

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XVII SAYI: 3 – 4 ARALIK 2013

KAMU HUKUKU ♦AKTAŞ, Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının Din ve İnanç Hürriyeti Açısından Demokratik Bazı Ülkelerin Anayasalarıyla Karşılaştırılması ♦GEDİK, Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Siyasal Rejim Üzerindeki Yansımaları ♦İPEK, 11. Cumhurbaşkanının Görev Süresinin Belirlenmesinde Kural Koyucu İradenin Rolü ♦ŞEKER, OPA 90’da Düzenlenen Hukuki Sorumluluk Sistemi, Zararlar ve Zararların Tazmini ♦YILDIZ, Vergi İnceleme İşleminin Bir İdari İşlem Olarak Unsurları Yönünden Hukuki Analizi ♦BAGHERİ, İran ve Deniz Hukuku: Güncel Tartışmalar

ÖZEL HUKUK ♦ARAT, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu m.58’e Göre Manevî Tazminatın Belirlenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II’nin Kaldırılmasının Etkisi ♦ÖZER, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre Çalışanların Yükümlülükleri ♦ACUN MEKENGİÇ, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensiplerinin Uygulanması.

ERZİNCAN – 2013

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XVII SAYI: 3-4 YIL: 2013

**ARALIK – 2013
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Arş. Gör. Ahmet NAR

<u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAİL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	--

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yılıda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş
hakemli bir dergidir.

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.**

Basım Yeri: ERMAT OFSET Vali R. Yazıcıoğlu Cd. No: 57 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Aralık - 2014

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY
Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Doç. Dr. Şafak NARBAY
Arş. Gör. Ahmet NAR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. Şafak NARBAY, Doç.Dr. İbrahim ÖZBAY, Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Yrd.Doç.Dr. Alpaslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Ömer GEDİK, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. Hatice Duygu ÖZER, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş.Gör. Gözde BEYAZİT, Arş.Gör. Emrah BİLEZİKÇİ, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN CANER, Arş.Gör. Serhat CEYLAN, Arş.Gör. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör. Özlem ÇELİK, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ, Arş. Gör. M. Serhat KAŞIKARA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş. Gör. Sevdâ KESKİN, Arş.Gör. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör. Sami KOCABIYIK, Arş.Gör. Yavuz KORUCU, Arş.Gör. İsmail KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Tuba SEVİNDİK, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş.Gör. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş. Gör. Rabiye YAMAN.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Hasan Emir AKTAŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının Din ve İnanç Hürriyeti Açısından Demokratik Bazı Ülkelerin Anayasalarıyla Karşılaştırılması 1-25

Yrd. Doç. Dr. Ömer GEDİK

Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Seçimlerinin Siyasal Rejim Üzerindeki Yansımaları 27-72

Yrd. Doç. Dr. Aydın İPEK

11. Cumhurbaşkanının Görev Süresinin Belirlenmesinde Kural Koyucu İradenin Rolü 73-100

Araş. Gör. Mehmet ŞEKER

OPA 90’da Düzenlenen Hukuki Sorumluluk Sistemi, Zararlar ve Zararların Tazmini 101-127

Araş. Gör. Hayrettin YILDIZ

Vergi İnceleme İşleminin Bir İdari İşlem Olarak Unsurları Yönünden Hukuki Analizi 129-154

Saeed BAGHERI

İran ve Deniz Hukuku: Güncel Tartışmalar 155-182

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARAT

6098 Sayılı Borçlar Kanunu m.58’e Göre Manevî Tazminatın Belirlenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II’nin Kaldırılmasının Etkisi 185-206

Yrd. Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Çalışanların
Yükümlülükleri 207–236

Arş. Gör. Merve ACUN MEKENGECİ

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensiplerinin Uygulanması 237–283

CONTENTS

PUBLIC LAW

Asst. Prof. Dr. Hasan Emir AKTAŞ

Comparison of Turkish Constitutions to Those of Some Democratic Countries
With Regard to Freedoms of Religion And Belief 1–25

Asst. Prof. Dr. Ömer GEDİK

Reflections on the Political Regime of Presidential Elections in
Turkey 27–72

Asst. Prof. Dr. Aydın İPEK

The Role of the Legislative Will in determining the length of the 11th
President's Term 73–100

Research Asst. Mehmet ŞEKER

Civil Liability, Damages and Compensation for Damages in Accordance With
OPA 90 101–127

Research Asst. Hayrettin YILDIZ

The Judicial Analysis of Elements of the Tax Audit Process as an
Administrative Act 129–154

Saeed BAGHERI

Iran and the Law of the Sea: Current Debates 155–182

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Dr. Ayşe ARAT

The Effect of Removal of Turkish Code of Obligations No. 818, Article 49/II
on Determining Non-Pecuniary Damages According to Turkish Code of
Obligations No. 6098 Article 58 185–
206

Asst. Prof. Dr. Hatice Duygu ÖZER

The Obligations of Workers in regard to the Code of Occupational Health and Safety Numbered 6331 207-236

Research Asst. Merve ACUN MEKENGEC

The Implimentation of the Principle of Renvoi within the Scope of the Code of International Private and Civil Procedure Law Numbered 5718 237-283

Kamu Hukuku

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASALARININ DİN VE İNANÇ HÜRRİYETİ AÇISINDAN DEMOKRATİK BAZI ÜLKELERİN ANAYASALARIYLA KARŞILAŞTIRILMASI

*Yrd. Doç. Dr. Hasan Emir AKTAŞ**

Özet

Din ve inanç hürriyetinin anayasal düzeyde teminat altına alınması, fert ve toplum hayatının ruhi selameti ve sosyal barışı açısından fevkalade ehemmiyetlidir. Çağdaş demokratik toplumlar, din ve inanç hürriyetini vicdan, ifade ve düşünce hürriyeti gibi temel hürriyetler çerçevesinde değerlendirmektedir.

Bu çalışmada Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ile demokratik hak ve hürriyetlere siyasi ve hukuki sistemlerinde önemli yer veren bazı ülkelerin anayasaları din ve inanç hürriyetleri bakımından karşılaştırılmıştır. Yapılan tespitlerde Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının devletin gerek din ve inançlar ve gerekse farklı inanç grupları karşısındaki tavrı bakımından, demokratik sistemlerin gerektirdiği çoğulcu, hürriyetçi, fert ve sivil toplum merkezli, önyargısız, eşitlikçi ve tarafsız bir hukuki altyapıdan uzak olduğu sonucu ortaya çıkmıştır.

Anahtar Kelimeler: Din hürriyeti, inanç hürriyeti, anayasal haklar, demokratik anayasa, Türkiye’de laiklik.

COMPARISON OF TURKISH CONSTITUTIONS TO THOSE OF SOME DEMOCRATIC COUNTRIES WITH REGARD TO FREEDOMS OF RELIGION AND BELIEF

Abstract

Constitutional guarantee for freedom of religion and belief is quite important for psychological health and social peace of individual and society. Contemporary democratic societies consider freedom of religion and belief

* Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

among basic rights and freedoms like freedom of conscience, freedom of expression, freedom of thought etc.

This paper compares constitutions of Turkish Republic with regard to freedom of religion and belief to those of the countries which give a considerable place for democratic rights and freedoms in their legal and political systems. It has been found out that constitutions of Turkish Republic remarkably lack the pluralist, libertarian, individual and civil society oriented, unbiased, egalitarian and impartial democratic legal standards with regard to attitude of the state towards both religions and faiths and religious and ideological groups.

Key Words: Freedom of religion, freedom of conscience, constitutional rights, democratic constitutions, secularism in Turkey.

GİRİŞ

DİN VE İNANÇ HÜRRİYETİ

İnsan varlığının maddi ve manevi iki boyuttan oluştuğu ve insanı diğer canlılardan farklı kılan ve ona insan olma hususiyetini kazandıran asıl yönünün ise manevi, ruhi ve zihni cihetinin olduğu bir gerçektir. İnsan işte bu fiziki olmayan yönüyle düşünmekte, kendini yaşadığı kâinat içerisinde konumlandırmakta ve çevresindeki varlık âlemini anlamlandırmaya çalışmaktadır.

Tarih boyunca insanlar çok değişik yollarla kendilerine din ve inanç sistemleri benimsemişler ve hayatlarını bununla açıklamaya, dünyalarını bununla anlamlandırmaya çalışmışlardır. İnanç sistemlerinin hangi yollarla ve süreçlerle oluştuğu meselesi felsefenin, psikolojinin, sosyolojinin veya antropolojinin konusu olup, bu çalışmanın alanı olan anayasa hukuku açısından asıl önemli olan, değişik inanç sistemlerini benimseyen fert ve topluluklar ile onları yöneten kamu otoriteleri arasındaki ilişkilerdir. Kamu otoriteleri yönetimleri altındaki farklı toplulukların dini ve vicdani eğilimlerine, tercihlerine ve bu tercihlerin sonucu olan pratik ve uygulamalara nasıl muamele etmiş, ne ölçüde serbesti, ne ölçüde kısıtlama getirmiştir?

Eski devletlerin yönetimleri altında yaşayan toplumların inanç ve ibadet hürriyetine yönelik tavırları konusunda dönemden döneme, ülkeden ülkeye ve hatta yöneticiden yöneticiye farklılıklar olduğu görülmektedir. Bazı devletlerde birden çok inanç grubunun nisbi bir hürriyet içerisinde yaşadığı görülürken, diğer bazılarında yönetici kadronun mensup olduğu inanç sisteminin hâkim bir konum kazandığı ve hatta diğer inanç gruplarını ezmeye ve asimile etmeye çalıştığı görülmektedir.

Türkiye'deki anayasal hak ve hürriyetlerin ve bu bağlamda inanç ve din hürriyetinin geçirdiği gelişim süreçleri açısından başlıca iki tarihi çizgi önem taşımaktadır: Birisi Kadim Yunan – Roma - Hristiyanlık ve Modern Avrupa hattını izleyen Batı geleneği, diğeri de İslam öncesi Türk devresi ile birlikte, İslam medeniyet ve hukukunun farklı dönem ve devletlerdeki uygulamalarıdır.

Eski Yunan'da şehir devleti biçimindeki siyasi yapıda vatandaşların inanç hürriyetine müsaade edilmemiş ve siyasi sistem insanların düşünce ve inançlarına hükmetmeye çalışmıştır.¹ Roma dönemindeki duruma gelince, Hristiyanlık yeni ortaya çıktığı dönemlerde putperest Roma dini ve iktidarıyla kaçınılmaz olarak çatışmaya girmiştir. İmparatoru tanrılaştıran paganist Roma imparatorluğunda Hristiyanlar, büyük kitlesel kısımlara uğramıştır. Fakat 313'te İmparator Constantinus'un Hristiyanlığı benimsemesiyle durum tersine dönmüştür. Bu sefer kilise Tanrı'nın dünyevi aracı olarak her şeyin üzerine konulmuş ve kilise dışı olan her şey din dışı olarak görülmüş, takibata ve baskıya uğramıştır.²

Batıda laikliğin ortaya çıkışı sanıldığı gibi, Hristiyanlıkta dini ve dünyevi alanların ayrı olmasıyla değil, Kilise ile dünyevi-siyasi otoriteler arasındaki mücadelenin ikinci taraf lehine sonuçlanmış olmasıyla ilgilidir. Ortaçağ boyunca Batı'da iktidarların Tanrı'dan kaynaklandığı düşüncesi, diğer yandan da Kilise otoritelerinin Hristiyan devletler üzerinde en yüksek otorite oldukları iddiası, bu dönemde demokrasinin ve seküler devlet yapısının ortaya çıkmasını engellemiştir. İşte on altı, on yedi ve on sekizinci yüzyıllarda önce Kilise dünyevi otoriteyle olan mücadelesini kaybetmiş, daha sonraki bir aşamada da sosyal sözleşme fikri ile iktidarın kaynağı siyasi topluma bağlanınca dini otorite ve referanslara dayanmayan seküler ve rasyonel devlet yapısı ortaya çıkmıştır. İslam âlemi laikliğin tesis edilmesi noktasında Batı ile aynı süreci yaşamamıştır. İslam âleminde Batı'da olduğu gibi iktidara ortak olmak isteyen dini bir kurum olmadığı için, İslam ülkelerinin laiklik noktasındaki meselesi daha sonra modernleşme döneminde başlamıştır.³

İslam'ın etkisini sürdürdüğü çağlarda İslam dünyası sosyal kompozisyonu ve sosyolojik yapısı ile çoğulculuğa sahipti. Müslümanlar kendi içlerinde ibadet ve hatta inançla ilgili önemli sayılabilecek farklılıklara hoşgörüyle bakabiliyorlardı; diğer tek tanrılı dinlere toplumda belli bir yer vermeyi ka-

1 GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 6.

2 ANAR, Erol, *İnsan Hakları Tarihi, Çiviyazıları*, İstanbul, 1991, s. 34.

3 ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi*, Ankara, 2012, s.272-273.

bul ediyorlardı. İki toplum (Müslüman ve gayrimüslim) bu günkü anlamda eşit değildi belki ama, o günkü toplum ve kültür anlayışında zaten hiçbir yerde böyle bir eşitlik tabii karşılanmıyordu. İslam toplumu gerçekten içerisinde bulunan unsurlara hoşgörü sağlamaktaydı ki Hristiyan dünyasında son yüzyıllara kadar bu hoşgörüye karşılık gelebilecek bir anlayış ve uygulama olmamıştır. Bu itibarla, Hristiyanlıkla karşılaştırıldığında insan hakları bakımından İslam tarihinin çok daha olumlu tecrübelerle sahip olduğu söylenebilir.⁴

İslam hukuku ve bu hukukun hâkim olduğu çağlardaki uygulamaların belirgin bir vasfı gayrimüslimlere sosyal ve adli işlerinde muhtariyet tanımasıdır. Hz. Muhammed ve selefleri gayrimüslim topluluklara sadece şahsi statüleri açısından değil, medeni, cezai, sosyal ve hayatın diğer bütün alanlarında adil bir özerklik temin etmişlerdir. Raşit Halifeler döneminde İslam devletinin Hristiyan din adamlarına geniş sosyal, siyasi ve adli yetkiler verdikleri Hristiyan araştırmacıların şahitliğinden de anlaşılmaktadır. İslam toplumlarında gayrimüslimler himaye edilen topluluklar (zimmi) oluşturmuşlardır ki bu azınlık unsurların kanuni haklarını korumak devletin görevi olarak değerlendirilmiştir. İslam devletlerindeki uygulamada bütün dini unsurların müstakil bir sosyal yapı olarak varlığını sürdürmesi, aralarındaki kültürel farklılığın korunması ve her bir dini grubun kendi kültürünü yaşatması istenmiştir. İslam'daki vatandaşlık anlayışının ne etnik kökene, ne doğum yerine değil inanç ve hayat tarzı farklılığına dayanması bu ayrılığı, ayrımcılığa dayalı bir ayrışma olmaktan çıkararak medeni bir zemine oturtmuştur.⁵

Osmanlı Devletinde insan hak ve hürriyetlerinin bulunmadığı iddia edilemez. Aksine birçok etnik, dini ve kültürel unsurdan oluşan bir devletin altı yüz yıl yaşamasının sırrını yaygın şekilde uygulanan temel insan hak ve hürriyetlerinde aramak gerekir.⁶

Modern Türk devleti kendine ait hak, hürriyet ve demokrasi çerçevesini, katı bir laiklik anlayışı ve ideolojik bazı klişelerle teşkil ederken, hem Batı geleneğini ve hem de İslam hukukunu büyük ölçüde manipüle ederek, devlet ve toplum için yeni bir dünya görüşü yapılandırmaya çalışmıştır. Bu anlayışa göre, İslam hukuku, toplumun bütün alanlarını kuşatma iddiasındadır. Kendi

4 LEWIS, Bernard, *Çatışan Kültürler*, Çev. Nurettin Elhüseyni, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1996, s. 77.

5 HAMİDULLAH, Muhammed, *İslam Anayasa Hukuku*, (Ed.) AKYÜZ, Vecdi, Beyan Yayınları, İstanbul, 2005, s. 221-223.

6 DOĞAN, İsmail, *Modern Toplumda Vatandaşlık Demokrasi ve İnsan Hakları*, 2. Baskı, Pegem Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 237.

“katı kurallarını” toplumda yaşayan her inançta insana empoze etme amacındadır. İnsanları kendisinin öngördüğü şekilde inanma ve yaşama konusunda baskıya maruz bırakmaktadır. Bu sebeple bir taraftan din, toplumu ele geçirmemesi için sıkı bir kontrol altında tutulmalı, diğer taraftan dinin bütün etkilerinin sosyal ve siyasi hayattan tamamen arındırılması için katı bir laiklik anlayışı uygulanmalıdır.

Türk hukuk literatüründe genellikle laikliğin gerçekleşebilmesi için şu şartların gerekli olduğu ifade edilmektedir: 1. Resmi bir devlet dininin olmaması; 2. Devletin bütün dinlerin mensuplarına eşit davranması; 3. Din kurumlarıyla devlet kurumlarının ayrılmış olması; 4. Devlet yönetiminin din kurallarından etkilenmemesi.⁷ Bütün bu şartlara baktığımız zaman, devletin din kurumlarını ve kişilerin dini hayatını baskı altına almaması, onların din ve inanç hürriyetlerini ihlal etmemesi, diğer bir ifadeyle dinin devletin etkisinden ve baskısından korunması için herhangi bir kriterin yer almadığını görüyoruz. Bütün kriterler daha çok devletin, dinin bütün etkilerinden arındırılması düşüncesine dayanmaktadır. Bu yaklaşımda, kamu otoritesi karşısında toplumun ve fertlerin hürriyetlerini korumayı amaç edinen anayasacılık anlayışının aksine, devleti “potansiyel bir tehlike” olarak görülen dini oluşumlardan koruma, bu tür oluşumları devletin mutlak kontrolü altına sokma eğilimi gözlenmektedir.

Hâlbuki laiklik fertleri değil, devleti sınırlandırması gereken bir ilkedir. Yani laiklik vatandaşların nasıl inanacaklarını veya düşüneceklerini değil, devletin ne şekilde örgütleneceğini göstermektedir. Bundan da şu sonuçlar çıkmaktadır: devlet belli bir dini veya ideolojiyi tercih ve tesis edemez. İkinci olarak da devlet dinin kurumsal özerkliğini tanıyarak, dine müdahale etmemelidir ve din ve vicdan özgürlüğünü hem bir dine inanma hem de inanmamayı güvence altına alarak temin etmelidir.⁸

DİN VE İNANÇ HÜRRİYETİ KONULARINDA TÜRKİYE VE DEMOKRATİK BAZI ÜLKELERİN ANAYASALARININ YAKLAŞIMI

1. Devletin Farklı Dinler, İdeolojiler ve Dünya Görüşleri Karşısındaki Konumu

Çoğulcu ve hürriyetçi demokrasi devletin, toplumu oluşturan farklı inanç kesimleri karşısında eşit bir tavır almasını ve ülkede yaşayan bütün inanç

⁷ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 55-57.

⁸ ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012, s.274.

gruplarının kendi dini ve kültürel kimliklerini gerçekleştirmesi için gerekli imkânları sağlamasını gerektirmektedir.

Diğer taraftan liberal demokrasi çerçevesindeki bir sekülerizm, devletin bütün inanç ve ideoloji sistemleri ve dünya görüşleri karşısında tarafsız olmasını gerektirmektedir.

Devletin farklı inanç ve ideolojiler karşısındaki konumu bakımından Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının durumu şu şekildedir:

1924 Anayasası'nın ilk şeklinde şu hüküm yer alıyordu: "Türkiye devletin dini, Din-i İslam'dır."⁹ 1928'de bu hüküm kaldırılmış, 1937'de yapılan değişiklikle de 2. madde şu şekli almıştır: "Türkiye Devleti cumhuriyetçi, milliyetçi, halkçı, devletçi, laik ve inkılapçıdır..."

Belirtmek gerekir ki devletin belli bir resmi dininin bulunması, nasıl toplumunu oluşturan farklı inanç grupları açısından bir eşitsizlik doğuruyorsa, devletin milliyetçilik, laiklik gibi ideolojik politikaları anayasal düzeyde benimsemesi de bu politikaları benimsemeyen vatandaş grupları açısından kısıtlayıcı, dışlayıcı ve ayrıştırıcıdır.

1961 Anayasası'nın 2. maddesi de Türkiye Cumhuriyeti'nin temel niteliklerini belirlerken yine devletin "laik" olduğunu belirtmiş, "milliyetçi" yerine "milli" demekle birlikte, başlangıçtaki hükümlere atıf yaparak, ideolojik çerçeveyi tamamlamıştır. Zaten başlangıç bölümünde "Atatürk devrimlerine bağlılık"tan bahsedilmesi, devletin kuruluş sürecindeki bütün ideolojik altyapısını anayasa için temel bir referans kaynağı haline getirmiştir. Hâlbuki demokratik bir devlette hiç kimsenin ideolojik öncelikleri vazgeçilmez ve dokunulmaz olmamalıdır. Bir kesimin ideolojik önceliklerinin bütün bir siyasi ve hukuki sistem için esas haline getirilmesi ve sistemin yapısı için belirleyici olması, bu ideolojik öncelikleri benimsemeyen toplum kesimleri açısından sistemi insan hak ve hürriyetlerine bağlı ve demokratik olmaktan çıkaracaktır.

1961 Anayasasının 19. maddesinde şu hükümler yer almaktadır:

"Kimse, Devletin sosyal, iktisadi, siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa din kurallarına dayandırma veya siyasi veya şahsi çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla, her ne surette olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtanlar kanuna göre cezalandırılır. Dernekler yetkili mahkemece veya siyasi partiler Anayasa Mahkemesi'nce temelli kapatılır."¹⁰

⁹ ARMAĞAN, Servet, 1982 Türkiye Anayasası, 2. Baskı, Çağrı Yayınları, 2007, İstanbul, s. 348.

¹⁰ ARMAĞAN, Servet, s. 370-371.

Bu hükmün birinci paragrafı 1982 Anayasasının 25. maddesinde de hemen hemen aynen yer almıştır.

Bu hükme Anayasada yer verilmesi, Anayasayı hazırlayan iradenin dine ve dindar insanlara bakış açısını yansıtması açısından önem taşımaktadır. Birincisi İslam dininde ve onu bir dünya görüşü olarak benimseyen ve hayatlarında uygulamamaya çalışan insanlarda, devletin düzenini değiştirme potansiyeli ve tehlikesi görülmektedir. İkincisi de yine hayatlarında dini değerlere belirgin yer veren insanlarda “siyasi veya şahsi çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla” “dini veya din duygularını, yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar etme ve kötüye kullanma” risk ve potansiyeli görülmektedir. Bu şekilde sivil ve siyasi hakların dini bir bağlam içerisinde kullanılması kategorik olarak kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir.¹¹

Hâlbuki aynı anayasanın 11. maddesinde “Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.” denilerek zaten devlete, toplum düzenine, hak ve hürriyetlere, cumhuriyete yönelik her türlü tehlike ve istismar ve kompro girişimleri engellenmeye çalışılmıştır.

Acaba anayasayı yapan iradenin dine ve dindarlara karşı daha hassas ve ihtiyatlı davranması için bir sebep var mıdır? Kilisenin tarih boyunca siyasi güç ve nüfuz elde etmek için verdiği mücadeleler, hem diğer mezheplerle, hem de siyasi otoritelerle girdiği savaşlar, Batılı birçok devleti dine karşı özel bir hassasiyet taşımaya itmezken, bizdeki aşırı hassasiyet için makul bir gerekçe var mıdır?

Acaba devletin kurulu düzenini rayından çıkaracak tek sebep ve saik, diğer taraftan siyasi ve sosyal hareketlerde çıkarıcılık ve istismara yola açan tek faktör, dini değer ve kavramlar mıdır?

1961 Anayasasının “Devrim kanunlarının korunması” başlığını taşıyan 153. maddesi şöyledir:

“Bu Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden aşağıda gösterilen Devrim kanunlarının, bu Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.”¹²

Bu maddede bahsi geçen devrim kanunlarından bazıları şunlardır:

¹¹ ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Yayınevi, 2007, Ankara, s. 110.

¹² ARMAĞAN, Servet, s. 428-429.

1340 tarih ve 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu

1341 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun

1341 tarih ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Birtakım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun

1934 tarih ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun

1934 tarih ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun¹³

Yeni bir devlet düzen ve ideolojisinin, tek partili ve otoriter bir siyasi ortamda yerleştirilmeye çalışıldığı bir döneme ait ve dini çoğulculuğu yok etme amacı taşıyan birçok antidemokratik düzenlemeyi aynen devam ettirmeleri 1961 ve 1982 Anayasalarında inanç ve din hürriyetlerinin alanını büyük ölçüde daraltmıştır.

