukukta varlığını hissettirmektedir.

Anahtar Kelimeler

Diplomatik Koruma, Calvo Kaydı, Barcelona Traction Davası, Uluslararası Sorumluluk, Manevi Zarar.

Abstarct

States, which are the most important actors of international law, sometimes act effectively to protect their rights because they are considered persons of international law. States acting on the instinct to protect their own citizens can take action because of the harm suffered by their citizens in the belief that they have suffered a moral harm, even if it is not directly harmed to them. The doctrine of diplomatic protection, which has developed over time, has become a way to apply in international law because a citizen of a state is not in a position to defend his rights in the international arena against another state alone. It is also a driving force that can help to ensure that basic human rights are respected all over the world and will encourage states to comply more. Although there is a view in some relatively undeveloped or developing countries that strong states are used as a means of repression against weak states, it makes its presence felt in international law as a doctrine that is widely accepted throughout the world.

Keywords

Diplomatic Protection, Calvo Clause, Barcelona Traction Case, International Responsibility, Moral Harm.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 17.03.2020. Birinci hakeme sevk tarihi: 17.03.2020. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 20.03.2020. İkinci hakeme sevk tarihi: 17.03.2020. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 23.03.2020.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı,
E-mail: sumeyrasenakurt@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-8166-3329>.



GİRİŞ

Uluslararası hukuk düzeninde haklara sahip olan ve yükümlülük altına giren; bunun yanında, bu haklarını uluslararası alanda da savunabilen varlıklar, uluslararası hukuk kişilerini oluşturur.¹ Böyle olmasının da birtakım sonuçlar doğuracağı kesindir. Uluslararası hukuk kişileri denince ilk akla gelen devletler hak ve yükümlülükler sağıp olmasının sonucu olarak işlediğı haksız ve hukuka aykırı fiillerinden sorumlu olacaktır. Bu çalışmada, bir uluslararası hukuk kişisi olarak devletleri uluslararası sorumluluklarının bir yansıması olarak kabul edilebilecek olan diplomatik koruma kurumu işlenecektir. Bu sorumluluğun nasıl doğacağı, hangi şartlar altında hak talep edilebileceğı kişinin zararının giderilmesi bakımından önemlidir. Bu kapsamda; başta uluslararası hukukun temel kuralları ve uluslararası sorumluluk bakımından konu ele alınacak ve devamında diplomatik korumanın işleyişinden bahsedilecektir.

Bireyler uluslararası alanda bir devletten zarar gördükleri iddiasını kendiliklerinden ileri sürememektedirler. Bunun sonucunda vatandaşlık bağıyla bağı olduğu devlet/devletler onlar adına zarara sebep olan devletten vatandaşının zararının giderilmesini talep etmektedir. Bu sürecin işleyişi ve şartları çalışmanın esas konusu olmasından dolayı uluslararası sorumluluğun genel olarak meydana gelmesi ve zararın tazmini çeşitlerine ağırlık verilmemiştir. Diplomatik korumanın dayandığı sorumluluk kurumunun genel esasları da dikkate alınarak ve fakat kendi işleyişi üzerine ağırlık verilmiştir.

1. KAVRAM VE KAVRAMIN ORTAYA ÇIKIŞI

A. Kavram

Diplomatik koruma bir devletin uluslararası hukuktaki en eski haklarından biridir.² Bu kavramdan yabancı öğelerin ve bu kişilerin mallarının korunması bakımından ilk kez bahseden kişi Vattel'dir.³ Diplomatik koruma aslında bir varsayıma dayanmaktadır. Bir zarar meydana geldiğinde bu zarar sanki kişinin vatandaşlık devletine verilmiş gibi, iddiayı benimsemeye de bu vatandaşlık devleti yetkilendirilmiş gibi davranılır. Bu oldukça karmaşık bir süreçtir: bire-

¹ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 201.

² Annemarieke Vermeer-Künzli (I), "Restricting Discretion: Juicidal Review of Diplomatic Protection", *Nordic Journal of International Law*, 2006, s. 279. (<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/06.pdf?sequence=7>, 14.10.2019)

³ Ufuk Dal, *Milletlerarası Hukukta Diplomatik Himaye*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 10. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>, 14.10.2019)

yin hakkının ihlali vatandaşlık devletinin diplomatik korumayı işletme hakkını ortaya çıkarmaktadır. Karışıklık esasen kimin haklarının korunduğu sorusundan kaynaklanmaktadır.⁴ Zarar bireye verilmiştir fakat bunu uluslararası alanda dile getirmeye bireyin vatandaşlık devleti yetkili kılınmıştır. Korunan aslında bireyin haklarıdır ancak bu hakların savunmasına gelindiğinde bunu bireyin kendisi ileri sürememektedir. Bu durum da akıllara aslında korunan hakkın kime ait olduğu sorusunu getirmektedir.

Geçmiş yüzyılda Latin Amerika ülkelerince diplomatik koruma kurumunun kapsamının daraltılması yönündeki çabalara rağmen, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) Mavrommatis davasında bu kurumu uluslararası hukukun temel bir prensibi olarak tanımlamıştır.⁵ Özellikle Uluslararası Adalet Divanı (UAD) tarafından verilen kararlarla, örneğin Nottebohm⁶ ve Barcelona Traction⁷ davalarında verilen kararlarla kurumun yeri sağlamış ve bu kararlar kurumun uluslararası hukukun bir parçası olduğunu ortaya koymuştur. Diallo davasında da Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK)'nun hazırladığı taslak maddeler ilk defa göz önüne alınmıştır.⁸

Geniş bir çerçevede ele alındığında diplomatik koruma; bir devletin diğer bir devlet tarafından uluslararası hukuka aykırı veya uluslararası hukuku uygun bazı fiilleri veya ihmallerinden dolayı zarara uğratılan vatandaşını kendi himayesine alarak uluslararası hukukun meşru saydığı yollarla, bu zararı vatandaşına

⁴ Annemarieke Vermeer-Künzli (II), "As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection", *The European Journal of International Law*, Vol. 18, 2007, s. 37. (<http://www.ejil.org/article.php?article=220&issue=6>, 14.10.2019)

⁵ R. B. Lillich, "Editorial Comments", *American Journal of International Law*, Vol. 69, 1975, s. 360. (https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-co-re/content/view/5C3A7137812F22430C9567CEA7436FB0/S0002930000197076a.pdf/diplomatic_protection_of_nationals_abroad_an_elementary_principle_of_international_law_under_attack.pdf, 14.10.2019)

⁶ Aslen Alman vatandaşı olan Nottebohm adlı kişi Guatemala'da uzun süren ilişkileri ve iş hayatı kurması münasebetiyle ve Almanya'da savaş olmasından dolayı bu ülkeye dönmek istemiş ve Guatemala kendisini ülkeye kabul etmemiştir. Kısa süreli olarak da Lichtenstein'da bulunmuş ve bu devletin vatandaşlığını almıştır ancak buraya yerleşme ve geri dönme niyetinde de bulunmamıştır. Buradan hareketle UAD Lichtenstein'in Nottebohm için diplomatik koruma talebinde bulunmasını samimiyetsiz bulmuş ve vatandaşlık bağının zayıf olduğuna karar vermiştir. Davanın esasına geçilmeyeceğine karar vermiştir. Dava kısaca bu şekilde özetlenebilir. (Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s. 546-550.)

⁷ Kanada Hukuku'na göre kurulan ve İspanya'da elektrik üreten Barcelona Traction şirketinin İspanya mahkemelerince iflasına karar verilmiştir. Hisselerin %88'ine sahip Belçika vatandaşları uğradıkları zararlardan dolayı UAD önünde İspanya'ya karşı dava açmışlardır. Fakat Divan şirket ile vatandaşların kişiliklerinin farklı olduğunu ve zararın şirket bakımından gerçekleşen kısmı için diplomatik koruma hakkının şirketin kayıtlı olduğu devlet olan Kanada'ya ait olduğuna karar vermiştir. Dava kısaca böyle özetlenebilir. (Aksar, a.g.e., s. 227.)

⁸ Dal, a.g.e., s. 16-17.

zarar veren devletten talep etmesi halidir. Öğretide bu kurumun birçok tanımı yapılmıştır fakat tanım üzerinde uzlaşma görülmemektedir. Konu ile ilgili UHK tarafından 2006 yılında ortaya konan taslak maddelere bakıldığında diplomatik koruma şu şekilde ifade edilmektedir: “diplomatik koruma bir devletin vatandaşlığında olan bir gerçek kişi veya tüzel kişiye diğer bir devletin bir uluslararası haksız fiille zarara sebebiyet vermesi halinde söz konusu devletin, sorumluluğu uygulaması maksadıyla diplomatik eylem veya diğer barışçıl çözüm araçlarıyla, zarar veren devletin sorumluluğunu talep etmesinden müteşekkildir”.⁹ Baktığımızda aslında tanımı diplomatik korumanın amacı ve hangi yollarla kullanılacağı açıklanmak istenmiştir.

Diplomatik koruma kurumunun en temel kaynağını uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları oluşturmaktadır. Diplomatik korumanın devletlere tanınan bir hak olması, zarar giderimi yolunun ne şekilde kullanılacağı gibi hususlar üzerinde genel olarak uzlaşmış ve bu kurumun uygulanmasının gerekliliği yönünde görüşler ortaya konmuştur.¹⁰ UHK diplomatik korumaya ilişkin bu teamül kurallarının kodifikasyonu çalışmaları sonucunda 2006 yılında “Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler” metnini ortaya çıkarmıştır. Bunun yanında mahkeme kararları ve öğretide de diplomatik koruma kurumunun kaynakları arasında yer alırlar.

B. Ortaya Çıkışı ve Gerekçeleri

Uluslararası hukuk hiçbir devlete yabancıları ülkesine kabul etme gibi bir yükümlülük yüklememektedir. Bu devletin kendi iradesine bırakılmış bir durumdur. Fakat eğer bir devlet bir yabancıyı ülkesine kabul eder ve kötü muamelelerde bulunursa uluslararası sorumluluktan doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olup bu çerçevede sorumluluğu gündeme gelecektir.¹¹

Bir devletin yabancı bir devletçe zarara uğratılması durumunda meydana gelen zararlar aynı zamanda bu devlete verilmiş dolaylı zararlar olarak nitelendirilmektedirler.¹² Diplomatik koruma ile ilgili uygulamaların kökeni de 19. yüzyılın ortalarına rastlamaktadır.¹³ Devletler o zamanlardan beri böyle bir soruna karşı çözüm arayışı içinde olmuşlardır.

⁹ Gökhan Albayrak, “Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2019/2, 2019, s. 501. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775156>, 14.10.2019)

¹⁰ Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, Doktora Tezi, Ankara, 2011, s. 12. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> Tez No: 228222, 14.10.2019)

¹¹ Aksar, a.g.e., s. 222.

¹² Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 14. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 425.

¹³ Dal, a.g.e., s. 12.

a. Devletlerin Egemenlik Yetkisi Açısından

Devletler birbirleriyle olan ilişkilerde gerek uyumsuzlukları çözme konusunda gerek anlaşmalara varma konusunda diplomatik yolları tercih etmektedirler. Birbirlerine eşit ve egemen olduklarından dolayı da bu diplomatik yolları kullanıp kullanmamak konusunda da tam bir serbesti içindedirler. Bu noktada diplomatik koruma yolunun kullanılması da diplomatik yolları kullanma serbestisinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴

Devletin ülkesi o devletin egemenlik yetkilerini dilediği şekilde kullanma imkânı sağlayan ve varlığını temsil eden en önemli unsurdur. Bu alanlar devletlerin münhasıran yetkili oldukları alanlardır. Başka bir devletin ülkesinde bulunan devlet yurttaşı da bulunduğu devletin egemenlik tasarruflarına tabidir ve bunlara uymak zorundadır. Bununla birlikte bulunulan devletin egemenlik yetkisini kullanmakta özgür olması başka bir devletin yurttaşını diplomatik korumaya almasını engellemez. Sonuç olarak diplomatik koruma kurumunun işletilmesi de devletin yurttaşı üzerindeki egemenliğinin bir göstergesidir.

Diplomatik koruma kurumunun ortaya çıkışı esasen devletlerin kendi gözetimleri altında değilken vatandaşlarını koruma ve gözetme düşüncesine dayanır. Dolayısıyla bu hak bir uluslararası hukuk kişisi olmayan bireylerin kendilerine değil, egemen ve eşit devletlere tanınmıştır. Mavrommatis davasında da USAD'nin ortaya koyduğu gibi, bireyler zararlarını kendileri gideremediklerinde devreye vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devlet girmektedir.¹⁵ Nitekim Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Maddelerde de devletlerin bu hakka sahip olduğu 2. maddede ortaya konmuştur.¹⁶ Bunun yanında Barcelona Traction davasında UAD bu hakkı kullanmada tek yetkilinin o devletin kendisi olduğunu ve bu hakkı kullanıp kullanmama konusunda tam bir serbesti içinde olduğu görüşünü benimsemiştir.¹⁷ Dolayısıyla diplomatik korumanın ortaya çıkışının bir sebebi de devletlerin pek tabii olarak vatandaşını koruma güdüsünden ileri gelmektedir.

Bu kurumu işletip işletmemek devletin tercihidir. Esasında diplomatik korumanın ileri sürülebilmesi hakkı devlete tanınmış olsa da doğrudan kişinin hak ve çıkarlarını koruma amacı taşımaz.¹⁸ Bunu kullanarak devletler kendi hak ve çıkarlarını korurlar ve zarar veren devletin hukuka uygun davranmasını sağlamaya çalışırlar.¹⁹

¹⁴ Lale Hesenoğlu, *Uluslararası Hukukta Diplomatik Koruma*, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2015, s. 5. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> Tez No: 522042, 14.10.2019)

¹⁵ Dal, a.g.e., s. 5.

¹⁶ "Bir devlet, mevcut taslak maddelerle uyumlu olarak diplomatik korumayı işletme hakkına sahiptir." (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf, 15.10.2019)

¹⁷ Pazarıcı, a.g.e., s. 429.

¹⁸ Akkutay, a.g.e., s. 3.

¹⁹ Akkutay, a.g.e., s. 6.

b. Asgari Standartların Uygulanması Açısından

Bir devlet bir yabancıyı ülkesine kabul etmek zorunda değildir. Fakat bunu yaptığı takdirde beraberinde birtakım yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Devletlerin vatandaşlarını diplomatik koruma yoluyla himaye etmeleri imkânları vardır ancak bu durumda aynı devlet kendi ülkesindeki yabancıların da zararlarını gidermekle yükümlü olmaları sonucuyla karşı karşıya kalacaktır.²⁰

Bir devlet bir yabancıyı ülkesine kabul ettiğinde ona yapacağı muamele konusundaki görüşler ikiye ayrılmış durumdadır.²¹ Buna göre bir devlet yabancıya ya vatandaşa yapılan muamelelerin aynısını ya da vatandaşa yapılan muamelele ne olursa olsun uluslararası hukuka göre asgari kabul edilen bir muamelede bulunmalıdır.²² Vatandaşa yapılan muamelelerin aynısının yabancıya da uygulanması ulusal standart olarak adlandırılır. İkincisi ise asgari (minimum) standartlar²³ olarak adlandırılır ki bunlar büyük ölçüde insan haklarına ilişkin ilkelere çıkarılabilir. Çünkü insan haklarının korunması ve diplomatik koruma birbirlerini dışlamazlar, aslında karşılıklı olarak birbirlerini destekleyen iki mekanizmadırlar.²⁴ Devletler bu asgari standartların kendi vatandaşları açısından yerine getirilmesini talep edebilirler. Buna uyulmadığı takdirde bir devlet vatandaşını koruma hakkını işletebilecektir.

Bir devletin vatandaşının bulunduğu devlete müdahalede bulunmama durumu ancak bu asgari standartların vatandaşı bakımından uygulanması halinde söz konusu olur. “Diplomatik koruma, devletin uluslararası standartlardan uzak muamele karşısında vatandaşı lehine kullandığı tamamlayıcı bir haktır”.²⁵

Bir devletin başka bir devlet tarafından vatandaşı adına kendi devletine müdahalede bulunmasına izin vermesi demek, kendi vatandaşlarına sağlamadığı derecede başka devletin vatandaşına hak vermesi anlamına gelir. Bunun yanında bir yabancı kendi ülkesindeki adalet sisteminden farklı bir yabancı ülkeye gitmeyi arzuluyorsa tüm bu farklılıkları göze aldığı var sayılır. Eğer objektif olarak uluslararası bir standart mevcutsa bu durumda yabancıların yurttaşlık devleti, bulunulan devletin standartlardan daha aşağı düşmesi durumunda kendi vatandaşı için daha fazla hak talebinde bulunabilecektir. Bu alanda uzman kişi-

²⁰ Akkutay, a.g.e., s. 15.

²¹ Aksar, a.g.e., s. 223.

²² Gündüz, a.g.e., s. 541.

²³ Aksar, a.g.e., s. 223.

²⁴ Mahmut Göçer, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, s. 522. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1499/16546.pdf>, 14.10.2019)

²⁵ Dal, a.g.e, s. 4.

lerce yazılan yazılarda kabul edildiği gibi “uluslararası adalet standardı” yoktur ve bir devletin yabancılarla ilgili tek yükümlülüğü onlara kendi vatandaşlarına sağladığı korumanın aynısını sağlamaktır.²⁶

Günümüzde, iki görüşün de savunucuları mevcut olmakla birlikte gelişmiş ülkeler ve devletlerin de büyük bir kısmı uluslararası asgari standart ölçütünün kabul etmektedirler. Devlet kendi uyguladığı sisteme bakmaksızın yabancılara kabul edilen uluslararası asgari standartlar çerçevesinde muamelede bulunmalıdır. Bu standartlar olayın özelliğine göre farklılık arz edebilecektir, önemli olan uluslararası bir kurala dayanarak uygulama yapılmasıdır. Böyle olmakla birlikte uluslararası minimum standartların ne olduğu hususu açıklığa kavuşturulamamıştır.²⁷

c. Uluslararası Sorumluluk ile Bağlantısı Açısından

Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi ancak uluslararası sorumluluk ortaya çıktığında mümkün olur.²⁸ Bu halde aralarında çok sıkı bir bağlantı vardır. Bunun sebebi bir yabancı zarara uğradığında bu zararlar uyrukluğa devlete verilmiş dolaylı zararlar olarak değerlendirilmektedir. Devletlerin yurttaşlarının gördüğü zararlar nedeniyle manevi zarar gördüğü düşüncesi uluslararası mahkeme kararlarında en çok rastlanan gerekçedir.²⁹

Uluslararası sorumluluk genel anlamda hukuka aykırı fiillerle meydana gelen zararın tazmini noktasında karşımıza çıkar. Uluslararası hukuka aykırı bir fiilden bahsedildiğinde, genel olarak uyulması gereken uluslararası hukuk kurallarının yanında her devletin taraf olduğu iki ya da çok taraflı antlaşmalar sonucu üstlendiği yükümlülükler de dikkate alınmalıdır.³⁰ Uluslararası hukuka aykırılık temelde iki unsurdan oluşmaktadır. Sübjektif unsur bu fiillerin bir uluslararası hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Objektif unsur da uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemiş olmasıdır.³¹ Geniş anlamda incelendiğinde de kısaca uluslararası sorumluluğun şartları; devletler hukukuna aykırı bir fiilin varlığı, zarar, kusur ve illiyet bağı şeklindedir, denebilir.³² İşte diplomatik korumada da bu unsurların bulunması gerekir ki aksi halde

²⁶ Manuel R. Garcia-Mora, “The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law”, *Marquette Law Review*, Vol. 33, 1950, s. 209-212. (<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3399&context=mulr>, 14.10.2019)

²⁷ Aksar, a.g.e., s. 223-224.

²⁸ Akkutay, a.g.e., s. 17.

²⁹ Pazarıcı, a.g.e., s. 415.

³⁰ Aksar, a.g.e., s. 202.

³¹ Akkutay, a.g.e., s. 28.

³² Enver Bozkurt/ M. Akif Kütükcü/ Yasin Poyraz, *Devletler Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 276.

bir sorumluluktan bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Zarar maddi veya manevi olabilir.³³ Ancak devletler hukukuna aykırı fiil aktif bir fiil olabileceği gibi üzerine düşen gerekli özeni göstermeme şeklinde ortaya çıkan ihmali fiiller olarak da karşımıza çıkabilir.³⁴ İhmali davranışların da sorumluluk doğuracağı taslak maddeler de açıkça ifade edilmese de UHK'nin 2006 (58. oturum)'daki taslak metinlerle ilgili yorumunda eylemlerin yanında ihmallerin de buna dahil olduğu açıkça ortaya konmuştur.³⁵

En son BM tarafından hazırlanan Devletlerin Sorumluluğu Sözleşme Tasarısı 2001 yılında kabul edilmiştir. Böyle bir sözleşme olmasa da hukuka aykırı bir fiil işleyen devletin bu zararı tazmin etmesi hukukun genel ilkelerinden çıkarılabilir.³⁶ Haksız bir zarar veren bunu gidermelidir.