1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde 1961 Anayasası'ndaki ideolojik ön kabuller biraz daha genişletilerek tekrarlanmaktadır. Bu bölümde geçen ifadelerden birisi şu şekildedir: "Hiçbir faaliyetin, ...Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkıpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı..."

Görüldüğü gibi burada da aslında belli bir hayat tarzını belirleyen bir ideoloji olması itibarıyla, sosyal ve siyasi işlevi bakımından din ile aynı konumda olması gereken Atatürkçülüğe bağlı kabuller, güçlü bir koruma görürken, dini değer ve kavramlar, faaliyet ve oluşumlar en baştan şüphe ve ithamla muamele görmektedir.

Yine 1982 Anayasasının değiştirilemeyen maddeleri arasında yer alan 2. maddesinde, devletin "Atatürk milliyetçiliğine bağlı" "laik" bir devlet olduğu belirtilmektedir.

1982 Anayasasınının 174. maddesi, 1961 Anayasasınının 153. maddesinde yer alan "İnkılap kanunlarının korunması" ile ilgili hükmü ve korunacak kanunları aynen tekrarlamıştır.

Demokratik bazı ülkelerin anayasalarında devletin farklı inançlar ve inanç grupları karşısındaki tavrı ise şu şekildedir:

Almanya Anayasasınının 4. Maddesi her türlü inanç hürriyetinin güvence altında olduğunu belirtmektedir.¹⁴

¹³ ARMAĞAN, Servet, s. 429.

¹⁴ "Madde 4. (1) Din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulmaz. (2) Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır." Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>.

Danimarka Anayasasının Evanjel-Luther kilisesine resmi bir konum ve öncelik tanıdığı görülmektedir.¹⁵

Fransız Anayasası devletin farklı inanç ve ideolojilere karşı tarafsız ve saygılı olduğunu ifade etmektedir.¹⁶

İtalya Anayasası herhangi bir din veya mezhep aleyhine herhangi bir gerekçeyle ayrımcılık uygulanamayacağını öngörmektedir.¹⁷

Polonya Anayasası devletin kilise ve diğer dini kuruluşlar karşısında tarafsız ve eşitlikçi bir tavır almasına hükmetmektedir.¹⁸

İspanya Anayasası devletin dini yoktur dedikten sonra, kamu idarelerinin toplumun dini inançlarını dikkate alacağını ve kilise ve dini cemaatlerle işbirliğini sürdüreceğini belirtmekte ve bu şekilde laikliği topluma ve sosyal oluşumlara rağmen belli bir ideolojiyi empoze etme olarak değil, “uygun bir işbirliği” ve uzlaşma çerçevesinde ele almaktadır.¹⁹

Norveç Anayasası, Danimarka Anayasasında olduğu gibi, Evanjelik-Lütherci kiliseye resmi ve öncelikli bir statü sağlamaktadır. Diğer din ve

15 “Madde 4. Danimarka Halk kilisesi Evanjel-Luther kilisesidir ve bu haliyle devlet tarafından desteklenir. Madde 6. Kral, Evanjel-Luther Kilisesi mensubu olmalıdır.” Danimarka Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/06-DANIMARKA%20149-168.pdf>.

16 “Madde 1. Fransa, bölünmez, laik, demokratik sosyal bir Cumhuriyettir. Köken, ırk veya din ayrımı yapmaksızın, tüm vatandaşların yasa önünde eşitliğini garanti eder. Her inanca saygılıdır. İdari yapısı yerinden yönetim esasına dayanır.” Fransız Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf>.

17 “Madde 20. Bir din veya bir birlik veya kurumun ibadetinin dini yapısı ve amacı kanunda özel kısıtlamaların veya kuruluşunda, kanuni ehliyetinde veya faaliyetlerinin herhangi birinde özel mali yaptırımların sebebi olamaz.” İtalya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-İTALYA%20319-354.pdf>.

18 “Madde 25. (1). Kiliseler ve diğer dini kuruluşlar eşit haklara sahiptir. (2). Polonya Cumhuriyeti Kamu makamları, ister dini veya felsefi veya hayata bakış ile ilgili olsun, kişisel inanç konularında tarafsızdır ve kamu hayatında içinde ifade özgürlüğünü sağlar. (3). Devlet ve kilise ve diğer dini kuruluşlar arasındaki ilişki, özerkliklere ve kendi alanında her birinin karşılıklı bağımsızlığına saygı ve ayrıca bireysel ve ortak yarar için işbirliği esasına dayalıdır.”

Polonya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-POLONYA%20385-438.pdf>.

19 “Madde 16(3). Devlet dini yoktur. Kamu yetkilileri İspanyol toplumunun dini inançlarını dikkate alır ve dolayısıyla Katolik Kilisesi ve diğer mezheplerle uygun işbirliğini sürdürür.” İspanya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-İSPANYA%20533-584.pdf>.

inanç topluluklarının da eşit şekilde destekleneceğinin belirtilmesi aslında ayrımcılığı giderme çabası olarak görülmekle birlikte, çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Çünkü bir kilisenin devlet tarafından resmen desteklenmesi diğer kurum ve cemaatler açısından bizatihi eşitliği bozucu bir faktördür.²⁰

2. İnanç ve İbadet Hürriyetleri

İnsan hakları ile ilgili hemen hemen bütün bildirgelerde din özgürlüğü konusu temel hak ve hürriyetler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Din denince de sadece bir inanç anlaşılmamakta, bir dünya görüşü olmanın bir gereği olarak sahip olduğu temel özelliklerin yansımalarıyla birlikte ele alınmaktadır.²¹

Türkiye Cumhuriyetinin 1924 Anayasasında 75. maddenin ilk şeklinde şu ifade yer almıştı: “Hiçbir kimse mensup olduğu din, mezhep, tarikat ve felsefi içtihadından dolayı muaheze edilemez. Asayiş, âdab-ı muaşeret-i umumiye ve kavanîne mugayir olmamak üzere her türlü âyinler serbesttir.”²²

Burada dini inancın uygulamaya geçirilmesi anlamındaki “ayin” veya ibadetin, “umumi muaşeret adabı” gibi hukuki olarak sınırları belli olmayan bir kavramla ve kanunlarla sınırlandırılabilir olması, anayasanın temel hak ve hürriyetleri, keyfi tasarruflara ve yasama da dâhil bütün kamu organlarına karşı güvence altına alabilme fonksiyonuna uygun düşmemektedir. Diğer taraftan bu maddede 1937’de 3115 sayılı kanunla yapılan değişiklikle “tarikat” kelimesi kaldırılmıştır. Dolayısıyla herhangi bir felsefi anlayışa dayalı bir ritüele izin verilirken, “tarikat” çerçevesinde yorumlanacak dini ayin ve ritüeller anayasal hürriyet olmaktan çıkarılmış olmaktadır.

1961 Anayasası’nın 19. maddesinde şu hükümler yer almaktadır:

“Herkes, vicdan ve dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Kamu düzenine veya genel ahlaka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmayan ibadetler, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve

20 “Madde 4. Kral her zaman Evanjelik-Lutherci dine mensup olmalıdır.”

“Madde 16. Krallığın bütün sakinleri kendi dinlerini serbestçe yaşama hakkına sahiptir. Evanjelik-Lutherci bir kilise olan Norveç kilisesi Norveç’in Müesses Kilisesi olarak kalacaktır ve bu statüyle Devlet tarafından desteklenecektir... Bütün din ve inanç toplulukları da eşit şartlarda desteklenecektir.”

21 DOĞAN, İsmail, s. 81.

22 ARMAĞAN, Servet, s. 360.

törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Kimse dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz.”

İkinci paragraf, 1924 Anayasasındaki dini ayinlerin kanunlarla sınırlandırılması hükmünü, “bu amaçlarla çıkarılan kanunlar” biçiminde belirlemek suretiyle sınırlandırmayı biraz düzeltmiş olmaktadır. “Umumi muâşeret adabı” yerine “genel ahlak” kavramının kullanılması da sınırlamanın sebebini biraz daha belirginleştirmiş sayılabilir.

1982 Anayasasının 25. maddesinde de bu hususta şu hükümler geçmektedir.

“Herkes vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.”

ABD Anayasasında 1789/1791’de yapılan değişiklikle yasama organının herhangi bir dini kurumu, oluşumu veya uygulamayı olumlu veya olumsuz biçimde etkileyen, ayrıca fertlerin veya toplulukların dini ibadetlerini yasaklayan herhangi bir kanun yapamayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla Anayasa devletin yapısını belirleyen en temel organ olan yasamanın dini kurumlar ve uygulamalar karşısında tarafsız kalmasını öngörmektedir.²³

Belçika Anayasası din ve inanç hürriyetlerinin uygulanmasını, sadece bu hürriyetlerin uygulanması sırasında işlenen suçlarla sınırlandırmaktadır. “Genel ahlak”, “kamu düzeni”, “milli güvenlik” gibi kriterler dikkate alındığında bu kriterin oldukça geniş bir hürriyet alanı açacağı söylenebilir.²⁴

İtalya Anayasası ferdi ve topluca ibadet ve ayinleri sadece “genel ahlak” gerekçesiyle sınırlandırmaktadır. Bir inancın propagandasını yaparak onu yayma hürriyetine özellikle yer vermesi dikkat çekmektedir.²⁵

23 “Madde III. Kongre herhangi bir dini kurumla ilgili veya dini ibadetlerin ifasını... yasaklayan herhangi bir yasa yapamaz.” DIPPEL, Horst, *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century*, K. G. Saur Verlag, München, 2006, S. 76.

24 “Madde 19. İbadet hürriyeti, ibadeti kamusal alanda sergileme hürriyeti ve kişinin her konuda görüşlerini açıklayabilme hürriyeti teminat altındadır, ancak bu hürriyetlerin kullanımını sırasında gerçekleştirilen suçlar cezalandırılabilir. Madde 20. Hiç kimse bir dinin amellerine veya törenlerine katılmaya, ya da dini tatil günlerine riayet etmeye hiçbir şekilde zorlanamaz.” Belçika Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/05-BELÇİKA%2099-148.pdf>.

25 “Madde 19. Törenleri genel ahlaka aykırı olmamak şartıyla, herkes, bireysel veya birlikte, herhangi bir şekilde, kendi dini inançlarını serbestçe yapma, bu inancın propagandasını yayma ve ayinlerini özel veya genel olarak yapma hakkına sahiptir.” İtalya Anayasası,

Hollanda Anayasası herkesin dinini ve “hayat görüşünü” uygulama hakkını tanımaktadır. Dolayısıyla burada hem din ile başka türden hayat görüşleri ve ideolojiler aynı zeminde değerlendirilmiş olmakta, hem de dinin uygulamaya geçirilmesinin salt dini ritüelin icrasıyla sınırlı tutulamayacağı anlatılmış olmaktadır. Diğer taraftan kapalı mekânlar dışında bu hakkın uygulanmasına ancak kanunla ve “sağlığı korumak, trafik düzeni veya kargaşalara müdahale etmek veya kargaşaları önlemek” gibi siyasi olmayan, objektif gerekçelerle düzenlemeler getirilebileceği öngörülmektedir.²⁶

İspanya Anayasası din ve inanç hürriyetlerini sınırlandırma kriteri olarak sadece “kanunla korunan kamu düzenini” almaktadır.²⁷

İsviçre Anayasası bütün vatandaşların istediği grubun öğretilerine veya faaliyetlerine katılma veya katılmama konusundaki hürriyetini teminat altına almaktadır.²⁸

3. Devletin Genel Anlamda Eğitim ve Dini Eğitim Karşısındaki Tutumu

1961 Anayasasının 19. maddesinde bu konuyla ilgili şu hükümler bulunmaktadır:

“Din eğitim ve öğrenimi, ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteğine bağlıdır.”

1961 Anayasası'nın 21. maddesinde de şu hüküm yer almaktadır: “Çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.”²⁹

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-İTALYA%20319-354.pdf>.

26 “Madde 6. (1). Bireyin kanunlardan doğan sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla herkes özgürce, bireysel olarak veya toplu halde, dinini ve hayat görüşünü uygulama hakkına sahiptir. (2). Bu hakkı, uygulama durumunda kanun, bina ve kapalı mekânlar dışında, sağlığı korumak, trafik düzeni veya kargaşalara müdahale etmek veya kargaşaları önlemek için düzenlemeler getirebilir.”Hollanda Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/11-HOLLANDA%20355-384.pdf>.

27 “Madde 16. (1). Kişilerin ve toplulukların fikir, din ve ibadet özgürlükleri güvence altındadır ve bunların ifade edilmesinde, kanunla korunan kamu düzeninin devamı için gerekli olanların dışında hiçbir sınır yoktur.” İspanya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14 İSPANYA%20 533-584.pdf>.

28 “Madde 15. (1). Din ve vicdan hürriyeti teminat altındadır. (2). Herkes serbestçe dinini veya felsefi inancını seçme ve bunu münferiden veya başkalarıyla birlikte ifade etme hakkına sahiptir. (3). Herkes dini bir cemaate katılma veya mensup olma ve dini öğretileri takip etme hakkına sahiptir. (4). Hiç kimse dini bir cemaate katılmaya veya mensup olmaya, dini bir fiile iştirak etmeye veya dini öğretileri takip etmeye zorlanamaz.” İsviçre Anayasası, <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>.

“Çağdaş bilim ve eğitim esasları” hukuki açıdan bir kriter olamayacak kadar sınırları belirsiz bir kavramdır. Çağdaş bilim ve eğitim esaslarını kim belirleyecektir? Eğer çağdaş bilim ve eğitim esaslarını “muasır medeniyetin” temsilcisi addedilen Batılı devletler ve toplumlar belirleyecekse, bu ülkelerdeki kiliseye bağlı okullar “çağdaş” sayılacak mıdır?

1982 Anayasasının 24. maddesi şu hükümlere yer vermektedir:

“Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcilerinin talebine bağlıdır.”

Bu madde 1961 Anayasasında yer almayan bir hükümü ihtiva etmektedir. O da din ve ahlak eğitim ve öğretiminin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılması ve din kültürü ve ahlak öğretiminin ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunlu olarak okutulmasıdır.³⁰ Anayasada eğitim ve öğretimin devletin denetim ve gözetiminde yapılacağı zaten 42. maddede düzenlenmişken, burada din kültürü ve ahlak eğitimi için bu durum münhasıran ve bir kez daha vurgulanmıştır. Din kültürü ve ahlak eğitiminin ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunlu hale getirilmesi³¹ ile birlikte düşünüldüğünde, anayasayı düzenleyen iradenin dini eğitim konusundaki müdahaleci, şüpheli, hassas ve önyargılı tavrı fark edilmektedir.³²

Anayasanın 42. maddesinde eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi ile ilgili şu hüküm yer almaktadır:

29 ARMAĞAN, Servet, s. 371.

30 Bazı yazarlar Anayasa'nın, öngördüğü bu zorunlu “din kültürü ve ahlak öğretimi” ile devletin belli bir dinin gereklerinin öğretilmesini zorunlu kılmak yerine, dinle ilgili genel bir kültürün verilmesinin kastedildiğini belirtmektedir. Bkz. mesela GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2005, s. 77. Halbuki evrensel ahlak ilkelerinin anlatılıp benimsenmesini bir tarafa bırakırsak, din, bir vicdan, duygu, kalp ve benimseme meselesidir ve insanlara dinler hakkında genel bilgiler vererek onların bu manevi ihtiyaçlarının karşılanması mümkün değildir.

31 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 2007 tarihli bir kararında zorunlu din dersi uygulamasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulmuştur. KABOĞLU, İbrahim, Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 295.

32 Diğer taraftan din derslerinin zorunlu olması, bu inanç ve değerleri kabul etmediği için dersleri izlemeyen, dersten rahatsız olan veya başarısız olanları “dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya” zorlamış ve onların diğer inanç kesimleri tarafından kınanmasına ve gidecek bir yaptırım ile karşılaşmasına yol açmış olur. KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s. 470.

“Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.”

1961 Anayasasında sadece “çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim ve öğretim yerlerinin” açılmayacağı belirtilirken, 1982 Anayasası gerek bu maddesinde ve gerekse “Gençliğin korunması” başlığı altındaki 58. maddesinde bu sınırlandırmaları daha da genişleterek, eğitimin demokratik eşitlik ve çoğulculuk prensipleri çerçevesinde düzenlenmesi imkânını büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Çünkü “Atatürk ilkeleri ve inkılapları” mahiyeti bakımından bir dünya görüşünü ve hayat tarzını öngören bir ideolojidir. Bu ideolojiyi benimsemeyen vatandaşların bunun eğitimini almak zorunda olması, dine inanmayan insanların din dersi okumak zorunda olmasından farklıdır.

Almanya Anayasası 7. maddesinde din eğitimiyle ilgili şu hususlara yer vermektedir: Çocukların din eğitimiyle ilgili karar hakkı ebeveyne aittir. Kamuda hem din dersi okutulmayan, hem de tercihe dayalı olarak ve dini toplulukların ilkeleriyle uyumlu biçimde din dersinin okutulduğu okullar bulunacaktır.³³

Belçika Anayasasının dini eğitim konusunda dini ve kültürel çoğulculuğa saygılı ve yurttaş merkezli bir eğitim politikası benimsediği görülmektedir.³⁴

Hollanda Anayasası'nın, eğitimin düzenlenmesi sürecinde toplum kesimlerinin dini inançlarına ve hayat tarzlarına saygıyı, serbesti tanımayı ve diğer taraftan da fırsat eşitliği sağlamayı merkeze aldığı görülmektedir.³⁵

³³ “Madde 7. (2) Çocukların din dersine katılıp katılmayacaklarına karar vermek, velilerin hakkıdır. (3) Din dersi, mezhepsiz okullar dışındaki kamu okullarında olağan derslerdendir. Din dersi, devletin denetim hakkına zarar vermeyecek şekilde, dinsel toplulukların temel ilkeleriyle uygunluk içinde verilir. Hiçbir öğretmen, iradesine aykırı olarak din dersi vermeye zorlanamaz.” Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>.

³⁴ “Madde 24. (1). ... Kamu, ebeveynlere serbest seçim hakkı sunar. Kamu, belirli bir dini empoze etmeyen (non-denominational) eğitim hizmetlerini örgütler. Bu, ebeveynlerin ve öğrencilerin felsefi, ideolojik veya dini görüşlerine saygıyı gerektirir. Devlet okullarında, zorunlu eğitimin sonuna kadar, kabul görmüş dinlerden birinin ya da mezhep farklılıklarına dayalı olmayan ahlaki öğretilerin öğretilmesi tercihe bırakılmıştır.” Belçika Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/05-BELÇİKA%2099-148.pdf>.

³⁵ “Madde 23. (3). Kamu eğitimi, herkesin din ve yaşam biçimine saygı duyularak kanunla düzenlenir. (4). Devlet, her belediyede yeterli miktardaki devlet okullarında genel temel eğitim verilmesini sağlar. Kanunda belirtilen kurullarla ve bu eğitimin alınması fırsatının

Polonya Anayasası ebeveyne çocuklarını kendi inançları doğrultusunda yetiştirme hakkını tanıırken, bu konuda çocuğun şahsi tercih ve eğilimini de dikkate almakta ve bu şekilde ailenin hakkını devlete karşı, çocuğun hakkını da hem devlete, hem de aileye karşı korumaya çalışmaktadır. Bilhassa 12-18 yaş aralığındaki çocukların inanç ve hayat tarzı tercihi konusunda ailelerinden ayrılabilmesini kabul etmek gerekmektedir. Diğer taraftan herhangi bir dinin, başka inançtan insanların hakkını ihlal etmemek şartıyla, okullarda öğretilmesini de hükme bağlamaktadır.³⁶

Portekiz Anayasası, farklı mezheplerin kendi inanç ve anlayışları istikametinde gerekli eğitim faaliyetlerini yürütmelerine imkân vermektedir. Diğer taraftan devletin eğitim programlarını hazırlarken hiçbir siyasi, ideolojik, felsefi ve dini anlayış istikametinde hareket edemeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla Türkiye anayasalarının aksine, devletin tarafsızlığı sadece dine karşı değil, bütün dünya görüşlerine karşı eşit biçimde ele alınmaktadır.³⁷

İspanya Anayasası, ebeveynin çocuklarına kendi mezhebine uygun dini ve ahlaki eğitim aldırmasını güvence altına almaktadır. Demek ki ülkede

bulunması şartıyla, bu hükümde istisnalar olabilir. (5). Kısmen veya tamamen kamu kaynaklarıyla finanse edilen okulların uyması gereken standartlar, özel okulların dini inanış veya diğer hayat görüşlerine göre eğitim verme serbestisi dikkate alınarak, kanun tarafından belirlenir. (6). Bu şartlar genel temel eğitimde, tamamiyle kamu bütçesinden karşılanacak özel eğitim ve kamu eğitimi için kalite eşitliğini sağlayacak şekilde düzenlenir. Bu düzenlemede özellikle, inanç temelinde kurulan özel eğitimin, eğitim araçlarının seçimindeki ve öğretmen görevlendirmedeki hürriyetlerine saygı duyulur.”

Hollanda Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/11-HOLLANDA%20355-384.pdf>.

³⁶ Madde 48. (1). Anne-babalar, çocuklarını kendi inançları doğrultusunda yetiştirme hakkına sahiptir. Bu yetiştirmede bir çocuğun olgunluk derecesine ve bunun yanı sıra vicdan ve inanç özgürlüğüne ve inançlarına saygı gösterilir. (2). Ebeveynlik hakkından mahrumiyet veya sınırlama sonucu sadece kanunda belirtilen hallerde ve nihai mahkeme kararına dayanarak ortaya çıkabilir. Madde 53. (3). Ebeveynler çocuklarına inançlarına uygun olarak ahlaki ve dini terbiye ve eğitim sağlamak hakkına sahiptir. 48. Maddenin 1. fıkrası hükümleri uygun olduğu hallerde uygulanır. (4). Bir kilise ya da başka yasal olarak tanınmış dini örgütün dini, okullarda öğretilbilir, ancak diğer insanların din ve vicdan özgürlükleri ihlal edilemez.

Polonya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-POLONYA%20385-438.pdf>.

³⁷ “Madde 41. (5). Herhangi bir dini, söz konusu mezhep içinde öğretme ve faaliyetlerini yürütmek için uygun araç kullanma özgürlüğü güvence altındadır.” “Madde 43. (2). Devlet, herhangi bir, estetik, politik, ideolojik, felsefi veya dini direktife uygun olarak eğitim ve kültür programları hazırlamaz. (3). Kamu eğitimi bir mezhebe bağlı olamaz.”Portekiz Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEKIZ%20439-532.pdf>.

mevcut bütün dini gruplar çocukların eğitimi için kendi inanç ve ahlak esaslarına uygun eğitim kurumları açabilecektir.³⁸

İrlanda Anayasası çocukların dini ve ahlaki eğitiminde öncelikli ve asli hak ve sorumluluğu net bir şekilde ebeveyne bırakmakta ve bu noktada paternalist devlet anlayışından kaynaklanan düzenlemeci tavrı reddetmektedir.³⁹

4. Devletin Dini Kurumlar Karşısındaki Tavrı

1961 Anayasasınının 154. maddesi Diyanet İşleri Başkanlığının devlet teşkilatı içerisindeki yerine ve görevlerine temas etmektedir:

“Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.”⁴⁰

Türkiye’de din işlerini düzenleyecek genel idareye bağlı bir kurum olarak Diyanet İşleri Başkanlığı’nın kurulmuş olması çeşitli açılardan tenkit konusu olmaktadır:

Bu tenkitlerden birisi laik bir devlette, devletin dini teşkilatlanma ve işlevlerden tamamen arındırılması gerekirken, Diyanet İşleri Başkanlığı ile

38 “Madde 27. (3). Kamu makamları, ebeveynlerin, çocuklarına kendi mezheplerine uygun dini ve ahlaki eğitim aldırma hakkını teminat altına alır.” İspanya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-İSPANYA%20533-584.pdf>.

39 “Madde 42. (1). Devlet, çocuğun ilk ve tabii eğitimcisinin aile olduğunu kabul eder ve ebeveynlerin, güçleri nispetinde, çocuklarına dini ve ahlaki, zihinsel, bedensel ve toplumsal eğitim sağlama devredilemez hak ve görevlerine saygıyı güvence altına alır.
(2). Ebeveynler, bu eğitimi kendi evlerinde, özel okullarda veya Devlet tarafından tanıyan veya kurulan okullarda sağlamakta özgürdürler.

(3). ((1)). Devlet, ebeveynleri, kendi vicdanlarını ve meşru tercihlerini ihlal ederek, Devlet tarafından kurulan okullara veya Devlet tarafından belirlenmiş herhangi bir tip okula göndermeye mecbur edemez. ((2)) Ancak, kamu yararının koruyucusu olarak Devlet, gerçek koşulları göz önünde tutarak, çocukların, zihinsel, ahlaki ve sosyal açıdan belirli bir asgari eğitim almalarını gerekli kılar.

(4). Devlet, ücretsiz ilköğretimi öngörür, özel ve büyük kurumsal eğitim girişimlerine makul derecede yardım eder ve kamu yararı gerektirdiğinde, özellikle dini ve ahlaki eğitim almalarında, ebeveynlerin haklarını da gözeterek, diğer eğitim tesislerinde veya kurumlarında eğitim almalarını sağlar.

(5). Ebeveynlerin çocuklarına karşı görevlerini yerine getirmede başarısız olduğu istisnai durumlarda, kamu yararının koruyucusu olarak Devlet, uygun araçlarla, her zaman çocuğun tabii ve sürekli haklarını gözeterek, ebeveynlerin yerini doldurmaya çaba gösterir.” İrlanda Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/09-İRLANDA%20277-318.pdf>.

40 ARMAĞAN, Servet, s. 429.

devletin açıkça dini bir işlevi üstlenmiş olmasıdır. Bu şekilde devlet dine bağlı olmasa da din tamamen devlete bağlı olmaktadır. Dolayısıyla bu kurumun merkezi idare içinde varlığını laik devlet anlayışı ile bağdaştırmak mümkün değildir.⁴¹

Bu kurum, Cumhuriyetin yeni kurulduğu ve modern Türk devletinin radikal bazı reformlarla teşkil edildiği dönemde kaldırılan Şeriye ve Evkaf Vekâletinin yerine ikame edilmiştir.⁴² Fakat Türkiye'deki tek taraflı laiklik anlayışının bir sonucu olarak, Diyanet İşleri Başkanlığının kuruluş sürecinde ana düşünce, dinin devleti kontrol etmesinin bütün imkânlarını ortadan kaldırırken, devletin dini sıkı bir şekilde kontrol etmesini değişik mekanizmalarla temin etmektir.⁴³ Nitekim laiklik bizde din ve devlet işlerinin ayrılması biçiminde anlaşılacakla birlikte, müdahaleci bir yaklaşım benimsenerek devlete din üzerinde kolluk yetkisi tanınmaktadır.⁴⁴

Diyanet İşleri Başkanlığına yöneltilen ikinci önemli bir tenkit de bu kurumun ülkede yaşayan birkaç farklı inanç ve mezhep grubundan, sadece birini temsil ediyor olmasıdır.

Aslında Diyanet İşleri Başkanlığı'nın mevcut haliyle varlığını devam ettirmesi gerektiğini savunanların ileri sürecekleri bütün argümanlar, çoğulcu ve demokratik bir olgunluğa ulaşmış bir toplumun, dini işlerini kendi tercih, katkı, katılım ve mutabakatıyla kendisinin organize etmesi gereği dikkate alındığında karşılıksız kalmaktadır. Ne devlet aklının kendi halkına güvenemeyip, devleti dindar vatandaşlarının kuşatmasına karşı koruma endişesi, ne

41 GÖZLER, Kemal, s. 77.

42 Bu müessesenin kuruluşunda, genel anlamda laiklik meselesinde olduğu gibi Fransız modelinden etkilenebilir. Nitekim Fransa'da kilise uzun süre devletin vesayet ve güdümü altında kalmıştır. Ancak 1905 tarihli Ayrılık Yasası ile devlet din işlerine karışmaktan büyük ölçüde vazgeçmiştir. TANÖR, Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 93.

43 Bazı yazarlar Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kurulmuş olmasının laiklik ilkesini zayıflatmak yerine onun teminatı olacağını ve onu daha da kolaylaştırıp pekiştireceğini ileri sürmektedir. Hâlbuki eğer laiklik tek taraflı, yani sadece devleti dinin etkisinden korumak olarak değerlendirilirse bu görüş doğru olabilir. Bu kurumla dinin devletin etkisine maruz kalması meselesi ise nedense önemli görülmemektedir. Bu yazarlar için bkz. mesela ÖZBUDUN, Ergun, s. 56; TUNÇ, Hasan, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Asil, Yayın, Ankara, 2009, s. 55; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 160; SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 260. Hatta bir başka yazar, dini gruplara kendi örgütlenmelerini üstlenme imkânı verilseydi onların devletle çatışma tehlikesi ortaya çıkabilirdi, diyerek müdahaleci devlet anlayışının gerekliliğini savunmaktadır. GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 119.

44 AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları, 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 122.

de vatandaşların kendi başlarına bırakılırsa dini işlerini düzenleyemeyeceği ve bir kargaşanın ortaya çıkabileceği kaygısı, yönetimin halkın tercih ve iradesi istikametinde düzenlenmesi esasına dayanan demokratik felsefe ile uyuşmamaktadır.

1982 Anayasası'nın 136. maddesi Diyanet İşleri Başkanlığının amaç ve görevlerini düzenlemektedir:

“Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.”

Bu Anayasa'nın 1961 Anayasasına nazaran Diyanet İşleri Başkanlığı'nın konumunu ve işlev alanını epey daralttığı ve kurumu, devletin siyasi ve sosyal hedeflerini gerçekleştirmek için kullanacağı basit bir araç haline getirmeye çalıştığı görülmektedir.

İtalyan Anayasası, Papalığın merkezi olan Vatikan'ın İtalya'nın özerk bir bölgesini oluşturması hasebiyle, Katolik Kilisesine ayrı bir statü sağlamaktadır. Kiliseye özerklik sağlayan başka ülkelerden önemli bir farkı da kiliseye Vatikan bölgesi çerçevesinde “egemenlik” de tanınmış olmasıdır.⁴⁵

Polonya Anayasasında dini kuruluşlara özerklik tanınmakta ve her bir dini kuruluş ile devlet arasındaki ilişkilerin, temsilcileriyle yapılacak anlaşmalarla belirleneceği ifade edilmektedir. Bu yapının İtalya Anayasasında da görüldüğü gibi, Osmanlı Devletindeki “Millet Sistemine” oldukça benzediği görülmektedir.⁴⁶

Portekiz Anayasası kiliseler ile diğer dini cemaatlere müstakil örgütlenme ve faaliyet yetkisi tanımaktadır.⁴⁷

İsviçre Anayasası devlet ile dini kurum ve cemaatler arasındaki ilişkilerde “sosyal barışı” esas almakta ve ilişkilerin düzenlenmesini federatif birim-

45 “Madde 7. Devlet ve Katolik Kilisesi, her biri kendi düzeni içinde, bağımsız ve egemendir. İlişkileri Latran Antlaşmalarına göre düzenlenir. Her iki tarafın kabul ettiği anlaşma değişiklikleri anayasa değişikliği sürecine tabi değildir.” İtalya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-İTALYA%20319-354.pdf>.

46 “Madde 25(4). Polonya Cumhuriyeti ve Roma Katolik Kilisesi arasındaki ilişkiler Vatikan ile yapılan uluslararası antlaşma ve kanunla belirlenir. (5). Polonya Cumhuriyeti ve diğer kiliseler ve dini kuruluşlar arasındaki ilişkiler, temsilcileri ve Bakanlar Kurulu arasında imzalanan anlaşmalar uyarınca kabul edilen statülerle belirlenir.”

Polonya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-POLONYA%20385-438.pdf>.

47 “Madde 41. (4). Kiliseler ve diğer dini cemaatler Devletten ayırılır ve örgütlenme ve kendi tören ve ayinlerini yapmakta serbesttirler.” Portekiz Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEKİZ%20439-532.pdf>.

lere bırakmaktadır. Diğer bir ifadeyle, dini örgütlenmede de yerinden yönetimi esas almaktadır.⁴⁸

5. Dini Çoğulculuğa Hareket Alanı Sağlanması

BM'in 1992'deki Azınlıklar Bildirisinin 2. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

“Milli, etnik, dil ya da din temelli azınlıklara mensup olan kişiler özel ve kamusal alanda herhangi bir müdahale ya da ayrımcılığa maruz kalmaksızın ve özgür bir şekilde kendi kültürlerini yaşama, dinini öğrenme ve yaşama, kendi dilini kullanma hakkına sahiptir.”

Bu çerçevedeki haklar, farklı grup ya da cemaat kültürlerinin, fertlerin hayatına anlam kazandırdığı için önem taşıdığı ve korunması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.⁴⁹

Günümüzde varılan aşamada, kültürlerarasında hiyerarşik bir değerlendirilmesi, bir üstlük-altlık ilişkisi öngören yaklaşımlar büyük ölçüde geride bırakılmıştır. Hiçbir kültür çevresi dünya medeniyeti içerisinde bir unsur olmanın ötesinde bir geçerlilik ve işlev sahibi olarak değerlendirilemez.⁵⁰

Farklı grupların kendi müstakil kimliklerini ve kültürlerini yaşamaları evrensel eşitliğe ve hatta milli bütünlüğe aykırı görülemez. Kültürel farklılığın temelinde insanların başkaları tarafından kabul ve saygı gören farklı bir kimliği, bir gruba katılarak, bu grubun hayat tarzı aracılığıyla karşılaması yatmaktadır. Azınlığın kültürü, çoğunluğun elinde yok edilme ya da ayrımcılığa uğrama riski ile karşı karşıyadır. Kültürel hakları, başka insanlarla birlikte farklı bir kimlik ve hayat tarzını ifade etme ve geliştirme hakkında eşit olmak olarak görmek gerekir.⁵¹

Türkiye Anayasalarının, umumiyet itibarıyla, katı bir laiklik anlayışı öngördüğü, her alanda olabildiği kadar kontrolcü ve tekeli bir sistem yerleştirmeye çalıştığı, kültürel çoğulculuğu adeta milli birlik ve bütünlük için bir tehdit olarak telakki ettiği görülmektedir.

48 “Madde 72. (1). Kilise ile devlet arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi Kantonların yetkisindedir. (2). Konfederasyon ve Kantonlar kendi yetki alanları çerçevesinde farklı dini cemaatlerin üyeleri arasında sosyal barışı muhafaza etmek için tedbirler alırlar.”

49 BEETHAM, David, *Demokrasi ve İnsan Hakları*, Çev. Bilal Canatan, Liberte Yayınları, Ankara, 2006, s. 165.

50 GEMALMAZ, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 692.

51 BEETHAM, David, s. 166.

Belçika Anayasası, dini cemaatlerin özerk bir şekilde varlığını sürdürmesine, devletin müdahalesi olmadan teşkilatlanmasına ve faaliyet icra etmesine imkân sağlamaktadır.⁵²

Danimarka Anayasası dini cemaat oluşturma hak ve hürriyetini bilhassa belirtmekte ve makul sayılacak kriterlerle bunun sınırlarını çizmektedir. Diğer taraftan dini cemaat ve teşkilatların maddeten desteklenmesini demokratik bir sisteme bağlamaktadır.⁵³

İtalya Anayasası dini mezhep ve cemaatlere örgütlenme serbestisi sağlamak ve cemaatlerin Devletle olan ilişkilerinin temsilcileriyle yapılacak anlaşmayla belirleneceği belirtilmektedir ki bu yapı tam anlamıyla Osmanlı ve daha önceki İslam devletlerindeki “Millet Sistemini” hatırlatmaktadır.⁵⁴

Polonya Anayasası azınlıklara kendi kültürlerini ve kimliklerini yaşama ve geliştirme serbestisi öngörmektedir. Diğer taraftan kendi kimlik ve kültürleriyle ilgili meselelerin görüşüldüğü siyasi süreçlere katılma hakkı sağlamaktadır.⁵⁵

52 “Madde 21. Devletin hangi din olursa olsun, hiçbir dinin din görevlilerinin atanmasına veya göreve getirilmesine müdahale etme, ya da bu din görevlilerinin üstleriyle habereleşmelerini ya da üstlerinin kararlarını yayınlamalarını yasaklama hakkı bulunmamaktadır. Ancak, sayılan son hallerde, basın ve yayıma ilişkin mutad sorumluluklar geçerlidir. Gerektiğinde kanunla düzenlenecek istisnalar hariç olmak üzere, medeni nikâh her daim dini evlilik töreninden önceliklidir.” Belçika Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/05-BELÇİKA%2099-148.pdf>.

53 “Madde 67. Vatandaşlar dini inançlarına göre istedikleri şekilde ibadet etmek için cemaat oluşturabilirler. Ancak öğrenilen ve uygulanan hiç bir şey ahlak değerlerine ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır. Madde 68. Hiç kimse kendi dininden başka bir dini topluluğa maddi destekte bulunmaktan sorumlu değildir.” Danimarka Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/06-DANİMARKA%20149-168.pdf>.

54 “Madde 8. Bütün dinî mezhepler kanun önünde eşit olarak serbesttir. İtalyan kanunlarına aykırı olmadığı sürece, Katolik mezhebi dışındaki diğer dini mezhepler kendi kuralları uyarınca örgütlenme hakkına sahiptir. Bu mezheplerin Devletle olan ilişkileri, temsilcileriyle yapılacak anlaşma esasları dâhilinde kanunla düzenlenir.” İtalya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-İTALYA%20319-354.pdf>.

55 “Madde 35. (1). Polonya Cumhuriyeti, ulusal veya etnik azınlıklara mensup Polonya vatandaşlarına, kendi dillerini geliştirme, gelenek ve göreneklerini koruma, kendi kültürlerini geliştirme özgürlüğü sağlar. (2). Ulusal ve etnik azınlıklar, eğitim ve kültür kurumları, dini kimliklerini korumak için tasarlanmış kurumların yanı sıra, kendi kültürel kimlikleri ile bağlantılı konuların çözümüne katılma hakkına sahiptir.” Polonya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-POLONYA%20385-438.pdf>.

İsveç anayasası çeşitli türden azınlıkların kendi kültür ve kimliklerini geliştirmeleri için imkânlar sağlanmasını öngörmektedir.⁵⁶

Avrupa’da Müslümanlık dışındaki dini grup ve cemaatlere yönelik genellikle demokratik çoğulculuğa uygun eşitlikçi ve hürriyetçi bir tavır izlenirken, Müslüman toplum için daha kısıtlayıcı ve ayrımcı bir politika izlendiği görülmektedir. Mesela İsviçre Anayasası, kilise kuleleriyle hemen hemen aynı görünüme sahip olmasına rağmen minare yapımını yasaklamak suretiyle, Müslüman topluma karşı bir ayrımcılık yaptığını göstermektedir.⁵⁷

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında devlet için ideolojik bir altyapı öngörülmesi ve hak ve hürriyetlerin bu ideolojik temeller çerçevesinde değerlendirilmesi, diğer hürriyetlerle birlikte din ve inanç hürriyetinin de alanını daraltmaktadır. İdeal bir demokraside devletin, anayasanın ve siyasi sistemin varlık sebebi en çok sayıda insanın, azami derecede mutlu ve müreffeh olmasını sağlamaktır. Hâlbuki Türkiye’deki sistemde, tartışılmaz ve dokunulamaz bazı ideolojik temeller etrafında yapılandırılmış bir devlet mekanizmasını her alanda hâkim kılmak, devletin ve anayasanın temel amacı olarak değerlendirilmektedir. Demokratik sistemlere sahip ülkelerin çoğunun anayasasında devlet için vazgeçilemez ve sorgulanamaz ideolojik kabuller tesis edilmiş değildir. Birçok durumda halkın barış, huzur ve refahını esas alan rasyonel prensipler kabul edildiği görülmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında din ve dine bağlı halk kesimleri her an devleti ele geçirme veya dini istismar etme kuşkusuyla değerlendirilmişlerdir. Bu anlayış büyük ölçüde devleti kuran ve yöneten kadroların İslam medeniyeti ve hukuku karşısındaki psikolojik tavırlarına dayanmaktadır. Büyük ölçüde dini oluşumları kısıtlama ve onları en sıkı şekilde devletin denetimi altında tutma biçiminde anlaşılan laiklik anlayışı da bu psikolojik

56 “Bölüm 1. Madde 2. ... Etnisite, dil ve din farklılığına dayanan azınlıklara kendi kültürel ve sosyal hayatlarını geliştirmeleri için fırsatlar oluşturulmalıdır.” The Constitution of the Kingdom of Sweden, <http://www.isn.ethz.ch>.

57 “72. (3). Minare inşa edilmesi yasaktır.” İsviçre Anayasası, <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>.

Nüfusun çoğunluğunu Hristiyanların oluşturduğu Avrupa’da Müslüman nüfusunun artışıyla birlikte yaygın biçimde Müslüman düşmanlığı kendini göstermeye başlamıştır. 11 Eylül 2001’de ABD’de ikiz kulelere yönelik saldırılardan sonra Batı’da ‘İslamofobi’ daha çok hissedilir olmuş ve Müslümanların ötekileştirilmesi akımı ve İslam düşmanlığı güç kazanmıştır. Hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bile 11 Eylül olaylarından etkilenmesine ilişkin birçok eleştiri yöneltilmiştir. ŞİRİN, Tolga, “Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, Ed. Selda Çağlar, İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 130.

ve sübjektif tavrın bir sonucudur. Hâlbuki demokratik ülkelerin anayasaları temel amacını halka ve inanç gruplarına hürriyet alanı açmak olarak belirle-
mekte, sınırlamalarda daha ziyade sivil ve sosyal barışı sağlamak gibi objek-
tif ve rasyonel kriterlere dayanmaktadır.

Türkiye anayasalarının din ve inanç hürriyetine ilişkin antidemokratik düzenlemeleri birçok hukukçu tarafından “Türkiye’ye özgü laiklik anlayışı” gerekçesiyle açıklanmaya ve haklı gösterilmeye çalışılmaktadır. Hâlbuki Osmanlı devleti ve daha önceki İslam devletleri, bilhassa gayrimüslim un-
surlara, çağdaş dünyada bile görülmeyen derecede hürriyetler sağlamışlardır. İslam geleneğinde kilise gibi siyasi hâkimiyet iddia eden dini bir kurum ol-
mamıştır. İslam tarihinde devlet ile dini kurum ve cemaatler arasında, Avru-
pa’da olduğu tarzda bir çatışma olmamıştır.

Devlete bağlı bir kurum olan Diyanet İşleri Başkanlığı’nın varlığı ve din derslerinin zorunlu hale getirilmesi gibi uygulamalar, devletin dini oluşumları sıkı şekilde kontrol etmesi şeklinde anlaşılan laiklik anlayışının bir sonu-
cudur. Bu çalışmada yer verdiğimiz demokratik ülkelerin anayasalarının ise, vatandaş ve sivil toplum merkezli bir dini hayata yer vermeyi amaçladığı, dini çoğulculuğu ciddi biçimde önemseydiği ve sivil alandaki dini teşkilat-
lanma ve faaliyetlere büyük ölçüde serbesti sağlamaya çalıştığı görülmekte-
dir.

KAYNAKÇA

- ANAR, Erol, İnsan Hakları Tarihi, Çiviyazıları, İstanbul, 1991.
- AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları, 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.
- ARMAĞAN, Servet, 1982 Türkiye Anayasası, 2. Baskı, Çağrı Yayınları, 2007, İstanbul.
- BEETHAM, David, Demokrasi ve İnsan Hakları, Çev. Bilal Canatan, Liberte Yayınları, Ankara, 2006.
- CORDEIRO, Jose Luis, “Constitutions Around the World”, Ide Discussion Papers, Institute of Developing Economies, Chiba, 2008.
- DIPPEL, Horst, Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century, K. G. Saur Verlag, München, 2006.
- DOĞAN, İsmail, Modern Toplumda Vatandaşlık Demokrasi ve İnsan Hakları, 2. Baskı, Pegem Yayıncılık, Ankara, 2001.
- ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Yayınevi, 2007, Ankara.
- ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
- GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2005.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006
- HAMİDULLAH, Muhammed, İslam Anayasa Hukuku, (Ed.) AKYÜZ, Vecdi, Beyan Yayınları, İstanbul, 2005.
- KABOĞLU, İbrahim, Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul.
- KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara.
- LEWIS, Bernard, Çatışan Kültürler, Çev. Nurettin Elhüseyni, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1996.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.

ŞİRİN, Tolga, “Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, Ed. Selda Çağlar, İnsan Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

TANÖR, Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004.

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Asil, Yayın, Ankara, 2009.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>.

Avusturya Federal Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/04-AVUSTURYA%201-98.pdf>.

Belçika Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/05-BELÇİKA%2099-148.pdf>.

Danimarka Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/06-DANİMARKA%20149-168.pdf>.

Fransız Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf>.

İrlanda Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/09-İRLANDA%20277-318.pdf>.

İtalya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-İTALYA%20319-354.pdf>.

Hollanda Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/11-HOLLANDA%20355-384.pdf>.

Polonya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-POLONYA%20385-438.pdf>.

Portekiz Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEKİZ%20439-532.pdf>.

İspanya Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-İSPANYA%20533-584.pdf>.

Federal Constitution of the Swiss Confederation, <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>.

The Constitution of the Kingdom of Sweden, <http://www.isn.ethz.ch>.

Constitution of Norway, <https://www.stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/The-Constitution/>.

TÜRKİYE'DE CUMHURBAŞKANLIĞI SEÇİMLERİNİN SİYASAL REJİM ÜZERİNDEKİ YANSIMALARI

*Yrd. Doç. Dr. Ömer GEDİK**

GİRİŞ

Klasik tanımlamaya göre demokratik siyasal rejimler yasama ve yürütme erklerinin bir biriyle olan ilişkisine göre belirlenir¹. Yürütme erkinin yasama içerisinde kaybolduğu sistem meclis hükümeti sistemidir. Türkiye Devleti'nin ilk anayasası olan 1921 Anayasası'nda belirlenen siyasal rejim budur. Bu rejimde bir devlet başkanlığı makamı öngörülmüş değildir. Devlet başkanlığı makamının törensel görevleri meclis başkanı tarafından yerine getirilir.

Yasama ve yürütme erklerinin birbirinden ayrıldığı hükümet biçimlerini ise ikiye ayırmak mümkündür. Bunlar yasama ve yürütmenin keskin bir biçimde ayrıldığı başkanlık sistemi ve yasama ve yürütmenin ilişki içinde olduğu yumuşak erkler ayrılığına dayanan parlamenter sistem². 1921 Anayasası'nın dışındaki tüm anayasalarımızda bu ikincisi olan parlamenter sistemin çeşitli varyasyonları öngörülmüştür³. Görüldüğü gibi klasik sistemdeki ayırım oldukça basit bir mantık üzerine kurulmuştur. Erklerin bir biriyle olan ilişkisinin hükümet biçimini belirlemesi. Dolayısıyla erklerin katı ayrılığı ve esnek ayrılığı ilkelerine dayanan başkanlık rejimi ve parlamenter rejim, organlar arasında, “bağımsızlık” ve “karşılıklı bağımlılık” şeklindeki ilişki

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2012, s. 349; Erdal Onar, “**Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi Midir?**”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 71.

2 Ayhan Döner, “**Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu**”, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Alfa Aktüel, Ankara 2013, s. 103.

3 “1924 Anayasası, meclis hükümeti sistemiyle parlamenter rejim arasında, fakat daha çok parlamenter rejime yaklaşan bir hükümet modeli kabul etmiş”tir. Bkz. Ergun Özbudun, **1924 Anayasası**, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 37.

biçimleriyle ifade edilebilir⁴. Bu açıdan bakıldığında birincisinde, “yapısal, işlevsel ve ilişkisel” bağımsızlıktan; diğerinde ise, “yapısal, işlevsel ve ilişkisel” karşılıklı bağımlılıktan söz etmek mümkündür⁵. Fakat bu klasik ayrımın, özellikle erkler ayrılığına dayalı olarak kurgulanamı iki örnek üzerinden temellendirilmiştir. Bunlardan başkanlık sistemi ABD, parlamenter sistem ise Birleşik Krallık örneklerine dayanmaktadır⁶. Oysa demokratik ülkelerdeki siyasal rejimlerin siyasal sistemin etkisinden kaynaklı olarak çok çeşitlendiğini görmekteyiz.

Siyasal sistem, siyasal rejimin işleyişini etkileyen iktisadi, kültürel, toplumsal ve dinsel öğeleri de kapsayarak, toplumsal yapı ile siyasal yapı arasında bağ kurar⁷. Dolayısıyla siyasal sistemin farklılaşması siyasal rejimlerinde tek tipleşmesini engellemektedir. Siyasal sistemi ortaya koyan farklı toplumsal dinamikler, en az erklerin ilişkisi kadar siyasal rejimleri etkilemektedir. Özellikle günümüzde siyasal partilerin oyunun bir parçası haline gelmesiyle birlikte, siyasal parti sistemleri, siyasal partilerin sistem içerisindeki yeri, seçim sistemleri, o toplum içerisindeki uzlaşma kültürü⁸, asker ve sivil arasındaki ilişkiler, siyasal rejime ilişkin tarihsel birikimler ve bunun gibi siyasal sistemi etkileyen diğer hususlarda siyasal rejimin belirlenmesinde etkili olmaktadır. Bütün bu nedenlere bakınca siyasal rejim hakkında fikir edinmek için anayasadaki düzenlemelerin tam anlamıyla yeterli olduğunun güçlüğünden söz etmek gerekir⁹. Dolayısıyla günümüzde erkler ayrılığına dayalı Amerikan uygulamasının yansıdığı başkanlık sistemi ve İngiliz uygulamasının şekillendirdiği parlamenter sistem tasnif için yeterli değildir. Nitekim, TBMM’nin kuruluşuyla birlikte ülkemizde de parlamenter sistemin klasik uygulamasının tam olarak yaşandığını ifade etmek güçtür. Özellikle

4 İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Legal, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 157.