Sorumluluğa yol açan zarar hukuka aykırı bir eylemden kaynaklanabileceği gibi hukuka uygun bir eylemden de kaynaklanabilir. 1930 Devletlerin Sorumluluğu Tasarısında sorumluluk kaynağı olarak antlaşmalar, teamül hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleri gösterilmiştir.³⁷ Sorumluluğun kaynağı antlaşmalarla getirilen yükümlülükler uymama, örf-adet kurallına uyulmaması veya bağlayıcı nitelikte bir yargı kararının yerine getirilmemesinden de kaynaklanabilir. Uluslararası hukukta sorumluluğun kaynağına göre bir ayırım yapılmamaktadır,³⁸ her türlü ihlal çeşidinde devletin sorumluluğu aynı şartlar altında doğacaktır.

Devletler hukukuna aykırı faaliyetlerin faili ve mağduru devletlerdir. Bir diplomat haksız yere tutuklandığında bu fiil onun şahsında acıya neden olsa da hukuka aykırılığın konusu ilgili devlettir. Yabancı ülkede ev sahibi devlet tarafından verilen zararlar açısından da söz konusu zararı talep etmeye ilgilinin vatandaşlık devleti yetkilidir.³⁹

2001 Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Tasarıda bir devletin sorumluluğundan söz edilebilmesi için öncelikle devletler hukuku yükümlülüğünün hukuka aykırı şekilde yerine getirilmemesini (ihlal) esas almaktadır. Hukuka aykırılık nasıl belirlenecektir? Bu, devletlerin sorumluluğu tasarısına göre "ancak

³³ İlyas Doğan, *Devletler Hukuku: Genel İlkeler-Soykırımdan Sorumluluk*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008, s. 310.

³⁴ Bozkurt/ Kütükçü/ Poyraz, a.g.e., s. 277.

³⁵ Akkutay, a.g.e., s. 29.

³⁶ Doğan, a.g.e., s. 311.

³⁷ Doğan, a.g.e., s. 311.

³⁸ Aksar, a.g.e., s. 203-204.

³⁹ Doğan, a.g.e., s. 312.

uluslararası hukuk” tarafından belirlenebilir. 1980 Devletlerin Sorumluluğu Tasarısının 3. maddesi sorumluluğun yapma veya yapmama (kaçınma) şeklindeki fiillerden kaynaklanacağını ifade eder. Ayrıca 1930 da Lahey’de hazırlanan tasarıya göre bir yabancıya veya malına ev sahibi devletin zarar vermesi halini de açık bir hukuka aykırılık olarak düzenlemiştir.⁴⁰

Devletin sadece kasti davranışları değil ihmali davranışları da zarara yol açmışsa burada da hukuka aykırı fiil söz konusu olabilir. Hatta bazen bir devletin çıkarması gereken bir yasayı çıkarmaması veya bunda ihmalkâr davranması da sorumluluğuna yol açabilir.⁴¹ Ancak ihlal ile doğan zarar arasında illiyet bağı bulunmadır.⁴²

Kural olarak devletin ihlale kusuruyla sebebiyet vermesi gerekir. Geleneksel görüş ve uygulama bu yöndedir.⁴³ Devletlerin sorumluluğuna ilişkin tasarımın 1. maddesinde bir devletin sorumlu tutulabilmesi için uluslararası hukuka aykırı bir fiilin varlığı aranır. Bunun aranması da kusurlu sorumluluğu kabul edildiğini gösterir.⁴⁴ Ancak USAD Casablanca kararında kusursuzluk halinde de devletin sorumluluğunun doğacağına dikkat çeker. Zamanla sorumluluğa yol açacak bazı kusursuz fiiller de kabul edilmeye başlanmıştır. Zira meydana gelen bir zararın sırf kusur olmadığı için giderilememesi sorunuyla karşılaşılabilir.⁴⁵ Halihazırda tartışmasız olarak kusursuz sorumluluk bazı tehlikeli faaliyetler için kabul edilmektedir.⁴⁶ Faaliyetin tehlikesi arttıkça aranacak kusur derecesi de gitgide azalacaktır. 1961 Devletlerin Sorumluluğu Tasarısına göre aksine mağdurun kusuru görece daha fazlaysa zarar veren devletin kusurunun mağdurun sorumluluğu oranında azalacağı kabul edilmektedir.⁴⁷

Zarar, maddi ve manevi olabilir, bir devletin onurunu zedeleme şeklinde gerçekleşebilir.⁴⁸ Ancak her zarar uluslararası sorumluluğun doğması için yeterli değildir. Başta bu zararın uluslararası hukukça korunan bir hakka ilişkin olması gerekir, menfaatlerin zarar görmesi sorumluluk gerektiren bir zarar değildir.⁴⁹ Zararın varlığı açısından belirtilmelidir ki bazı yazarlar mutlak su-

⁴⁰ Doğan, a.g.e., s. 314.

⁴¹ Pazarıcı, a.g.e., s. 411; Doğan, a.g.e., s. 314.

⁴² Doğan, a.g.e., s. 314.

⁴³ Pazarıcı, a.g.e., s. 411.

⁴⁴ Pazarıcı, a.g.e., s. 410.

⁴⁵ Akkutay, a.g.e., s. 32.

⁴⁶ Pazarıcı, a.g.e., s. 412.

⁴⁷ Doğan, a.g.e., s. 315-316.

⁴⁸ Doğan a.g.e., s. 316.

⁴⁹ Pazarıcı, a.g.e., s. 413.

rette bir zararın ortaya çıkmasının aranmayacağı, bunun yerine bir uluslararası hukuk yükümlüğünün ihlalini sorumluluğun doğması açısından yeterli kabul etmiştir.⁵⁰

Uluslararası sorumluluğa neden olan zararlar başta devletlerin gördüğü doğrudan zararlardan oluşur.⁵¹ Ancak inceleme konumuz olan diplomatik koruma açısından değerlendirildiğinde bu yolla verilen zararların devletlerin vatandaşları dolayısıyla uğradığı manevi zararlar olarak nitelendiğini görürüz. Kişinin zarar görmesi devlet zararı görmesi anlamına gelir.⁵² Burada doğrudan bir zarar olmasa da birey yabancı olduğu devlette hukuka aykırı bir fiil veya eylemden dolayı zarar gördüğünde bu zararı kendi imkanlarıyla gideremediğinde vatandaşı olduğu devlet devreye girecektir. Aslında diplomatik korumanın icra edilmesinin temelinde yer alan zararın bireysel bir zarar olduğuna şüphe yoktur. Ancak bazı davalarda devletler hem kendilerinin hem de vatandaşlarının zarara uğradığını ileri sürerek iki yönlü talepte bulunmaktadırlar.⁵³ Akılda tutulmalıdır ki bu durum “mixed claim” şeklinde ifade edilen halin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Mixed claim UHK de daha önce La Grand ve Avena⁵⁴ davalarında meydana geldiği gibi hem dolaylı hem doğrudan zarara dayanan bir iddiadır. İddia bu şekilde aynı zamanda doğrudan zararı içerse de diplomatik korumanın icra edilme koşulları yalnızca iddianın dolaylı zararı içeren kısmı için uygulanabilir olacaktır.⁵⁵ Çünkü doğrudan zararlar diplomatik korumaya başvurulmadan devletler tarafından direkt olarak ileri sürülebilirler.

İllyet bağı, esasında meydana gelen zararın zarara yol açan devlet tarafından gerçekleştirildiğinin belirlenebilir olmasıdır. Sorumluluğu doğuran fiil ile devlet arasında bir ilişki kurulabilmesini ifade eder.⁵⁶ İllyet bağının kurulması zarar veren devletin kusurlu davranışları sonucu kurulabileceği gibi, kusursuz sorumluluğu söz konusu olduğunda da kurulabilir.⁵⁷ Hangi kişilerin fiillerinin devleti fiili sayılacağı 1961 Devletlerin Sorumluluğu Tasarısı 15. maddede açıklanır, buna göre; devletin bir organı, yetkili temsilcisi, memuru, çalışanı tarafından gerçekleştirilen haksız fiil veya ihmaller zarara yol açmışsa söz konusu

⁵⁰ Aksar, a.g.e., s. 214.

⁵¹ Pazarıcı, a.g.e., s. 415.

⁵² Dal, a.g.e., s. 10.

⁵³ Aksar, a.g.e., s. 229.

⁵⁴ Bu dava Meksika ile ABD arasında geçmektedir. Meksika hem kendisinin uluslararası hukuktan kaynaklanan ihlalden zarar gördüğünü hem de kendi vatandaşlarının zarar gördüğünü iddia etmiştir. (Aksar, a.g.e., s. 229.)

⁵⁵ Vermeer-Künzli (II), a.g.m., s. 39.

⁵⁶ Aksar, a.g.e., s. 205.

⁵⁷ Akkutay, a.g.e., s. 30.

zararalar bu kişilerin devletlerince gerçekleştirilmiş sayılacaktır.⁵⁸ Böylece bir devlet yasama, yürütme ve yargı yetkileri çerçevesinde sorumlu tutulabilir.⁵⁹ Buradan da anlaşılacağı gibi mağduriyete sebep olan fiilleri gerçekleştiren gerçek ve tüzel kişiler devletlerinin de sorumluluğuna sebep olmaktadır.⁶⁰ Bunun yanında bir devlet “egemenliğini kullanıyor gibi görünen” organlarının da eylemlerinden sorumludur. İlaveten, işgalci devletin güdümünde faaliyet gösteren devletin fiillerinden de işgalci devlet sorumludur. Ancak kontrol altındaki devletin faaliyetleri işgalci devletçe benimseniyor olmalıdır.⁶¹

Devletler yetkili kişileri eliyle verilen zararlardan sorumlu olacaktır. Devlet adına hareket eden kişiler başka bir devlette gerçekleştirdikleri fiillerinden dolayı da devletlerin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu kişilerin üst düzey olmaları gerekmez, örneğin bir polisin bir yabancıya işkence kapsamına giren fiillerde bulunması yeterli olacaktır.⁶² Fakat özel hukuk kişileri açısından sırf bu kişilerin fiilleri dolayısıyla devletleri sorumlu tutma yoluna başvurulamaz.⁶³ Ancak eğer bir özel hukuk kişisi devletin hizmeti altındaysa ve onun talimatlarıyla hareket ediyorsa bu özel hukuk kişisinin faaliyeti de devlete atfedilebilecektir.⁶⁴

Belli şartların gerçekleşmesi halinde devletlerin özel hukuk kişilerinin özel hukuk faaliyetleri nedeniyle de uluslararası sorumluluğunun doğabileceği, mağdur özel hukuk kişisinin, tabiiyeti altında olduğu devletin diplomatik korumasından yararlanabileceği sonucuna varılmıştır.⁶⁵ Ticari faaliyette bulunan özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinden dolayı kural olarak devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmek mümkün değildir. Bu genel bir kuraldır.⁶⁶ Fakat siber faaliyette bulunmak amacıyla kurulan özel devlet teşebbüslerinin faaliyetlerinin, devletin talimatları altında ya da devletin etkili kontrolü altında gerçekleştirilmesi şartıyla, devlete atfedilebilmesi mümkündür.⁶⁷ Buradan hareketle denebilir ki düzenleme, denetleme ve iş birliği yükümlülüklerini ihlal eden devletlerin, sı-

⁵⁸ Doğan, a.g.e., s. 317.

⁵⁹ Pazarıcı, a.g.e., s. 415.

⁶⁰ Hesanova, a.g.e., s. 6.

⁶¹ Doğan, a.g.e., s. 319.

⁶² Aksar, a.g.e., s. 206.

⁶³ Pazarıcı, a.g.e., s. 419.

⁶⁴ Doğan, a.g.e., s. 317.

⁶⁵ Merve Erdem, “Özel Hukuk Kişilerinin Faaliyetlerinden Dolayı Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu: Bir Hukuk Jimnastiği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2019, s. 310. (<http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2019-143-1865>, 14.10.2019)

⁶⁶ Devletlerin Sorumluluğu Tasarısı (2001), s. 18. (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf erişim tarihi: 15.10.2019); Doğan, a.g.e., s. 318.

⁶⁷ Erdem, a.g.m., s. 319.

nırlı da olsa özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinden sorumlu tutulabilmesi ihtimali mümkün olabilir.⁶⁸

Devletin askeri olarak gereklilik arz eden uygulamaları açısından sorumlu tutulması kabul edilmez. Fakat bu gereklerin dışında kalan ve salt yakıp yıkmaya denebileceğimiz eylemlerden dolayı sorumluluğun ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Ayaklanma, iç savaş ve savaş halinde devletlerin sorumluluğu için de uluslararası yükümlülüklerin devletçe veya onun adına hareket edenlerce ihlal edilmiş olması gerekir.⁶⁹ Federe devletler, vekalet altındaki devletler, koruma altındaki devletler, vesayet altındaki bakımından da federal devlet, vekil devlet ve koruyucu devlet ve vasi devletin bir hukuka aykırılık konusunda sorumluluğunun canlanacağını ifade etmek gerekir. Bunun sebebi sayılan statüdeki ülkelerin dışa karşı ilişkilerinin himayesi altında oldukları devlet tarafından yürütülmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hallerden ayrı olarak “bir başka devlet üzerinde etkin kontrol sağlama” durumu vardır ki burada da bu kontrolü sağlayan devlet kontrol ettiği ülkedeki ihlallerden uluslararası sorumlu kabul edilir. Bu duruma en yakın örnek KKTC devletidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) KKTC devletini Türkiye’nin yetki alanı içerisinde kabul ederek meydana gelen ihlallerden Türkiye’nin sorumlu tutulacağına karar vermiştir.⁷⁰ Son olarak Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Tasarının 11. maddesi uyarınca, her ne kadar bir faaliyet, faaliyeti gerçekleştiren süjenin görevi ve yetkileri sebebiyle devlete atfedilemeye bile, devletin ilgili faaliyeti kendi iradesiyle kabul etmesi ve benimsemesi halinde, faaliyetin devlet faaliyeti haline gelmesi mümkün olacaktır.⁷¹

Uluslararası örgütler gerek organları gerekse onlar adına işlemlerde bulunan kişilerin fiillerinden sorumlulukları kabul edilmektedir.⁷² Konumuz açısından ele alındığında, bir uluslararası örgüt başka bir uluslararası örgüt tarafından haksızlığa uğratılan mensubunu diplomatik koruma çerçevesinde koruyabilecek midir? Bu soruya evet cevabının verilmesi bu kurumun Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler (Taslak Metin) tarafından yalnızca vatandaşı olunan devlete tanınan bir hak olarak ifade edilmesini görmezden gelmek olacaktır.

ç. İnsan Hakları Hukuku Açısından

Modern uluslararası hukuk anlayışı yabancı ya da vatandaş fark etmeksizin her bireyin eşit ve insan oluşundan kaynaklı birtakım doğal ve vazgeçilmez

⁶⁸ Erdem, a.g.m., s. 328.

⁶⁹ Doğan, a.g.e., s. 317- 318.

⁷⁰ Akkutay, a.g.e., s. 25.

⁷¹ Erdem, a.g.m., s. 314.

⁷² Pazarcı, a.g.e., s. 421.

haklara sahip olduğunu ortaya koyar. Bundan hareketle denebilir ki biri dolaylı biri doğrudan olmak üzere hem insan hakları kurumunun hem de diplomatik korumanın koruduğu özne bireylerdir. Fakat uluslararası sorumluluk kurumu genelinde diplomatik korumayla insan haklarının uluslararası düzeyde korunması mekanizmalarını birbirinden ayırmak gerekir.⁷³ Özelde diplomatik koruma açısından insan haklarının korunması ile farkları incelendiğinde başta korunan kişilerin kapsamı açısından diplomatik koruma kurumu yalnızca yabancı kişilere koruma sağladığı için insan haklarının korunması açısından daha dar bir kapsama sahiptir. Bunun yanında kişiler insan hakları ihlallerinde kendi kendilerine gerek ulusal gerek uluslararası çözüm mercilerine başvurarak zararlarını giderebilmektedirler. Fakat diplomatik korumanın bireylerin bizzat kendisi tarafından işletilmesinin mümkün olmadığı hususu diplomatik korumaya ilişkin taslak maddelerde bu hakkın devletler tarafından kullanılabilmesi hususunun düzenlenmesiyle örtülü ortaya konmuştur.

Başta yalnız devletlere ait bir hak olarak görülse de insan hakları alanındaki gelişmelerle birlikte bu konu tartışılmaya başlanmıştır. Diplomatik korumadan yararlanılmasının devletin bir yükümlülüğü ve bireyin bir hakkı olduğu yönünde görüşler ortaya çıkmıştır.⁷⁴

2. DİPLOMATİK KORUMA HAKKINA SAHİP OLAN ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLERİ

A. Devletler

Bir vatandaş yabancı olduğu bir ülkede hukuka aykırı bir eylemle karşı karşıya kaldığında vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devlet tarafından diplomatik koruma hakkının kullanılması gerekir. Bu noktadan sonra açılacak davalarda ve talep edilen haklar bakımından uluslararası düzeyde devletin kendisi taraf olacaktır.⁷⁵ Yabancı ülkede ev sahibi devlet tarafından verilen zararlar açısından söz konusu zararı talep etmeye gerçek veya tüzel kişinin vatandaşı olduğu devletin yetkili olduğu USAD tarafından Chorzow kararında ortaya konmuştur.⁷⁶ Uluslararası mahkeme kararlarında (örneğin Barcelona Traction) da tartışmasız olarak devletin bu hakka sahip olduğu ve bu hakkı kullanıp kullanmama konusunda serbest olduğu kabul edilmektedir.⁷⁷ Bunun yanında Mavrommatis dava-

⁷³ Pazarıcı, a.g.e., s. 409.

⁷⁴ Dal, a.g.e., s. 6.

⁷⁵ Aksar, a.g.e., s. 224-225.

⁷⁶ Doğan, a.g.e., s. 312-313.

⁷⁷ Pazarıcı, a.g.e., s. 429.

sında⁷⁸ da devletin zarar gören vatandaşını korumaya yetkili olduğu ifade edilmiştir.⁷⁹

Zararın ne ölçüde talep edileceği hangi şartlar altında istenebileceği ve bunu takdir etme hususunda tek yetkili yine devletin kendisidir. Bu husus Barcelona Traction davasında da ortaya konmuştur.⁸⁰ Bu bakımdan hakkın ileri sürülmesi devletin tekelindedir. “Devlet, diplomatik korumanın temin edilmesinin gerekliliğini, kapsamını ve aynı zamanda feshi ile bağlı sorunları da çözen tek merci olmalıdır.”⁸¹

Bir devletin kişileri diplomatik koruma altına alması bazen kendisine yurttaşlık bağı ile bağlı olmayan kişilere kadar uzanabilmektedir. Velayet, vesayet ve koruma altındaki devletler bakımından ortak olarak söylenebilir ki vekil, vasi ya da koruyucu devletler bu kişiler bakımından diplomatik koruma kurumunu işletme olanağına sahiptirler. Vatansızlar bakımından ise bazı görüşler bunlara verilen zararın herhangi bir devlete verilmiş bir zarar olarak görülemeyeceğinden dolayı uluslararası sorumluluk doğurmayacağını ortaya koyar.⁸² Bunlar hakkında diplomatik korumanın nasıl icra edileceğine aşağıda yer verilecektir.

B. Uluslararası Örgütler

Öğretide fonksiyonel koruma olarak yer bulan görüşe göre uluslararası örgütlerin de görevlisinin haklarını koruyabileceği ifade edilmektedir.⁸³ Fonksiyonel koruma, diplomatik korumadan farklı olarak uluslararası örgüt personelinin yalnızca görevi sırasında uğradığı zararlar için söz konusu olur.⁸⁴ Ancak bu zararın hangi uluslararası hukuk kişisince verildiğinde koruma kapsamına gireceği konusunda bir açıklık yoktur. Zarar devlet tarafından verildiğinde koruma gerçekleştirilecektir fakat bir uluslararası örgüt tarafından yine bir uluslararası

⁷⁸ “Tartışma, başlangıçta bir özel hukuk kişisi ile devlet arasındayken devamında Yunan hükümeti davayı aldı. Daha sonra tartışma yeni bir evreye girdi, iki devlet arasındaki bir tartışma haline geldi ve uluslararası hukuk alanına girdi... Kendi vatandaşına ilişkin bir davayı alarak ve onun adına diplomatik korumayı işleterek, bir devlet aslında uluslararası hukuka uygun olarak kendi hakkını öne sürmektedir... Bir devlet kendi vatandaşı adına uluslararası alanda bir davayı aldığında uluslararası alanda artık devlet tek davacı olarak görülür.”- Jan Hostei, “A Systematic Inquiry Into The Principles of International Law Dealing With Diplomatic Protection”, *Tulane Law Review*, Vol. 19, 1944, s. 83. (<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulr19&div=13&id=&page=,14.10.2019>)

⁷⁹ Akkutay, a.g.e., s. 14.

⁸⁰ Dal, a.g.e., s. 5.

⁸¹ Hesanova, a.g.e., s. 9.

⁸² Pazarcı, a.g.e., s. 425-426.

⁸³ Pazarcı, a.g.e., s. 426.

⁸⁴ Akkutay, a.g.e., s. 107.

örgüt görevlisine zarar verildiğinde fonksiyonel koruma işletilebilecek midir, bu ayrıca incelenmesi gereken bir konudur.

Uluslararası örgütün görevlisini koruma altına alması görevlinin uyrukluğunda bulunduğu devletin koruma hakkını bertaraf etmediği kabul edilmektedir.⁸⁵

C. Bireyler

Bireyler henüz uluslararası hukuk sujesi haline gelememişlerdir. Devlete karşı hakları vardır ancak henüz devletten bağımsız nitelik kazanamamıştır. Klasik uluslararası hukuk da konusu devlet olan ve bireylere haklar sağlamak-tan çekinen bir hukuk dalıdır.⁸⁶ Bireyin doğrudan kendisinin başvurabileceği evrensel bir uluslararası hukuk yolu veya çaresi de henüz bu alanda mevcut değildir.⁸⁷ “Bireye yetki verilmediği sürece devlete karşı iddia ileri sürüle-mektedir.”⁸⁸ Bu sonuç Barcelona Traction davasında mahkemenin Belçikalı hissedarların ihlal konusunda öne sürdüğü iddiaları kabul etmemesinden çıkarılmaktadır. Uluslararası hukuk geliştikçe kişiye pek çok hak da tanınmakta fakat bunları öne sürebileceği yollar oluşturulmamaktadır.

Uluslararası hukuk kapsamında olmadıkları bir alanda bireylerin korunması diplomatik koruma aracılığıyla mümkün hale gelmiştir.⁸⁹ UAD de ilk kez La Grand davasında diplomatik koruma çerçevesinde bireysel hakların korunması konusuna atıf yapmıştır.⁹⁰ Hal böyle olsa da diplomatik korumaya ilişkin taslak maddelerde diplomatik korumayı icra etme hakkının devletlere tanındığı görülmektedir. Ancak başka kimlerin bu hakka sahip olduğu ya da kimlerin bu hakkı kullanamayacağı açık değildir. Bu noktada bu hakkın devlete mi yoksa bireye mi ait olduğu açık değildir. Taslak yalnızca bu hakkın devletlerce kullanılabil-ceğini öngörmektedir.

D. Haktan Vazgeçilmesi: Calvo Kaydı

Devletlerin diplomatik koruma hakkına sahip olduğunun tartışmasız olarak kabul edildiği ifade edildi. Peki bu haktan özel kişilerle devletler arasında yapı-lan anlaşmalarla vazgeçilmesi mümkün müdür?

⁸⁵ Pazarcı, a.g.e., s. 426.

⁸⁶ Akkutay, a.g.e., s. 14.

⁸⁷ Akkutay, a.g.e., s. 1.

⁸⁸ Hesnova, a.g.e., s. 31.

⁸⁹ Vermeer-Künzli (II), a.g.m., s. 38.

⁹⁰ Hesnova, a.g.e., s. 32.

Calvo kaydı adını aldığı görüş olan Calvo doktrinine dayanır. Bu doktrin genel anlamda birkaç maddeye dayanır. Buna göre; eşitlik, egemenlik ve bağımsızlık devletlerin en büyük hakkıdır ve bu eşit, egemen ve bağımsız devletler diğer devletlerin müdahale etmemesini bekleme hakkına sahiptir ve son olarak yabancılar sözleşmelerden, iç savaşlardan, ayaklanmalardan ve mafya şiddetlerinden kaynaklanan iddiaların soruşturulmasında diplomatik korumanın işletilmesinin istemeden ikamet ettikleri devletlerin iç hukuk kurallarına uymak zorundadırlar.⁹¹

Calvo kaydı yabancı ile devlet arasında yapılan anlaşmayla yabancının, tüm uyumsuzlukları iç hukuk çerçevesinde çözme ve diplomatik korumaya başvurmasına ilişkin önceden bu durumu kabul ettiği kayıttır.⁹² Buna göre bu durum kişi bakımından diplomatik korumadan feragat anlamına gelmektedir.⁹³ Bunun geçerliliğini kabul eden yazarlar ve ülkeler olduğu gibi, “kişinin sahip olmadığı bir haktan vazgeçmesinin mümkün olmadığı” görüşleri de mevcuttur.⁹⁴ Bu kayıt ağırlıklı olarak Latin Amerika ülkeleri tarafından kabul görmektedir. Calvo kaydı bir bakıma iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğunu dayatan bir hale gelmiştir. Bu yüzden Latin Amerika ülkeleri bu doktrine dayamakta ve baştan itibaren uluslararası makamlara başvurunun önünü kapatmış olmaktadır.

Diplomatik koruma Latin Amerika ülkelerindeki iç savaşlar ve karışıklıklardan dolayı zarar gören Avrupa ve ABD vatandaşlarının bu karışıklıklar dolayısıyla gördüğü zararların kendi vatandaşlık devletlerince giderilmesi amacıyla başvurdukları bir yoldur.⁹⁵ Ancak kurumun ortaya çıkış döneminde devletlerin birbirlerine bu kurumu kullanarak baskı yapmaları kuruma olan inancı sarsmıştır. Latin Amerika ülkeleri de bu kurumun güçlü devletleri koruma aracı olduğunu öne sürmüşlerdir.⁹⁶ Özellikle bu ülkeler bahsi geçen sebeplerle diplomatik korumanın kapsamının daraltılması gerektiği düşüncesine sahip olmuşlardır. İşte Calvo kaydının çıkış noktası ve özellikle Latin Amerika devletlerinde kabul görmesinin bir nedeni buradan çıkarılabilmektedir.

Calvo doktrini temelde iki ana düşünceye dayanır. Devletler egemen eşittirler ve birbirlerine müdahale etmemelidirler. Buna karşılık bir devlet bir yaban-

⁹¹ Calvo Carlos, *Le Droit International Theorique et Pratique*, 5th edition, Paris, 1896, Vol, sec. 256, pp. 231-232.'den aktaran Garcia-Mora, a.g.m., s. 206.

⁹² Aksar, a.g.e., s. 231.

⁹³ Akkutay, a.g.e., s. 92.

⁹⁴ Pazarıcı, a.g.e., s. 430.; Aksar, a.g.e., s. 231.

⁹⁵ Akkutay, a.g.e., s. 91-92.

⁹⁶ Dal, a.g.e., s. 13

ciya vatandaşlarıyla aynı hakları tanınmalıdır.⁹⁷ Özünde böyle anlaşılması gereken doktrin daha sonra kullanıldığı antlaşmalarda diplomatik korumadan vazgeçilmesi sonucunu doğuracak bir şekilde bürünmüştür.

Calvo kaydı genellikle yatırımcılarla devletler arasında imzalanan ve anlaşmazlık söz konusu olduğunda yatırımcı özel hukuk kişilerinin uyruklu devletlerinden diplomatik koruma talep etmeyeceklerine dair imzalanan sözleşmedir. Calvo kaydının Taslak Metne konması UHK'de tartışılmış fakat bu öneri kabul edilmemiştir.⁹⁸ Taslak metnin 17. maddesinde bazı uluslararası özel hukuk kurallarının uygulandığı hallerde diplomatik korumanın uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Örnek olarak da yatırım antlaşmalarını vermiştir. Bu tür antlaşmalara ilişkin uyuşmazlıklar diplomatik korumaya başvurmaya gerek kalmaksızın uluslararası hukukta öngörülen diğer çarelere başvurarak devletlerin kendi aralarında da çözebileceği uyuşmazlıklardır. Bu hallerde diplomatik korumaya başvurulmayacağı hükmünün konması Calvo kaydını da kullanmaya gerek olmadığı anlamına gelecektir.

Calvo kaydının geçerliliği noktasında North American Dredging Company davası önemlidir. Bu davada kişi kendi iradesiyle diplomatik korumanın sağladığı faydalardan vazgeçmiş olsa da bu sadece kendi açısından sonuç doğurur. Vatandaşlık devletinin de diplomatik korumadan vazgeçtiği anlamına gelmez. Bu kayıt aynı zamanda devlet için de geçerli olmaz. Bununla birlikte ihkakı haktan imtina halinde de diplomatik koruma işletilebilecektir.⁹⁹

Calvo kaydı, yukarıda bahsi geçen davada Latin Amerika ülkelerince sözleşmedeki ihlallerden ötürü uluslararası sorumluluktan kaçmayı amaç edinmemektedir. Calvo kaydının asıl amacı diplomatik korumanın büyük devletlerce güçsüz devletlere karşı kullanılan bir baskı aracı olmasını önlemektir. Davayı inceleyen komisyon Calvo kaydını geçerliliğini ne açıkça kabul etmiş ne de reddetmiştir.¹⁰⁰

3. DİPLOMATİK KORUMA KURUMUNUN İŞLETİLME ŞARTLARI

Diplomatik koruma kurumunun kullanılabilmesi için gerekli şartların gerçekleşmesi her zaman bir devletin otomatik olarak yurttaşını koruma altına alması gerektiği sonucunu doğurmamaktadır.¹⁰¹ Devletler bir kimseye vatandaşlık

⁹⁷ Akkutay, a.g.e., s. 92.

⁹⁸ Dal, a.g.e., s. 15.

⁹⁹ Akkutay, a.g.e., s. 94.

¹⁰⁰ Garcia-Mora, a.g.m., s. 217-218.

¹⁰¹ Pazarıcı, a.g.e., s. 426.

tesis edilmesi konusunda tam yetkiye sahip olsalar da bu vatandaşlık tesisine dayanarak kişinin uluslararası hukuk çerçevesinde birtakım haklara sahip olduğunun iddia edilebilmesi için bu yeterli değildir.¹⁰² Bu hakkı kullanabilmenin koşulları ise temelde iki tanedir. Bunlar; zarara uğrayan kişinin korumayı sağlayacak devletin yurttaşı olması ve ikamet edilen devlette iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasıdır.

A. Yurttaşlık Bağı

Diplomatik korumaya dayanarak bir devletin uluslararası düzeyde hak talebinde bulunması için zarar göre kişi ile devlet arasında yurttaşlık bağı olması gerekir, bu sine qua non (olmazsa olmaz) bir unsurdur.¹⁰³ Kural olarak bir devlet ancak kendi vatandaşlığındaki bir kişi açısından diplomatik koruma yolunu işletebilmektedir. Bu durum Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Maddeler¹⁰⁴ (Taslak Metin olarak anılacaktır.) de ifade edilmiştir. Buna göre: “Diplomatik koruma icra etmeye yetkili olan devlet vatandaşlık devletidir.”¹⁰⁵ Devlet anlaşma ile bu hakkından vazgeçmediği ve uyrukluk bağının da gerçek bir uyrukluk bağı olması halinde hem gerçek hem tüzel kişiler ilgili devlet tarafından korunabilir.¹⁰⁶ Bu doğal bir sonuçtur. Taslak Metin’de Vatandaşlık meselesinin işlendiği maddenin (3. m) devamında ise bu kuralın bazı istisnalarının olduğu öngörülmüştür. Buna göre bazı hallerde vatandaşı olmayan kişiler bakımından da bir devlet şartları varsa diplomatik koruma icra edebilecektir.

Diplomatik korumada genel kural bir devlet ancak vatandaşları adına hareket edebilmesidir. Panevezys-Saldutiskis davasında¹⁰⁷ USAD iddianın öne sürülmesinin diplomatik korumanın fonksiyonlarından biri olduğunu ve aksine anlaşma olmadıkça bir devletin yalnızca güçlü yurttaşlık bağına dayanarak diplomatik koruma icra etmeye yetkili olduğunu ortaya koymuştur.¹⁰⁸ Şimdi kimlerin bu korumadan yararlanabileceği incelenecektir.

¹⁰² Berk Demirkol, “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015/2, s. 163. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2786576, 14.10.2019)

¹⁰³ Aksar, a.g.e., s. 225.

¹⁰⁴ Taslak Metin için bkz. (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf, 15.10.2019)

¹⁰⁵ Albayrak, a.g.m., s. 502.

¹⁰⁶ Pazarıcı, a.g.e., s. 427.

¹⁰⁷ Bkz. Gündüz, a.g.e., s. 543

¹⁰⁸ Hostei, a.g.m., s. 92.

a. Gerçek Kişiler

aa. Genel Olarak

Gerçek kişiler açısından vatandaşlık; devletin hukukuna uygun olarak doğumla, soyla, sonradan kazanma ile, devletin halefiyetiyle ya da diğer uluslararası hukuka uygun yollarla kazanılır.¹⁰⁹ Görüldüğü gibi vatandaşlığın kazanımını konusunda belli bir sınırlama getirilmemiştir. Şartlar uygun olduğu takdirde vatandaşlık bağının varlığı kabul edilir. Bir devlet diğerine karşı dava açtığı da vatandaşlığın yukarıda zikredilen şartlara göre kazanılıp kazanılmadığı kontrol edildikten sonra uluslararası hukuk kuralları uygulanmaktadır.¹¹⁰ Taslak metnin beşinci maddesi vatandaşlık devletin ne zaman diplomatik koruma icra edip ne zaman edemeyeceği ile ilgili hükümler de ortaya koymuştur.

bb. Etkin Vatandaşlık Bağı

Vatandaşlık bağıyla ilgili mahkeme kararlarında, özellikle Nottebohm davasında UAD vatandaşlığın etkin bir bağ olması gerektiğini vurgulamıştır.¹¹¹ Uluslararası Adalet Divanı, Nottebohm kararında, “etkin vatandaşlık” doktrini birden çok vatandaşlığı bulunan kişinin hangi vatandaşlığının dikkate alınması gerektiği açısından değil, bir kişinin sahip olduğu vatandaşlığın uluslararası hukuk düzleminde başka devletlere karşı ileri sürülebilecek nitelikte olup olmadığını belirlemek amacıyla uygulamıştır.¹¹² Etkin olma durumuyla ilgili taslak metinde net bir ifade yer almasa da mahkeme böyle bir sonuca varmıştır. Ancak bu sonuç tek vatandaşlığa sahip kişiler için geçerli değildir, bu kişiler için vatandaşlığın etkin olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmaz.¹¹³ “Her ne kadar devletler kendi vatandaşlığının hangi şartlar altında verileceği yetkisini haiz olsa da böyle bir vatandaşlık tesisi devletin bu vatandaşlığa dayanarak uluslararası hukuk düzleminde çeşitli hakları olduğunun iddiası için yeterli değildir”. Bundan hareketle UAD’nin Nottebohm kararında varmış olduğu sonuca göre edinilen vatandaşlığın uluslararası hukuk bakımından dikkate alınabilmesi için devlete kişi arasında gerçek bir bağ olması ve somut olarak ilgili kişinin diğer üçüncü devletlere göre, kendi vatandaşlık devletiyle arasında bu ilişkiyi doğrulayan daha yakın ilişkiler olması gerekir.¹¹⁴ UAD bu kararında uluslararası hukukta bir

¹⁰⁹ Taslak Metin, 4. Madde.

¹¹⁰ Hesanova, a.g.e., s. 12.

¹¹¹ Akkutay, a.g.e., s. 49.

¹¹² Demirkol, a.g.m., s. 164.

¹¹³ Taslak Metin, 4. madde.

¹¹⁴ Demirkol, a.g.m., s. 163.

devletin vatandaşlığına sahip olduğunu ileri süren kişinin o devletin etkin vatandaşlığına sahip olması gerektiği görüşünü kabul etmektedir.¹¹⁵

cc. Devamlı Vatandaşlık ve Vatandaşlık Bağının Bulunması Gereken An

Taslak metnin beşinci maddesinde bu husus incelenir. Buna göre mağduriyet tarihinden iddianın ortaya konması anına kadar bu bağ aranacaktır. Ancak bazı hallerde bu kuralın esnetildiğini görmekteyiz. Selef devletin vatandaşı olma veya söz konusu zarar iddiasıyla ilgisiz bir şekilde önceki vatandaşlığını hukuka uygun olarak kaybedip sonraki devletin vatandaşlığını kazanan kişilerin sonraki devletçe diplomatik koruma altına alınabilmesi mümkündür ve bu durum sonraki devlete mağduriyet tarihinde vatandaşı olmayan bir kişi için diplomatik koruma işletebilme hakkı verir. Selef devletin vatandaşı olma durumu pek çok şekillerde karşımıza çıkabilir. Bir devletin yıkılıp yenisinin kurulması veya bir devletin bölünmesi ya da başka bir devletle birleşmesi gibi. Bu durumda kişi mutlaka yaşadığı devletin, bu devlet değişse de vatandaşı olmaya devam edeceği için bu durumun bir istisna olması doğal bir sonuçtur.

dd. Diplomatik Korumanın İcra Edilemeyeceği Haller

Önceki vatandaşlık devletinde meydana gelen zarara karşı sonraki vatandaşlık devleti önceki devlete karşı diplomatik koruma yolunu kullanamaz. Bunun yanında iddianın öne sürülmesinden sonra kişi zarara uğradığı devletin vatandaşlığını kazanırsa bu halde de diplomatik koruma yolu işletilemeyecektir.¹¹⁶

ee. Çifte Vatandaşlıkta ve Çoklu Vatandaşlıkta Durum, Hangi Devletin Koruma Hakkına Sahip Olacağı

“Çifte vatandaşlık bireye iki ayrı devletin hukuki statü tanınması, mahkemelerinin uluslararası yetkisine tabi tutması ve diplomatik koruma sağlaması hali-ne denir.”¹¹⁷ Çoklu vatandaşlık ise bu durumun birden fazla devlet için kişi bakımından geçerli olması hali olarak açıklanabilir.

Birden fazla vatandaşlığa sahip olan kişiler bakımından diplomatik koruma o kişinin vatandaşı olmadığı her devlete karşı ileri sürülebilmektedir. Hatta kişinin vatandaşı olduğu devletler diplomatik korumayı birlikte sağlayabileceklerdir. Bu konudaki sınırlama vatandaşlığında bulunulan devletlerden birinin diğerine karşı bu korumayı sağlayamayacağıdır. Bu sonuca taslak metnin altıncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen durumun mefhum-u muhalifinden ulaşılabilmektedir.

¹¹⁵ Demirkol, a.g.m., s. 161.

¹¹⁶ Taslak Metin, 5. madde

¹¹⁷ Hesanova, a.g.e., s. 12.

Taslak Metnin ifadeleri böyle olsa da uygulamada farklı sonuçlarla karşılaştığı ifade edilmektedir. İki uyruklu halinde gerçek uyruklu bağı bulunan devletin koruma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında bir kişiyi uyrukluğuna alan devlete karşı vatandaşlık devletinin diplomatik korumayı ileri sürme olanağı olmadığı ifade edilmektedir.¹¹⁸ Bu husus taslak metinde de açıkça ifade edilmiştir.¹¹⁹ Fakat metinde bu duruma da bir istisna getirilmiştir. Eğer vatandaşı olunan devletlerden biri diğeri/diğerlerine göre hem mağduriyet anında hem de zarar iddiasının ileri sürülme tarihinde vatandaşlık bağı bakımından daha etkin bir devletse diğer devletlere karşı diplomatik koruma yolunu işletebilecektir.¹²⁰

b. Tüzel Kişiler

Diplomatik korumanın işletilmesi bakımından temel kural özel hukuk kişilerinin korunmasıdır. Zira kamu tüzel kişileri böyle bir korumaya ihtiyaç duymazlar, çünkü onlar devletin bir parçasıdır. Tüzel kişiler bakımından da en çok ticaret şirketleri incelenmektedir. Şirketlere ilişkin taslak metin hükümleri uygun düştüğü ölçüde diğer tüzel kişiler bakımından da uygulanır.¹²¹ Şirket özelinde incelendiğinde diplomatik koruma altına alınabilmeleri için bunların birtakım özelliklere sahip olmaları gerekir. Bu şartların başında vatandaşlık bağı gelir ki bu, şirketin vatandaşı olduğu devletin kanunlarına uygun olarak kurulmasını gerektirir. Bunun yanında bir kuruluş uyrukluğunda olduğu devletin hukukuna göre kurulmuş olmanın yanında uluslararası hukuk tarafından da tanınmış olmalıdır.¹²² Durum böyle olmakla birlikte eğer şirket diğer devlet veya devletlerin vatandaşlarınca yönetiliyorsa ve idare merkezi ile şirket merkezi diğer ülkede olup da vatandaşlık devletinde fazlaca bir iş faaliyeti yoksa bu halde diğer devlet vatandaşlık devleti sayılır. Sadece hissedarların vatandaşlıklarının şirketinkinden farklı olması yeterli değildir.

UAD Barcelona Traction davasında diplomatik koruma hakkının kullanılması bakımından şirket merkezinin ve kuruluş yerinin o ülkede olması şartlarını yeterli bulmuştur. Nottebohm kararındaki gibi gerçek ve etkin vatandaşlık şartını burada aramamıştır.¹²³

¹¹⁸ Pazarcı, a.g.e., s. 428.

¹¹⁹ Taslak Metin, 7. madde

¹²⁰ Akkutay, a.g.e., s. 60-61.

¹²¹ Taslak Metin, 13. madde

¹²² Hesnova, a.g.e., s. 30.

¹²³ Akkutay, a.g.e., s. 66-67.

Taslak Metin gerçek kişilerde olduğu gibi tüzel kişilerde de vatandaşlığın devamlılığı üzerinde durmuştur. Bu bakımdan gerçek kişiler için vatandaşlığın bulunması gereken an ve zarar veren devletin uyrukluğundan kazanıldığında bu devlete karşı diplomatik korumanın işletilemeyeceği ile ilgili söylenenler tüzel kişiler için de geçerlidir. Burada eklenmesi gereken husus; mağduriyet tarihinde vatandaşı olunan devletin, meydana gelen bu durum sonucunda şirketin hukuka uygun olarak kuruluş devleti vatandaşlığını kaybetmesi halinde diplomatik koruma icra etme yetkisinin devam edeceğidir.