5 Kaboğlu, age., s. 157.

6 Bu yaklaşıma ilişkin eleştiri için bkz. Nur Uluşahin, **Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 27-28.

7 Kaboğlu, age., s. 92-93.

8 Şule Özsoy, “**Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerindeki Rolü**”, *Cumhurbaşkanlığı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, Türkiye Barolar Birliği Sempozyum 12-13 Ocak, Ankara 2007, s. 151.

9 Nitekim Özbudun’a göre de yasama ve yürütme arasındaki ilişkiler dolayısıyla hükümet biçiminin şekli salt hukuksal düzenlemelere bağlı bir konu değildir. Yazar’a göre yasama organında bir siyasal çoğunluğun bulunup bulunmadığı ve devlet başkanının bu siyasal parti ile olan bağları da belirleyici olabilir. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 355.

devlet başkanlarının niteliği ve siyasal sistem üzerindeki etkinlikleri siyasal rejimin şekillenmesinde belirleyici olmuştur. Diğer yandan devlet başkanının seçiliş tarzı ile onun sistem içerisinde üstlendiği rol arasında bir bağlantı olduğunun da altı çizilmelidir¹⁰.

Sistem içerisinde siyasal partilerin ve devlet başkanının etkinliği bakımından cumhurbaşkanlığı seçimlerinin politik yansımalarını üç döneme ayırmak mümkündür.

Birinci dönem; 1920 ve 1946 yılları arasında tek parti iktidarlarının olduğu ve parti başkanlarının aynı zamanda cumhurbaşkanı olduğu yıllardır. Bu dönemde (1920-1923 yılları arası hariç), cumhurbaşkanı parlamento tarafından seçilmekteydi. Siyasal rejimin parlamenter sisteme benzemekle birlikte klasik parlamenter sistemi yansıttığı söylenemez. Kaboğlu, süreci öncesi ve sonrasıyla genişleterek bu ilk dönemi parlamenter sistemin kurulduğu yıllar olarak görmektedir. Yazar’a göre, Ülkemizde “1870’lerden 1960’lara parlamenter rejimin aşama aşama kuruluşuna tanık”, olunmaktadır¹¹.

1946 ve 2007 yılları arasındaki ikinci dönem, çok partili siyasal rejim içerisinde cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçildiği yıllara denk gelir. Bu dönemi de yine cumhurbaşkanının siyasal sistemdeki ağırlığına göre kendi içerisinde 1924 Anayasası’nın çok partili sisteme uyumlu uygulaması, 1961 Anayasası dönemi ve 1982 Anayasası dönemi şeklinde üçe ayırmak mümkündür¹².

¹⁰ Özsoy, agm., s. 128.

¹¹ Kaboğlu, age., s. 163.

¹² 1982 Anayasası’nın uygulandığı dönemde siyasal rejim üzerine ciddi tartışmaların varlığı gözlenmektedir. Akademik dünyada tartışmalar sınırlı olsa da özellikle sağ eğilimli siyasetçilerin 1990’lı yıllarla birlikte parlamenter sistemi sorgulamaya başladıkları görülmektedir. Bu siyasilerin bir kısmı etkin makamlarda yer almaktadır. Bu isimlerin en dikkat çekicileri Turgut Özal, Süleyman Demirel ve Tansu Çiller’dir. Her ne kadar bu dönemde siyasal rejime ilişkin köklü değişiklikler söz konusu olmasa bile konunun gündem işgal etmesi bakımından kayda değerdir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Serap Yazıcı, **Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 159; Ayhan Döner, “**Başkanlık Sisteminin Türkiye’de Uygulanabilirliği**”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 668; Burhan Kuzu, **Her Yönü İle Başkanlık Sistemi**, Babıali Kültür Yayınları, İstanbul 2011, s. 12; Adnan Küçük, “**Hükümet Sistemlerinin Tarihçesi**”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 808; Cengiz Gül ve Kasım Karagöz, “**Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu**”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 713; Ramazan Cengiz Derdiman, “**Türkiye’de Benimsenecek Hükümet Sistemi ve ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümetini’ Tartışmak**”, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Alfa Aktüel, Ankara 2013, s. 241; Ayrıca bu konuya özgülenmiş ayrıntılı bir çalışma için bkz. Bertil Emrah Oder, “**Türkiye’de Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Rejimi Tartışma-**

Son dönem ise içinde bulunduğumuz dönemdir. 2007 yılında 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklikle birlikte cumhurbaşkanı artık halk tarafından seçilecektir. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi siyasal rejimde başlı başına bir değişikliğe yol açacak mıdır? Elbette ki bu durum tek başına yeterli olmaz. Ancak 1982 Anayasası'nda cumhurbaşkanının yetkilerinin klasik parlamenter sistemi zorlar nitelikte olmasına, halk tarafından seçilerek meşruiyetinin de artırılması eklenince rejim tartışmalarının gündeme gelmesini doğal karşılamak gerekecektir.

Devlet başkanlığı makamına oturacak ismin belirlenmesi konusu bu topraklarda, Osmanlı'dan günümüze yoğun tartışmalara neden olmuştur. Osmanlı'da saray darbelerinin, entrikaların, cinayetlerin nedeni olan bu durumun, Cumhuriyet Türkiye'sinde de her ne kadar farklı yöntem ve metotlarla da olsa aynı yoğunlukta devam ettiği görülmektedir. Elbette ki makamın büyüleyiciliği özellikle mutlak monarşilerde tartışma götürmez. Fakat Cumhuriyet rejimiyle yönetildiğimiz dönemlerden itibaren de makamın yoğun çekiciliği ve ardı sıra koparılan fırtınaların bir sebebi olmalı. Sosyolojik bakımdan çok şeyler söylemek mümkün. Ancak Monarşi ve Cumhuriyet arasındaki bu bağlantı, her iki dönemde de devlet başkanlığı makamının etkinliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu durumu yalnızca sosyolojik nedenlerle izaha kalkışmak yetersiz olacaktır. Konunun hukuki boyutu tamamlayıcı nitelik görür. Bu açıdan bu çalışmada cumhurbaşkanı seçimlerinin siyasal rejime etkileri yukarıda yaptığımız dönemsel tasniften hareketle incelenmeye çalışılacaktır. Buradan hareketle günümüze kadar yaşanan uygulamalar ele alınarak, politik yansımaları değerlendirilecektir.

I. TEK PARTİ DÖNEMİ

A. Meclis Hükümeti Sisteminden Parlamenter Sisteme İlk Adım: 1923 Değişiklikleri ve İlk Cumhurbaşkanının Seçilmesi

Cumhuriyet Anayasaları'nın her biri cumhurbaşkanlığı makamını görev, yetki ve seçilme bakımından farklı şekilde oluşturmuştur. Bu farklılıklara rağmen cumhurbaşkanlığı seçimlerinin büyük çoğunluğu çekişmeli geçmiştir. Türkiye Devleti'nin kuruluşuyla beraber devlet başkanlığı makamına kimin oturacağı tartışmalara konu olmuştur. Zannedilenin aksine Mustafa

ları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler", *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 31-69.

Kemal Atatürk’ün cumhurbaşkanlığı dahi hiç kolay olmamıştır. Bu süreçte Atatürk’ün birkaç kere kalp krizi geçirdiği iddia edilmektedir¹³.

23 Nisan 1920’de Türkiye Devleti’nin kurulmasıyla birlikte cumhuriyet rejimi ilan edilmemişti. Zaten 1921 Anayasası’yla birlikte oluşturulan rejim meclis hükümeti sistemiydi ve bu sistemde de bir devlet başkanı makamı bulunmamaktadır¹⁴. Yasama ve yürütme erklerinin mecliste birleştiği sisteme meclis hükümeti sistemi adı verilmektedir¹⁵. Zira 1921 Anayasası’nın 2. maddesinde “*İcra kudreti ve Teşrii salâhiyeti milletin yegane ve hakiki mümessili olan BMM’nde tecelli ve temerküz eder*” hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca 3. maddede “*Türkiye Devleti, BMM tarafından idare olunur ve Hükümeti ‘BMM Hükümeti’ ünvanını taşır*” denmektedir¹⁶.

¹³ Soner Yalçın, “İlk Cumhurbaşkanlığı Seçimi Atatürk’ü Öldürüyordu!”, *Hürriyet*, 19 Ağustos 2007.

¹⁴ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1980, s. 393; Hüseyin Nail Kubalı, *Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, Tan Matbaası, İstanbul 1960, s. 392; Selçuk Özçelik, *1961 Anayasası Ders Notları*, Fasikül: 1, Nuri Osmaniyeli Matbaası, İstanbul 1965, s. 27; Mustafa Erdoğan, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Liberte Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2003, 48; Ahmet Kerse, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanlığı*, Sümer Matbaası, İstanbul 1973, s. 27; Sevtap Yokuş, *Türkiye’de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 82; Nihat Bulut, “Osmanlı’dan Günümüze Türkiye’de Devlet Başkanlığı Kurumuna Genel Bir Bakış”, *Tarih Bilinci*, S. 27, Temmuz 2014, s. 31; Salih Önder, *Türk Parlamento Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 30.

¹⁵ Mehmet Turhan, “Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan)*, C. XLVI, S. 1-2, Y. 1991, s. 456; Kaboğlu, age., s. 160.

¹⁶ “Madde 5. Büyük Millet Meclisinin intihabı iki senede, bir kere icra olunur. İntihap olunan azanın azalık müddeti iki seneden ibaret olup fakat tekrar intihap olunmak caizdir. Sabık heyet layik heyetin içtimasına kadar vazifeye devam eder. Yeni intihap icrasına imkan görülmediği taktirde içtima devresinin yalnız bir sene temdidi caizdir. Büyük Millet Meclisi azasının her biri kendini intihap eden vilayetin ayrıca vekili olmayıp umum milletin vekilidir.

Madde 7. Ahkamı şer’iyyenin tenfizi, umum kavaninin vaz’i, tadili, fashi ve muahede ve sulh akti ve vatan müdafası ilanı gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir. Kavanin ve nizamat tanziminde muamelatı nasa erfak ve ihtiyacatı zamanaevfak ahkamı fıkhiye ve hukukiye ile adap ve muamelat esas ittihaz kılınır. Heyeti Vekilenin vazife ve mesuliyeti kanunu mahsus ile tayin edilir.

Madde 8. Büyük Millet Meclisi, hükümetin inkısam eylediği devairi kanunu mahsus mucibince intihap kerdesi olan vekiller vasıtası ile idare eder. Meclis, icrai hususat için vekillere veçhe tayin ve ledeahçe bunları tebdil eyler.

Madde 9. Büyük Millet Meclisi heyeti umumiyesi tarafından intihap olunan reis bir intihap devresi zarfında Büyük Millet Meclisi reisisidir. Bu sıfatla Meclis namına imza vaz’ına

Meclis hükümeti sisteminde devlet başkanlığı makamının üstlenmesi gereken görevleri meclis başkanı yerine getirir. 1921 Anayasası'nda 1923 yılında yapılan değişiklikle¹⁷ cumhuriyet ilan edilene kadar Atatürk meclis başkanı sıfatıyla bu görevi yerine getirmiştir¹⁸. Cumhuriyetin ilanı ile birlikte Atatürk bir 1921 Anayasası döneminde¹⁹, diğerleri de 1924 Anayasası döneminde olmak üzere toplamda dört kere cumhurbaşkanı seçilmiştir²⁰.

1921 Anayasası'ndaki ilgili değişikliğe göre “*Türkiye Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından ve kendi üyeleri arasından bir seçim dönemi için seçilir... ..Yeniden seçilmek mümkündür*”²¹. Görüldüğü gibi bu hükme göre yeniden seçilmek mümkündür. 1921 Anaya-

ve Heyeti Vekile mukarreratını tasdika selahiyettardır. İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak Büyük Millet Meclisi reisi Vekiller Heyetinin de reisi tabisidir.”

- ¹⁷ Bu değişiklikle birlikte meclis hükümeti sisteminin saf şekline uzaklaşmıştır. Bkz: Orhan Aldıkaçtı, **Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı**, İstanbul 1960, s. 209; Ayrıca hükümetin kuruluş şeklinin bir nevi kabine sistemini andırdığı söylenebilir. İcra vekillerinin meclis tarafından seçilmesi usulü sona ermiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı Meclis üyeleri arasından başbakanı seçer, başbakan da Meclis üyeleri arasından seçilir ve Cumhurbaşkanı tarafından Meclis’in onayına sunulur (md. 12). Ali Fuad Başgil, **Esas Teşkilat Hukuku**, C. I, İstanbul 1960, s. 118. Gerek Cumhurbaşkanlığı makamının oluşturulması gerekse de Hükümetin oluşum aşamasının klasik parlamenter sistemdeki usule benziyor olması sistemi meclis hükümeti sisteminden uzaklaştırıp parlamenter sisteme yaklaştırmıştır. Benzer yaklaşım için bkz. Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, YKY, 15. Baskı, İstanbul 2006, s. 284-285; Önder, age., s. 32.
- ¹⁸ Mutlu Yıldırım, **Türkiye’de Sivil Asker İlişkileri Bağlamında 1966 - 1973 Cumhurbaşkanlığı Seçimleri**, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Denizli 2010, s. 75.
- ¹⁹ Ayrıntı için bkz. Bernard Lewis, **Modern Türkiye’nin Doğuşu**, (Çev. Boğaç Babür Turna), Arkadaş Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 351-352; Abdullah Kütük, **Demokratik Hukuk Devleti ve Hükümet Sistemleri Perspektifinden Türk Anayasal Tarihinde Cumhurbaşkanlığı**, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2012, s. 17 vd.
- ²⁰ Bunlar 1923, 1927, 1931 ve 1935 yıllarıdır. 1923’te oy birliği (Seçime katılanların oy birliği. Kazım Karabekir Paşa, Rauf Bey, Adnan Adıvar gibi Kurtuluş Savaşı’nın önde gelen isimler seçime katılmamışlar, gelişmeleri İstanbul’dan izlemeyi tercih etmişlerdir.) ile seçilen Atatürk 15 yıl 12 gün ile bu görevde en çok kalan ve 42. yaşında seçilerek de, bu makama en genç yaşta seçilen kişi olmuştur. Sema Akyüz, **Türk Siyasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Yeri ve Seçimi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006, s. 35-36.
- ²¹ Metnin günümüz Türkçesi’ne çevirisi Abdullah Sezer’e aittir. Bkz. <http://anayasa-metinleri.blogspot.com.tr/2010/09/1923-anayasa-degisikligi-gunumuz.html>, E.T. 06.04.2014.

sası döneminde Cumhurbaşkanlığı makamını cazip kılan husus ise başka bir yetkidir. 11. maddeye göre, “*Türkiye Cumhurbaşkanı, Devletin başıdır. Bu sıfatla, gerek gördüğü takdirde, Meclis’e ve Bakanlar Kurulu’na başkanlık eder.*” Bu hüküm Cumhurbaşkanına gerekli gördüğü hallerde (Ki bu ifade çok geniş bir inisiyatif sağlamaktadır. Zira taktir yetkisi tamamen cumhurbaşkanına bırakılmış, şartlar belirlenmemiştir.) Meclis’e ve Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek yetkisi vermektedir. Bakanlar kuruluna başkanlık her iki tarafın da yürütme olduğu düşünülürse anlaşılır bir şeydir. Fakat bu durumda da sistemin henüz klasik parlamenter sistemi yansıtmadığı iddia edilebilir. Diğer yandan cumhurbaşkanının meclise başkanlık etmesi yürütmenin bir üyesinin yasama faaliyetlerine başkanlık etmesi anlamını taşır. Öte yandan hukuken cumhurbaşkanının meclis başkanlığını ve hükümet başkanlığını eş zamanlı yürütmesi imkânı tanınmıştır. Bunun tek şartı böyle bir durumu cumhurbaşkanının gerekli görmesidir. Bu durumun erkler ayrılığı ilkesine ne kadar aykırı olduğunu sanırım tartışmaya çok da gerek yoktur. 1923 yılında cumhurbaşkanlığı makamının ne kadar etkin kurgulandığı anlaşılmaktadır. Elbette ki bu durumun iki nedeni vardır: biri sosyolojik, diğeri ise hukuki... Sosyolojik neden, içinde bulunulan savaş ortamında hızlı ve etkin karar alma ihtiyacıdır. Hukuki nedenin ise meclis hükümeti sisteminin kaynaklandığı ileri sürülebilirse de, hükümetin oluşma şeklinin 1923 değişikliği ile parlamenter sistemdeki usule dönüştüğünün altını çizmek gerekir.

1921 Anayasası çok fazla uygulanmamış, bu dönemde sadece bir Cumhurbaşkanlığı seçimi yapılmıştır. Böylece bu dönemde (1923-1924 arası) yönetimde ağırlık parlamentodan yürütme organına geçmiştir. Hatta yürütmenin meclisi de tayin eden güç haline geldiği iddia edilebilir²². Dolayısıyla siyasal rejim ne tam anlamıyla meclis hükümeti rejimini ne de parlamenter rejimi yansıtmaktadır.

B. 1924 Anayasası ve Partili Cumhurbaşkanı Dönemi

1924 Anayasası’nda ise yukarıda bahsettiğimiz sakınca giderilmiş, cumhurbaşkanının sadece törenli oturumlarda Meclis’e başkanlık edebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi bu yetki de devlet başkanlığı sıfatından kaynaklanan temsili bir yetkidir. Ayrıca cumhurbaşkanı bu görevde kaldığı süre boyunca Meclis tartışma ve görüşmelerine katılamaz ve oy veremez. Yine bu

²² Küçük, agm., s. 816; Ahmad’a göre “*siyasal faaliyetin merkezi Meclis değil, Halk Partisi*”dir. Bkz. Feroz Ahmad, **Modern Türkiye’nin Oluşumu**, (Çev. Yavuz Alogan), Kaynak Yayınevi, 4. Basım, İstanbul, s. 70.

anayasa gereğince yeniden seçilmek mümkündür²³. Bu hüküm gereği Atatürk'ün 1924 Anayasası esnasında üç kere art arda cumhurbaşkanı seçildiğini biliyoruz.

23 “Madde 31. Türkiye Cumhurbaşkanı, Büyük Millet Meclisi kamutayı tarafından ve kendi üyeleri arasından bir seçim dönemi için seçilir. Cumhurbaşkanlığı görevi, yeni Cumhurbaşkanının seçimine kadar sürer. Yeniden seçilmek olur.

Madde 32. Cumhurbaşkanı, Devletin başıdır. Bu sıfatla törenli oturumlarda Meclise ve gerekli gördükçe bakanlar kuruluna Başkanlık eder ve Cumhurbaşkanı kaldıkça Meclis tartışma ve görüşmelerine katılamaz ve oy veremez.

Madde 33. Cumhurbaşkanı, hastalık ve memleket dışı yolculuk gibi bir sebeple görevini yapamaz veya ölüm, çekilme ve başka sebeple Cumhurbaşkanlığı açık kalırsa Büyük Millet Meclisi Başkanı vekil olarak Cumhurbaşkanlığı görevini yapar.

Madde34. Cumhurbaşkanlığı boş kaldığında Meclis toplanırsa Cumhurbaşkanı hemen seçer.

Meclis toplanık değilse Başkanı tarafından hemen toplanmaya çağrılarak Cumhurbaşkanı seçilir. Meclisin seçim dönemi sona ermiş veya seçimin yenilenmesine karar verilmiş olursa Cumhurbaşkanı gelecek Meclis seçer.

Madde 35. Cumhurbaşkanı, Meclisin kabul ettiği kanunları on gün içinde ilan eder.

Cumhurbaşkanı, uygun bulmadığı kanunları bir daha görüşülmek üzere gene on gün içinde gerekçesi ile birlikte Meclise geri verir. Anayasa ile Bütçe kanunu bu hüküm dışındadır.

Meclis geri verilen kanunu gene kabul ederse Cumhurbaşkanı onu ilan etmek ödevindedir.

Madde 36. Cumhurbaşkanı her yıl Kasım ayında hükümetin geçen yıldaki çalışmaları ve giren yıl içinde alınması uygun görülen tedbirler hakkında bir söylev verir. Yahut söylevini Başbakanı okutur.

Madde 37. Cumhurbaşkanı, yabancı devletler yanında Türkiye Cumhuriyetinin siyasi temsilcilerini tayin eder ve yabancı devletlerin siyasi temsilcilerini kabul eder.

Madde 39. Cumhurbaşkanının çıkaracağı bütün kararlar Başbakan ile birlikte ilgili Bakan tarafından imzalanır.

Madde 40. Başkomutanlık, Türkiye Büyük Millet Meclisinin yüce varlığından ayrılmaz ve Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunur. Harb kuvvetlerinin komutası barışta özel kanuna göre Genel kurmay Başkanlığına ve seferde Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından tayin edilecek kimseye verilir.

Madde 41. Cumhurbaşkanı, vatan hayınlığı halinde Büyük Millet meclisine karşı sorumludur. Cumhurbaşkanının çıkaracağı bütün kararlardan doğacak sorumlular 39 uncu madde gereğince bu kararı imzalayan Başbakanın ve ilgili bakanındır.

Cumhurbaşkanının özlük işlerinden dolayı sorumlunması gerekirse Anayasanın milletvekilliği dokunulmazlığı ile ilgili 17 nci maddesi hükümlerine uyulur.

Madde 42. Cumhurbaşkanı, Hükümetin teklifi üzerine, daimi malullük veya kocama gibi özlük sebeplerden dolayı belli kimselerin cezalarını kaldırabilir veya hafifletebilir.

Cumhurbaşkanı, Büyük Millet Meclisi tarafından sanıklanarak hüküm giyen bakanlar hakkında bu yetkiyi kullanamaz.”

Atatürk’ün ölümünden sonra halefinin seçilmesi de hiç kolay olmamıştır. Cumhurbaşkanlığı yarışının özellikle Fevzi Çakmak, İsmet İnönü, Celal Bayar ve Şükrü Kaya arasında geçtiği biliniyor²⁴. Bu yarış o kadar kızışmıştı ki adeta bir savaşa dönüşmüştü. Hatta seçilemesin diye İnönü’nün öldürül-
mek istendiği dahi iddia edilmektedir²⁵. Cumhurbaşkanı seçilen İsmet İnönü birkaç ay içerisinde Parlamento’nun yenilenmesini sağlamıştır. Seçimlerin yenilenmesindeki temel amacın İnönü’nün Parlamento’da kendine yakın bir yasama çoğunluğuyla çalışma isteğinin yattığı iddia edilebilir²⁶. Zira 26 Mart 1939’da yapılan seçimin listeleri CHF’nin 1927 Tüzüğü uyarınca aynı zamanda Parti’nin de genel başkanı olan İnönü tarafından belirlenmiş ve ilan edilmiştir²⁷. Bu seçimlerin hemen akabinde, 3 Nisan 1939’da, TBMM’de yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimine 413 milletvekilinin 249’u katılmış ve mevcut Cumhurbaşkanı İsmet İnönü 1. turda oy birliğiyle tekrar Cumhurbaşkanı seçilmiştir²⁸.

Atatürk ve İnönü döneminin, ilkinin dışındaki seçimlerinin tartışmalı olmadığını söyleyebiliriz. Bunda kuşkusuz siyasal parti sisteminin etkisi büyüktür²⁹. Zira o dönemde cumhurbaşkanları partili olmaktadır. Yani Cumhurbaşkanları aynı zamanda CHF’nin de başkanıydı. Dolayısıyla CHF’nin milletvekilleri adaylarının tespitinde parti başkanlarının belirleyici olduğu gözden uzak tutulmamalıdır³⁰. Bu noktada Cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçildiğini de unutmamalıyız. Üstelik yarışmacı bir parti sistemi henüz kurulmamıştı ve CHF dışında ülkede başka bir parti de bulunmamaktaydı. Yani seçmenin CHF adayları ve bağımsızlar dışında bir

24 Akyüz, agt., s. 43-45.

25 Emre Aköz, “Çankaya Savaşları”, *Sabah*, 14 Nisan 2007.

26 Akyüz, agt., s. 46; Benzer yönde bkz. Ahmad, age., s. 89.

27 İsmail Beşikçi, **Cumhuriyet Halk Fırkası’nın 1927 Tüzüğü**, Yurt Yayınları, 1991, s. 73-80.