UAD'nin Barcelona Traction davasında kabul ettiği ilke şirketin uyrukluğunda bulunduğu devletin koruma hakkına sahip olmasıdır. Hissedarların uyrukluğuna dikkate alınmayıp şirketin uyrukluğundan tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bunun nasıl yapılacağı yukarıda aktarıldı. Taslak metnin on birinci maddesi bu kuralın katı bir biçimde uygulanması halinde yaratacağı hakkaniyete aykırılığı bertaraf etmek için şirket hissedarlarının vatandaşlık devleti diplomatik koruma icra etmeye yetkili olacaktır. Şirketin varlığının meydana gelen zarardan bağımsız olarak kurulduğu ülke kanunlarına göre sona ermesi ve zarar tarihinde, o ülkede iş yapabilmek için yine o ülkede kurulmanın zorunlu olduğu devletin vatandaşlığına sahip olup zarar veren devlet kurulu bulunan bu devletse hissedarların devleti de diplomatik koruma icra edebilir. Bunun yanında Divan tarafından da kabul edilen iki durum vardır ki bu hallerde pay sahiplerinin de uyrukluğunda bulunduğu devlet koruma hakkını haiz olacaktır; ticari ortaklık ortadan kalkmışsa ve şirketin uyrukluğunda bulunduğu devlet diplomatik koruma hakkını kullanamamışsa.¹²⁴ Hissedarlara doğrudan bir zarar verilmesi halinde de gerçek kişiler için diplomatik koruma devreye girecektir.

c. Vatansızlar ve Mülteciler

Konunun giriş kısmında ifade edilen istisna bu iki grup bakımından öngörülmüştür. Bu anlamda vatansız kişi, iç hukukuna göre hiçbir devletin vatandaşlık statüsünü kazanamamış kişi olarak ifade edilmektedir.¹²⁵ Yani herhangi bir korumaya sahip değildir. Buna paralel olarak mülteciler de vatandaşlığı olduğu halde belli sebeplerden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu devletin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen kişilerdir.¹²⁶ Bakıldığında sonuç itibarıyla bu kişiler de bir devletçe korunmamaktadırlar. Kurumun temelini bir devletin kendi vatan-

¹²⁴ Pazarıcı, a.g.e., s. 427.

¹²⁵ Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme, 1. madde (http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin127.pdf, 14.11.2019)

¹²⁶ Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme, 2. madde (<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>, 14.11.2019)

daşının uğradığı zarardan dolayı olarak etkilenmesi hali olduğu göz önüne alındığında, vatandaşı olmayan bu kimselerin uğradığı zarardan dolayı devletlerin ne şekilde etkileneceği açık değildir. Bu istisnanın insan haklarının korunmasına olan önemin artması sonucu getirildiği düşünülebilir. Bu konudaki eğilimler dikkate alınarak UHK özel raportörü J. Dugard, ikamet edilen devlette yasal yollarla bulunma halinde vatansız ve mülteci kişilerin de mağdur olmaları halinde ikamet devleti tarafından diplomatik korumanın icra edilebileceğine yönelik taslak madde önermiştir.¹²⁷

Taslak Metne göre mağduriyet tarihinde ve zararın giderimini talep tarihinde yasal ve mutad olarak bir devlette ikamet eden vatansız kişi bakımından ikamet edilen devlet diplomatik koruma sağlayabilecektir. Yine de bazı görüşler bunlara verilen zararın herhangi bir devlete verilmiş bir zarar olarak görülemeyeceğinden dolayı uluslararası sorumluluk doğurmayacağını ortaya koyar.¹²⁸

Mülteciler zulme uğrayacaklarından duydukları ciddi korkudan dolayı vatandaşı oldukları ülkenin korumasından yararlanamazlar. Bu durumda devletleri kendilerine diplomatik koruma da sağlamayacağı açıktır. Bu kişiler için de mağduriyet tarihi ve zararın öne sürülme tarihinde uluslararası hukukun getirdiği kurallara uygun olarak bir devlette mülteci statüsünde kabul edilen kişi bakımından yasal ve mutad olarak ikamet edilen bu devlet diplomatik koruma icra edebilir. Meğerki mültecinin vatandaşı olduğu devletin uluslararası hukuka aykırı bir fiilinden dolayı bu zarar meydana gelmemiş olsun.

d. Yurttaşlık Bağının Aranması Gereken An ve Süre

Diplomatik korumanın icra edilebilmesi için kişinin yurttaşlık bağıyla bağlı olduğu devletin vatandaşı olduğu süre önem arz etmektedir. Öğretide bu konuda farklı görüşler vardır. Kimi yazarlar uluslararası hukuka aykırı fiilin meydana geldiği anda o devletin yurttaşı olmak gerektiğini savunmaktadır. Bu bağın ne zamana kadar korunması gerektiği konusunda da uzlaşma yoktur. Kimi kararlarda, davada kararın çıkmasına kadar sürmesi gerektiği ifade edilirken kimi kararlarda hak aradığı organ önüne götürmesi anına kadar sürmesi gerektiği ortaya konmaktadır.¹²⁹ Bazı tahkim kararlarında dava süreci karara bağlanana kadar diplomatik korumayı sağlayan devletin vatandaşlığında bulunmak gerektiği gibi sert tutumlarla da karşılaşmaktadır.¹³⁰

¹²⁷ Hesnova, a.g.e., s. 18.

¹²⁸ Pazarıcı, a.g.e., s. 426.

¹²⁹ Pazarıcı, a.g.e., s. 427-428.

¹³⁰ Hesnova, a.g.e., s. 11.

B. İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi

Diplomatik korumanın bir devlet tarafından icra edilebilmesi için gerekli şartlardan ikincisi, vatandaşı olunan devletin idari ve yargısal tüm iç hukuk yollarını tüketmiş olmaktır. Temel kural bu olmakla birlikte bu kuralın istisnaları ve bu şartın aranmayacağı durumlar da mevcuttur.

Diplomatik koruma, ancak iç hukuk yolları hiçbir sonuca ulaşılmeden tüketildiğinde izin verilecek bir yoldur.¹³¹ Geleneksel uluslararası hukuka göre iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda UAD'nin Interhandel davasında ortaya koyduğu gibi; iç hukuk yollarının uluslararası süreçlerden önce tüketilmesi kuralı geleneksel uluslararası hukukun yerleşmiş bir kuralını oluşturmaktadır, genellikle bir vatandaşın başka bir devlette uluslararası hukuk tarafından gerçekleştirilen hak ihlalinin göz ardı edilmesi sonucu vatandaşlık devletinin bu vatandaşından dolayı davayı benimsediği hallerde gözlenir. Bu durumlarda uluslararası mahkemeye gitmeden önce ihlalin gerçekleştiği ülke bu ihlali kendi araçlarıyla ve kendi iç hukuk sistemi içerisinde ortadan kaldırmak için bir fırsata sahip olması gerektiği düşünülmelidir.¹³²

Bir devletin diplomatik koruma hakkını kullanabilmesinin ikinci şartı iç başvuru yollarının tüketilmesidir. Bu açık bir şekilde kabul edilebilirlik kriteridir.¹³³ İç başvuru yollarından kastedilen zararının giderimi için başvurulması gereken devlet organları akla gelmektedir. Taslak Metinde de 14. maddede iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Böylelikle zarara neden olan devlete aslında bu zararı giderim olanağı da önceden sağlanmış bulunmaktadır.¹³⁴ Bu şekilde tatmin edilemeyen kişi iddiasını artık uluslararası alana taşıyabilecektir. Tüketilmesi gereken yollar yalnızca mahkemelere başvurudan ibaret değildir, idari ve yargısal olarak tüm yollara başvurulup zararın giderimi sağlanamamış olmalıdır. Ve bu yollar aynı zamanda yabancıların kendi başına işlem yapabileceği şekilde ulaşılabilir de olmalıdır.¹³⁵ Yani uluslararası alana girmeden ilk önce sorun kişiyle bulunduğu devlet arasında çözülebilirse diplomatik korumaya da gerek kalmayacaktır. Böyle bir şartın öngörülmesinin nedeni atfedilebilirlik açısından işlenen fiilin ilgili devletin iradesi sonucu ortaya çıkıp çıkmadığının tam olarak saptanmasına ihtiyaç duyulmasıdır.¹³⁶

¹³¹ Garcia-Mora, a.g.m., s. 210.

¹³² John R. Dugard, "Second Report on Diplomatic Protection", s. 4 (https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_514.pdf, 14.10.2019)

¹³³ Vermeer-Künzli (II), a.g.m., s. 52.

¹³⁴ Hesnova, a.g.e., s. 34.

¹³⁵ Akkutay, a.g.e., s. 38.

¹³⁶ Akkutay, a.g.e., s. 33.

Kimi durumlarda iç başvuru yollarının tüketilmesi gerekmez. Taslak Metnin 15. maddesinde de bu istisnai durumlar belirtilmiştir. Bu haller; zararı gidecek bir iç başvuru yolunun olmaması ya da olduğu halde fiili olarak iş görmemesi, bu yolların etkisiz ve yetersiz olması, tarafların kendi iradeleriyle bu yoldan vazgeçmiş olması şeklinde özetlenebilir.¹³⁷

Kimi durumlarda da iç başvuru yollarının değil bir bütün olarak hukuk düzeninin asgari düzeyde hakkın yerine getirilmesinde başarısız olarak görüldüğü durumlar vardır ki bu durum “ihkak-ı haktan imtina” olarak açıklanır.¹³⁸ İç başvuru yollarının tüketilmesi ihkak-ı haktan imtina (denial of justice) ile çok yakından alakalıdır. İhkak-ı haktan imtina aslında iddianın sunulması için gerekli şartları ve zemini yaratmaktadır. Buna benzer şekilde Crawford da bir belirsizlik saptamıştır: iç başvuru yollarının reddinin kendisi uluslararası haksızlık olacaktır ve yeterli iç başvuru yolları sağlamaktaki başarısızlık da bununla bağlantılı olarak uluslararası anlamda çare arama zamanında ortaya çıkan haksız fiillerdir.¹³⁹ Bu bakımdan uluslararası düzeyde iddiayı öne sürmeyi ortaya çıkaran şey kişiye iç hukukta tatmin edici çözümler bulunamamış olmasından veya bulunan çözümlerin yeterli olmamasından ileri geldiği ortaya konmak istenmektedir. Çünkü kişi ihkak-ı haktan imtina edilmemiş olsaydı iç hukuk yollarıyla sorunun çözümü gerçekleşmiş olacaktı. İhkak-ı haktan imtina pek çok şekilde gerçekleşebilir. “Yargıdaki gereksiz gecikmeler, ihmaller veya açıkça haksız kararlar ihkak-ı hakta imtina etmenin eşdeğeri olarak düşünülmektedir”.¹⁴⁰

Kişinin tatmin edici sonuç alamadığı her durum ihkak-ı haktan imtina olarak değerlendirilmemelidir. İkamet edilen bir devlet tüm yabancıları kendi vatandaşlarına sağladığıyla eşit şekilde haklarını korur halde donattığı sürece ihkak-ı haktan imtina gerçekleşmez.¹⁴¹ Bununla birlikte kişinin vatandaşlık devleti ikamet edilen devletten daha çok hak sağlasa bile, ikamet edilen devlet bu kişilere kendi vatandaşlarına tanıdığından daha fazla koruma sağlamak zorunda değildir.¹⁴²

¹³⁷ Pazarıcı, a.g.e., s. 429.

¹³⁸ Akkutay, a.g.e., s. 37.

¹³⁹ Vermeer-Künzli (II), a.g.m., s. 52.

¹⁴⁰ Hesnova, a.g.e., s. 27.

¹⁴¹ Edwin M. Borchard, “Diplomatic Protection of Citizens Abroad”, New York, *The Banks Law Publishing Co.*, 1915, s. 795-809'den aktaran: Garcia-Mora, a.g.m., s. 210.

¹⁴² “A State has a duty to afford to an alien means of redress for injuries which are not less adequate than the means of redress afforded to its nationals”. (Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin 1961 Harvard Taslak Sözleşmesi) Aktaran: Garcia-Mora, a.g.m., s. 211.

İç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekliliğinin yanında bunun mümkün olamayacağı durumlar da vardır. Bakıldığında, Taslak Metinde yerel başvuru yolları kuralına istisna olarak 5 madde sayılmıştır.

- Etkin bir zarar giderimi sağlayacak makul bir biçimde kullanılabilir yerel başvuru yolları yoksa veya yerel başvuru yolları böyle bir makul zarar giderimi olasılığı sağlamıyorsa: Olmayan bir yola başvuru yapılmasının istenmesi kişiyi ne kadar zora sokacağı ortadadır. Aynı zamanda kişi iç hukuk yoluna başvurduğu takdirde zararının giderilmeyeceği önceden belli ve anlaşılabiliriyorsa bu yolların tüketilmesi beklenmez.
- Sorumlu olduğu iddia edilen devlete atfedilecek telafi sürecinde yersiz bir gecikme varsa: Bu noktada yukarıda da değinildiği gibi hakkın yerine getirilmesinden kaçınma söz konusudur. İhkak-ı haktan imtina denilen durum meydana gelmektedir. Yine bu halde de iç hukuk yollarının tüketilmesi kişiden beklenmez.
- Mağdur kişi ve zarar tarihinde sorumlu olduğu iddia edilen devlet arasında uygun bir bağlantı yoksa: Dikkat edilmesi gereken nokta, burada iç başvuru yolları vardır ve etkisizliği söz konusu değildir. Fakat meydana gelen zarar, hukuka aykırı fiil veya davranışın gerçekleştirildiği zamanda değil de daha sonra meydana gelmiş; etkisini daha sonra göstermiştir. Dolayısıyla diplomatik koruma yolu işletilirken zararın meydana geldiği anın dikkate alınması gerekir.¹⁴³ Ve anılan durumlarda yine kişiden zarar veren devletin iç başvuru yollarını tüketmesi beklenmeyecektir. Fakat bu halde yine zarar veren devletin sorumluluğu için gereken şartların var olması gerekir.
- Mağdur kişi yerel başvuru yollarını kullanmaktan aleni biçimde engelleniyorsa: Bu bentte ise 2. durumdan farklı olarak zarar veren devlete ağır bir isnatta bulunmaktadır ve direkt olarak açıkça bu yollara başvurulmasının engellendiği durumu iddia edilmektedir. Bu durumun varlığının zarar gören tarafından açıkça ortaya konması ve ispatlanması gerekmektedir.¹⁴⁴
- Sorumlu olduğu iddia edilen devlet yerel başvuru yollarının tüketilmesi koşulundan vazgeçtiyse: Zarar veren devletin iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulundan vazgeçmesi açık ya da örtülü olarak gerçekleşebilir. Sözleşme veya antlaşma ile olabileceği gibi devlet uygulamasında bu durumla karşılaşılabılır. Veyahut ilgili devlet açıkça bunu beyan edebilir.

¹⁴³ Akkutay, a.g.e., s. 40.

¹⁴⁴ Akkutay, a.g.e., s. 39.

Bu maddeler incelendiğinde genel olarak başvuru yollarının etkisizliği ve bu yollara ulaşımın engellenmesi temel gerekçeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Üçüncü durumda farklı bir halin düzenlendiği söylenebilir. Burada zarar gören kişinin zarar veren devlette geçici bir süre bulunması durumunda zararın etkilerini daha sonra göstermesi veya zarar veren devletin ülkesi dışında düzenlediği askeri operasyonlar sırasında söz konusu zararın uyrukluk ülkesi dışında ve fakat zarar veren devletten başka bir ülkede ikamet ederken kişinin şahsında meydana gelmesi gibi haller örnek verilebilir. Uygun bir bağlantıdan ne anlaşılması gerektiği her olaya göre açık bir şekilde ortaya konmalıdır.

Vekalet, vesayet veya koruma altındaki ülkelerde bir zarar meydana geldiği zaman bunlardan vekil, vasi ve koruya devletin sorumlu olacağı ifade edildi. Fakat bu noktada hangi devletin iç hukuk yolları tüketilecektir? Vekil devletin mi yoksa vekalet altındaki devletin mi makamlarına başvurulacaktır? Bunlar ayrıca incelenmesi gereken hususlardır.

4. HUKUKİ SONUÇLARI

A. Sorumluluğu Azaltan veya Ortadan Kaldıran Nedenler Bakımından

Bir zarar meydana geldiğinde hukuka aykırı bir fiil ortada olsa bile bunun uluslararası sorumluluğa yol açmadığı görülebilir. Bu durumların başında ilginin rızası gelir. Ancak bu rızanın gösterilmesi uluslararası hukukun emredici kuralları dediğimiz jus cogens niteliğine sahip kurallara aykırı olmamalıdır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre bu konuda bir antlaşma yapılsa bile jus cogens niteliğindeki bir kurala aykırı düşen her antlaşmayı batıl saymaktadır.¹⁴⁵

Bunun yanında yukarıda kusur açısından da değerlendirildiği gibi zarar görenin kusuru (müterafik kusur) arttıkça devletin sorumluluğu da bu oranda azalmaktadır. Hatta zarar görenin kusuru varsa herhangi bir zarar giderim ödenmediğine karar verildiği de görülmektedir. Bu konuda ortaya atılan clean hands teorisine göre ise zarar görenin hiçbir kusuru olmaması gerekmektedir.¹⁴⁶ Zarar görenin kusuru zararının ya hiç giderilmemesi veyahut belli bir kısmının giderilmesi sonucunu doğurur.¹⁴⁷

Uluslararası hukukun genel ilkeleri tarafından kabul edilen meşru savunma, zararlar karşılık gibi hallerde aslında işlenen fiiller hukuka aykırı olmasına kar-

¹⁴⁵ Pazarıcı, a.g.e., s. 423.

¹⁴⁶ Pazarıcı, a.g.e., s. 423.

¹⁴⁷ Akkutay, a.g.e., s. 96.

şın uluslararası hukukun öngördüğü şartlar altında bunların işlenmesi hukuka uygun hale gelecektir. Devletin sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler UHK tarafından hazırlanan 2001 Tasarısında yer almaktadır. Benzer şekilde zorunluluk hali ve mücbir sebep hallerinde ortaya bir zarar çıkmış olsa bile koşulları oluşmuşsa bunlar da mazur görülmektedir. Son olarak devletin doğal afet ve ekonomik kriz halinde üzerine düşen yükümlülükleri yerine getiremediği durumda sorumlu tutulmaması gibi görüşler mevcuttur.¹⁴⁸

Bir devlet bir hukuka aykırılıktan dolayı meydana gelen sorumluluktan zamanlaşımının dolmasıyla da kurtulur. Zarar zamanlaşımı süresince talep edilmezse devlet tazmin yükümlülüğünden kurtulur. Ancak bu konuda uluslararası hukukta kabul edilmiş belli zamanlaşımı süresi yoktur. Somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir.¹⁴⁹

Bir devletin temelli yıkılması da sorumluluğu sona erdirir. Ancak devletin kimliği o toprak parçasında hâlâ devam ediyorsa sorumluluk sona ermeyecektir.¹⁵⁰

Sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler gerçekleştiği takdirde işlenen fiil hukuka uygun sayılacaktır. Fakat bu durum yine de birtakım sonuçların doğmasını engellemez. Örneğin hukuka uygun bir müdahale sonucunda olayla ilgisi olmayan kişi ve şeylere zarar verildiğinde bunun tazmin edilmesi gerekecektir.¹⁵¹

B. Başvurulacak Yollar ve Zararın Giderimi

Bir uluslararası yükümlülüğü ihlal eden devletin sorumluluğunun doğmasından sonra bu sorumlu devletin ihlale yol açan fiile son vermek; eğer koşullar haklı kılıyorsa, ihlalin devam etmeyeceğine dair güvence vermek gibi ödevleri vardır. Bu gibi ödevler sonrasında da onarım yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.¹⁵² Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Tasarı'nın 31. maddesinde ifade edilen onarım yükümlülüğü ihlal neticesinde meydana gelen tüm maddi ve manevi zararları kapsamaktadır. Onarımın nasıl gerçekleşeceği aynı Tasarı'nın 34. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre gerçekleştirilecek onarım biçimleri; tazminat, tarziye ve eski hale iade olarak öngörülmüştür.¹⁵³

¹⁴⁸ Doğan, a.g.e., s. 321.

¹⁴⁹ Doğan, a.g.e., s. 322.

¹⁵⁰ Doğan, a.g.e., s. 324.

¹⁵¹ Aksar, a.g.e., s. 221.

¹⁵² Devletlerin Sorumluluğu Tasarısı (2001), 31. madde

¹⁵³ Erdem, a.g.m., s. 323.