28 1943 ve 1946 yıllarında Parlamento’nun yenilenmesiyle birlikte yapılan cumhurbaşkanlığı seçimleriyle İnönü’nün Cumhurbaşkanlığı devam etmiştir. Böylece İnönü’nü de Atatürk gibi dört kere cumhurbaşkanı seçilmiştir.

29 Siyasal Partilere ilişkin faktörlerin yürütme organının şekillenmesindeki etkileriyle ilgili olarak bkz. Cengiz Gül, “İktidarda Yaşanan Kişiselleşme Olgusunun Yürütmenin Güçlenmesi Üzerindeki Etkileri”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 873-876 (872-882); Şenol Durgun, “Sistem Arayışlarında Siyasal Partiler ve Parti Disiplini”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 337-557.

30 Mustafa Erdoğan, **Liberal Toplum Liberal Siyaset**, Siyasal Kitabevi, Ankara 1998, s. 370.

seçeneği yoktu³¹. Aslında 1938 yılına kadar hukuken siyasi amaçlı dernek kurmak mümkündü. O dönem açısından siyasi partilerin de siyasi amaçlı dernek adıyla örgütlendikleri göz önünde bulundurulursa siyasi parti kurma serbestisinden söz etmek mümkündür³². Ancak Teziç'in de ifade ettiği gibi, "tek parti yönetiminin oluşturduğu rejim, fiilen bu serbestiyi ortadan kaldırmaktaydı"³³.

Bütün bunlarla birlikte 1924 Anayasası dönemi boyunca, yasa gereği Cumhurbaşkanlığı seçimiyle Parlamento seçimlerinin eş zamanlı yapıldığı da gözden uzak tutulmamalıdır³⁴. Kuşkusuz yasama ve yürütme arasındaki bu irade uyumu, ilk seçimler dışındaki cumhurbaşkanlığı seçimlerini kolaylaştırıcı bir işlev görmüştür.

Bu dönemde yasama ve yürütme arasında 1924 Anayasası'ndan kaynaklı bir erkler ayrılığından söz edilse de yukarıda izah etmeye çalıştığımız hususlardan ötürü uygulamada bu ayrılığın hayata geçirilemediğini söylememiz gerekir. Diğer yandan, sistemin Parlamentosu öne çıkaran kurallarına rağmen, üstünlük fiilen Cumhuriyet Halk Partisi yöneticilerinde, dolayısıyla da genel başkan ve yakın çalışma arkadaşlarındadır³⁵. Dolayısıyla siyasal rejim kurgusal olarak "meclis ağırlıklı parlamenter rejimi"³⁶ öne çıkarsa da³⁷,

31 Küçük, agm., s. 819.

32 Tanör, age., s. 319.

33 Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta, 16. Bası, İstanbul 2013, s. 380.

34 Cumhurbaşkanlığı seçimleri: 1923-1927-1931-1935-1938-1939-1943-1946-1950-1954-1957-1961/Genel seçimler: 1923-1927-1931-1935-1938-1939-1943-1946-1950-1954-1957-1961. 1938 yılında genel seçim yapılmamış, fakat cumhurbaşkanlığı seçimi yapılmıştır. Bu, 1938 yılında Atatürk'ün ölümü üzerine zaruretten yapılan bir seçimdir.

35 Mehmet Turhan, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 29; Bulut, agm., s. 32; Yokuş, age., s. 83; Küçük, agm., s. 818.

36 Öğretide yazarların bir kısmı 1924 Anayasası'nın oluşturduğu siyasal rejimi meclis hükümeti ve parlamenter arasında "karma bir rejim" şeklinde ifade etmektedirler. Özçelik, age., s. 29; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, 9. Bası, Bursa 2010, s. 30; Döner, Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu, s. 111; Bulut, agm., s. 31.

37 Özellikle, "Cumhurbaşkanının konumu parlamenter sistem çerçevesinde düzenlenmiştir." Bulut, agm., s. 31.

uygulamanın cumhurbaşkanını merkeze alan bir “başkancı parlamenter rejim³⁸”i yansıttığı söylenebilir³⁹.

II. ÇOK PARTİLİ DÖNEM

A. 1924 Anayasası’nın Çok Partili Sisteme Uyumlu Uygulaması

1924 Anayasası şu an itibariyle en uzun süreli uygulanan Anayasamızdır. 1924 Anayasası’nın en önemli özelliklerinden biri, bu Anayasa’nın hem tek partili dönemde hem de çok partili dönemde uygulanmasıdır. Diğer bir ifadeyle, Ülkemizde çok partili siyasal rejime geçilirken bir anayasa değişikliği ihtiyacı hissedilmemiş, yasal mevzuatta yapılan değişiklikler ve fiili uygulamalarla dönüşüm gerçekleştirilmiştir⁴⁰. 1924 Anayasası boyunca Cumhurbaşkanı seçilen üçüncü isim Celal Bayar olmuştur.

38 Burada “başkancı parlamenter rejim” şeklindeki tanımlamada, Shugart ve Carey’in ileri sürdüklerinin aksine biz bu rejimi ayrı bir tip olarak görmemekteyiz. Bizce “başkancı parlamenter rejim”, parlamenter rejimin bir varyasyonudur. Bu yazarlar demokratik rejim tiplerini “başkancı-parlamenter (president-parliamentary)”, “başbakanlı parlamenter (premier-presidential)”, “başkanlık (Presidential)”, “parlamenter (parliamentary)” ve “parlamentodan-bağımsız hükümet(Assembly-Independent)” şeklinde beş farklı kategoriye ayırmışlardır. Bkz. Shugart S. Matthew ve Carey M. John, **Presidents and Assemblies-Constitutional Design and Electoral Dynamics**, Cambridge University Press, 1992’den aktaran Hasan Dursun, “Süper Başkanlık ya da Başkancı Parlamenter Sistem: Weimar Almanya’sı ile Rusya Federasyonu Örnekleri ve Çıkartılacak Dersler”, *TBB Dergisi*, S. 67, Y. 2006, s. 234; Biz burada başkancı parlamenter rejim derken yazarların tipolojisinden ayrılmaktayız. Başkancı vurgusunu siyasal karar alma mekanizmasında devlet başkanının etkinliğini ortaya koyma açısından yapmaktayız. Bu açıdan, sadece göreve gelme bakımından başkanlık sistemini andıran ve öteki yönleriyle parlamenter sistemi yansıtan “başkanlı parlamenter rejim” ile “başkancı parlamenter rejim” farklılaşmaktadır.

39 Tanör siyasal uygulamaların Cumhurbaşkanı’nın teorik konumunu değiştirdiğini düşünmektedir. Atatürk ve İnönü Kurtuluş Savaşı’nın önderlerinden olmaları, eski asker kimlikleri, partinin genel ve ebedi başkanı seçilmiş bulunmaları ve kişisel karizmaları gibi etkenlerle meclis üzerinde aktif ve belirleyici roller üstlenmişlerdir. Özellikle tek parti fiili uygulaması Cumhurbaşkanını sembolik devlet başkanı konumundan oldukça uzaklaştırmıştır. Bkz. Tanör, age., s. 317; Kuzu’ya göre de Cumhuriyetin ilk yıllarında, 1924 Anayasası’nda getirilmemiş olsa dahi, uygulamada başkanlık hükümetini andırır bir yönetim biçiminin fiilen uygulandığı görülmektedir. Burhan Kuzu, “Türkiye İçin Başkanlık Sistemi”, *Türkiye’de Siyasal Hayat*, Editörler: Adnan Küçük, Selehattin Bakan, Ahmet Karadağ, Aktüel Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 279.

40 Kemal Karpat, **Türk Demokrasi Tarihi**, Afa Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1996, s. 140; Küçük, agm., s. 820.

Atatürk döneminin son başbakanı, meslekten asker olmayan ilk Cumhurbaşkanı Celal Bayar⁴¹ (Kurtuluş savaşına katıldığı hatırlanırsa askeri bir takım görevler icra ettiği de unutulmamalıdır), 14 Mayıs 1950 genel seçimlerinde genel başkan bulunduğu Demokrat Partinin iktidarı büyük çoğunlukla kazanması ile 22 Mayıs 1950’de toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilmiştir⁴². Celal Bayar, 1954 ve 1957 yıllarında tekrar Cumhurbaşkanı seçilmiştir⁴³. Celal Bayar’ın cumhurbaşkanlığı seçimlerinin diğer Cumhurbaşkanlarına oranla daha az tartışmalı geçtiği söylenebilir⁴⁴. Kuşkusuz bunda yukarıda Atatürk ve İnönü dönemleri için de bahsettiğimiz, seçimler arasındaki paralellik ve yasama ve yürütme arasındaki irade uyumu etkili olmuştur. Üstelik bu dönemde her ne kadar çok partili bir siyasal yaşama geçilmiş olsa bile, seçim sistemi güçlü partilerin parlamentoda daha büyük oranlarda temsil edilmelerini sağlıyordu (1950-1954 ve 1957 seçimlerinde listeli çoğunluk sisteminin uygulandığı unutulmamalıdır). Bunun yanında Celal Bayar’ın partili bir cumhurbaşkanı olmamasına rağmen demokrat partiyle olan güçlü bağları da hesaba katılmalıdır. Ancak partiyle hukuki bir bağının bulunmaması kendi döneminde Bayar’ın Atatürk ve İnönü’ye nazaran sistem içerisinde daha geri pozisyonda kalmasına neden olmuştur. Bu dönemde Demokrat Parti’nin başkanı ve başbakan Menderes daha çok ön plana çıkmış ve yürütmede daha belirleyici olmuştur. Siyasal partilerin disiplinli oluşları⁴⁵ seçim sisteminin de etkisiyle çoğunluğun egemenliğinin parti başkanında somutlaşmasına yol açmıştır. Yürütme ağırlıklı bu rejimi “*başbakanlı parlamenter rejim*” şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu açıdan bakılınca siyasi partilerin yapıları siyasal sistemle siyasal rejim arasında bir bağ kurmuş ve rejimin tanımlanmasında belirleyici olmuştur.

Bayar’ın yukarıda belirtilen güçlü bağları neticesindeki siyasal atmosfer, 1961 Anayasası’ndaki Cumhurbaşkanlığı kurgusuna da yansımıştır. 1924 Anayasası’na tepki olarak 1961 Anayasası’nda cumhurbaşkanının seçilme

41 Yıldırım, agt., s. 86.

42 http://www.tccb.gov.tr/sayfa/cumhurbaskanlarimiz/celal_bayar/, E.T. 05.06.2014.

43 Akyüz, agt., s. 48.

44 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gültekin Kamil Birlik, **Milli Mücadeleden Cumhurbaşkanlığına Kadar Celal Bayar (1919-1950)**, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 370-375.

45 Yokuş, age., s. 83.

yeterliliği özel koşullara bağlanmış, üst üste iki kez seçilme yasağı öngörülürken, cumhurbaşkanının tarafsız olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir⁴⁶.

B. 1961 Anayasası Dönemi

1. Ordunun Mutlak Belirleyici Olduğu Dönem

1961 Anayasası’nda teorik olarak tam anlamıyla klasik parlamenter sistem benimsenmiştir⁴⁷. Bu açıdan bakıldığında cumhurbaşkanına sadece devleti temsil, karşı imza kuralı ve TBMM seçimlerinin yenilenmesi gibi sembolik yetkiler verilmiştir⁴⁸. Cumhurbaşkanı Anayasa’da devleti temsil çerçevesinde sembolik yetkilerle donatılmış olsa da, fiili işleyiş bu kurallar doğrultusunda olmamış, bu makam askeri vesayeti sürdürme yönünde fonksiyon üstlenen bir konum haline gelmiştir⁴⁹. Bu fiili durumun ortaya çıkmasında seçilmişlerin üstünlüğü yerine atanmış silahlı bürokrasinin siyasi sistem içerisinde etkili olduğu Milli Güvenlik Kuruluna yer verilmiş olmasının⁵⁰ ve Senato’da da Milli Birlik Komitesi üyelerinin bulunmasının etkisinden söz edilebilir. Fiili uygulamadan kaynaklanan bu etkinlik, yetkisiz bir makam olarak kurgulanmasına rağmen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin 1961 Anayasası boyunca hep zorlu bir biçimde ve kriz ortamlarında geçmesine neden olurken aynı zamanda bu makama asker kökenli kişilerin oturmasına yol açmıştır.

Köşkün dördüncü sakini Cemal Gürsel’inde diğerleri gibi kolay bir biçimde Cumhurbaşkanı seçilmediği bilinen bir gerçektir. 1961 Anayasası’nın 95. Maddesine göre “*Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış kendi üyeleri arasından, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla yedi yıllık bir süre için seçilir; ilk iki oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, salt çoğunlukla yetinilir.*” Görüldüğü gibi Cumhurbaşkanı adayı olabilmek için TBMM üyesi olmak gerekmektedir. Milli Birlik Komitesi üyeleri Cumhuriyet Senato-

⁴⁶ Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1981, s. 342.

⁴⁷ Tefik Gülsoy, “**Hükümet Sistemlerini Karşılaştırmak: Türkiye İçin Bir Değerlendirme**”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 265. (257-268)

⁴⁸ Küçük, agm., s. 820.

⁴⁹ Küçük, agm., s. 821.

⁵⁰ Küçük, agm., s. 821.

su'nun doğal üyleriydi. Dolayısıyla Gürsel'in adaylığı önünde bir engel bulunmamaktaydı.

1960 Darbesi sonrasında askerin tek adayı olarak ortaya çıkan Cemal Gürsel⁵¹, yenilenen seçimler sonucunda oluşan Parlamento'da çok da benimsenmemiştir. CHP dışında Parlamento'ya giren partilerin büyük bir kısmı⁵² Adalet Partisi listesinden bağımsız senatör olarak seçilen Ali Fuad Başgil'in cumhurbaşkanlığı adaylığına sıcak bakmaktaydılar⁵³. Fakat Başgil cumhurbaşkanlığı seçimleri için geldiği Ankara'dan hızlı bir şekilde ayrılmıştır. Bu aşamada Asker'in Cemal Gürsel'in adaylığı konusunda kararlı bir tutum takınarak Başgil'in adaylıktan ayrılmasında belirleyici olduğu bilinmektedir⁵⁴. Hatta Başgil'in adaylıktan ayrılması için silahla tehdit edildiği dahi iddia edilmektedir. Seçim esnasında Meclis'in çevresi askeri birliklerle sarılmış ve bütün üst rütbeli komutanlar izlemek amacıyla seçime katılmışlardı⁵⁵. Toplam 607 parlamenterin oy kullandığı seçimlerde Cemal Gürsel 434 oy almış, 17 oy çeşitli isimlere çıkarken 156 oy da boş kullanılmıştı⁵⁶.

Cemal Gürsel tartışmalı bir şekilde ve baskı sonucu elde ettiği Çankaya Köşkünden görev süresini tamamlayamadan rahatsızlığı nedeniyle ayrılmak zorunda kalmıştır⁵⁷. Gürsel'in vefatının akabinde yeni bir cumhurbaşkanı

51 Tanör, age., s. 406.

52 Bu partilerin üçü de aslında Demokrat Parti'nin devamı niteliğindedirler. Ragıp Gümüşpala'nın Adalet Partisi, sonraki yıllarda Demokrat Parti'nin misyonunu sürdüren parti olacaktır. Diğer iki Parti ise Osman Bölükbaşı'nın Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi ile Ekrem Alican'ın Yeni Türkiye Partisi'dir. Diğer iki Parti'nin tabanının da Demokrat Parti mirası üzerine kurulduğu iddia edilebilir. Her ne kadar Osman Bölükbaşı'nın Demokrat Parti geçmişi bir yıl gibi kısa sürmüş olsa da, seçmen tabanı bakımından DP ile örtüşüğü bilinmektedir.

53 Akyüz, agt., s. 59, dpt. 300.

54 Fikri Akyüz, "1961'in Harcanan Cumhurbaşkanı Adayı: Ali Fuat Başgil", *Tarih Bilinci*, S. 27, Temmuz 2014, s. 27; Bulut, agm., 33; s. Asker vurgusu yer almamakla beraber benzer yönde bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Ekin Kitabevi Yayınları, 2. Baskı, Bursa 1999, s. 201; Doğrudan Başgil ve asker vurgusu olmadan, Adalet Partisi'nin Cumhurbaşkanlığı için aday göstermekten vazgeçmesi yolunda baskıya uğradığına ilişkin bkz. Tanör, age., s. 377.

55 Yılmaz, agt., s. 85; Akyüz, agt., s. 59.

56 Emre Aköz, "Çankaya Savaşları", *Sabah*, 14 Nisan 2007; Yıldırım, agt., s. 80; Akyüz, agt., s. 59.

57 1966 yılında başlayan hastalığı çok hızlı bir şekilde ilerlemiş ve tedavi amacıyla ABD'ye gitmek zorunda kalmıştır. Hastalığının ciddi boyutlara varması üzerine, 28 Mart 1966 tarihinde TBMM tarafından Anayasa'nın ilgili hükmüne dayanılarak görevi sona erdiril-

bulmak gerekiyordu. Bu isim mevcut genel kurmay başkanı Cevdet Sunay olmuştur.

Cevdet Sunay ismi askeri çevrelerce ve meclis çoğunluğu tarafından benimsenmekle birlikte bir takım muhalif partilerce sakıncalı bulunmuştur. Özellikle Millet Partisi başkanı Osman Bölükbaşı ve Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi başkanı Alpaslan Türkeş⁵⁸, Cevdet Sunay ismine şiddetle karşı çıkmışlardır. Özellikle Alpaslan Türkeş’in karşı çıkma gerekçesi oldukça manidardır. Türkeş’in Cevdet Sunay’ın kişiliği ile ilgili bir eleştirisi bulunmamakla birlikte bundan sonrası için cumhurbaşkanlığı yolunun genel kurmay başkanlığından geçeceği düşüncesinin oluşmasını sakıncalı bulmaktadır. Türkeş’e göre, “Eğer bu yöntemi uygularsanız o zaman ‘Köşk’ün yolu genelkurmay başkanlığından geçer’ şeklinde bir izlenim oluşacaktır. Böyle bir eğilim demokrasiye uymaz.” Bölükbaşı da benzer bir kanaati taşımaktaydı: “Böyle yapılırsa alışkanlık oluşur, taht mirası geleneği şur⁵⁹.” Yapılan bu itirazlara rağmen asker, dönemin büyük partileri ve kamuoyu Sunay isminde uzlaşmıştı⁶⁰. Yine de asker işi garantiye almak istiyordu.

1961 Anayasası’na göre cumhurbaşkanının TBMM içinden seçilmesi gerektiğinden daha önce bahsedilmişti. Sunay’ın Parlamento üyesi olması sağlandı⁶¹. Sunay etkinliğini kaybetmemek için kendisine yakın bir isim olan Kara Kuvvetleri Komutanı Cemal Tural’ın genelkurmay başkanlığını garantiye aldıktan sonra görevinden ayrıldı. Sonrasında Cumhurbaşkanlığına vekalet eden senato başkanı tarafından cumhurbaşkanlığı kontenjanından senatör olarak atandı. Seçim günü Meclis Locasında generaller yerlerini almışlardı⁶². 637 kişilik TBMM’nin 532’si seçime katıldı. Sonuçta Cevdet

miştir. Hastalığı boyunca Cumhurbaşkanlığına AP kökenli Senato Başkanı İbrahim Şevki Atasagun vekalet etmiştir. Yılmaz, agt., s. 90-92; Akyüz, agt., s. 61.

58 Yılmaz, agt., s. 105.

59 Emre Aköz, “Çankaya Köşkü’ne çıkan yol Genelkurmay’dan mı geçer?”, *Sabah*, 14 Nisan 2007.

60 Yıldırım, agt., s. 98 ve 101.

61 Senatör Ragıp Üner istifa ederek müstakbel cumhurbaşkanı adayı Sunay’a Meclis’in yolunun açılmasını sağladı.

62 Bu komutanlar arasında yeni Genelkurmay Başkanı Cemal Tural, yeni Kara Kuvvetleri Komutanı Refik Yılmaz, Deniz Kuvvetleri Komutanı Necdet Uran ve Hava Kuvvetleri Komutanı İrfan Tansel de bulunmaktaydı.

Sunay 461 oyla Türkiye Cumhuriyeti'nin beşinci Cumhurbaşkanı olarak seçildi⁶³.

Her iki cumhurbaşkanlığı seçimine de 1961 Askeri Darbesi'nin vesayetçi gölgesinin düşdüğü iddia edilebilir. Her ne kadar Cumhurbaşkanlığı kurumu 1961 Anayasası döneminde klasik parlamenter sisteme uygun bir biçimde yetkisiz bir makam olarak düzenlenmişse de askerin siyasal sistem içerisindeki etkinliği cumhurbaşkanlığı makamının önemini arttırmıştır. Bu yüzden bu dönem açısından Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde parlamentonun iradesinden daha çok Ordunun tercihlerinin “mutlak belirleyici” olduğu söylenebilir.

Anayasa'nın yetkisiz Cumhurbaşkanı tercihinine rağmen uygulamada her iki Cumhurbaşkanı da fiilen zaman zaman sistem içerisinde politika belirleyici olmuşlardır. Gürsel kendi döneminde askeri darbenin ortaya çıkardığı siyasi atmosferden de yararlanarak İnönü Hükümeti'yle olan uyumuna rağmen, Kontenjan Senatörlerini, Anayasa Mahkemesi üyelerini ve Askeri Yargıtay üyelerini seçerken başbakan ve ilgili bakanın imzasını almaya gerek duymamıştır⁶⁴. 12 Mart Muhtırası'na kadar Demirel hükümetleri ile birlikte, uyumlu bir görüntü çizen Cumhurbaşkanı Sunay ise Muhtırayla birlikte siyasal hayatın en önemli aktörlerinden biri haline dönüşmüştür. Öyleki Sunay, Nihat Erim hükümetinin istifasının ardından hükümeti kurmakla görevlendirdiği Hayri Ürgüplü'nün Bakanlar Kurulu listesini beğenmeyerek 12 Mart muhtırasının ruhuna uygun olmadığı gerekçesiyle onaylamamıştır⁶⁵.

2. Askerin Cumhurbaşkanı Adayı Karşısında Meclisin Güçlü İradesi ve 1973 Seçimleri

Askerin kararlı tutumu her zaman etkili olamamıştır. 12 Mart Muhtırası'nın etkisinin devam ettiği 1973 yılında yapılan cumhurbaşkanlığı seçiminde Parlamento askeri vesayet karşısında kararlı bir şekilde durmuştur⁶⁶.

Asker henüz 15 günlük Genelkurmay Başkanı Orgeneral Faruk Gürler'in yeni cumhurbaşkanı olması konusunda bir irade ortaya koymuştu. Gürler

⁶³ Yılmaz, agt., s. 106.

⁶⁴ Tanilli, age., s. 349-352; Akyüz, agt., s. 61.

⁶⁵ Akyüz, agt., s. 62.

⁶⁶ Oysa Cemal Gürsel ve Cevdet Sunay'ın cumhurbaşkanlıklarını destekleyen basın, 1973 seçimlerinde Faruk Gürler'e yapılanları haksızlık olarak değerlendirip dönemin iki önemli siyasetçisi Ecevit ve Demirel'i eleştirmiştir. Yıldırım, agt., s. 83.

istifa etmiş ve cumhurbaşkanı adayı olacağını açıklamıştı⁶⁷. Sunay’ın seçilme usulü takip edilmek isteniyordu. O dönemki TBMM’de de subay kökenli milletvekilleri de açıktan kendisini desteklemekteydi⁶⁸. Bu durum 1971 Muhtırası’nın generalleri tarafından daha önce kararlaştırılmıştı. Yine generaller meclis locasındaki yerlerini almış, dışarda da askeri uçaklar Meclis üzerinden alçak uçuş yapmaya başlamışlardı. Bütün bu baskıya rağmen Meclisteki siyasal partiler uzlaşarak demokratik bir duruş göstermiş⁶⁹ ve Emekli Büyükelçi Fahri Korutürk’ü aday göstererek seçilmesini sağlamışlardır. Bu arada Korutürk’ün de asker kökenli olduğuna hatırlatmakta fayda vardır. Ordunun altıncı Cumhurbaşkanı’nın seçiminde mutlak belirleyici olamamakla birlikte, siyasal sistem üzerindeki baskısını devam ettirdiği iddia edilebilir⁷⁰. Zira siyaset kurumu askerin adayını seçmemek için, askeri çok fazla rahatsız etmeden başka bir asker kökenli bir aday seçme yolunu tercih etmiştir⁷¹. Dolayısıyla siyasal rejimin temel kurumları parlamenter sisteme uygun kurgulanmış olsa da siyasal sistem içerisinde Ordunun ağırlığı sebebiyle, rejimin gerçek anlamda erkler ayrılığını işletemediği ifade edilebilir.

Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk’ün görev süresi 6 Nisan 1980’de doldu. Fakat akabinde yeni cumhurbaşkanı bir türlü seçilemiyordu. Bunun iki etkeninin olduğundan söz edilebilir. Birincisi siyasi diğeri ise hukuki nedendir. Siyasi bakımdan, Parlamento Korutürk’ün seçiminde sağladığı uzlaşmayı bir türlü gerçekleştirememiştir⁷². Kuşkusuz bunda dönemin siyasal koşullarının etkisi ve Parlamento’nun parçalı yapısı belirleyici olmuştur.

Hukuki neden olarak ise 1961 Anayasası’nın Cumhurbaşkanlığı seçimi şekli gösterilebilir. Buna göre TBMM, kendi üyeleri arasından yüksek öğrenim yapmış kırk yaşını doldurmuş bir üyeyi ilk iki turda 2/3 çoğunlukla, karar yeter sayısı sağlanmadığı takdirde üçüncü turda salt çoğunluk ile seç-

67 Erdoğın, Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, s. 118.

68 Yıldırım, agt., s. 114-115.

69 Dönemin güçlü siyasi aktörlerinden AP lideri Süleyman Demirel’in cumhurbaşkanlığı seçimindeki bu muhalif tavrının bir askeri kişiliğe değil, Gürler’in bizatihi kendisine olduğu ileri sürülebilir. Zira, 12 Mart Muhtırası’nın kudretli komutanlarından olan Gürler, bu muhtıra ile Demirel’in başbakanlık koltuğundan ayrılmasına sebep olmuştur. Dolayısıyla Demirel’i Gürler muhalifi yapan motivasyonun demokratik değerler değil kişisel faktörler olduğu da iddia edilebilir. Bkz. Akyüz, age., s. 65.

70 Tanör, age., s. 407.

71 Ahmad, age., s. 185; Bulut, agm., s. 33.

72 Erdoğın, Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, s. 124.

mek durumundaydı. Bu turda da seçilememesi durumun oluşacak tıkanıklığı giderecek bir çözüm Anayasa tarafından öngörülmemekteydi. Cumhurbaşkanı'nın TBMM üyesi olması zorunluluğu, siyasal partilerin siyaset üstü bir ismi Cumhurbaşkanı adayı göstermelerini de engelliyordu. Nitekim 115 tur yapılmasına rağmen karar yeter sayısı sağlanamıyordu. Bu durum 12 Eylül 1980'de yapılan askeri darbenin gerekçelerinden biri olmuştur⁷³.

C. Cumhurbaşkanlığı Seçiminde 1961 Anayasasına Tepki: 1982 Anayasası ve Kolaylaştırıcı Usulüne Rağmen Yaşanan Kaoslar

Fahri Korutürk'ün görev süresinin dolmasıyla birlikte uzun bir süre cumhurbaşkanının seçilememiş olması üzerine 1980 darbesi sonucunda yapılan 1982 Anayasası cumhurbaşkanlığı seçimini oldukça ayrıntılı bir biçimde ele almıştır. İlgili maddenin 1961 Anayasası dönemindeki yaşanmışlıklara tepki olarak yazıldığı iddia edilebilir⁷⁴. Yeni düzenlemeyle Cumhurbaşkanı Parlamento dışından da seçilebilmektedir. Bu da Meclis üye tamsayısının en az beşte birinin yazılı önerisi ile mümkündür (md.101). Bu imkan siyaset dışı bir isim üzerinde siyasal partilerin uzlaşısını mümkün kılacaktır. Ayrıca üçüncü ve devam eden turlarda sonuç alınmaması halinde TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar verilmesi söz konusudur (md.102). Seçim süresi bakımından da bir düzenlemeye gidilmiştir. Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin dolmasından 30 gün önce veya makamın boşalmasından 10 gün sonra seçime başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren 30 gün içinde yeni Cumhurbaşkanı seçilir. Görüldüğü gibi bütün bu düzenlemelerin 1961 Anayasası dönemindeki son cumhurbaşkanlığı seçiminde yaşananların bir daha yaşanmamasına yönelik olduğu iddia edilebilir⁷⁵. Hatta, konunun bu boyutuyla, 1982 Anayasası kurucu iradesinin temel amacının Cumhurbaşkanlığı seçimini kolaylaştırmak olduğu kanısına varmak mümkündür.

1982 Anayasası Cumhurbaşkanlığı seçimini ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş olmasına rağmen Yedinci Cumhurbaşkanı Kenan Evren, Anayasanın bu hükmüyle değil bir geçiş maddesiyle seçilmiştir. Bu hususu Anayasa'nın Geçici Birinci Maddesi hükme bağlamıştır. Geçiş düzenlemesine göre cumhurbaşkanlığı seçimi 1982 Anayasası halkoylamasıyla birleştirilmiştir. 1982 Anayasası'nın geçici 1. maddesine göre; "*Anayasanın, halkoylaması sonucu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası olarak kabul edildiğinin usulünce ilânı ile*

⁷³ Yıldırım, agt., s. 73-74; Akyüz, agt., s. 71-72; Tanör, age., s. 408.

⁷⁴ Sezer Ayan, "*Siyasi Yapılanma Sürecinde 1961 ve 1982 Anayasası*", C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 8, S. 2, Y. 2007, s. 11.

⁷⁵ Önder, age., s. 59.

birlikte, halkoylaması tarihindeki Millî Güvenlik Konseyi Başkanı ve Devlet Başkanı, Cumhurbaşkanı sıfatını kazanarak, yedi yıllık bir dönem için, Anayasa ile Cumhurbaşkanına tanınan görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır. 18 Eylül 1980 tarihinde Devlet Başkanı olarak içtiği and yürürlükte kalır. Yedi yıllık sürenin sonunda Cumhurbaşkanlığı seçimi Anayasa’da öngörülen hükümlere göre yapılır.” Bu hüküm neticesinde Evren, 7 Kasım 1982 tarihindeki halk oylaması ile 1982 Anayasası’nın, yüzde 8.63 “hayır” (1.626.431 seçmen) oyuna karşılık, yüzde 91.37 “evet” (17.215.559 seçmen) oyuyla kabul edilmesi üzerine cumhurbaşkanı seçilmiştir⁷⁶. Bu açıdan halk tarafından seçilen ilk cumhurbaşkanının Kenan Evren olduğu idda edilebilse de, bu referandumun plebisit bir referandum olduğunun ve demokratik bir nitelik taşımadığının altını çizmek gerekir.

Bu arada Kenan Evren’in cumhurbaşkanlığı sürecinin “konvansiyonel yürütme benzeri” bir örneği teşkil ettiğini iddia etmek mümkündür. Zira 1982 Anayasası’nın geçici 2. maddesi uyarınca 6 Kasım 1983 genel seçimlerinin ardından TBMM’nin toplanıp göreve başlamasından sonra, Millî Güvenlik Konseyi’nin altı yıllık geçici bir süre için Cumhurbaşkanlığı Konseyi’ne dönüşmesini ve Millî Güvenlik Konseyi üyelerinin de Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyesi sıfatını almalarını öngörüordu (Geçici md. 2/3)⁷⁷. Cumhurbaşkanlığı Konseyi’nin temel fonksiyonu araştırma ve inceleme yoluyla Cumhurbaşkanına çeşitli konularda yardımcı olmaktı. Dolayısıyla Konsey’in kendiliğinden harekete geçerek hukuksal sonuçlar doğuracak işlem yapması mümkün değildir⁷⁸. Bu açıdan tam anlamıyla konvansiyonel yürütmeyi

⁷⁶ http://tr.wikipedia.org/wiki/1982_T%C3%BCrkiye_Cumhuriyeti_Halk_Oylamas%C4%B1. E.T. 12.06.2014.

⁷⁷ Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeleri 1980 Askeri Darbesi’ni gerçekleştiren şu üyelerden oluşmaktaydı: Kara Kuvvetleri komutanı orgeneral Nurettin Ersin, Hava Kuvvetleri komutanı orgeneral Tahsin Şahinkaya, Deniz Kuvvetleri komutanı oramiral Nejat Tümer ve eski Jandarma genel komutanı orgeneral Sedat Celasun. Bu üyeler, TBMM üyelerine tanınmış olan özlük haklarına ve dokunulmazlığa sahipti (Geçici md. 2/3).

⁷⁸ 1982 Anayasası’nın geçici 2. Maddesine göre Cumhurbaşkanlığı Konseyinin görevleri şunlardır:

“a) Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilerek Cumhurbaşkanlığına gönderilen, Anayasada yazılı temel hak ve hürriyetlere ve ödevlere, lâiklik ilkesine, Atatürk inkılaplarının, millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunmasına, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna, milletlerarası andlaşmalara, dış ülkelere silahlı kuvvet gönderilmesine ve yabancı kuvvetlerin Türkiye’ye kabulüne, olağanüstü yönetime, sıkıyönetim ve savaş haline dair kanunlar ile Cumhurbaşkanınca gerekli görülen diğer kanunları Cumhurbaşkanına tanınan onbeş günlük sürenin ilk on günü içinde incelemek;

b) Cumhurbaşkanının istemi ve tespit edeceği süre içinde:

yansıtmadığı söylenebilir. Öte yandan üyelerinin bürokratik kimlikleri ve 1980 Askeri Harekatı'nda üstlendikleri rol göz önünde bulundurulursa bu organın basit bir danışma meclisi olmadığını altı çizilmelidir. Bu açıdan bakıldığında Evren'in cumhurbaşkanlığı sürecinin "konvansiyonel yürütme benzeri" bir örneği yansıttığı söylenebilir.

Kenan Evren'in 1989 yılında görev süresinin sona ermesiyle birlikte 1982'nin öngördüğü olağan seçim usulüyle seçilecek cumhurbaşkanı için arayışlar başlamıştır. Dönemin Cumhurbaşkanı Turgut Özal cumhurbaşkanı olma iradesini ortaya koyduğunda büyük bir tepkiyle karşılaşmıştır. Muhalefet liderleri Özal'ın cumhurbaşkanı olamayacağını olsa bile "onursuzca indirileceğini" ileri sürmüşlerdir⁷⁹. Hatta dönemin Doğru Yol Partisi Genel Başkanı Süleyman Demirel, Çankaya Köşkü'nü Özal'a yakıştıramadığını belirterek, Çankaya Köşkü yerine, "864 Rakımlı Tepe" söylemini Türk Siyaseti literatürüne sokmuştur. Özal'ı seçtirmeyen muhalefet üçüncü tur oylamaya katılmamıştır. Ancak Özal 263 oy alıp salt çoğunluk sağlayarak cumhurbaşkanı olmuştur. Böylece Özal, Bayar'dan sonra meslekten asker olmayan ikinci cumhurbaşkanı olarak tarihe geçmiştir⁸⁰. Bu seçimlere ilk defa açıktan askerinin müdahil olmadığı görülmektedir. Oysa daha önceki seçimlerin tamamında askerinin tartışmaların tam merkezinde olduğu gözlenmektedir. Özal'la birlikte cumhurbaşkanlarının asker olması pratiği de değişmiştir.

Özal'ın ani ölümü erken bir cumhurbaşkanlığı seçimini gerektirmişti. Turgut Özal kendi partisinin oylarıyla seçilmişti. Fakat Özal sonrası için bu makama talip olan Demirel'in partisinin (DYP) oyları kendisini cumhurbaşkanı yapmaya yetmiyordu. Demirel'i SHP Genel Başkanı Erdal İnönü ve MHP Genel Başkanı Alpaslan Türkeş desteklemişlerdi. 16 Mayıs 1993 günü yapılan üçüncü turda Demirel, ANAP'lı Kamran İnan karşısında 244 oy alarak dokuzuncu Cumhurbaşkanı olarak seçildi. Süleyman Demirel'in görev süresi sona erince iktidarda bulunan koalisyon ortakları Demirel'in görev süresini uzatmak istediler. Uzatmanın formülünü Başbakan Ecevit açıklıyordu. Buna göre Anayasa'da değişiklik yapılacak, cumhurbaşkanının

Milletvekili genel seçimlerinin yenilenmesine, olağanüstü yönetim yetkisinin kullanılmasına ve alınacak tedbirlere, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun yönetim ve gözetimine, gençliğin yetiştirilmesine ve Diyanet İşlerinin düzenlenmesine ilişkin konuları incelemek ve görüş bildirmek; c) Cumhurbaşkanının istemine göre, iç ve dış güvenlik ile ilgili görülen diğer konularda inceleme ve araştırma yapmak ve sonuçlarını Cumhurbaşkanına sunmak."

⁷⁹ Erdoğan, Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, s. 239.

⁸⁰ Ahmad, age., s. 253.

görev süresi 5 yıla düşürülürken ikinci defa seçilebilmenin önü açılacaktı. Koalisyonu oluşturan partilerin liderleri anlaşmışlardı. Fakat kendi partileri bu duruma sıcak bakmadılar. Değişiklik teklifi için 407 milletvekilinin imzası bulunmasına rağmen, teklif, meclis genel kurulundaki oylamada reddedilmiştir.

Bu başarısız girişimin ardından yeni bir isim bulmak gerekiyordu. Koalisyon ortakları DSP, ANAP ve MHP kendi milletvekilleri arasından ortak bir aday çıkaramayınca Fazilet Partisi ve Doğru Yol Partisi’nin desteğini de alarak siyasetin içinde bulunmamış hukukçu kimliğiyle ön plana çıkan Anayasa Mahkemesi Başkanı Ahmet Necdet Sezer’i aday gösterdiler. Sezer beş partinin liderinin konsensusuna rağmen ancak 3. turda seçilebildi. Üstelik siyaset kurumunun büyük uzlaşısıyla seçtiği Sezer’in siyasilerle döneminin sonuna kadar bir türlü uzlaşmadığı söylenebilir.

Cumhuriyet tarihinin en sorunlu cumhurbaşkanlığı seçimlerinden birisi de 11. Cumhurbaşkanlığı seçimidir. Danıştay saldırısı ve cumhuriyet mitingleri gölgesinde başlayan seçim süreci, en kapsamlı mücadelenin yaşandığı bir dönem olmuştur. Sadece siyasetin değil, kamuoyunun, askerinin, akademisyenlerin ve hatta yargı organlarının dahi sürece dahil olduğu iddia edilebilir. Seçimin ilk turunun yapıldığı 27 Nisan 2007 günü gecenin ilerleyen saatlerinde Genelkurmay Başkanlığı’nın internet sitesinde yayınlanan bir bildiri, kamuoyunda –e muhtıra olarak algılandı. Sonraki yıllarda dönemin Genelkurmay Başkanı bildiriye bizzat kendisinin kaleme aldığını ifade etmiştir. Bahsi geçen bildiriye ülkede yaşanan birkaç olaydan hareketle irticai tehlikenin olduğu iddia edilmiş, doğrudan cumhurbaşkanlığı seçimleri hedef alınarak Atatürkçülüğe, Laikliğe ve Cumhuriyete “*sözde değil özde bağlı*” bir cumhurbaşkanı beklentisi vurgulanmıştır. Üstelik metin o güne kadar darbelere yasal dayanak oluşturan TSK İç Hizmet Kanununun 35. maddesini de hatırlatıyor, böylece devam eden turlar için milletvekillerine ve CHP tarafından seçimin yargıya taşındığı göz önünde bulundurulursa da Anayasa Mahkemesi Üyelerine bir mesaj verilmiş oluyordu.

Nitekim, ilk tur seçimleri, CHP tarafından “*toplantı yeter sayısı*” olduğunu iddia ettikleri 367 sayısına ulaşmadığı gerekçesi ile iptali için Anayasa Mahkemesine götürüldü. Aslında bu konudaki tartışma aylar öncesinden başlamıştı. Konuya ilişkin kamuoyundaki ilk yorum, “*Köşk Seçiminde Anayasadaki Püf Nokta*” başlıklı 1 Aralık 2006 günlü Dünya Gazetesi’ndeki yazısıyla eski SPK başkanı Ali İhsan Karacan’a aittir⁸¹. Karacan, bu

81 Cem Eroğul, “2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler”, *AÜSBFD Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan*, C. 62, S. 3, Temmuz-Ağustos 2007, s.

yazısında ilk defa şu ifadeleri kullanarak toplantı yeter sayısı için 367 aranması gerektiğini belirtmiştir: “*Karar nisabı olan üçte iki oyun sağlanamadığını anlayabilmek için toplantının yapılmış olması gerektiği kanısındayım. Bunun için de mutlaka ilk iki toplantıda en az üçte iki çoğunlukla toplantı yapmanın gerekli olduğunu düşünüyorum*”⁸². Cumhurbaşkanı seçiminin politik bir süreç olmanın yanında aynı zamanda hukuksal bir süreç olduğunun da altını çizen yazar, konunun sadece anayasa hukukunu ilgilendiren bir sorunu değil, TBMM’nin bir karar organı olarak toplanma ve karar alması ile ilgili olduğundan tüzel kişilerin bir karar organı olarak genel kurul toplantısını düzenleyen diğer normatif düzenlemelere de başvurmanın gerekli olduğunu ifade etmiştir.

Sonrasında Yargıtay Cumhuriyet emekli Başsavcısı Sabih Kanadoğlu tarafından benzer yönde bir yazı daha yayımlanmıştır⁸³. Kanadoğlu’nun bu yazısı, Karacan’ının aksine kamuoyunda kabul görmüş ve benimsenmiştir. Bunda Kanadoğlu’nun hukukçu kimliğinin bulunmasının etkili olduğunu ileri sürmek yanlış olmasa gerektir. Kanadoğlu, cumhurbaşkanlığı seçiminin birinci turunun yapılabilmesi ve diğer turlara geçilebilmesinin TBMM’deki ilk oturumda en az 367 milletvekilinin bulunması şartıyla gerçekleşebileceği yolunda bir görüş ileri sürmüştü ve 367’nin altında bir katılımı cumhurbaşkanı seçilmesinin “*hukuka karşı hile*” anlamına geleceğini belirterek hukuk devletinin varlık nedeninin bunu önlemek olduğunu vurgulamıştır. Bu görüş kamuoyunda destek bulmuştur. Anayasa Mahkemesi eski başkan Vekili Güven Dinçer, “*toplantıya katılan kişi sayısının asla karar sayısından az olamayacağını*” ileri sürmüştü ve “*Anayasa’nın ruhu da bunu gerektirir*” diyerek Kanadoğlu’na destek vermiştir⁸⁴.

Konuyu karardan önce değerlendiren Sağlam, Cumhurbaşkanının Meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilmesinin, yasama organı için ilk üç oylamada bağlayıcı bir kural olduğunu hatırlatarak; bu bağlayıcılığın

169-170.

82 Ali İhsan Karacan, “**Köşk Seçiminde Anayasadaki Püf Nokta**”, *Dünya Gazetesi*, 1.12.2006.

83 Sabih Kanadoğlu, “**AKP Tek Başına Seçemez**”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 26 Aralık 2006.

84 Benzer şekilde, Erdoğan Teziç de, 367 oy kullanılmazsa, seçim turlarının iptal edileceğini söylemiştir. Ayrıca, Süheyl Batum da toplantıya katılmada 367 kişilik nitelikli çoğunluğa ulaşamazsa seçim turlarının başlayamayacağını ileri sürmüştür. Aktaran: Mehmet Turhan, “**Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı**”, AÜSBFD Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan, C. 62, S. 3, Temmuz- Ağustos 2007, s. 386-dpt. 3.

Meclis’in üçte biri ile toplanarak sağlanamayacağını, bunun mantıken mümkün olamayacağını belirtmiştir. Yazar’a göre “Şayet cumhurbaşkanının meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilmesini öngören kural bağlayıcıysa, o zaman ilk üç oylamaya en az başkan (Meclis Başkanı)+ 367 üyenin katılması gerekir, -çünkü başkan oy kullanamaz- Aksi takdirde Anayasa’nın bağlayıcı bir kuralı dolanılmış olur. Başka bir ifadeyle Anayasa’ya karşı hile yapılmış olur”⁸⁵.

Yüzbaşıoğlu da Sağlam’la benzer bir yaklaşım paylaşmıştır. Toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen Anayasa’nın 96. maddesi ile 102. maddede cumhurbaşkanının seçimini özel olarak düzenlediği toplantı karar yeter sayısının arasındaki bağlantının farklı yorumlarından kaynaklandığını ileri süren Yüzbaşıoğlu, 102. maddenin cumhurbaşkanı seçimi bakımından 96. maddedeki toplantı karar sayısına ilişkin genel kurala istisna getirdiğini düşünmektedir. Yazara göre, meseleye mantık çerçevesinde bakılırsa ilk 2 turda 367 oy aranan bir seçimin 184 vekilin katılımıyla yapılabileceğinin tutarlılığı yoktur⁸⁶.

Diğer yandan konuya daha farklı yaklaşan Sevinç, kamuoyunda “*Türkiye’nin önemli anayasa hukukçularının bir kısmının*”, cumhurbaşkanının seçimine ilişkin, Anayasa’da özel bir toplantı yetersayısı öngörüldüğünden hareketle yapılan değerlendirmelerinin tamamının “yanlış” olduğunun savunulabileceğini iddia etmiştir. Yazara göre, gerek 1961 Anayasası’nda gerekse de 1982 Anayasası’nda toplantı yeter sayısı değişmekle birlikte, her iki anayasada da yetersayının istisnası olarak “*Anayasadaki başkaca bir hüküm*” kabul edilmiştir. Ayrıca, TBMM İçtüzüğü’nün “*Karar yeter sayısı*” başlığını taşıyan 146. maddesi de, Anayasa hükmüyle paralellik taşıdığı gözönünde bulundurulursa, Anayasa’nın, cumhurbaşkanı seçimini düzenleyen 102. maddesine bakmak ve toplantı yetersayısına ilişkin bir istisna’nın varlığını aramak gerekmektedir. Anayasa’nın 102. maddesinde bu konuya ilişkin bir istisna bulunmadığını belirten Yazar, Anayasa’nın bu maddesinin Meclisi, cumhurbaşkanını “*seçmeye*” zorlamak maksatlı olduğunu; söz konusu düzenlemenin 1982 Anayasasında yer almasının, 1961 Anayasası döneminde altıncı Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk’ün görev süresi bittiğinde,

85 “Anayasa Hukukçuları: 367 Aranır”, <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/405150.asp>, E.T. 14.07.2014.

86 “Anayasa Hukukçuları: 367 Aranır”, <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/405150.asp>, E.T. 14.07.2014.

yeni cumhurbaşkanı sayısız oylama sonunda seçilememiş olmasından kaynaklandığını düşünmektedir⁸⁷.

Bu tartışmaların gölgesinde TBMM’de yapılan ilk tur seçimlerinde “toplantı yeter sayısı” olduğu iddia edilen 367 sayısına ulaşılmadığı gerekçesi ile cumhurbaşkanlığı seçimi CHP tarafından Anayasa Mahkemesine götürüldü. AYM vermiş olduğu kararda, Cumhurbaşkanlığı seçimi konusundaki toplantı ve karar yetersayısının, cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin nitelikli çoğunluğunca seçilmesi amacının sağlanması için, ilk oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu olduğunu belirtmiş ve Anayasanın 102. maddesinin ilk fıkrası karşısında, toplantı yetersayısı çoğunluğunun 184 olarak uygulanması sonucunu doğuran parlamento kararını, eylemli İktüzük değişikliği niteliğinde olduğundan hareketle, Anayasanın 102. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından ilk tur Cumhurbaşkanlığı seçimi iptal edilince hükümet erken seçime gitme kararı almıştır. Erken seçim sonucu İktidar partisi parlamentodaki ağırlığını devam ettirmiş ve TBMM’ye yeniden giren MHP’nin ve DSP’nin (DSP’li vekiller CHP kontenjanından Meclise girmişlerdir) seçime katılımıyla toplantı yeter sayısı sağlanmıştır. Bu seçimler sonucunda Abdullah Gül üçüncü turda Cumhurbaşkanı seçilmiştir.

İktidar partisi seçime kadarki dönem içerisinde toplantı yeter sayısına açıklık getirmek ve Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini sağlamak için bir anayasa değişikliği hazırlamıştır. Anayasa değişikliği TBMM’de 16.06.2007 tarihinde kabul edilmiştir. Buna göre Anayasanın 96. Maddesinde “TBMM yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tam sayısının en az 1/3 ile toplanır” ve Yine 101. maddesi ile “Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir. Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir. Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak aday gösterebilir” ve 102. maddesi ile ise “Cumhurbaşkanlığı seçimi, Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci

⁸⁷ Murat Sevinç, **Anayasa Yazıları**, İmaj Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 305-311.

pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış bulunan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.”

Görüldüğü gibi cumhurbaşkanlığı seçim sistemi bu düzenlemeyle kökten değiştirilmiştir. Değişiklik, TBMM'nin 2/3 çoğunluğu ile kabul edilmediği için dönemin Cumhurbaşkanı A. Necdet Sezer tarafından referanduma sunulmuş, 27 Ekim 2007 referandumunda oyların % 68,95'i evet çıkmıştır. Böylece cumhurbaşkanının seçiminde belirleyiciler bakımından 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında olduğundan çok daha farklı yöntem benimsenmiş, seçim doğrudan halka verilmiştir. Bu tercih beraberinde rejim tartışmalarını gündeme getirmiş, Fransa'daki yarı başkanlık sistemine geçildiği iddia edilmiştir.

III. CUMHURBAŞKANININ HALK TARAFINDAN SEÇİLMESİ

A. 1982 Anayasası'nda 2007 Yılında Yapılan Değişiklik

31.05.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanun'la 1982 Anayasası'nın 77.⁸⁸, 79.⁸⁹, 96.⁹⁰, 101. ve 102. maddelerinde değişiklik yapılmış, Anayasa'ya Geçici 18. ve 19. maddeler eklenmiştir. 1982 Anayasası'nda yapılan bu Anayasa değişikliği ile birlikte cumhurbaşkanı artık halk tarafından seçilecektir. Bu değişiklik neticesinde 2014 yılında ilk defa 12. Cumhurbaşkanı R. Tayyip Erdoğan halk tarafından doğrudan seçilmiştir.

Bilindiği üzere cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yarı başkanlık rejiminin en temel özelliğidir. Bu gerçekten hareketle ülkemizde hükümet

88 Bu değişiklikte birlikte Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin beş yılda değil, dört yılda bir yapılacağı öngörülmüştür.

89 “Seçimlerin genel yönetim ve denetimi”ne ilişkin hükümlere yer verilen bu maddeye, “ve Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını” ve “Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi” ibareleri eklenerek Yüksek Seçim Kurulu'nun görev alanının kapsamına Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin görev ve yetkiler de eklenmiştir.

90 Anayasa'nın 96. maddesinin birinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.” Yavuz bahsi geçen bu değişikliğin TBMM'nin çalışma sisteminin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlayacağını ve hiç olmazsa toplantı yeter sayısı ile ilgili tikanlıkların yaşanmasının önüne geçilmesi konusunda olumlu olduğunu düşünmektedir. Bülent Yavuz, “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 1176.

biçimi tartışması doğmuş, mevcut rejimin yarı başkanlık rejimine dönüşüp dönüşmediği konuşulmaya başlanmıştır. Bu tartışmalar ülkemizde uzmanların dışında çok fazla bilinmeyen ve tipik örneğini Fransa’da gördüğümüz yarı başkanlık rejimi hakkında bilgi edinmemizi gerekli kılmaktadır. Bu düşünceden hareketle yarı başkanlık rejiminin Fransa’da nasıl doğduğu sosyolojik ve tarihsel veriler ışığında kısaca ele alınacaktır.

B. Fransa’da Yarı Başkanlık Rejiminin Doğuşu

Cumhuriyet rejimi Fransa’da, Fransa’yı olduğu kadar dünyanın büyük bir kısmını etkileyen Fransız Devrimi’nin mirası olarak doğmakla birlikte, 1789’dan bu yana birçok kez kesintiye uğramıştır⁹¹. Bu süre içerisinde cumhuriyet rejimi gibi demokratik, monarşi ve II. Dünya Savaşı’ndaki faşist Vichy yönetimi gibi otoriter deneyimler yaşanmıştır⁹². Bu farklı yönetim tarzları siyasal rejimi de etkilemiş, bu süreç boyunca istikrarsız hükümetlerin doğmasına yol açmıştır. Uzun süreli istikrarsız hükümete karşı yarı başkanlık rejimi bir çözüm olarak düşünülmüştür⁹³. Bilhassa İkinci Dünya Savaşı sırasında ve Dördüncü Cumhuriyet dönemindeki yaşanan tecrübeler, Beşinci Cumhuriyet Anayasası’nı doğurmuş ve siyasal rejim olarak yarı başkanlık tercihinde belirleyici olmuştur.

1. II. Dünya Savaşı Sırasında Fransa’nın İkiye Bölünmesi ve Otoriter Vichy Yönetimi

1931 yılında Japonya’nın Mançurya’yı⁹⁴ ve 1935 yılında da İtalyanlar’ın Etiyopya’yı işgali o dönem için dünya güç dengelerinin nasıl şekilleneceğini ortaya koyarken, büyük bir dünya savaşının da ayak sesleri artık duyulmaya başlanmıştır. Özellikle İtalya’nın Etiyopya’yı işgalinden sonra, Almanya ve İtalya birbirlerine yaklaşmışlardır. Alman yayılcılığı ve silahlanmasına tedbir olarak Sovyetler Birliği de silahlanmaya başlamıştır. Bu durum da, Uzak Doğu’da emelleri olan Japonya’nın Almanya ve İtalya’ya yanaşmasına neden olmuştur. Böylece bu yaklaşma Berlin-Roma-Tokyo mihverini do-

⁹¹ Ahmet Hamdi Aydın ve Pelin Aliyev, “Yarı-Başkanlık Sistemi ve Fransa Örneği”, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Alfa Aktüel, Ankara 2013, s. 26.

⁹² Yaşar Gürbüz, *Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler*, Beta Yayınları, İstanbul 1987, s. 129.

⁹³ Kalaycıoğlu’na göre ise bu rejim temelde Fransa’nın belirli bir dönemindeki sorunlarını çözmek için güçlü bir yürütme oluşturmak amacıyla üretilmiştir. Ersin Kalaycıoğlu, “Başkanlık sistemi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehdidi İle Sınırı”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 17.

⁹⁴ Oral Sander, *Siyasi Tarih 1918-1994*, İmge Kitabevi, 22. Baskı, Ankara 2013, s. 70.

ğurmuştur. Bu oluşum İkinci Dünya Savaşı’nın ana eksenini oluşturmuştur. Konuya bu açıdan yaklaşan kimi tarihçiler İkinci Dünya Savaşı’nı Japonya’nın Mançurya işgaliyle başlatırlar. Bununla birlikte savaşın Alman birliklerinin 1 Eylül 1939’da Polonya’yı işgaliyle başladığı genel kanıdır. Bu işgal üzerine Birleşik Krallık ve Fransa daha önce vermiş oldukları sözü tutmak için, Polonya’ya yardım amacıyla 3 Eylül’de Almanya’ya savaş ilan etmişlerdir. Böylece Büyük Savaş başlamıştır⁹⁵.

Almanya, Polonya’yı Sovyetler Birliği ile 28 Eylül 1939 yaptığı antlaşmayla paylaşarak doğusunu, kısa bir süre içerisinde Danimarka ve Norveç’i işgal ederek de kuzeyini güvence altına almıştır⁹⁶. Batıya yönelen Almanlar, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg’u işgal ettikten sonra, 14 Haziran 1940’da Paris’e girmiştir. Bunun üzerine başbakan Paul Reynaud tarafından Birinci Dünya Savaşı’nın şöhretli komutanı, “*milli kahraman*” Mareşal Henri Philippe Pétain⁹⁷ başbakan yardımcılığına getirilmiş⁹⁸, hemen sonrasında da başbakanlığa atanmıştır⁹⁹. Bu noktada Pétain’in niteliği hakkındaki yapılan vurgular (şöhretli komutan, milli kahraman) bilinçli olarak ifade edilmiştir. Zira ileride bir taraftan işgal şartları, diğer taraftan da Pétain kişiliği işgal yıllarında Fransa’nın rejimini belirleyecek ve bu tecrübe savaş sonrasında kurulacak olan Dördüncü Cumhuriyet Anayasası’nda oluşturulan devlet başkanlığı makamının yapısına tepkisel bir şekilde yansiyacaktır.

Pétain, başbakan olmasından kısa bir süre sonra, Fransa’nın yenilgisinin kaçınılmaz olduğunu öne sürerek Almanlara karşı ateşkes çağrısında bulunmuştur. Pétain’in bu çağrısı üzerine Fransa ile Almanya arasında 22 Haziran 1940’ta ateşkes antlaşması imzalanmıştır. İmzalanan bu antlaşmayla Fransa iki bölgeye ayrıldı¹⁰⁰. Antlaşmaya göre kadim başkent Paris’in yer aldığı ülkenin yaklaşık yüzde altmışını oluşturan kuzey batı bölgesi Alman işgali altında, öbürü ise Vichy kenti merkez olmak üzere Fransızlar’ın tam ege-

⁹⁵ Sander, age., s. 123-124.

⁹⁶ Sander, age., s. 128-129.

⁹⁷ Richard H. Weisberg, **Vichy Law and the Holocaust in France**, Routledge, New York 2013, s. 12.

⁹⁸ Colin Jones, **The Cambridge Illustrated History of France**, Cambridge University Press, London 2005, s. 266.

⁹⁹ Deborah Lackerstein, **National Regeneration in Vichy France: Ideas and Policies 1930–1944**, Ashgate, 2012, s. 1.

¹⁰⁰ Sander, age., s. 132.

menliği altında kalıyordu¹⁰¹. Aslında Vichy merkezli bağımsız Fransa'nın sahip olduğu egemenliğin göstermelik olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu yönetim savaş boyunca Almanya yanlısı politikalar izlemiş, savaşta Mihverler'in yedek gücü olarak yer almıştır¹⁰².

Ateşkesin imzalanmasından sonra Vichy'de toplanan Temsilciler Meclisi ve Senato tarafından Pétain, devlet başkanı ilan edilerek kendisine olağanüstü yetkiler verilmiştir. Bu olağanüstü yetkiler doğrultusunda Pétain, 1944 yılına kadar yasama ve yürütme yetkilerini elinde bulunduran otoriter bir rejim kurmuştur¹⁰³. Bu otoriter rejimin baskıcı yönetimi bütün Fransa'da yoğun bir biçimde hissedilmiştir. Bu otoriter ve baskıcı yönetim anlayışının 1946 Anayasası'nda yasamanın yürütme karşısında güçlendirilmesine neden olduğu iddia edilebilir. Dolayısıyla 1946 Anayasası'nda belirlenen siyasal rejimin parlamenter olmasına karşılık neredeyse meclis hükümetini andıracak biçimde parlamentonun güçlendirilmesinin altında yatan tarihsel nedenin bu olduğu ileri sürülebilir.

Fransa topraklarında bütün bunlar yaşanırken Londra'da askeri ateşe olarak bulunan General Charles de Gaulle Fransa'daki bu yeni hükümeti tanımadığını ilan ederek, kendisi gibi düşünen Fransız direnişçilerle birlikte Alman işgaline karşı "*Özgür Fransız Kuvvetleri*"ni kurmuştur¹⁰⁴. İngilizlerin açık desteğini alamasa da de Gaulle, 18 Haziran günü canlı yayınlı İngiliz devlet radyosu BBC'den Fransız ulusuna seslenmiştir¹⁰⁵. Savaş ortamından dolayı az sayıda Fransız'a ulaşan bu konuşmasında General, Fransa'nın henüz yenilmediğini ve savaşa devam etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu konuşma, ertesi gün Fransa'nın henüz Alman birliklerince işgal edilmemiş bölgelerinde yayınına devam eden gazetelerde yayımlanmıştır¹⁰⁶. O zamana kadar Fransızlar tarafından çok da tanınmayan General de Gaulle, bağımsızlık yanlısı tavrıyla Fransız halkının sempatisini kazanmaya başlamıştır. De Gaulle ile ilgili verilen bütün bu bilgiler yazının konusu bakımından anlamsız gelebilir. Fakat Fransa'daki mevcut siyasal rejimin inşa edilmesinde de Gaulle'ün belirleyiciliğinden ileride bahsedilecektir. Diğer bir ifadeyle ba-

¹⁰¹ Jones, age., s. 268.

¹⁰² Jones, age., s. 267; Sander, age., s. 134.

¹⁰³ Sander, age., s. 134.

¹⁰⁴ Sander, age., s. 134-135.

¹⁰⁵ Jones, age., 273.

¹⁰⁶ John Keegan, *The Second World War*, Pimlico, London 1997, s. 70.

ğimsizlik yanlısı de Gaulle bu tarihten itibaren uzun yıllar Fransız siyasal yaşamında ve bu gün uygulanan Beşinci Cumhuriyet’in hükümet sisteminin oluşturulmasında belirleyici olacaktır¹⁰⁷. İkinci Dünya Savaşı boyunca Vichy’de yaşama imkanı bulan yürütme merkezli otoriter yönetim, savaş sonrasında oluşacak siyasal rejimin belirlenmesinde olumsuz bir örnek oluşturmuştur.

2. Vichy Yönetimine Tepki: 1946 Anayasası’nda Güçsüz Yürütme Erki

De Gaulle, Amerikan ve Birleşik Krallık kuvvetlerinin Cezayir’i işgal etmesinin ardından 1943 yılında karargâhını Londra’dan bu ülkeye taşımıştır. Sonrasında Müttefik kuvvetlerin Normandiya çıkarması yoluyla Fransa topraklarına girmesinin ardından de Gaulle’ün Özgür Fransa Kuvvetleri hızla Fransa’ya hâkim olmuş ve otoriter Pétain rejimini ortadan kaldırarak geçici bir Fransız hükümeti kurulmuştur¹⁰⁸. Yaklaşık iki yıl kadar bu hükümetin başkanlığını yapan de Gaulle, kurulacak olan Dördüncü Cumhuriyet’in anayasasında yürütmenin güçsüz bir şekilde oluşturulduğu gerekçesiyle istifa etmiş ve siyasetten çekilmiştir. Fransa’daki partilerin büyük çoğunluğu Vichy hükümetine benzer otoriter bir rejimin kurulmaması için devlet başkanının gücünün sınırlandırılmasını istiyordu.

Gerçekten de 1946 Anayasası’nda yasama yürütme karşısında oldukça güçlendirilmiştir. Hatta çift meclisli yasama organı içerisinde de Milli Meclis Cumhuriyet Meclisine oranla daha güçlü kılınmış, Cumhuriyet meclisinin yetkileri sembolik hale getirilmiştir¹⁰⁹. Bundan dolayıdır ki 1946 Anayasası’nın bu çift meclisli sistemine “*tamamlanmamış çift meclis*” (Bicameralisme incomple) adı verilmiştir¹¹⁰. Dolayısıyla sistem Milli Meclis merkezinde oluşturulmuştur¹¹¹. Anayasaya göre Parlamento’nun hükümeti her an denetleme imkanı bulunmaktaydı. Özellikle gensoru mekanizmasının kolay işletilebilmesi bu anayasa döneminde kurulan hükümetlerin ömrünün kısa

¹⁰⁷ Kubalı’ya göre “1958 Anayasası, General De Gaulle’ün kişiliğine dayanır”. Bkz. Hüseyin Nail Kubalı, **Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1604, İstanbul 1971, s. 415.

¹⁰⁸ Jones, age., 274.

¹⁰⁹ 1946 Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz. Bülent Nuri Esen, “Fransa Cumhuriyeti Anayasası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.V, Y. 1948, S.1-4, s. 1-17.

¹¹⁰ Visalettin Pekiner, “1958 Yeni Fransız Anayasası”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1960, S.4, s. 142.

¹¹¹ Pekiner, agm., s. 142.

olmasına ve istikrarsız hükümetlerin oluşmasına yol açmıştır. Bu problemin önüne geçmek için sonraki yıllarda yürütmenin güçlendirilmesine çalışılmıştır. 1948 yılında yapılan anayasa değişikliği ile idareye “düzenleyici mahiyette kaideler koyma” yetkisinin tanındığı görülmektedir¹¹². Yapılan bu kısmi restorasyonlara rağmen 1946 yılından Beşinci Cumhuriyetin kurulduğu 1958 yılına kadar 24 hükümet değişikliği olmuştur¹¹³. Görüldüğü gibi ortalama her yıla iki hükümet düşmektedir.

12 yıl boyunca 1946 Anayasası'nın kurduğu parlamenter sistemin sıklıkla tıkanması ve hükümetlerin karar almakta zorlanması, Fransa'da yürütme organları güçlendirilmiş sistemler yönünde bir arayışa neden oldu¹¹⁴. Bununla birlikte zayıf hükümetlerin Cezayir Krizini¹¹⁵ iyi yönetememeleri yeni anayasa arayışını arttırmıştır. 23. Hükümetin kurulduğu dönemde Cezayir'de büyük bir ayaklanma çıkmıştı. Kamuoyu de Gaulle'ün yönetime yeniden gelmesini, de Gaulle ve taraftarları da güçlü bir yürütmeyi arzuluyordu¹¹⁶. Dördüncü Cumhuriyet Anayasası'nı değiştirmek isteyen kurucu irade parlamenter sistemden ayrılmadan yürütmeyi güçlendirmek taraftarıydı. Dolayısıyla dönemin olağanüstü koşullarının siyasal rejimin belirlenmesinde etkili olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁷. Öyle ki, 1 Haziran 1958'de Charles de Gaulle devletin başına geçtiğinde ve Beşinci Cumhuriyet Anayasası'nın hazırlıklarına başladığında işte bu olağanüstü koşullar yaşanmaktaydı. Yaşanan hükümet krizlerine çözüm olarak, Anayasa, çok daha etkin bir yürütme organına meşruiyet getirecek bir araç olarak tasarlandı. Bu nedenle 1958 Anayasa-

¹¹² Pekiner, agm., s. 143.

¹¹³ Bu yoğun hükümet değişikliklerine rağmen devlet işleyişi bürokrasinin yeteneklerine kalmıştı. Ortay'lı bu hükümet tıkanıklıklarının yaşandığı dönemde devletin ehliyetli bürokrasi tarafından büyük sorunlar yaşanmadan yönetildiğini iddia etmektedir. İlber Ortaylı, “Fransa'nın Beşinci Cumhuriyet Anayasası”, *Milliyet Pazar*, 07.10.2012.

¹¹⁴ Aydın ve Aliyev, agm., s. 43-44.

¹¹⁵ Cezair kriziyle ilgili olarak bkz. Jones, age., 282-286; Cem Eroğul, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, Kurlangıç Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2005, s. 142.

¹¹⁶ Pekiner, agm., s. 143.

¹¹⁷ Parla'ya göre; “Dö Gol ve 1958 anayasasının, başta dekolonizasyonun yarattığı Özel bunalımların ürünü olduğu açıktır”. Bu noktada, Parla, Fransız Halkı'nın aslında askeri bir darbeden korktuğu ve bunun yerine sorunlara çözüm getireceğini düşündükleri de Gaulle'ün otoriter yönetimine razı olduklarını da iddia etmektedir. Öyle ki, Yazara göre Fransız halkı referandumda 1958 Anayasası'ndan çok de Gaulle'ün iktidarını onaylamıştır. Bkz. Taha Parla, “Anayasalar ve Kurucu Meclisler Üzerine Bazı Karşılaştırmalı Notlar”, *İÜ İktisat Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Cavit Orhan Tütengil'in Anısına Armağan, C. 38, Y. 1984, S. 3-4, s. 215-216.

sı’nı değerlendirirken, hazırlanması aşamasındaki siyasi konjonktürü göz önünde bulundurmak doğru olacaktır.

Yeni Anayasa’da yürütmenin güçlendirilmesi adına, yasalara konu olacak alanlar daraltılırken düzenleyici işlemlerin konuları genişletilmiştir. Ayrıca gensoru işletilmesinin şartları zorlaştırılmıştır¹¹⁸. Bütün bunlarla birlikte yürütmenin güçlendirilmesi büyük oranda Cumhurbaşkanının yetkileri artırılarak yapılmıştır. Öyle ki 1958 Anayasası için anayasalı monarşi ile klasik parlamenter sistem arasındaki bir rejimi anlatan “*Orleanist Cumhuriyet*” ifadesi bile kullanılmaktadır¹¹⁹. Bu rejim devlet başkanının esaslı ve kuvvetli yetkiye sahip olduğu, bakanlar kurulunun devlet başkanıyla meclis arasındaki bağı kurduğu bir sistemi ifade eder¹²⁰. Bununla birlikte, 1958 Anayasası, yürütme organı içinde Cumhurbaşkanının yetkilerini güçlendirmiş olsa da, başlı başına bir yarı başkanlık sistemi oluşturmuyordu¹²¹. Yapılan reformun asıl amacı, yürütmeyi yasama organına karşı daha güçlü kılp hükümetlerin daha istikrarlı olmalarını sağlamaktı. Görüldüğü gibi 1958 Anayasası’nın kurduğu bu yeni rejimi tanımlamak oldukça güçtür. Başkanlık rejimiyle parlamenter rejim arasında yer alan bu yeni hükümet biçiminin isimlendirilmekte zorlanıldığı görülmektedir¹²². Yarı başkanlık tanımlaması ilk defa Le Monde gazetesinin kurucusu gazeteci Hubert Beuve-Mery’nin 1959 yılında yazmış olduğu bir köşe yazısında kullanılmıştır¹²³. Bu tanımın akademik dünyada kabul görmesi ise 1962 değişikliklerinden sonra olmuştur.

1962 değişikliği ile birlikte cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçildiği bir yapı oluşturulmuştur¹²⁴. Böylelikle cumhurbaşkanı, 1958 Anayasası’nın oluşturduğu yetkileri hukuki açıdan kullanırken edindiği demokratik meşruluk gücünden de destek alarak sistem içerisinde çok daha etkin hareket edecek bir konuma yükselmiştir¹²⁵. Öyleki Duverger’e göre “*bu*

¹¹⁸ Pekiner, agm., s. 143-144.

¹¹⁹ Nur Uluşahin, “**Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farklı Bir Yaklaşım: ‘Yarı Başkanlık’tan ‘İki Başlı Yürütme Yapılanması’na**”, C. 52, Y. 2003, S. 2, s. 206, dpt. 27; Pekiner, agm., s. 144; Parla, agm., s. 216.

¹²⁰ Pekiner, agm., s. 144.

¹²¹ Kimi yazarlar 1958 Anayasasının oluşturduğu siyasal rejimi “*zayıflatılmış parlamentarizm*” şeklinde tanımlamaktadırlar. Bkz. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 351.

¹²² Uluşahin, agm., s. 200.

¹²³ Uluşahin, agm., s. 201; Aydın ve Aliyev, agm., s. 28.

¹²⁴ Eroğul, agm., s. 147; Aydın ve Aliyev, agm., s. 25.

¹²⁵ Yavuz, agm., s. 1190.

değişiklik devlet başkanına hiçbir yetki vermemesine rağmen gücüne güç katmıştır”¹²⁶. Goguel ise bu tespiti daha ileri boyuta taşıyarak, 1962 değişikliklerinden hareketle rejimi “*kişiselleştirilmiş güç içeren parlamentarizm*” şeklinde tanımlamıştır¹²⁷. Dolayısıyla yazar sistem içerisinde iktidarın kişiselleşmesine vurgu yapmaktadır.

Yarı başkanlık tanımlaması, akademik dünyada ilk defa 1970 yılında Duverger tarafından siyasal kurumlar ve anayasa hukukuna ilişkin olarak yayımlanan kitabında kullanılmıştır¹²⁸. Sonraki yıllarda da Yazar çeşitli makalelerinde bu ifadeyi kullanarak, adını koyduğu siyasal rejimin temel ilkelerini belirlemeye çalışmıştır. Yazar’ın 1978 yılındaki makalesinden sonra terim önce Fransa’da ve 1980 yılında İngilizce yayınladığı makalesi¹²⁹ sonrasında da tüm dünyada düzenli kullanım kazanmıştır¹³⁰. Görüldüğü gibi yarı başkanlık sistemi bir kurgu sonucu oluşmuş bir hükümet biçimi değildir. 1958 Anayasa koyucusu temelde parlamenter sisteme bağlı fakat 1946 Anayasası’nın kurduğu güçsüz yürütmeyi de tadil eden bir rejim kurgulamaktaydı. Fakat yetkileri güçlendirilmiş cumhurbaşkanlığı makamının 1962 yılındaki değişiklikle meşruluğunun arttırılmasına de Gaulle’ün karizmatik ve güçlü yönetimi de eklenince bu rejimin mevcut diğer rejimlerden farklı olduğu anlaşılmış oldu¹³¹.

¹²⁶ Aktaran: Yavuz, agm., s. 1194.

¹²⁷ Aktaran: Uluşahin, age., s. 30, dpt. 21.

¹²⁸ Uluşahin, age., s. 32; Uluşahin, agm., s. 201.