Uluslararası hukuktaki klasik anlayışa göre diplomatik korumayı kullanma ve buna ilişkin taleplerde bulunma hakkı yalnızca devletlere verilerek meydana gelen zararı tazmin yükümlülüğü zararı meydana getiren devlete yüklenmektedir.¹⁵⁴ Devletler diplomatik koruma kurumunu ne şekilde işletmek istediklerini de kendileri seçerler. Bu durumda başvurulacak yollar temelde iki tane olup ya yargısal yola başvurulacaktır veya diplomatik yollardan bir sonuç alınmaya çalışılacaktır. Diplomatik yollarla zarar veren devletten birtakım isteklerde bulunulabilir, söz konusu zararın giderilmesi istenebilir. Bu tercih edilmezse yargısal yollara da başvurulabilir. Bu yol tahkim olabileceği gibi uluslararası bir mahkeme de olabilir.¹⁵⁵

Bir zarar meydana geldiğinde sorumlular bunu giderme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu yükümlülük sadece verilen zararın giderimi şeklinde olup cezai veya manevi bir yaptırım şeklinde gerçekleşmemektedir. Bu tarz taleplerin reddildiği gözlenmiştir.¹⁵⁶ Fakat maddi tazminatla giderilemeyecek bir hal söz konusu ise devletin hatasını kabul edip özür dilemesi de söz konusu olabilir.¹⁵⁷ Fakat zarar veren devletin küçük düşürülmesi gibi bir durum da meydana gelmemelidir.¹⁵⁸

Zararın niteliğine göre üç çeşit onarım türüyle karşılaşılmaktadır: eski hale iade, tazminat, manevi onarım. Bunların yanında zarar veren devlet uluslararası hukuka aykırı davranışına son verip bunların bir daha olmayacağına dair güvence de gösterebilir.¹⁵⁹ Fakat bu bir zarar giderim yöntemi değildir. Zararın tazmini mümkün olduğunca eski hale dönülmesini hedefler.¹⁶⁰ Tazminat ödenmesi gerektiğinde de yalnızca doğrudan zararların karşılanması kabul edilmektedir.¹⁶¹ Dolaylı zarar kabul edilip tazminat ödenmeyen durumlar ise uzak nedensellik bağı, zararın haksız fiil dışındaki olaylara bağlı olarak doğması, zararın sigorta ortaklıklarına yüklenmesi gibi hallerdir. Buna mukabil doğrudan zarar kabul edilip giderimin tazminatla saptandığı hallere de uğranılan fiili kayıpların tazmini, olağan ve meşru beklenen kazançtan zararların tazmini ve manevi zararların tazmin edilmesi örnek olarak verilebilir.¹⁶²

¹⁵⁴ Hesanova, a.g.e., s. 10.

¹⁵⁵ Akkutay, a.g.e., s. 102.

¹⁵⁶ Pazarıcı, a.g.e., s. 430.

¹⁵⁷ Doğan, a.g.e., s. 323.

¹⁵⁸ Akkutay, a.g.e., s. 105.

¹⁵⁹ Akkutay, a.g.e., s. 103.

¹⁶⁰ Doğan, a.g.e., s. 322.

¹⁶¹ Pazarıcı, a.g.e., s. 431.

¹⁶² Pazarıcı, a.g.e., s. 432-433.

Tazminat talebi içinse diplomatik koruma açısından ilk önce iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekli olup olmadığı araştırılmalıdır. Daha sonra devletler hakeme başvurma veya UAD'ye götürmek gibi yöntemleri benimseyebilirler.¹⁶³

Elde edilen maddi tutarın zorunlu kesintiler yapıldıktan sonra mağdur olan kişiye aktarılması taslak metinde önerilen bir uygulama olarak yer alır.¹⁶⁴ Devlet zararı kendine ait görüp diplomatik koruma talebinde bulunduğu için bu maddeyi uygulayıp uygulamamak da yalnız öneri olarak kalmıştır.

SONUÇ

Tıpkı ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi, uluslararası hukuk düzeninde de kendisine haklara ve borçlara sahip olma konusunda ehliyet tanınan kişiler bulunmaktadır. Bunların en başında devletler yer almaktadır. Devletlerin sahip oldukları bu yetkiler karşısında birtakım yükümlülükleri de olacaktır. Bu yükümlülükler uluslararası hukukun genel ilkelerinden, devletler arası antlaşmalardan, teamüllerden kaynaklanabilmektedir. Bu kuralların aksine hareket ettikleri durumda ortaya çıkan zararlardan ve sonuçlardan bu ihlali meydana getiren devlet yükümlü olacaktır.

Devletlerin uluslararası hukuk çerçevesindeki sorumluluğunun bir kısmını da başka bir devletin vatandaşına verilen zararlar oluşturmaktadır. Her devlet istediği kişiyi ülkesine kabul edip etmemekte serbesttir. Fakat bir kere kabul ettikten sonra bu kişinin haklarına saygı göstermek zorundadır. Devlet tarafından ülkesindeki bir yabancıya zarar verildiğinde ya da kötü bir muamelede bulunulduğunda kişi bu iddiayı kendisi uluslararası alana taşıyamamaktadır. Bu noktadan itibaren vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devlet devreye girecektir. Devletlerin bu şekilde vatandaşları adına bir davayı benimseyip uluslararası düzeyde savunmasına diplomatik koruma denmektedir. Devletlerin bu yolla meydana gelen sorumluluğu uzun yıllar tartışılmış ve nihayetinde 2006 yılında Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Maddeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kodifiye edilmiştir. Uluslararası Adalet Divanı kararlarıyla beraber bugünkü uluslararası hukukta çokça önem atfedilen bir kurumdur.

¹⁶³ Doğan, a.g.e., S. 324.

¹⁶⁴ Taslak Metin, 19. madde; "Makul kesintiler dışında, sorumlu devletten elde edilen herhangi bir tazminat mağdur kişiye transfer edilmeli."

KAYNAKÇA

- Akkutay, Ali İbrahim, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, Doktora Tezi, Ankara, 2011. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> Tez No: 228222, 14.10.2019)
- Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- Albayrak, Gökhan, “Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2019/2, 2019. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775156>, 14.10.2019)
- Bozkurt, Enver/ Kütükçü, M. Akif/ Poyraz, Yasin, *Devletler Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Dal, Ufuk, *Milletlerarası Hukukta Diplomatik Himaye*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>, 14.10.2019)
- Demirkol, Berk, “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015/2. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2786576, 14.10.2019)
- Doğan, İlyas, *Devletler Hukuku: Genel İlkeler-Soykırımdan Sorumluluk*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.
- Dugard, John R., “Second Report on Diplomatic Protection”. (https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_514.pdf, 14.10.2019)
- Erdem, Merve, “Özel Hukuk Kişilerinin Faaliyetlerinden Dolayı Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu: Bir Hukuk Jimnastiği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2019. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-143-1865>, 14.10.2019)
- Garcia-Mora, Manuel R., “The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law”, *Marquette Law Review*, Vol. 33, 1950. (<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3399&context=mulr>, 14.10.2019)
- Göçer, Mahmut, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008. (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1499/16546.pdf>, 14.10.2019)
- Gündüz, Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015.
- Hesenoğlu, Lale, *Uluslararası Hukukta Diplomatik Koruma*, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2015. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> Tez No: 522042, 14.10.2019)

- Hostei, Jan, “A Systematic Inquiry Into the Principles of International Law Dealing With Diplomatic Protection”, *Tulane Law Review*, Vol. 19, 1944. (<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulr19&div=13&id=&page=,1> 4.10.2019)
- Lillich, R. B., “Editorial Comments”, *American Journal of International Law*, Vol. 69, 1975. (https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5C3A7137812F22430C9567CEA7436FB0/S0002930000197076a.pdf/diplomatic_protection_of_nationals_abroad_an_elementary_principle_of_international_law_under_a_tack.pdf, 14.10.2019)
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 14. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- Vermeer-Künzli, Annemarieke (I), “Restricting Discretion: Juicidal Review of Diplomatic Protection”, *Nordic Journal of International Law*, 2006. (<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/06.pdf?sequence=7>, 14.10.2019)
- Vermeer-Künzli, Annemarieke (II), “As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection”, *The European Journal of International Law*, Vol. 18, 2007. (<http://www.ejil.org/article.php?article=220&issue=6>, 14.10.2019)
- Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Metin
(https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf, 15.10.2019)
- Devletlerin Sorumluluğu Tasarısı (2001)
(https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 15.10.2019)
- Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme
(http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin127.pdf, 14.11.2019)
- Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme
(<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>, 14.11.2019)

Suni Döllenme - Almanya’da Hukuki Durum ve Reform Perspektifleri^(*)

Reproductive Medicine - Legal Framework and Perspectives for Reform in Germany

Reproduktionsmedizin - Rechtslage und Reformperspektiven in Deutschland

Yazar: Prof. Dr. **Gernot SYDOW**^(**)

Çeviri: Doç. Dr. **Tahir MURATOĞLU**^(***) / **Ceyda Ceren YÜKSEL**^(****)

Öz

Suni döllenme konusu önemli ölçüde ulusal hukukla düzenlenmiştir. Diğer birçok hukuk alanından farklı olarak bu konudaki uluslararası sözleşmeler yok denecek kadar azdır. Alman kanunları diğer ülkelerdeki uygulamalara kıyasla oldukça katıdır: Alman Embriyo Koruma Kanunu (*Embryonenschutzgesetz*) 1990 yılında yayımlanmış ve bu zamandan beri neredeyse hiç değiştirilmiştir. Yaygın kanıya göre Alman Embriyo Koruma Kanunu toplumsal değişime ve günümüzdeki evlilik türlerine artık cevap vermemektedir. Güncel tartışma konuları arasında yumurta bağışının, taşıyıcı anneliğin ve elektif tek embriyo transferinin yasaklanması bulunmaktadır.

Almanya’da bu sorunlar üzerindeki tartışmalar çok güçlü bir şekilde anayasal düzenlemelere bağlı kalmaktadır. Liberalleşmenin lehine veya aleyhine ileri sürülen tüm argümanlar Almanya Anayasası’nın sınırlı sayıdaki hükümlerine dayandırılmaktadır. Bu durumun sonucu olarak suni döllenmeye ilişkin kanunlar fazla esnek değildir ve Alman Federal Anayasa Mahkemesince (*Bundesverfassungsgericht*) yapılan katı bir anayasaya uygunluk denetimine tabidir.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 09.03.2020. Birinci hakeme sevk tarihi: 09.03.2020. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 11.03.2020. İkinci hakeme sevk tarihi: 19.03.2020. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 20.03.2020.

Bu çalışma yazarın 5 Ekim 2018 tarihinde Almanya’nın Bonn şehrinde ve 18 Eylül 2019 tarihinde Almanya’nın Münster şehrinde yaptığı sunumlardan derlenmiştir. Çalışmanın daha geniş kapsamlı bir versiyonu Almanca dilinde şurada yayımlanmıştır: *VVDStRL (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer)* 78 (2019), s. 361-392.

Bu çalışma Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi seçmeli Almanca-III dersi kapsamında tercüme edilmiştir.

(**) WWU Münster Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı ve Uluslararası Kamu Hukuku Enstitüsü, Öğretim Üyesi,
E-mail: gernot.sydow@uni-muenster.de,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-8422-4567>.

(***) Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,
E-mail: tahirmuratoglu@yahoo.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-5958-5598>.

(****) Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 3. Sınıf Öğrencisi,
E-mail: ceydacerenyuksel@gmail.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0001-6920-2119>.

Bu çalışmada çoğul ve fonksiyonel olarak farklılaşmış bir toplumdaki usuli mekanizmaların, etik açıdan tartışılmalı soruların Anayasa'da düzenlendiğini kabul eden bir hukuk anlayışına göre daha etkili olduğu görüşü savunulmaktadır. Alman suni dölleme hukuku bir revizyona ihtiyaç duymaktadır ve bu revizyon üzerinde kamuya açık, toplumsal bir tartışma yürütülmelidir.

Anahtar Kelimeler

Suni Dölleme, Taşyıcı Annelik, Elektif Tek Embriyo Transferi, Üreme Özgürlüğü, Avrupa Konseyi Oviedo Biyotıp Sözleşmesi.

Abstract

Reproductive medicine is predominantly regulated by national legislation. Unlike many other fields international agreements are rarely found for this topic. Compared to international standards, the German legislation is restrictive: The German "law on the protection of the embryo" was passed in 1990 and has only rarely altered since then. Current debates refer to the ban on oocyte donation, the ban on surrogacy and the ban on elective single-embryo transfer.

German debates on these questions are fixed on constitutional questions. All arguments for or against a liberalization of the German legislation are derived from a few articles of the German constitution. As a consequence, the German legislation on reproductive medicine is somewhat inflexible and strictly controlled by German Constitutional Court.

This article argues that procedural mechanisms will turn out more efficient than a conception of law that claims that questions of ethical controversies are determined by the constitution. The German law on reproductive medicine urges for a reform that has to be debated on openly in society.

Keywords

Reproductive Medicine, Surrogacy, Elective Single-Embryo-Transfer, Reproductive Autonomy, Oviedo-Convention on Biomedicine.

Zusammenfassung

Das Recht der Reproduktionsmedizin ist national geprägt. Anders als in zahlreichen anderen Rechtsgebieten gibt es kaum internationale Abkommen. Die deutsche Gesetzgebung ist im internationalen Vergleich restriktiv: Das Embryonenschutzgesetz wurde 1990 erlassen und seitdem kaum geändert. Nach verbreiteter Auffassung wird das Embryonenschutzgesetz dem gesellschaftlichen Wandel und der Vielfalt heutiger Familienformen nicht mehr gerecht. Zu den aktuellen Streitthemen gehören das Verbot der Leihmutterschaft und das Verbot des selektiven Embryonentransfers.

Die Diskussion über diese Fragen ist in Deutschland sehr stark durch die Verfassung geprägt: Alle Argumente für oder gegen eine Liberalisierung werden aus wenigen Artikeln des Grundgesetzes abgeleitet. Das hat zur Folge, dass die Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin wenige flexibel ist und unter einer engen verfassungsgerichtlichen Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht steht.

Der Beitrag plädiert dafür, dass prozedurale Mechanismen in einer pluralen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft leistungsfähiger sind als ein Rechtsverständnis, das ethisch umstrittene Fragen für verfassungsrechtlich determiniert hält. Das deutsche Recht der Reproduktionsmedizin bedarf der Revision, über die eine offene gesellschaftliche Debatte geführt werden muss.

Stichworte

Reproduktionsmedizin, Leihmutterschaft, Selektiver Embryonentransfer, Fortpflanzungsfreiheit, Europaratskonvention Von Oviedo zur Biomedizin.

I. GİRİŞ

Suni döllenme özlem dolu dilekler vadetmekte, ancak aynı zamanda büyük korkulara da sebebiyet vermektedir. Bu nedenle suni döllenme kaçınılmaz olarak önemli etik ve hukuki tartışma konuları arasında yer almaktadır. Bu çalışmada bu konuya hukuki açıdan bazı düşüncelerle katkıda bulunulacaktır. Bunun için de öncelikle mevcut hukuki durum hakkında kısa bir bilgi verilecek, daha sonra da reform talepleri ve reform ihtiyacı ile yasamaya ilişkin bazı konulara değinilecektir.

II. MEVCUT HUKUKİ DURUM

A. Uluslararası Hukuk

Suni döllenmeye ilişkin uluslararası hukuk kuralları ve Avrupa Birliği düzenlemeleri yok denecek kadar azdır. Bu durumun bir sonucu olarak devletlerin bu konudaki yasama yetkileri ulusalüstü hukuk kurallarıyla kısıtlanmış değildir ve böyle bir durumun başka bir örneği de yok gibidir.

Uluslararası alanda konsensüs sağlanamaması sebebiyle suni döllenmeye ilişkin uluslararası sözleşmeler hiç yapılamamakta veya bu sözleşmeler yalnızca az sayıdaki devletlerce onaylanıp iç hukukta yürürlüğe konulmaktadır. Avrupa Komisyonunun bu konuyla doğrudan ilgili Oviedo Biyotıp Sözleşmesi yalnızca Fransa tarafından onaylanmış, Almanya ve Büyük Britanya tarafından onaylanmamıştır. Britanyalılar için bu Sözleşme çok katı iken, Almanya bu Sözleşmeyi fazla liberal bulmaktadır. Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansının ücret karşılığı yabancı taşıyıcı anneliğe ilişkin bir sözleşme tasarısında olduğu gibi diğer bazı projeler ise henüz düşünce aşamasındadır. Dolayısıyla bu konu önemli ölçüde ulusal hukuk kuralları ile düzenlenmiştir.

Suni döllenme konusunun önemli ölçüde ulusal hukuk kuralları ile düzenlenmiş olmasında bazı avantajlar görülebilir: Tereddüt durumunda istenen tıbbi uygulama yurtdışında gerçekleştirilebileceği için en iyi çözüm konusunda rekabet ve daha fazla özgür bir ortam oluşur. Ancak her şeyden önce bizzat kendi yasakladıkları konularda devletlerin ayrıntılı düzenlemeler yapmaları gerektiği (daha doğrusu beklendiği) için bu durumun çok bariz bazı dezavantajları da vardır. En açık sorun yabancı bir ülkede gerçekleşen bir taşıyıcı annelikten sonra çocuklar ile onlara sahip olmak isteyen ebeveynler arasında ebeveynlerin kendi ülkelerindeki hukuka göre soybağının kurulmasıdır. Ulusal hukuk sistemleri arasındaki koordinasyon burada iyi bir şekilde işlememektedir, zira farklı etik değerler ve hukuki düzenlemelere yön veren düşünceler ciddi bir şekilde birbiri ile çatışmaktadır.

Bir devletin hukuki düzenlemeleri basit ve tek boyutlu bir ölçek üzerine aktarılmasa da karşılaştırmalı hukuk hakkında şunlar söylenebilir: Büyük Britanya, Ukrayna ve İsrail gibi ülkeler suni dölleme konusunda çok liberal düzenlemelere sahiptir. Fransa'da şu ana kadar oldukça katı, Almanya'da ise çok katı düzenlemeler mevcuttur. Britanya hukukundaki durumu hızlı bir şekilde ifade etmek gerekirse, pratikte burada tıbbi yönden önem arz eden yöntemler için hiçbir yasaklamanın bulunmadığı söylenebilir. Buna karşın Fransa ve Almanya'da durum farklıdır: Tereddüde düşülen hallerde ihtiyat ilkesi ve koruyucu yaklaşımlar yasaklarla sonuçlanmaktadır. Yumurta bağışının yasaklanması örneğinde olduğu gibi, Almanya yasaklar konusunda kimi zaman Fransa'dan da ileri gitmektedir.

B. Almanya

Almanya'daki hukuki düzenlemeler 1990 yılına ait Embriyo Koruma Kanunu'nda (*Embryonenschutzgesetz*) yer almaktadır. Federal Meclis (*Bundestag*) bu Kanunla nisbeten erken bir tarihte konuya ilişkin ilk düzenlemeleri yapmış, temel haklara ilişkin koruma yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Ancak bu Kanunda herhangi bir cezaya tabi tutulmayan fiiller kanunen düzenlenmemiş fiiller olarak kalmıştır. Suni dölleme konusunu düzenleyen bu Kanun bugüne kadar önemli bir değişikliğe uğramamıştır.

Alman Embriyo Koruma Kanunu'nun yer verdiği en önemli düzenlemeler şunlardır:

- Almanya'da sperm bağışı ve in vitro fertilizasyon (tüp bebek uygulaması) serbesttir.
- Yumurta bağışı ve bilhassa taşıyıcı annelik yasaktır.
- Eşey hücre öncüllerine (*germ line*) müdahaleyi içeren tüm teknikler yasaktır. Bu durum çok kısa bir tarifle “üç ebeveynli bebek” ile sonuçlanan ve uygulandığı yerlerde (Büyük Britanya ve Meksika gibi) belli bazı durumlarda çocuğun ciddi kalıtsal bozukluklarının önüne geçen mitokondriyal bağış yöntemi için de geçerlidir.

Embriyo Koruma Kanunu'nun mantığına göre yasakların konusu, tedaviye katılan ebeveynler için olmasa da tedaviyi gerçekleştiren hekimler için her zaman bir cezanın söz konusu olduğu fiillerdir.

Kısmen katı kısmen de minimalist olan bu düzenleme tarzının gerekçesi aslında federal devlete bu konunun yalnızca ceza boyutunu düzenleme yetkisi veren federal devlet ile federe devletler arasındaki yasama yetkilerinin dağılımıydı. Bu gerekçe 1994 yılında suni dölleme konusunun federal devlet ile federe devletlerin yasama yetkilerinin yarıştığı konular kapsamına alınması ile

düştü. Ancak 25 yıldır mevcut olan bu yeni yasama yetkisi şu ana kadar kapsamlı bir sunî döllenme kanunu yapmak için kullanılmadı. Bu tür kapsamlı kanunlar yalnızca Avusturya ve İsviçre'de mevcuttur.

III. REFORM TALEPLERİ VE REFORM İHTİYACI

Almanya'da yasama organının harekete geçmesine yönelik yeteri kadar talep mevcuttur. Ancak bu talepler şu ana kadar istenen düzeyde yankı yapmamıştır. Bu konudaki son hamle 2019 yılının Mart ayında Ulusal Akademisinden, Leopoldina'dan gelmiştir.

Yeni ve modern bir Sunî Döllenme Kanunu yapılması yönündeki talepler esas itibarıyla şu gerekçelere dayandırılmaktadır: Mevcut hukukî durum tıbbî uygulamaları gerçekleştiren kişileri azımsanmayacak ölçüde tıp biliminin günümüzdeki uluslararası durumuna uygun olmayan tedavilere zorlamaktadır. Bu tedaviler anne ve çocuk için gereksiz risklere yol açmaktadır. Ayrıca Embriyo Koruma Kanunu toplumsal dönüşüme ve günümüzün evlilik türlerine artık cevap vermemektedir.

Önemli ve güncel tartışma konuları aşağıdaki gibidir:

1. Yumurta Bağışı Yasağı. Bu yasağın amacı çocuk açısından birden fazla annenin mevcudiyetinden kaynaklanabilecek sorunları önlemektir. Bu argüman savunulabilirliğini oldukça yitirmiştir. Bunun sebeplerinden biri de sperm bağışının serbest olması ve yumurta bağışının sperm bağışına göre farklı bir muameleye tabi tutulmasıdır. Ayrıca bu yasak pratikte yumurta bağışının yurt dışında, çoğu zaman anonim bir şekilde gerçekleştirilmesine yol açmaktadır. Bu durum bir kişinin kendi genetik kökenini bilmesinin oldukça önemli olduğu ve bu nedenle bunun temel haklar yoluyla garanti altına alındığı yönündeki tasavvurumuza ters düşmektedir. Dolayısıyla Almanya'daki yumurta bağışı yasağı çocuğun menfaatlerini dolaylı yoldan olumsuz yönde etkilemektedir.
2. Taşıyıcı Annelik Yasağı. Sonunda herkesin kabul ettiği gibi, etik ve hukukî yönlerden belki de en zor konu yasağın devam etmesinin mi yoksa buna belli koşullar altında izin verilmesinin mi savunulacağıdır. Yalnızca, yurt dışında taşıyıcı anneden doğduğu halde Almanya'da büyüyen çocuklar için düzenlemeye ihtiyaç olduğu konusunda fikir birliği vardır.
3. Elektif Tek Embriyo Transferi Yasağı. Elektif tek embriyo transferi sunî döllenmeden sonra en iyi gelişim yeteneğine sahip olan embriyonun tercih edilmesidir. Bu bir seçim sürecidir ve Almanya'da yasaktır. Ancak bu yöntem birçok başka ülkede serbesttir. Çünkü bu yasak gebelik şansını kayda değer bir ölçüde azaltmadan riskli ve sağlıklı tehlikeye atan çoklu gebelikleri engellemektedir.

IV. YASAMA İÇİN ÖLÇÜTLER

A. Tartışmanın Karmaşıklığı

Suni döllenme alanında yapılacak her düzenlemede dikkate alınması gereken birçok husus vardır. Bunlar insanlık onurunun muhafaza edilmesi, özgürlük ve otonominin garanti altına alınması, eşitliğin tesis edilmesi, risklere karşı koruma sağlanması ve önlem alınmasıdır. Meseleye yalnızca bu temel haklar açısından yaklaşılsaydı durum çok daha basit olurdu! Ancak suni döllenme hukukunda bundan başka birçok önemli tartışma konusu daha mevcuttur. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

- Feminist yaklaşımların değeri,
- Hukuk ve din ilişkisi,
- Evrensel adalet - Hintli taşıyıcı annelerin sömürülmesi,
- Özellikle ebeveynlik bağlamında homoseksüel yaşam tarzının kabul edilmesi.

B. Alman Hukukundaki Tartışmaların Anayasa Ekseninde Oluşu

Alman kanun koyucusu tüm bu bakış açılarını ve soruları Anayasa'dan hareketle çözüme kavuşturmaya çalışmaktadır. Her zaman Anayasa'nın maddi hükümlerinin tüm gereklerinin yerine getirilmesi, özellikle Anayasa'nın ilk üç maddesindeki temel hakların ve bunlar arasında yer alıp genel kişilik hakkının somut bir ifadesi olan üreme konusunda kendi kararını kendi verme hakkının gözetilmesi, bu hakkın kişilerin sahip olduğu diğer anayasal statülerle bağdaştırılması ve bu arada anayasa hukukundaki koruma yükümlülüklerinin karşılanması söz konusudur. Hangi anayasal statü vurgulanırsa vurgulansın, her zaman anayasa hukukundaki düzenleme yükümlülüklerinden hareketle düşünülmekte ve gerekçeler ortaya konulmaktadır: Kısacası suni döllenme hukuku anayasa hukukunun somutlaştırılması yoluyla ele alınmaktadır.

Suni döllenmeye ilişkin argümanları gerçekten de Anayasa'dan ve Anayasa'nın kendisinden bir yorum çıkarılmasına pek de elverişli olmayan ilk üç maddesinden türetmek yerine aslında sonunda bu argümanları biz Anayasa'ya yüklüyoruz. Bununla birlikte değerler tartışması her zaman anayasal normlar ve bunların yorumlanması konusundaki ihtilaflar olarak anayasa hukuku argümanlarıyla yürütülmektedir.

Genişletilmiş koruma yükümlülükleri dogmatığı Alman toplumunda zaten mevcut olan, yeni fırsatların elde edilmesi yerine risklerin önlenmesinden hareketle bir şeyler düşünülmesi gerektiği yönündeki temel tutumu güçlendirebilir.

Kaygan zemin¹ argümanının tipik bir Alman argümantasyon örneği olduğunu savunan görüşler de mevcuttur. Bu görüşlere göre bu argüman nasyonal sosyalist dönemdeki tarihi tecrübelerin travma yaratıcı etkisiyle açıklanabilir ve Alman kanun koyucusu bu tür kaygan zemin korkuları nedeniyle daha baştan kısıtlayıcı bir tutum sergilemektedir.

Konu ile ilgili tartışmaları bu denli Anayasa'ya endekslememek gerekir. Kanun koyucunun her şeyden önce - genellikle sabit olan - anayasal gerekleri uygulamaya aktarması zorunluluğu yalnızca Almanya'da mevcuttur. Fransa ve Büyük Britanya'da sunî döllenme konusunun Anayasa ve temel haklar bağlamında ele alınması usulüne neredeyse hiç rastlanmamaktadır. Büyük Britanya sunî döllenmenin düzenlemesi konusunda kendi özgürlükçü geleneğine, Fransa politik usullere, Almanya ise Anayasa'ya dayanmaktadır. Dolayısıyla temel hareket noktaları bir taraftan usulî diğer taraftan da maddî olmak üzere yapısal açıdan birbirinden farklıdır.

Çoğul ve fonksiyonel olarak farklılaşmış bir toplumdaki usulî mekanizmaların, etik açıdan tartışmalı soruların maddî olarak düzenlenmiş olduğunu kabul eden bir anayasa anlayışına göre daha etkili olduğunu gösteren birçok sebep mevcuttur. Bu nedenle kamuoyuna açık bir tartışma yapılması ve bu konudaki kararların Federal Anayasa Mahkemesine bırakılmaması gerektiğini düşünüyorum. Ancak kabul etmek gerekir ki, bu durum tartışmanın anayasa hukukunun etkisi altında kalmasının kaçınılmaz bir sonucudur.

C. Hukukî Statüler: Çocuğun Menfaatleri, Üreme Özgürlüğü, Koruma Talepleri

Tartışmanın merkezinde tutulması gereken statülere bir daha değinelim:

Çocuğun menfaatlerinin merkezi öneme sahip olması, üzerinde fikir birliği sağlanması gereken tek konu olmalıdır. Bu nedenle çocuğun menfaatlerine uygun olarak onu hukukî güvence altında çocuk sahibi olmak isteyen Alman ebeveynlere nisbet edecek olan - yabancı - taşıyıcı anneden doğan çocukların soybağına ilişkin düzenlemeler bulunmalıdır. Yabancı taşıyıcı anneliği Alman çiftler için daha cazip hale getirmelerine ve böylece - üçüncü dünya ülkelerindeki yabancı annelerin sömürülmesi gibi - problemleri bazı davranışları en azından dolaylı olarak teşvik etmelerine rağmen bu tür düzenlemelerin yapılması gerekir.

¹ Kaygan zemin (*slippery slope*) argümanı ile bir gelişmenin gelecekte olumsuz ve istenmeyen bir sonucu doğuracak olaylar zincirinin başlangıç noktası olabileceğini ve sürekli daha da kötüye giden, önü alınamayacak bir süreçle sonuçlanabileceğini varsayan bir argümantasyon türü kastedilmektedir (Çevirenler).

Diğer tüm hukuki statüler ve bunların değeri konuları tartışmalıdır. Bu durum her şeyden önce ebeveynlerin - ya da yalnız yaşayan kadınların - çocuk sahibi olma istekleri hakkında geçerlidir. Bazıları için burada temel bir hak, daha açık bir ifadeyle genel kişilik hakkının somut bir ifadesi olarak üreme hakkı söz konusudur. Diğerleri için ise bu kavram - *reproductive autonomy*, *Fortpflanzungsfreiheit*, üreme hakkı - tahrik edici bir sözden ve aynı zamanda suni dölleme nedeniyle çocuğun artık Tanrının bir hediyesi değil de kendini gerçekleştirmenin planlanabilen bir parçası olduğu düşüncesinden ibarettir.

Suni dölleme hakkının anayasal üreme hakkı düşüncesinden mi yoksa yaşamın korunması düşüncesinden mi türetilmesi gerektiği konusu tartışmalıdır. Alman Embriyo Koruma Kanunu yaşamın korunması düşüncesinden, daha açık bir ifadeyle başlangıçtan itibaren embriyonun yaşamının nisbeten katı bir şekilde korunması gerektiği düşüncesinden hareket etmektedir.

Yaşamın daha başından itibaren katı bir şekilde korunması gerektiği yönündeki tutumun temel sebebi döllemiş yumurtanın gelişerek bir insana dönüşmesi potansiyeline sahip olmasıdır. Karşı tutumu benimseyenler burada bir derecelendirme yaklaşımını savunmaktadırlar. Bu yaklaşıma göre doğum yoluyla yaşamın ve onurun tam anlamıyla korunması söz konusu olana kadar koruma hakları embriyonun gelişmesine paralel olarak yavaş yavaş ilerlemektedir.

Sözgelimi elektif tek embriyo transferine, yani çok sayıda embriyodan yalnızca en büyük gelişme kabiliyetine sahip olanın seçilmesine izin verilip verilmeyeceği bu konuda benimsenen tutuma göre değişir. Derecelendirme yaklaşımını esas alanlar, yani ilk dönemlerde embriyoya daha az koruma hakkı tanıyanlar çoğul gebeliklerde riskleri engellemek amacıyla bu usule izin verilmesi gerektiğini savunurlar. Böyle düşünenler daima bu yolla seçim rutinlerine sebebiyet verip vermedikleri sorunu ile uğraşmak zorunda kalırlar. Buna karşın bu süreci bir seçim süreci olarak damgalayanlar ve reddedenler ise mutlaka ikinin de üstünde kalan çoğul gebeliklerde çocuk için ağır ve ampirik olarak kanıtlanabilir risklerin mevcudiyeti sorunu ile ilgilenmek zorundadırlar. Bu nedenle bu konudaki soruların basit bir cevabı yoktur.

D. Muhafazakarlık / Revizyonların Önüne Geçilmesi

Dördüncü bir gözlem: Suni dölleme hukuku alanında yapılan yasal değişiklikler kural olarak her zaman bir liberalleşme ile sonuçlanmaktadır. Bunun sebebi bir yandan farklı yaşam ve cinsellik biçimlerinin giderek daha çok kabul görmesi, diğer yandan da çoğul gebelik konusunda olduğu gibi, risklerin azalmasını sağlayan tıbbi ilerlemedir. Gerçekten de elimizde ilk başta korkulan risklerin gerçekleşmediğini gösteren yeni birçok bilgi mevcuttur.

Bu durumu doğal olarak herkes bilmektedir. Bu nedenle katı düzenlemeleri savunanlar şu anda Almanya'da hiçbir şeyin lehine görüş belirtmemekte, tam tersine taktiksel olarak susmaktadırlar. Zira böyle düşünenlerin bakış açısına göre her tartışma yalnızca kanun koyucunun konuyla ilgilenmesi riskini artırmaktadır. Bu ihtimal gerçekleştiğinde ise kanuni düzenlemeler kaçınılmaz bir şekilde daha da liberalleşecektir.

Kamuoyu önündeki tartışmaların bu tür etkilerini dikkate almak gerekir. Zira bu tartışmalar az ya da çok herkesin Alman Embriyo Koruma Kanunu'nun liberalleşmesi taraftarı olduğu ve yalnızca kanun koyucunun bu konuyu bilinmeyen sebeplerle gündeme almadığı yönündeki izlenimini zayıflatabilir. Doğal olarak bu konuda karşıt görüş de mevcuttur. Bu görüşü savunan ve hukukî durumun değişmesini istemeyenler şu an görüşlerini ifade etmeye ihtiyaç duymazlar ve bu görüşlerin dile getirilmesinin taktik açıdan herhangi bir faydası da yoktur. İfade edilen hususlar asıl savunulan düşünceleri hatalı bir şekilde yansıtmaktadır.

V. SONUÇ

Taktiksel sebeplerle çekingen bir tutum sergilenmesi anlaşılabilir ise de muhafazakar ve işi ağırdan alan tutum mantıklı değildir. Zira çocuğun menfaatleri lehine inkar edilemeyen bir düzenleme ihtiyacı mevcuttur. Prensipte taşıyıcı anneliğe karşı olursa bile, bu duruma yabancı taşıyıcı anneliğin hukuken güvence altına alınması konusu da dahildir.

Alman hukukundaki mevcut düzenlemelerden hangilerinin çocuğun menfaatlerine hizmet ettiğini ortaya koymak faydalı olacaktır. Burada örnek olarak kişinin kökenini bilme hakkı zikredilebilir. Bu bağlamda kanaatimce Almanya'daki yumurta bağıışı yasağı dolaylı yoldan çocuğun menfaatlerine ters düşmektedir, zira bu durum yurtdışında anonim yumurta bağıışına yol açmaktadır.

Kanaatimce yasamaya yön veren genel bir ilke olan ihtiyat ilkesi esas alınmalıdır. Ancak bu ilke aynı zamanda şu anlama da gelmektedir: Belli bir tedavi yöntemi için korkulan riskler gerçekleşmediği zaman kanun koyucu bu durumu dikkate almalı ve ilgili düzenlemeyi revize etmelidir. Alman Federal Meclisinin 30 yıl önce, o zaman için iyi sayılabilecek sebeplerle, Alman Embriyo Koruma Kanunu'nu kabul ettiği sırada yaptığı düzenlemelerin bugün de en uygun çözüm olması ihtimali son derece düşüktür. Alman kanunları revizyona ihtiyaç duymaktadır.

KAYNAKÇA

- Arnold, Stefan, et al. (Edit.): Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 - Analyse und Kritik, Manz, Wien 2016.
- Beck-Gernsheim, Elisabeth: Ist das Embryonenschutzgesetz anachronistisch geworden? Sollen wir das Verbot von Leihmutterschaft aufheben?, in: DITZEN, Beate / WELLER, Marc-Philippe (Edit.), Regulierung der Leihmutterschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 2018, s. 47 vd.
- Ditzen, Beate / Weller, Marc-Philippe (Edit.): Regulierung der Leihmutterschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 2018.
- Duden, Konrad: Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht - Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Flatscher-Thöni, Magdalena / Voithofer, Caroline: Should Reproductive Medicine Be Harmonized Within Europe?, European Journal of Health Law 22 (2015), s. 61 vd.
- Hennette-Vauchez, Stéphanie: Human Embryos as Persons in EU Law, in: AZOULAI, Loïc / BARBOU des PLACES, Ségolène / PATAUT, Etienne (Edit.), Constructing the Person in EU Law: Rights, Roles, Identities, Hart Publishing, Bloomsbury, Oxford 2016, s. 259 vd.
- Jofer, Patricia: Regulierung der Reproduktionsmedizin, Nomos, Baden-Baden 2014.
- Lüttringhaus, Jan D.: In Deutschland verbotene reproduktionsmedizinische Auslandsbehandlungen und Versicherungsschutz durch private Krankenversicherungen, FamRZ 2017, s. 2005 vd.
- Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina / Union der deutschen Akademien der Wissenschaften: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland - für eine zeitgemäße Gesetzgebung, Halle / Mainz 2019.
- Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina: Ein Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, Halle 2017.
- Siehr, Angelika: Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 78 (2019), s. 393 vd.
- Sydow, Gernot: Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 78 (2019), s. 361 vd.
- Wade, Katharine: The Legal Regulation of Surrogacy in the UK: A Children's Rights Perspective, Child and Family Law Quarterly 29 (2017), s. 113 vd.

Avrupa Birliği'nde İdari İşbirliği Modeller ve Perspektifler^(*)

Administrative Cooperation in the European Union Models and Perspectives

Verwaltungskooperation in der Europäischen Union Modelle und Perspektiven

Yazar: Prof. Dr. **Gernot SYDOW**^(**)

Çeviri: Doç. Dr. **Tahir MURATOĞLU**^(***) / **Rojda SÖNMEZ**^(****)

Öz

Avrupa Birliği birliğe üye devletlerin ulusal idareleri ile Avrupa Birliği'nin kendi idaresi arasında yakın bir işbirliği oluşturmuştur. Bu işbirliği Avrupa Birliği'nin farklı faaliyet alanlarında çok farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Birliği mevzuatının icrası geleneksel olarak doğrudan (Avrupa Birliği'nin kendi idaresi, özellikle de Brüksel'deki Avrupa Komisyonu tarafından) ve dolaylı (üye devletlerin idareleri tarafından) icra şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Ancak bu ikili ayırım farklı icra şekillerini tam olarak kapsamamaktadır. Günümüzde Avrupa Birliği'ne üye devletlerden birinin aldığı idari kararların başka bir üye devlette oluşturduğu ulusötesi etki çok önemli bir anlam ifade etmektedir. Bu çalışmada icra ve işbirliği konularındaki çeşitliliği kapsayıcı farklı modeller önerilmekte ve işbirliğinin işlevi incelenmektedir.

Avrupa Birliği usul hukuku şimdiye kadar kapsamlı bir şekilde kodifiye edilmemiştir. Bu nedenle bu çalışmada Avrupa Birliği idare hukukunun kodifikasyonu perspektifleri konusuna da değinil-

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 09.03.2020. Birinci hakeme sevk tarihi: 09.03.2020. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 11.03.2020. İkinci hakeme sevk tarihi: 19.03.2020. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 20.03.2020.

Bu metin yazarın ilk kez 2004 yılında "Avrupa Birliği'nde İdari İşbirliği" isimli kitabında (Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, Mohr Siebeck, 2004) ortaya koyduğu düşüncelerden oluşmaktadır. Metnin tercüme esas alınan Almanca versiyonu ise yazarın 2019 yılında Roma Tre Üniversitesinde aynı konuya ilişkin olarak yaptığı sunumdan alınmıştır.

Bu çalışma Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi seçmeli Almanca-IV dersi kapsamında tercüme edilmiştir.

(**) WWU Münster Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı ve Uluslararası Kamu Hukuku Enstitüsü, Öğretim Üyesi,
E-mail: gernot.sydow@uni-muenster.de,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-8422-4567>.

(***) Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,
E-mail: tahirmuratoglu@yahoo.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-5958-5598>.

(****) Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 4. Sınıf Öğrencisi,
E-mail: itsroreign@gmail.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-7323-1083>.

mektedir. Avrupa Birliği'ne üye devletlerin idari yapıları arasında farklılık olduğu için, öncelikle Avrupa Birliği'nin idari yapısının gelişimi açısından hangi hususların (kararların hukuka uygunluğu, usul kurallarına uygunluk, verimlilik ve etkililik gibi) merkezi öneme sahip olması gerektiği konusunda mutabakata ihtiyaç vardır.

Anahtar Kelimeler

Avrupa Hukuku, Avrupa İdare Hukuku, İdari İşbirliği, İdari Usul, Karşılıklı Tanıma İlkesi, Ulusötesi Etkiler (Sınırları Aşan Etkiler).

Abstract

Administrative cooperation between national and European administrations within the European Union is a central feature of European administrative law. The forms of administrative cooperation differ from subject to subject.

Traditionally, lawyers would oppose centralized or direct community administration (by the EU administration, in particular by the European Commission in Brussels) to indirect administration (by the administrations of the member states). However, this dualism does not give a complete picture of the different forms of administration. Transnational effects of an administrative decision taken in one member state in other member states are of crucial importance today. The article proposes several models that can serve to describe the plurality of administrative decision making and cooperation within the European Union and outlines the functions of administrative cooperation.

The law of administrative procedure of the European Union has not been fully codified so far. The article therefore discusses perspectives of a codification of European administrative law. As the legal traditions of administrative law differ from member state to member state, a codification will require a decision on the basic features that will structure European administrative law (such as lawfulness, procedural appropriateness, efficiency, acceptance).

Keywords

European Law, European Administrative Law, Administrative Cooperation, Administrative Procedure, Principle of Mutual Recognition, Transnational Effects (Cross-Border Effects).

Zusammenfassung

Die Europäische Union hat eine enge Zusammenarbeit zwischen den nationalen Verwaltungen der Mitgliedstaaten und der Eigenverwaltung der EU entwickelt. Die Formen dieser europäischen Verwaltungskooperation sind in den einzelnen Politikfeldern der Europäischen Union sehr unterschiedlich.

Traditionell wird zwischen dem direkten Vollzug des Unionsrechts (durch die Eigenverwaltung der EU, vor allem durch die Europäische Kommission in Brüssel) und dem indirekten Vollzug des Unionsrechts (durch die Verwaltungen der Mitgliedstaaten) unterschieden. Diese Zweiteilung erfasst aber die verschiedenen Formen des Vollzugs nur sehr unvollständig. Zentrale Bedeutung haben heute transnationale Wirkungen von Verwaltungsentscheidungen eines Mitgliedstaates in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Der Beitrag entwirft verschiedene Modelle, die die Vielfalt von Vollzugs- und Kooperationsstrukturen erfassen können, und untersucht die Funktionen der Kooperation.

Das Verfahrensrecht der Europäischen Union ist bislang nicht umfassend kodifiziert. Der Beitrag thematisiert daher abschließend die Perspektiven einer Kodifikation des europäischen

Verwaltungsrechts. Da die Verwaltungsrechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich geprägt sind, bedarf es dafür zunächst einer Verständigung darüber, welche Kategorien für die Entwicklung der europäischen Verwaltungsrechtsordnung zentral sein sollen (beispielsweise Rechtmäßigkeit der Entscheidung, Verfahrensrichtigkeit, Effizienz, Akzeptanz).

Stichworte

Europarecht, Europäisches Verwaltungsrecht, Verwaltungskooperation, Verwaltungsverfahren, Prinzip der Gegenseitigen Anerkennung, Transnationale Wirkungen (Grenzüberschreitende Wirkungen).

I. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE İDARİ İŞBİRLİĞİNE YAKLAŞIM TARZI

A. Avrupa Birliği İdari Faaliyetlerinin Çeşitliliği ve Sektörel Farklılıkları

Avrupa Birliği idareleri arasındaki işbirliği konusunda işbirliği yapılan alana bağlı olarak önemli farklılıklar mevcuttur. Avrupa Birliği'nde idari görevlerin çeşitliliği sektörlere özgü düzenlemelerin varlığını gerekli kılmaktadır. Kural olarak her idari görev için somut olaya uygun olduğu düşünülen veya siyasi süreçlerden başarıyla geçebilen özgün düzenlemeler yapılmaktadır. Bu nedenle tali (ikincil) hukukun düzenlenme şekli önemli ölçüde sektörlere bağlıdır: Tali bir hukuki işlem genellikle bir konuyu düzenler. Dolayısıyla Avrupa idare hukuku sistematik olmayan ve son derece spesifik kurallardan oluşan yamalı bir boğaçtır “*unsystematic patchwork of highly specific rules*”. Sektörlere özgü parçalı yapıdaki bu düzenlemeler çoğu zaman idari başvuru yolları, idari kararların geri alınması veya sorumluluk konuları gibi yollarla genelleştirilebilen hükümler içerirler.

Birliğin belli bir konuya ilişkin olmayan düzenlemeleri ise çok azdır. Genel nitelikteki bu düzenlemelere kişisel verilerin korunmasına ilişkin Avrupa düzenlemeleri, Belgelere Erişime İlişkin Tüzük veya 2011 yılına ait Komitoloji Tüzüğü örnek gösterilebilir. Bu tür düzenlemeler istisna teşkil ederler ve usul ve yetkideki farklılıkların çok çeşitli olduğu gerçeğini değiştirmezler. Benzer konulara ilişkin düzenlemelerdeki farklılığın sebebini anlamak ise her zaman mümkün değildir. Sonuç olarak Avrupa Birliği idari işbirliği hukukundaki düzenlemeler çok çeşitli bir yapıya sahiptir.

B. İdari İşbirliği, Farklı İdari Yapılar ve Bunlar Arasındaki İlişki Ağları Konularına Yaklaşım Tarzı

Avrupa hukuku Avrupa Birliği'nin idari faaliyetlerindeki çeşitliliği sistematik bir şekilde ele alma görevini üstlenmektedir. Avrupa idare hukukunda idarelerin birlikte hareket etmeleri konusunda mevcut olan çeşitli usulleri kavramsal olarak tek bir başlık altında toplamak üzere işbirliği (*Kooperation*) kavramı tercih edilmiştir. İngilizce ve Latin kökenli dillerde de durum aynıdır.



Avrupa Birliği'nin idari yapısını açıklamak üzere sık sık “parçalı idari yapı” (*Mehrebenenverwaltung*) ve “ilişki ağı” (*Netzwerk*) ifadeleri de kullanılmaktadır. Her iki kavram da kısmen karşıt anlamlara sahiptir. İlişki ağı kavramının kullanılması hiyerarşik ilişkilerin aşıldığına işaret etmektedir. Parçalı idari yapı ifadesi ise farklı kademelere ayrılmış ve üst üste dizilmiş basamakların bulunduğu bir yapının düşünülmesine sebebiyet vermektedir ki, bu bir normlar hiyerarşisinin varlığı ve ulusal idareler ile Avrupa Birliği idaresinin birbirinden ayrıldığı anlamına gelmektedir. Bu ise doğru değildir, en azından eksiktir.

Almanca bir kavram olan “*Verwaltungsverbund*”¹ bu çağrışımları önleyebilecek niteliktedir. Ancak Alman dilindeki bu kavramı diğer dillere tercüme etmek çok zordur. İngilizcede “*composite administration*” ifadesi kullanılabilir. Fransızcada ise “*coadministration*” kavramı mevcuttur.

Bu kavramlardan bağımsız olarak kavramların hangi bilimsel işleve sahip olmaları gerektiği ile ilgili olarak şu soru karşımıza çıkmaktadır: Acaba doğrudan uygulama ve üye devletler yoluyla uygulamaya ek olarak üçüncü bir hukuki kategori mevcut mudur? Kanaatimce burada başka bir kavramın kullanılması daha isabetli olacaktır: İdari işbirliği (*Verwaltungskooperation*) veya idareler birliği (*Verwaltungsunion*) gibi kavramlarla kapsayıcı, genel ve Avrupa hukukunun tüm yürütme faaliyetlerini kapsayan bir düzen anlatılmak istenir. Amaç bir yandan adem-i merkezi yürütme ve üye devletlerin bağımsızlığı ilkelerini, diğer yandan da birlik mevzuatının verimli bir şekilde icrası ve hukuk uygulamalarında birliğin sağlanması ilkelerini bir üst kavram veya düzen fikri altında toplamak ve bunları birbiriyle uzlaştırmaktır.

II. AVRUPA HUKUKUNUN İDARİ YOLDAN İCRASI MODELLERİ

A. Doğrudan ve Dolaylı İcra Şeklindeki Klasik Ayrım

Avrupa Birliği hukuku kural olarak muhtelif konulardaki yasama ve yürütme yetkileri arasında bir paralellik oluşturmaz, yani her iki yetkinin aynı anda mevcut olması zorunluluğu yoktur. Asli (birincil) hukukun yetkiye ilişkin düzenlemeleri Avrupanın bütünleşmeye başladığı zamandan beri kural olarak adem-i merkezi bir yürütme anlayışının önceliğe sahip olmasını sağlamıştır. Avrupa Birliği hukukunun üye devletler aracılığıyla dolaylı yoldan icrası Avrupa Birliği'ni bir kural koyma topluluğu olarak kabul eden klasik anlayışa da uygundur. Avrupa Birliği hukuku merkezi olarak değil, kural olarak üye devlet-

¹ Kanaatimizce bu kavrama karşılık olarak kullanılacak en uygun Türkçe ifade “idareler birlikteliği” olacaktır. Bununla teşkilat anlamında bir birlik ve bütünlük söz konusu olmaksızın farklı idarelerin yakın bir ilişki ve işbirliği içinde olmaları kastedilmektedir (Çevirenler).

ler aracılığıyla icra edilir. Avrupa Birliği makamları aracılığıyla doğrudan icra istisnai bir durumdur.

Üye devletler aracılığıyla gerçekleşen dolaylı icra ile Birlik organları aracılığıyla gerçekleşen doğrudan icra arasındaki bu ayrım Birlik hukukunun iki temel icra şeklinin tanımlanmasını sağlar. Bununla birlikte bu klasik ikili ayrımın kategorik bir ayrım anlamında artık geçerli olmadığı ve eskidiği yönünde geniş bir mutabakat mevcuttur. Bu iki icra şekli Avrupa Birliği hukukunun icrasının yalnızca temel tiplerini oluşturur.

Bugün ulusal idareler ile Avrupa Birliği idarelerini yatay ve dikey olarak birbirleri ile bütünleştiren çok çeşitli usuller mevcuttur, bu usuller hem işbirliğinin hem de hiyerarşik ilişkinin özelliklerine sahiptir. Örnek olarak geçen yıllarda idari işbirliğinin çok sık karşılaşılan türlerini oluşturan dört tali hukuki işlem zikredilebilir: Rekabet Usulüne İlişkin Temel Tüzük, Temel Gıda Tüzüğü, Elektronik İletişime İlişkin Çerçeve Direktif ve Hizmet Direktifi. Yavaş yavaş gelişip ortaya çıkan idareler arası bu ilişkiler usul, kararlar ve - sınırlı olarak da - örgütlenme biçimleriyle ilgilidir.

İdareler birlikteliğindeki (*Verwaltungsverbund*) farklı ulusal idareler ile Avrupa Birliği idarelerinin bütünleşmesi ve usuli etkileşimi doğrudan ve dolaylı icra şeklindeki geleneksel ayrıma istinaden iki şekilde gerçekleşebilir: Ulusal makamların doğrudan icra süreç ve kararlarına katılımları yoluyla ya da Avrupa Komisyonunun veya başka üye devlet makamlarının dolaylı icra süreçlerine katılımları yoluyla.

B. Üye Devletlerin Diğerlerinden Soyutlanmış İcrası Olarak Dolaylı İcra (Herkes Kendisi İçin)

Dolaylı icra kapsamında üye devletlerdeki idari süreçler kural olarak birbirinden bağımsız olarak ve dolayısıyla duruma göre birbirine paralel bir şekilde icra edilir. Üye devletlerce alınan kararlar ilgili devletin egemenlik alanı ile sınırlı olarak hukuki sonuç doğurur. Başka bir ifadeyle, üye devletlerin her biri yalnızca kendisi için geçerli olacak şekilde kararlar alır. Bu nedenle üye devletlerin idari faaliyetlerinin uyum ve koordinasyonuna ihtiyaç duyulmaz.

Üye devletlerin diğer devletlerden soyutlanmış icrası üye devletlere ait idari yetkilerin korunmasını, vatandaşların ihtiyaçlarının dikkate alınmasını ve talilik ilkesinin uygulanmasını sağlar. Ancak farklı üye devletlerdeki paralel uygulamalar büyük bir idari külfete sebebiyet verir.

Birlik hukukunun tek tip uygulanması ihtimalini her şeyden önce bu icra tarzı tehlikeye atmaktadır. Avrupa Birliği Mahkemesi (*Europäische Gerichts-*

hof)² Birlik hukukunun “etkin bir şekilde icrasından” söz etmektedir. Gerçi üye devletler Birlik hukukunu icra ederlerken kurumsal olarak ve usul yönünden sınırsız bir otonomiye sahip değillerdir. Ancak Birlik hukukunu kural olarak kendi idari yapıları içinde ve kendi idari usullerine göre yürütürler. Üye devletlerdeki organizasyon biçimlerinin farklılığı, farklı usul kuralları, farklı idari teamüller ve idari personelin diğer özellikleri Avrupa Birliği tüzüklerinin (*Verordnung*) birbirinden oldukça farklı şekillerde icra edilmesi tehlikesini barındırmaktadır. Direktiflerin (*Richtlinie*) uygulanması aşamasında ise bunların ulusal hukuk haline getirilmesi uygulama farklılıklarının muhtemel bir sebebi olarak demin zikredilen hususlara eklenmektedir.

Avrupa Birliği'nin federal bütünleşme konsepti çerçevesinde üye devletler arasında icra farklılıklarının ortaya çıkması kaçınılmazdır ve bu farklılıkların belli ölçülerde tolere edilmesi gerekir. Ancak esasa ilişkin düzenlemeler arasındaki uyumun icra aşamasında bozulmaması için bu farklılıkların sınırlandırılması gerekir. Bu nedenle Avrupa Birliği Mahkemesi Birlik hukukunun etkin bir şekilde uygulanması gerekliliğinden hareketle özellikle üye devletlerin idari usullerine, ancak aynı zamanda idari yargıdaki hukuki korumanın garanti altına alınması gibi belli konulara ilişkin çok sayıda ölçüt geliştirmiştir.

Birlik hukuku üye devletlerin diğer devletlerden soyutlanmış icrası şeklindeki dolaylı icra ilkesini birçok kez değiştirmiştir. Bu değişiklikler diğer üye devlet makamlarının ya da - daha yaygın olarak - Avrupa Birliği makamlarının Birlik hukukunun icrasına ilişkin ulusal süreçlere katılımı sağlamak suretiyle gerçekleşmiştir. Bu şekilde birbirinden farklı idari usuller ortaya çıkmıştır.

C. Yatay Merkezileştirme: Üye Devletlerce Gerçekleştirilen Ulusötesi Etkiye Sahip İcra (Biri Hepsini İçin)

Avrupa Birliği hukukunun farklı tali hukuki işlemleri, icra yetkilerini tek bir üye devlete vermektedir, bu devletin kararları da Birlik genelinde, yani ulusötesi (*transnational*) alanda sonuç doğurmaktadır. Böylece icra yetkileri yatay bir şekilde merkezileşmekte, üye devletlerden “biri tümü için” karar vermektedir.

Avrupa Birliği hukukunun bu şekildeki icrası modeli ile üye devletlerin diğerlerinden soyutlanmış icrası usulü arasında şu açılardan çok temel farklılıklar mevcuttur: Yetkilendirmeler, usule ilişkin süreçler, idari kararların hukuki etkileri, hukuki koruma ve benzeri konular ile bunların sebebiyet verdiği hak talepleri. Karar alma yetkilerinin kendilerinde toplanmadığı üye devletler açısından, egemenlik yetkilerinin kaybedilmesi bakımından icra yetkilerinin Avrupa Birli-

² Bu ifade Türkçeye daha çok “Avrupa Birliği Adalet Divanı” şeklinde tercüme edilmektedir (Çevirenler).

đi idarelerine ya da başka bir üye devletin idaresine aktarılması arasında ilk bakışta herhangi bir fark yoktur. Her iki durumda da kendi ulusal makamlarınca tesis edilmeyen ve bu nedenle vatandaşların bunlara karşı ulusal mahkemeler önünde hukuki koruma imkanına sahip olmadıkları idari kararlar bu devletlerin kendi egemenlik alanlarında hukuki sonuçlar doğurur. Bu nedenle bu tür icra usullerini dolaylı, yani her bir üye devletin diğerlerinden ayrı olarak gerçekleştirdiği icra usulünün alt türü veya modifiye edilmiş hali olarak sistematize etmek isabetli değildir.

İdari yetkilerin yatay düzlemde bir arada toplanmasını mümkün kılan idari faaliyet türü Alman hukukundaki tartışmalarda ulusötesi idari işlem olarak adlandırılmaktadır. Bu kavram başka dillerde de mevcuttur, örneğin Fransızcada *acte administratif transnational* ifadesi kullanılmaktadır.

Ulusötesi idari işlemlerin Birlik genelinde geçerli olabilmesi için normatif bir temele ihtiyaç vardır. Birlik genelinde geçerlilik için gerekli olan bu normatif temel çoğunlukla diğer üye devletlerin hukuklarında yer alan ve bir direktif hükmüne istinaden ulusal hukuk düzenine alınmış olan ilgili idari işlemlerin tanınmasına ilişkin düzenlemelere dayanır. Bunun soyut ve peşin bir tanıma olduğu söylenebilir. Aynı şekilde doğrudan doğruya uygulama alanı bulan Avrupa Birliği tüzükleri de bir üye devlete ait kararların Birlik genelinde geçerliliğini öngörebilir.

Alman hukuku açısından ulusötesi idari işlem kendine özgü ve ilk kez Avrupa hukuku tarafından oluşturulan bir hukuk kurumudur. Almanya'da bu kavramı hukuki açıdan ele alan kapsamlı bir tartışma mevcuttur. Çok isabetli olmamakla birlikte bu kavram yıllar önce kullanılmaya başlanmıştır. Kavramda Alman hukukundaki idari işlem kavramına yer verilmiş olması, ulusötesi etkiye sahip yabancı idari kararların idari işlemlere ilişkin Alman hukuku düzenlemelerine tabi olduğu izlenimini verebilmektedir. Ancak durum böyle değildir.

Ulusötesi idari kararlar Almanya dışında bu kadar temel bir yenilik olarak algılanmamıştır. Bunlar mutad olarak Avrupa Birliği Mahkemesinin henüz 1970'li yıllarda temel özgürlüklerden türettiği karşılıklı tanıma ilkesinin tutarlı bir şekilde devam ettirilmesi olarak görülmüştür. Bunun temelinde şu düşünce yatmaktadır: Bir üye devlette orada yürürlükte bulunan hukuki düzenlemelere uygun bir şekilde üretilen her ürün kural olarak herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan diğer üye devletlere gönderilebiliyorsa, ulusal standartlar ülke sınırlarını aşan bir etkiye sahiptir. Bu uzun zamandan beri soyut ve genel kanuni düzenlemelere ilişkin yerleşik bir Avrupa hukuku yaklaşımı olduğu için, belirli idari kararların benzer bir etkisi alışılmadık bir şey olamaz. Bilakis idari kararların ulusötesi etkisi iç pazarın doğasında mevcut olan mantığa uygundur.

Bunun neden böyle olduğu ve ulusötesi idari işlemlerin Alman hukukunda özel bir işlem türü olarak görülmesinin sebebinin ne olduğu sorulabilir. Bunun sebebi Alman idare hukuku dogmatığının faaliyet türlerini esas almasıdır. Bunun da temelinde Alman hukuku için tipik olan soyutlama çalışmaları yatmaktadır: Çok çeşitli idari faaliyet türleri az sayıdaki, dogmatik olarak sınırları belirli faaliyet türlerine indirgenmektedir.

Bu soyutlama çalışmaları bir dizi hukuki sonucu doğrudan doğruya bir faaliyet türünün varlığına bağlamayı mümkün kılmaktadır: Burada faaliyet türlerini bir araya getirme veya toplama fonksiyonundan söz ediyoruz. Bu büyük bir kolaylık sağlamakta, sistematize edici ve rasyonelleştirici bir işlev görmektedir.

Alman idare hukuku için bu faaliyet türleri temel kategorilerdir ve bu nedenle sistemi belirleyici bir etkiye sahiptir: Bu açıdan bakıldığında usule ilişkin ilkeler nihai kararların şekli hukuka uygunluk şartları olarak ortaya çıkmaktadır. Alman idari yargılama hukukunun dava türleri de bu temel faaliyet türleri sistemine bağlıdır.

Sonuç olarak burada Avrupa'ya ait bir hukuk kurumunun belirli ve ulusal bir gelenekten hareketle merkezi bir hukuk kurumu olarak görülmesinin bir örneği mevcuttur, Alman bakış açısı bu şekildedir. Buna karşın başka hukuk düzenlerinin perspektiflerinden bakıldığında, Avrupa hukukunun bu hukuk kurumunun özel anlamı yoktur, Fransız ve Britanya hukuklarının bakış açısı bu şekildedir.

D. Yatay Merkezleşmenin Derecelendirilmesi

Diğer üye devletlerde herhangi bir tanıma kararı alınmasına ihtiyaç olmaksızın veya diğer devletlerin daha önce karar alma sürecine herhangi bir şekilde katılımı olmaksızın bir idari kararın tesisi ile birlikte bu kararın Birlik çapında kendiliğinden (*ipso iure*) hukuki sonuçlar doğurduğu hallerde bu icra modeli - ulusötesi etkiye sahip icra - en yalın şekliyle uygulama alanı bulmaktadır. Bu etkili olmakla birlikte kabul edilebilirliği destekleyici bir yol değildir.

Daha geniş kapsamlı veya daha karmaşık idari kararların tesis edilebilmesi için ulusötesi idari işlemlerdeki yetki sorunlarını azaltan bir usul düzenlemesine ihtiyaç vardır. Bu nedenle Avrupa tali hukuku kimi zaman bir idari işlemi tesis edecek olan makamın, ulusötesi etkilere sahip bir idari karar alma niyetini diğer üye devletlerin yetkili makamlarına haber vermek zorunda olduğunu öngörmektedir.

Diğer üye devlet makamlarına tanınan karar alma süreçlerine katılma yetkilerinin yoğunluğu yalnızca düşüncesini ifade etme yetkisinden veto konumuna

kadar farklı şekillerde derecelendirilebilir. Daha yoğun katılma hakları kararın meşruiyetini ve kabul edilebilirlik seviyesini artırır, ancak diğer taraftan etkin bir icrayı engelleyebilir.

Birlik hukuku karar alma yetkilerini yalnızca bir üye devlete tanıyan hukuki işlemlerin bir kısmında asli karar alma yetkilerindeki kaybı telafi etmek üzere diğer üye devletler lehine itiraz haklarına yer vermektedir. Diğer üye devletlerin katılma haklarının veto yetkisi olarak düzenlendiği hallerde, Avrupa hukuku kural olarak katılımcı ulusal makamlar arasındaki fikir ayrılıklarının nihai karara bağlandığı bir mekanizmaya yer vermektedir (*Divergenzbereinigungsverfahren*). Bu durum Salınım Direktifinin³ genetiği değiştirilmiş organizmaların salınım iznine ilişkin olarak ulusötesi idari işlemler yoluyla oluşturduğu düzenlemelerde görülebilir: Birlik çapında geçerli olan izin bir üye devlet tarafından ulusal bir idari süreçte verilmektedir. Ancak diğer üye devletler verilmesi planlanan salınım iznine karşı önceden itirazda bulunabilmektedirler. Bu durumda karar yetkisi Avrupa Komisyonuna geçmekte, yani itiraz karar yetkisinin başka bir üst makama geçmesi sonucunu doğurmaktadır. Böylece Avrupa Komisyonu ile ulusal idareler arasında belli konularda hiyerarşi ilişkisi oluşturulmaktadır.

E. Ara Sonuç: Avrupa İdari Usullerinin Karakteristik Özellikleri

Avrupa idareler birlikteliğindeki idari faaliyetler çok çeşitli olsa da belirleyici usullerin tarif edilmesi mümkündür. Zira başka makamların bir idari usule mutad şekillerde dahil olmaları yoluyla Birlik hukukunun icrası usulleri azımsanmayacak hallerde üç aşamalı bir yapı oluşturur:

Bir makamın sorumluluğunda ilk bilgilerin toplanması için gerekli sürecin başlatılmasından ve kararın hazırlanmasından oluşan ilk aşamayı bilgi alışverişi ve diğer ulusal makamlar ile Avrupa makamlarının esasa ilişkin eşgüdümünden oluşan ikinci bir aşama takip eder.

³ Kısaca Salınım Direktifi olarak anılan düzenlemenin Almanca, İngilizce ve Türkçe tam isimleri aşağıdaki gibidir (Çevirenler):

Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. März 2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/ EWG des Rates.

Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council of 12 March 2001 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms and repealing Council Directive 90/220/EEC.

Genetiği Değiştirilmiş Organizmaların Kasıtlı Olarak Çevreye Salınımına ve Konseyin 90/220/AET Sayılı Direktifinin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Avrupa Parlamentosunun 2001/18/AB Sayılı ve Konseyin 12 Mart 2001 Tarihli Direktifi.

Genellikle bu ikinci aşamanın sonunda idarenin kendi iç işleyişinde aldığı, Avrupa Komisyonunun devletlere hitaben tesis ettiği kararlar formatında ve sonraki idari süreçler açısından bağlayıcı olan bir karar ortaya çıkar.

Üçüncü ve sonuncu aşama dışarıya karşı sonuç doğuran bir idari kararın tesis edilmesi yoluyla sürecin sonlandırılmasına hizmet eder. Sürecin sonlandırılması genellikle bağlayıcı olan ve devletlere yönelik olarak tesis edilen Komisyon kararının uygulanması şeklinde gerçekleşir ve ilgili ulusal makama harekete geçme veya karar alma konularında herhangi bir takdir yetkisi bırakmaz.

III. İDARİ İŞBİRLİĞİNİN FONKSİYONLARI

Bütünleşme ve etkileşim yoluyla aynı zamanda dolaylı icra kapsamında da Birlik hukukunun etkinliği ve tek tip bir şekilde uygulanması sağlanır, Avrupa düzeyinde kamu refahı ile sınırötesi çıkarlar elde edilir ve doğrudan icra usulünde uzmanlık bilgisine yer verilir. Yetki ve sorumluluk sahibi olan ve nihai karar veren makamlarca gerçekleştirilen olay veya durum tespiti sürecine farklı idari derecelerdeki başka makamların bilgi ve değerlendirmeleri de katılır. Bu nedenle Avrupa idare hukuku önemli ölçüde bilgi yönetimi hukukudur. Mallar, hizmetler veya kişiler için iç sınırların kaldırılması örneğinde olduğu gibi, Avrupanın bütünleşmesi konusundaki ilerlemeler idari bilgi alışverişine ve idareler arası eşgüdümüne olan ihtiyacı önemli ölçüde artırmaktadır. Bilgi alışverişi ve ulusal makamların bilgi, karar ve kontrol ağlarına katılmaları genellikle ulusal karar alma yetkilerindeki kayıpları telafi eder. Sözelimi iç pazar bilgi sisteminin kurulması hizmet pazarlarının açılmasının bir ön şartıydı. Maddi hukuktaki uyum eksikliği de usul hukuku alanındaki çalışmalarla telafi edilebilir.

Yetki, organizasyon ve usul hukukuna ilişkin düzenlemelerin genellikle hem kendi aralarında hem de bilgi ve iletişim ilişkilerine, katılım haklarına ve hukuki korumaya ilişkin düzenlemelerle bağlantılı olmaları Birlik hukukuna ait icra sisteminin sistematik bir şekilde ele alınmasını güçleştirmektedir. Karar yetkilerinin Avrupa Birliği kurumlarına devri; usul hukuku açısından üye devlet makamlarının katılım hakları, organik açıdan ise ilgili üye devletlerin idarelerinde çalışan görevlilerin Avrupa Birliği kurumlarında istihdam edilmesi gibi karşı yöndeki düzenlemeler yoluyla yeniden yumuşatılabilir.

Finansal piyasa krizinde kurulmuş olan Avrupa finans denetimi sistemi yetki konusunda sözelimi “yukarıdan aşağıya doğru” (*top-down*) şeklindeki bir yaklaşımı, yani karar alma yetkilerinin Avrupa Birliği organlarına aktarılması usulünü, organik olarak “aşağıdan yukarıya doğru” (*bottom-up*) şeklindeki ilkeyle, yani Avrupa Birliği’nin denetim yapmakla görevli makamlarının yönlendirici karar alma yetkisine sahip kurullarının denetim yapmakla görevli ulusal

makamların yöneticilerinden oluşturulması usulüyle birleştirmektedir. Benzer bir şekilde Birlik hukukunun uygulanması için yasama yetkisinin Avrupa Komisyonuna verilmesi ve bununla birlikte üye devletlerin maruz kaldıkları yetki kaybı, teşkilat ve usul hukuku açısından komitoloji usulüyle dengelenmektedir.

IV. AVRUPA İDARE HUKUKUNUN KODİFİKASYONUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

A. Kodifikasyon Talebi

Avrupa Birliği hukukunun icrasına ilişkin mevcut hukuk kuralları heterojen bir yapıdadır ve kodifiye edilmemiştir. Bu nedenle geçen yıllarda Avrupa idari usul hukukunun kodifiye edilmesi imkanları ile bunun zorlukları ve faydaları yoğun bir şekilde tartışılmıştır.

Kodifikasyon tartışmaları Avrupa Birliği organları arasında politik bir tartışma seviyesine ulaşmıştır: Avrupa Parlamentosu 2013 yılında Komisyondan tekdüze bir Avrupa idari usul hukuku için bir tüzük önerisi hazırlamasını talep etmiştir. Avrupa Parlamentosunun 2011 yılına ait bu yöndeki ilk girişimi sonuçsuz kalmıştı. 2013 yılındaki girişim de bir Avrupa düzenlemesi ile sonuçlanmamıştır.

Şu an elimizde Avrupa İdare Hukuku Araştırma Ağının (ReNEUAL) somut bir tasarısı (*Model Rules*) bulunmaktadır. Bu, Avrupa idari usul hukukunun kodifikasyonu amacıyla kaleme alınmış bir öneridir. 2014 yılında yayımlanmış olan bu örnek tasarı “yenilikçi bir kodifikasyon” yaklaşımını benimsemektedir. Bir Avrupa idari usul hukuku sisteminin oluşturulmasına önemli katkı sağlamış olması bu projenin büyük bir kazanımıdır.

Hukuki düzenlemelerin açıklığı ve hukuk güvenliği amaçları yapısal açıdan kodifikasyon düşüncesi ile sıkı sıkıya bağlıdır. Kodifikasyon tutarlı bir hukuk oluşturmalı, hukuki dağınıklığı kaldırmalı veya bu dağınıklığı engellemeli ve bir sistem oluşturmalıdır. Böylece birbirini karşılıklı olarak destekleyen kodifikasyon amaçları ile bilimsel bir sistem oluşturma ödevleri arasında kayda değer bir mutabakat oluşur.

B. Kodifikasyonun Zorlukları: Ulusal Yaklaşım Tarzları

Her kodifikasyon düşüncesinde olduğu gibi, Avrupa idari usul hukuku açısından da hukuki gelişmenin kodifikasyon için yeterli bir seviyeye ve olgunluğa ulaşmış olup olmadığına bakılmalıdır. Avrupa hukukunun belirli alanlara yönelik mevcut düzenlemeleri yapılacak kodifikasyonun temelini ve ön çalışmasını oluşturmalıdır. Bu düzenlemelere Gümrük Yasası ile Avrupa iyi idare uygulamalarına ilişkin yasalar örnek gösterilebilir.

Mevcut düzenlemeler nedeniyle bir kodifikasyonun temelleri mevcut olsa bile, bu konuda şaşırtıcı bir şekilde üzerinde az durulan büyük bir zorluk mevcuttur. Her yapılandırma çalışması usul hukuku veya faaliyet türleri gibi belli bazı kategorileri esas almak zorundadır. Belli bir kategoriyi esas alan bir yapılandırma çalışması aynı zamanda başka bir kategoriyi de dikkate alamaz. Dolayısıyla yapılandırma farklı kategoriler arasında bir tercihte bulunmayı gerektirmektedir. Böylece belli bazı kategorilere önem verilirken diğer kategoriler göz ardı edilmektedir. Avrupa idare hukukunun kodifikasyonu bu tür kararların alınmasını gerektirmektedir.

Burada sorulması gereken tek soru yapılandırmanın nasıl yapılması gerektiğine ilişkindir. Acaba Avrupa idare hukuku faaliyet türlerinden hareketle mi yapılandırılmalıdır? Avrupa idare hukuku bilimi kendi içinde bir uzlaşıya sahip değildir. Avrupa idare hukukunu usul hukukundan hareketle ele alanlar olduğu gibi, faaliyet türleri açısından ya da yargısal denetim açısından ele alanlar da mevcuttur. Zira Avrupa idare hukukunun ele alınış şekli öteden beri çok güçlü bir şekilde üye devletlerin hukuk geleneğinin etkisi altındadır. Avrupa idare hukuku alanındaki önde gelen şu üç kitabın “içindekiler” kısmına bakılırsa, ulusal hukuka göre düşünüldüğü görülecektir: Almanya’dan *von Danwitz*, Büyük Britanya’dan *Craig*, Fransa’dan *Auby / Dutheil de la Rochère*.

Anılan kitapların “içindekiler” ve “kavramlar dizini” dışındaki kısımları da hangi hukuki materyalin sistem oluşumu için önemli ve hayati olması gerektiği konusunda farklı algılamaların mevcut olduğunu göstermektedir: Büyük Britanya’da yayımlanan kitabın başında dolu dolu yazılmış 46 sayfadan oluşan, Almanya’da yayımlanan - veya Fransa’da yayımlanan benzer bir - eserde bulunmayan, Avrupa Birliği Mahkemesinin önemli kararlarına yer veren bir “Table of Cases” (davalar tablosu) mevcuttur.

Anılan bu üç kitap da aynı konuya ilişkindir veya en azından aynı konuda yazılmış kitaplar olduklarını iddia ederler. Ancak bu kitapların sistematikleri arasında köklü farklılıklar mevcuttur. Her üç kitap da yazarların kendi ulusal idare hukuku düzenlerini ele alıp inceleme tarzlarıyla aynı şekilde yazılmıştır. *Von Danwitz*’in eserinde Avrupa İdare hukukunda faaliyet türleri konusuna uzun ve önemli bir bölüm ayrılmıştır. *Auby / Dutheil de la Rochère* isimli yazarların eserinde de benzer bir durum söz konusudur. Buna karşın *Paul Craig* isimli yazarın eseri çok daha farklıdır. Bu eserde faaliyet türleri hakkında hiçbir şey yoktur. Bunun yerine bölümler halinde ve tekrar tekrar hukuki koruma ve hukuki başvuru yolları konularına yer verilmiştir.

Bunun anlamı şudur: *Craig* tarafından kaleme alınan Britanya’nın Avrupa idare hukukuna ilişkin önde gelen ders kitabı Avrupa idare hukukunun hukuki

yapılarını baştan sona idari faaliyetlerin yargısal denetimi konusundan hareketle geliştirmektedir. Buna karşın Almanya'da yayımlanan benzer bir eser tam da Avrupa hukukundaki faaliyet türleri öğretisi doğrultusunda disipline edilen ve rasyonelleştirilen fonksiyonları konu edinmektedir. Britanya'da yayımlanan eser 888 sayfada Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Sözleşme'nin 288. maddesinde düzenlenen "karar"lardan hiçbir şekilde söz etmezken, Almanya'da yayımlanan eser bu faaliyet türüne Avrupa idare hukukunda bir idare hukuku sistemi oluşturulmasının başlangıç noktası olma potansiyelini yüklemektedir.

Bu durum anılan devletlerde ulusal idare hukukunun tasarlanış şekliyle tam olarak örtüşmektedir: Daha önce de ifade edildiği gibi, Alman hukukunda dogmatik bir özgünlük ve faaliyet türleri öğretisinin egemenliği söz konusudur. Alman idare hukukunun 19. yüzyılda neden bu şekilde geliştiği tarihsel olarak da açıklanabilir: Faaliyet türleri öğretisi demokratik meşruiyete sahip olmayan, ancak hukuk devleti ilkesine uygun olarak sınırlandırılması gereken idarenin disipline edilmesi amacına hizmet etmiştir.

Maddi hukuk düzenlemelerine oranla usuli düzenlemelerin verimliliğine daha fazla değer vermek için birçok sebep mevcuttur. Bunun nedeni bir taraftan toplumsal çoğulculuk ve maddi değer yargılarının kabul edilirliliğinin yok olması, diğer taraftan da risk altında veya belirsiz şartlar altında faaliyetlere bulunulmasıdır. Usuli düzenlemelerin sahip olduğu bu anlam ve önem usuli süreçlerin şekli olarak son bulduğu an olarak faaliyet türlerine tek taraflı bir şekilde odaklanmaya karşı uyarılmaktadır. Ancak Alman idare hukuku tarihsel olarak bu şekilde gelişmiştir.

Fransız hukukunda hem faaliyet türleri öğretisi hem de usul hukuku dogmatığı mevcuttur. Yani Fransız faaliyet türleri sistematiğinde bireysel idari işlemler (*actes administratifs individuels*) ile düzenleyici idari işlemlerin (*actes administratifs réglementaires*) tek taraflı idari işlemler (*actes administratifs unilatéraux*) başlığı altında bir araya getirilmesinin temelinde idari usule ilişkin kararlar bulunur: Zira bu tek taraflı idari işlemlerin yargısal denetimi aynı dava yoluyla, iptal davası (*recours pour excès de pouvoir*) yoluyla gerçekleşir. Tek taraflı idari işlemlerin iki türüne ilişkin birçok özel düzenleme bu ortak denetim türüne ait dava sebeplerinden hareketle ve birbirine paralel bir şekilde geliştirilmekte ve birçok soru da aynı şekilde cevaplandırılmaktadır. Bu nedenle Fransız idare hukukunda daha çok dava sebepleri sistemi şekillendirici bir etkiye sahiptir ve faaliyet türlerinin kategorize edilmesi yalnızca bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Tek taraflı idari işlemler aslında idarenin bir faaliyet türü olarak değil de iptal davası kapsamında yapılan yargısal denetime konu olan bir işlem olarak düşünülmüştür.

Britanya hukuku bir taraftan usuli bir yaklaşımı diğer taraftan da yargısal denetimi kabul etmektedir. Burada bir faaliyet türleri öğretisi mevcut değildir. Bu nedenle Britanya idare hukukunun Alman yaklaşım tarzından farklılığı daha belirgindir. Britanya hukukunda “idare hukuku” (*administrative law*) olarak adlandırılan şey Alman bakış açısına göre yalnızca idari konulardaki hukuki koruma ve yargısal denetim ölçütleri öğretisidir (*grounds of review*). Yargısal denetim açısından hukuki öneme sahip olan işlemler her zaman yalnızca bu tür bir denetime açık olan işlemlerdir (*reviewable acts*); bağımsız bir faaliyet türleri öğretisi mevcut değildir. İdari işlem (*administrative act*) veya idari tedbir (*administrative measure*) gibi kavramlarla karşılaşılsa bile, bunlar hukuki kurumlar için kullanılan kavramlar değil, teknik olmayan nitelendirmelerdir.

Avrupa idare hukuku konusunda herkesin az ya da çok kendi ulusal hukuk düzeninde alışık olduğu şekilde hareket etmesi, belli bir düşünsel eksiklik demese bile belli bir direncin varlığını göstermektedir.

Avrupa idare hukukunun bilimsel manada tam olarak anlaşılabilmesini sağlayan bu farklı ulusal yaklaşımlar Avrupa genel idare hukukunun muhtemel bir kodifikasyonu hakkındaki tartışmalara da yansımalıdır. Bunun için neyin önemli olduğu ve hangi konuların mutlaka düzenlenmesi gerektiği ulusal hukuk düzenlerinin etkisine bağlıdır. Avrupa Birliği Mahkemesinin farklı hukuk düzenleri hakkında değerlendirmeler yaparak bunları birbiriyle karşılaştırması ne en küçük ortak paydanın ne de herhangi bir ulusal hukuk düzeninin herhangi bir hukuk kurumunun esas alınması değil, bilakis değerlendirmelere yer veren, bu nedenle gerekçeli olması gereken ve Avrupa hukukunun daha da gelişmesine katkı sunan bir çözüm arayışıdır.

Avrupa idare hukuku bilimi mukayeseli hukuk alanındaki tüm gelişmelere rağmen ulusal perspektiflerin etkisi altında kaldığı müddetçe Avrupa idare hukukunun kodifikasyonu için zamanın uygun olup olmadığı konusuna kuşkuyla yaklaşılabilir. Buna mukabil Avrupa idare hukuku bilimi bir kodifikasyon sayesinde hatırı sayılır bir itici güç elde edebilecek, daha sonra bu güç de ortak bir referans noktası oluşturabilecek ve ulusal etkilerin önemini azaltabilecektir. Kodifikasyon ve bir sistem oluşturulması arasındaki ilişki gerçekte iki yönlüdür: Kodifikasyon bir yandan daha önce oluşturulan bilimsel bir sistemi esas alır, diğer yandan da sistem oluşumu üzerinde etkiler doğurur.

V. SONUÇ

Faaliyet türleri öğretisi Avrupa idare hukukunun temel dogmatik kategorisi mi olmalıdır? Ulusötesi idari işlemler gibi hukuk kurumlarının esas alınması durumunda Avrupa idari işbirliği hukuku daha iyi mi kodifiye edilebilecektir?

Bunlar en önemli sorulardır. Bu sorular için doğasından hareketle veya Avrupa asli hukuku yoluyla cevaplandırılmaz, bunlar açık uçlu sorulardır.

Avrupa idare hukuku ve Avrupa idari birimlerinin işbirliği için idari faaliyetlere ilişkin ideallerden hangilerinin belirleyici olması gerektiği konusu üzerinde tartışılmalıdır. Bu idealler maddi yönden hukuka uygunluk, usule uygunluk, kabul edilebilirlik ve etkililiktir. Ulusal alışkanlıklardan hareketle ulusal kategoriler, üzerinde hiç düşünülmeden Avrupa idare hukukunun tabii ve alternatif olmayan kategorileri olarak kabul edilirse, bu sorular görmezden gelinmiş ve soruların cevaplandırılmasına herhangi bir katkı sunulmamış olur.

KAYNAKÇA

- Auby, Jean-Bernard / Dutheil de la Rochère (Edit.): *Tratité de Droit Administratif Européen*, Bruylant, 2. Baskı, Bruxelles 2014.
- Augsberg, Steffen: *Verwaltungsverfahrenrecht der Europäischen Union - Der Kodifikationsentwurf des „Research Network on European Administrative Law“ in rechtsvergleichender Perspektive*, *Die Verwaltung* 50 (2017), s. 1 vd.
- Craig, Paul: *EU Administrative Law*, Oxford, 3. Baskı, 2018.
- Danwitz, Thomas von: *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin / Heidelberg 2008.
- Ellerbrok, Thorben: *Der ReNEUAL-Musterentwurf für ein Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht in der Diskussion*, *Die Verwaltung* 49 (2016), s. 105 vd.
- Frenz, Walter: *Vollzugsföderalismus für Unionsrecht - Fortentwicklung durch die OMT- und EU-Haftbefehl-Judikatur*, *DVBl.* 2016, s. 1485 vd.
- Glaser, Andreas: *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Hwang, Shu-Perng: *Der Europäische Verwaltungsverbund im Spannungsfeld zwischen nationaler Identität und europäischer Integration*, *DÖV* 2014, s. 681 vd.
- Kahl, Wolfgang: *Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen - Typen - Phänomene*, *Der Staat* 50 (2011), s. 353 vd.
- Kaufhold, Ann-Katrin: *Einheit in Vielfalt durch umgekehrten Vollzug? Zur Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts durch europäische Institutionen*, *JöR* 66 (2018), s. 85 vd.
- Kröger, Malte: *Unabhängigkeitsregime im europäischen Verwaltungsverbund*, Nomos, Baden-Baden 2020.
- Ohler, Christoph: *Modelle des Verwaltungsverbunds in der Finanzmarktaufsicht*, *Die Verwaltung* 49 (2016), s. 309 vd.
- Peuker, Enrico: *Die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften durch Unionsorgane - ein Konstruktionsfehler der europäischen Bankenaufsicht*, *JZ* 2014, s. 764 vd.
- Ruffert, Matthias: *Rechtsprechungsanalyse - Verwaltungsrecht im europäischen Verwaltungsverbund*, *Die Verwaltung* 48 (2015), s. 547 vd.
- Sydow, Gernot: *Europäische exekutive Rechtsetzung zwischen Kommission, Komiteologieausschüssen, Parlament und Rat*, *JZ* 2012, s. 157 vd.
- Sydow, Gernot: *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.