¹²⁹ Maurice Duverger, “**A New Political System Model: Semi-Presidential Government**”, *European Journal of Political Research*, Vol 8, No. 2, Y. 1980, p. 166-187.

¹³⁰ Uluşahin, age., s. 33.

¹³¹ Cumhurbaşkanının halk tarafından doğrudan seçildiği ilk rejim Fransa’ya ait değildir. 1919 Weimar Anayasası’na göre devlet başkanı iki türlü bir çoğunluk sistemine göre yedi yıllığına halk tarafından seçilmekteydi. Üstelik Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerde hiçte azımsanacak nitelikte değildir. Öyle ki 48. madde de cumhurbaşkanına tanınan olağanüstü hal yetkileri, fesih ve referandum araçlarını harekete geçirme imkanları sistem içerisinde cumhurbaşkanını oldukça önemli konuma oturtmuştur. Weimar Anayasası’ndaki siyasal rejimi Duverger yarı başkanlık olarak nitelemektedir. Bkz. Uluşahin, age., s. 67-72; Bakır Çağlar’da Weimar Cumhuriyeti yönetim sistemini 1930’lara kadar yarı başkanlık olarak tanımlamaktadır. Bkz. Bakır Çağlar, **Anayasa Bilimi**, BFS, İstanbul 1989, s. 303; Teziç, cumhurbaşkanlarının halk tarafından doğrudan seçilmesi dolayısıyla I. Dünya Savaşı’nın sona ermesinin akabinde 1919 yılında başta Finlandiya olmak üzere Almanya’nın, 1929 yılındaki Anayasa reformuyla Avusturya’nın, 1937 yılında İrlanda’nın, 1944 yılında da İzlanda’nın bu rejime geçtiğini belirtmiştir. Bkz. Teziç, age., s. 514; Bununla birlikte Özsoy’a göre bu ülkelerdeki siyasal rejimleri cumhurbaşkanlarının yetkilerinin derecesine ve üstlendikleri siyasal rollere bakılmaksızın aynı başlık altın-

C. Fransız Örneğinden Hareketle Ülkemizde Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesi Hükümet Biçimini Değiştirmiş Midir?

Yukarıdaki açıklamalardan Fransa’da uygulanan yarı başkanlık rejiminin teori¹³² sonucunda değil uygulamalar neticesinde ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle yarı başkanlık rejimi insan aklının düşünsel kurgusuyla oluşturulmak yerine tarihsel bir evrimin sonucudur. Zira 1958 Anayasası kurgulanırken parlamenter sistemi değiştirmek amaçlanmamıştır. Temel amaç 1946 Anayasası’nın oluşturduğu güçsüz yürütmenin ortaya çıkardığı sorunların üstesinden gelmektir. İki gelişme siyasal rejim üzerinde ciddi tartışmaların doğmasına neden olmuştur. Birincisi hukuki diğeri siyasal niteliklidir. Hukuki gelişme 1962 yılında yapılan anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesidir. Kuşkusuz bu durumda 1958 Anayasası’nın cumhurbaşkanına vermiş olduğu geniş yetkiler demokratik meşruluk bakımından da güçlendirilmiştir. Siyasal bakımdan ise, de Gaulle’ün anayasanın tanıdığı hukuki yetkilerini etkin liderliğiyle birleştirmesi ve sonuna kadar kullanması sonucunda oluşan gelişmeler işaret edilebilir.

Tıpkı 1958 Fransız Anayasası’nın ilk halinde olduğu gibi Ülkemizde, 1982 Anayasası’nın ilk halinde de yürütme güçlendirilmiştir. 1982 Anayasası’nda yürütmenin güçlendirilmesinin iki temel nedeninden söz edilebilir. Birincisi 1961 Anayasası’nın yürütmeyi yasamaya oranla daha güçsüz kılmasıdır ki, bu açıdan bakılınca da Fransa ile bir bağ kurulabilir. Öyleki 1971 yılından itibaren 1961 Anayasası’nda yapılan değişikliklerin büyük çoğunluğu yürütmenin yasama ve yargı karşısında güçlendirilmesine ilişkindir¹³³. Hatırlanacağı üzere 1958 Fransız Anayasası’nda yürütmenin güçlendirilmesinin tarihsel nedeni 1946 Anayasası döneminde güçsüz ve istikrarsız hükümetlerin temelinde bu anayasanın yattığı inancıydı. İkincisi ise yürütmenin

da yarı başkanlık rejimi olarak nitelendirmek doğru değildir. Özsoy, agm., s. 138; Benzer şekilde O’Neil’e göre de bir ülkede devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi rejimin yarı başkanlık rejimi şeklinde ifade edilmesi için tek başına yeterli değildir. Belirleyici olan önemli yetkilerle de donatılmış olmasıdır. Aktaran: Aydın ve Aliyev, agm., s. 30; Siyasal rejim tartışmaları yukarıda sayılan ülkelere daha çok Fransa da yapılmış ve rejime ilişkin temel ilkeler üzerinde Fransız Akademik dünyası daha çok tartışmıştır. Dolayısıyla rejimin adının da Fransız akademisyenler tarafından konduğu görülürse, yarı başkanlık rejiminin tipik örneğinin Fransız uygulaması olduğu iddia edilebilir.

¹³² Özsoy, agm., s. 140.

¹³³ Yokuş, age., s. 85-86.

güçlendirilmesi konusunda dünyada hakim olan eğilimdir¹³⁴. Bu eğilimden Türkiye’de¹³⁵ nasibini almıştır¹³⁶.

1982 Anayasası oluşturduğu güçlü yürütme organıyla parlamenter rejimin genel eğiliminden sapmaktadır¹³⁷. Cumhurbaşkanı’nın yetkileri arttırılırken¹³⁸, Başbakan da kabine içerisinde “*primus inter pares (eşitler arasında birinci)*” konumdan “*primus inter partes (tarafklar arasında birinci)*” konuma çıkarılmıştır¹³⁹. Gerek 1982 Anayasası’nın ilk halinde ve gerekse sonradan yapılan anayasa değişiklikleri ile yasama, yürütme ve yargı arasındaki denge hep yürütme lehine arttırılmıştır. Yürütme organı özelinde ise Cumhurbaşkanı’nın ayrıık statüsünün, kendisini sistem içerisinde gereğinden fazla öne çıkardığı iddia edilebilir¹⁴⁰. Özellikle 2007 yılında yapılan halkoylaması neticesinde, Cumhurbaşkanı’nın halk tarafından doğrudan seçilecek olması, yine doğrudan halkın oylarıyla seçilerek parlamentoya giren başbakanın varlığıyla çifte meşruluk sorununa yol açabilir¹⁴¹. Yarı başkanlık rejiminin temel özelliklerinden birinin Cumhurbaşkanı’nın halk tarafından se-

¹³⁴ Yürütmenin güçlendirilmesi eğilimiyle ilgili olarak bkz. Erdoğan Teziç, “**Batı Demokrasilerinde ‘Yürütme’nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi**”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 2, Y. 1980, s. 91.

¹³⁵ Yokuş, age., s. 85.

¹³⁶ Göneç’e göre ise Cumhurbaşkanı’nın yetkilerinin güçlendirilmesinin nedeni farklıdır. Yazara göre bunun kısa vadeli nedeni 1980 Darbesinin mimarı Kenan Evren’in bu koltuğa oturacak olmasıydı. Uzun vadede ise 1982 Anayasası’nı yapanların “*tarafsız*” Cumhurbaşkanı’nı anayasal sistemin merkezine oturtmak istemelerinden kaynaklanmaktadır. Levent Göneç, “**Türkiye’deki Hükümet Sistemi Tartışmalarına İlişkin Değerlendirmeler**”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 272.

¹³⁷ Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Seçkin, Ankara 2006, s. 151; Oysa Gözler, Türkiye’deki siyasal rejimin Cumhurbaşkanlığı kurumunun güçlendirilmiş olmasına rağmen “*Saf Parlamenter Hükümet Sistemini*” yansıttığını düşünmektedir. Zira Yazar’a göre Cumhurbaşkanı’nın yetkileri arttırılmış olsa da, bu yetkileri parlamenter sisteme uygun olarak karşı-imza kuralına tabidir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 297-298.

¹³⁸ Bulut, agm., s. 33.

¹³⁹ Ömer Gedik, **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi**, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 60; Benzer yönde bkz. Yokuş, age., s. 89 ve 109.

¹⁴⁰ Göneç, agm., s. 272.

¹⁴¹ Bülent Yavuz, **Parlamenter Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasası’nda Başbakan**, Asil Yayın, Ankara 2008, s. 14; Gedik, agt., s. 60.

çilmesi olduğu göz önünde bulundurulursa¹⁴², değişiklikle birlikte rejimin yarı başkanlığa dönüştüğü düşüncesi doğabilir.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin rejimi başlı başına yarı başkanlık rejimine dönüştürmeyeceğini düşünen Özbudun Cumhurbaşkanlığı makamını güçlendirme konusunda 1982 Anayasası’nın, 1958 Fransız Anayasasına oranla parlamentarizme çok daha yakın kaldığını düşünmektedir¹⁴³.

Gönenç de yarı başkanlık sisteminin tipik örneği olan Fransız sistemine bakıldığında yukarıdaki sonuca varmanın güç olduğunu düşünmektedir¹⁴⁴. Zira Türkiye’de 1982 Anayasası’na göre cumhurbaşkanının yetkileri klasik parlamenter rejimde olması gerekenden fazla ise de klasik bir yarı başkanlık sistemindeki devlet başkanının sahip olduğu yetkilerden azdır¹⁴⁵. Örneğin Fransa’da cumhurbaşkanına yasaları halkoyuna sunma yetkisi (md. 11), tek başına parlamentoyu fesih yetkisi (md. 12) ve olağanüstü hal yetkileri (md. 16), ülkemizde Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerden oldukça geniştir¹⁴⁶. Dolayısıyla Yazar’a göre, 2007 yılında yapılan değişiklikle birlikte Türkiye’deki siyasal rejim parlamenter sistemden ayrılmıştır. Fakat bu rejimi yarı başkanlık olarak tanımlamakta oldukça güçtür. Yazar bu rejimi “*başkanlı parlamenter sistem*” şeklinde tanımlamıştır¹⁴⁷. Kanaatimizce yazarın bu tanımı parlamenter sistemin bir varyasyonunu ifade etmektedir. Tıpkı “*klasik parlamenter sistem*” ve “*rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem*” gibi. Bilindiği gibi Ülkemizde Anayasa Hukuku ile ilgilenen yazarların bir kıs-

¹⁴² Yokuş, age., s. 158; Duverger yarı başkanlık rejimini tanımladığı 1980 yılındaki makalesinde, bu rejimin üç unsurundan söz eder. Bunlar: “*Devlet başkanının genel oy ile halk tarafından seçilmesi*”, “*devlet başkanının etkin yetkilere sahip olması*” ve “*devlet başkanının yanında parlamentonun güvenine dayanan bir hükümet*”. Bkz. Duverger, age., s. 166; Teziç’e göre yarı başkanlık rejimleri, devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçildiği ve bakanların siyasi sorumluluğunun kaynaştırıldığı rejimlerdir. Bkz. Teziç, age., s. 514; Gözler de yarı başkanlık rejiminin özelliklerinden bahsederken, bu rejimi başkanlık rejimiyle değerlendirmiş ve üç temel unsurdan söz etmiştir. Bunlar: İki başlı yürütme, devlet başkanının halk tarafından seçilmesi ve hükümetin yasama organına karşı sorumluluğu. Bkz. Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, Ekin Yayınları, Bursa 2011, s. 585-586.

¹⁴³ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 354.

¹⁴⁴ Gönenç, agm., s. 273-274.

¹⁴⁵ Gönenç, agm., s. 274.

¹⁴⁶ Gönenç, agm., s. 274; Aynı yönde Fransa’da Cumhurbaşkanının yetkileri için bkz. Eroğul, age., s. 169-172; Özsoy, agm., s. 146-149.

¹⁴⁷ Gönenç, agm., s. 274.

mı¹⁴⁸ 1982 Anayasası'nın kurmuş olduğu hükümet sisteminin ilk halini rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem şeklinde ifade etmektedirler¹⁴⁹. Yine Özsoy, “*başkanlı parlamenter sistem*”i, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği parlamenter hükümet modeli olarak görmektedir¹⁵⁰. “*Başkanlı*” vurgusunun parlamenter sistem içerisinde devlet başkanının konumunun pekiştirildiğini göstermesi amacıyla kullanıldığı iddia edilebilir. Zira Turhan'ın da belirttiği gibi dünyada tek tür bir parlamenter rejimden söz edilemez. Her ülke kendi tarihsel ve öznel koşullarının şekillendirdiği, diğer ülkelerden farklılaşan bir türü benimseyebilir. Dolayısıyla parlamenter rejimin somutlaştırılmış uygulamalarından söz etmek mümkündür. Ancak bu somutlaştırılmış uygulamalar elbette soyut modelde var olan temel gereklere uymak zorunda olmakla birlikte bu soyut modelin bütün ayrıntılarını benimsemek zorunda değildir¹⁵¹. Önemli olan ana karakteristik özellikleri yansıtmasıdır.

Gözler ise “*yarı-başkanlık*” ifadesinin bizatihi kendisinin tartışmalı¹⁵² olduğunu düşünmektedir. Zira Yazar'a göre Cumhurbaşkanının halk tarafın-

¹⁴⁸ Örneğin bkz. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 66; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, 8. Baskı, Konya 2013, s. 153; Necmi Yüzbaşıoğlu, “*Cumhuriyetin 75 Yılıın Devletın Ana Kuruluşu Yönünden Değerlendirilmesi*”, *İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 256; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Başkanlık Sistemi Tartışmaları*, SDE Yayınları, Ankara 2010, <http://www.sde.org.tr/userfiles/file/baskanlik%20sistemi%20tartismalariYENI-1111.pdf>, E.T. 5. 8. 2014, s. 20; Döner, *Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu*, s. 113.

¹⁴⁹ Rejimin parlamenter rejimden ayrıldığını düşünenlerde yok değildir. Örneğin Duran, rejimi “*aksak veya topal başkanlık sistemi*” (Lütfi Duran, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988, s. 18), İyimaya, “*yarıbaşkanlık hükümet sistemi*” (Bkz. Ahmet İyimaya, *Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu*, Türk Parlamenterler Birliği, Toplumsal Ekonomik Siyasal Araştırmalar Vakfı, Ankara 2000, s. 245), Derdiman, “*aktif-sorumsuz başkanlı parlamenter sistem*”, (Derdiman, agm., s. 244) şeklinde tanımlamışlardır. (Başkanlı parlamenter rejimin, bizce parlamenter sistemin bir varyasyonu olduğunu burada tekrar vurgulayalım.)

¹⁵⁰ Şule Özsoy, *Başkanlı Parlamenter Sistem*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009.

¹⁵¹ Turhan, age., s. 164; Benzer biçimde İba'ya göre de “*parlamenter rejimlerin tek bir tipi yoktur*”. Bkz. Şeref İba, *Parlamento Hukuku*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2010, s. 3.

¹⁵² Özer’de yarı-başkanlık rejimi ifadesini kabul etmez. Yazar parlamenter rejimlerin yasamaya ağırlık veren ve yürütmeye ağırlık veren parlamenter hükümetler diye ikiye ayrılması gerektiğini ileri sürer. Yazar'a göre yürütmeye ağırlık veren parlamenter sistemleri de ikiye ayırmak gerekir. Bunların bir kısmı devlet başkanına ağırlık verirken diğer bir kısmı hükümete ağırlık vermektedir. İşte 1958 Fransız Anayasası devlet başkanına ağırlık veren bir parlamenter sistem ön görmektedir. Attila Özer, *Türk Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 202; Attila Özer, *Anayasa Hukuku Genel İlkeler*,

dan seçildiği “iki-başlı” hükümet biçimlerinde uygulamaya göre siyasal rejim, “saf parlamenter rejim” ile “başkanlık rejimi” arasında gidip gelmektedir¹⁵³. Yazar parlamento çoğunluğu ile cumhurbaşkanının aynı siyasal eğilimden gelmesi durumunda rejimin başkanlık rejimi gibi işlediğini, öte yandan parlamentoda cumhurbaşkanlığını destekleyecek bir çoğunluk bulunmadığı durumda ise rejimin saf parlamenter rejim şeklinde işlediğini iddia etmektedir¹⁵⁴.

Yürütmenin bir kanadının yasamanın içinden çıktığı ve yasa yapım sürecine katıldığı bir rejimin başkanlık rejimi şeklinde işleminin imkan dahilinde olmadığı kanaatini taşımaktayız. Zira başkanlık sisteminin en temel özelliği yasama ve yürütmenin sert ayrılığıdır. Diğer bir ifadeyle yasama ve yürütmenin faaliyet alanlarının bir birine teması mümkün değildir. Dolayısıyla bir siyasal rejimin her hangi bir anayasal değişiklik yapılmadan bir dönem için başkanlık rejimi biçiminde başka bir dönemde ise parlamenter rejim biçiminde işleminin siyasal rejimlerin doğasına aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Öyleyse Cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği ya parlamenter sistemin varyasyonlarından söz edilebilir, ya da klasik parlamenter sistemden sapar bir biçimde yürütmenin cumhurbaşkanı kanadının sistem içerisinde etkin olması durumunda yeni bir siyasal rejimden söz edilebilir. Yapısı gereği yarı başkanlık rejimi de yasama ve yürütme arasındaki işbirliğinden doğmaktadır. Buradan hareketle “iki-başlı” hükümet biçimde cumhurbaşkanının nasıl seçildiğinden daha çok sistem içerisindeki etkinliği, rejimin belirlenmesinde öne çıkmaktadır. Zira siyasal gerçekliğin belirlenmesinde hükümet biçimine ilişkin anayasal kuralların tek başına yeterli olmadığı iddia edilebilir¹⁵⁵. Örneğin 1944 İzlanda Anayasası’na göre devlet başkanının yetkileri oldukça geniştir ve halk tarafından seçilmektedir. Fakat uygulamada Cumhurbaşkanı bu yetkilerini kullanmamakta, bu yetkiler hükümet tarafından yerine getirilmektedir. Hatta Uluşahin’in ifadesiyle başlardan biri (devlet başkanı) “neredeyse cansız bir biçimde varlığını diğerinin

Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2009, s. 142; Aynı yöndeki yaklaşım için bkz. Yavuz, age., 68-90; Kubalı da Fransız uygulamasını “yürütmede devlet başkanına üstünlük tanıyan bir parlamenter hükümet şekli”nde ifade etmiştir. Ancak Kubalı bu ifadeleri kullandığı 1971 yılında henüz daha yarı başkanlık rejimi kavramının akademik dünyada yerleşmediğinin altını çizmek gerekir. Bkz. Kubalı, age., s. 415.

¹⁵³ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 301.

¹⁵⁴ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 301.

¹⁵⁵ Uluşahin, age., s. 37.

*eline terk etmiştir*¹⁵⁶. Rejim parlamenter rejim şeklinde işlemektedir. Burada Cumhuriyet öncesi Danimarka Kralı'na karşı girişilen tarihsel mücadelenin payından söz edilebilir¹⁵⁷. Her ne kadar başta Duverger olmak üzere¹⁵⁸ bir çok yazar İzlanda'yı yarı başkanlık rejimini uygulayan ülkeler kategorisine sokuyor olsalar da, uygulama parlamenter sistem kategorisinde yer alan ülkelerden sapmamaktadır. Öte yandan yine Duverger tarafından devlet başkanının yetkilerinin geniş oluşu ve halk tarafından seçiliyor olması dolayısıyla yarı başkanlık rejimleri arasında ifade edilen Avusturya'nın mukayeseli siyaset bilimi çalışmalarında genellikle parlamentarizm şeklinde kabul edildiği görülmektedir¹⁵⁹.

Uygulamada şekillenen yapının, sosyo-kültürel birikimler, seçim sistemleri, parti türleri ve anayasal teamüller gibi faktörlerin etkisiyle teorik yapıdan başkalaşmasının mümkün olduğu söylenebilir. Dolayısıyla siyasal rejimin belirlenmesinde siyasal sistemin değişkenleri göz önünde bulundurulmalıdır. Öyleyse Türkiye'de 2007 Anayasa değişikliğinden sonra siyasal rejimin adının konması hususunda anayasal kurallardan hareket ederek bir sonuca varmak için acele edilmemelidir. Dünya üzerinde yarı başkanlık rejiminin teorik çerçevesinin tespiti için 1958 Anayasası'na dayalı Fransız uygulamasının 1958'den 1970'lere kadarki pratiğinin gözlenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Siyasal rejimlerin tespitinde yasama ve yürütme arasındaki ilişkiler belirleyici olmakla birlikte siyasal sistemin değişken aktörleri siyasal rejimin varyasyonunu belirlemektedir. Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin politik yansımalarını üç döneme ayırmak mümkündür.

Bunlar; 1923 ve 1946 yılları arasında tek parti iktidarlarının olduğu ve parti başkanlarının aynı zamanda cumhurbaşkanı olduğu dönem, 1946 ile 2007 arasında teorik olarak parlamenter sistemin kurgulandığı dönem ve 2007 Anayasa değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği günümüzdeki dönemdir.

İlk dönemde Cumhurbaşkanları parlamento tarafından seçilmekteydi. 1924 Anayasası'nın tek partili uygulandığı yıllarda gerek yasama ve yürütme

¹⁵⁶ Uluşahin, age., s. 110.

¹⁵⁷ Uluşahin, age., s. 110.

¹⁵⁸ Duverger, age., s. 165 vd.

¹⁵⁹ Uluşahin, age., s. 98-99.

arasındaki ilişkilerden gerekse de parti başkanlığı ile devlet başkanlığının örtüşmesinden kaynaklı olarak klasik anlamda bir parlamenter sistemden söz etmek oldukça güçtür. Teorik hukuki düzenlemeler meclis hükümeti rejimiyle parlamenter rejim arasında karma bir yapı ortaya koysa da, uygulamanın sistem içerisinde devlet başkanının etkili olduğu bir başkanlı parlamenter rejime dönüştüğünden bahsetmek mümkündür.

İkinci dönemi üç alt başlıkta incelemek mümkün. 1924 Anayasası’nın çok partili dönemde uygulandığı 1946 ile 1960 arasında başbakanlı bir parlamenter sistemden söz etmek mümkündür. Kuşkusuz bunda o dönemde uygulanan seçim sisteminin ve siyasal partilerin yapısının, dönemin siyasal aktörlerinin karizmatik liderliğiyle birleşmesinin etkisi vardır.

1961 Anayasası döneminde ise teoride Cumhurbaşkanı her ne kadar parlamento tarafından seçiliyor olsa da, uygulamada belirleyici olanın Ordu olduğunu ifade etmek gerekir. Bu dönemde seçilen Cumhurbaşkanlarının asker kökenli olmaları bu iddiayı güçlendirmektedir. 1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin oldukça tartışmalı geçtiği görülmektedir. Bu tartışmaları gidermek amacıyla 1982 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanının seçim usulünde kısmi değişikliklere gidilmiş ancak bu tartışmaların önüne geçilememiştir. Diğer yandan 1982 Anayasası döneminde Turgut Özal’la birlikte Cumhurbaşkanlarının sivil ve siyasal kişilerden seçilmeye başlandığı görülmektedir.

Son dönem 2007 Anayasa değişikliği ile başlayan süreçtir. Bu değişiklikte birlikte Cumhurbaşkanları artık halkın oylarıyla seçilecektir. Bu durum öğretilerde tartışmalara neden olmuş Ülkemizin siyasal rejiminin yarı başkanlığa kaydığı yönünde görüşler ortaya atılmıştır.

Bilindiği üzere yarı başkanlık rejiminin tipik örneği (Fransız uygulaması)¹⁶⁰, ilk olarak yasamayı oldukça güçlü kılan 1946 Anayasasına tepki olarak yapılan 1958 Fransız Anayasası’nda ortaya çıkmıştır. 1958 Anayasası’nda temelde yapılmak istenen rejim değişikliği değil, parlamenter sistem içerisinde kalarak güçlü bir yürütme organının sağlanmasıdır. Elbette bunun tarihsel nedenleri vardır.

Vichy yönetiminin otoriter anlayışına karşı Birinci Dünya Savaşı’nın hemen akabinde tepki olarak yapılan 1946 Anayasası’nda yasama güçlü kılınmış, yürütme ise Büyük Savaş boyunca baskıcı otoriter yönetimin olumsuz çağrışırtmalarından hareketle geri plana itilmiştir. Bu düzenleme öyle bir

¹⁶⁰ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 350; Döner, Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu, s. 109.

hal almıştır ki sistem parlamenter sistem olarak kurgulanmasına rağmen pratikte neredeyse meclis hükümetine dönüşmüş, 1946 (Dördüncü Fransız Cumhuriyeti Anayasası) ve 1958 (Beşinci Fransız Cumhuriyeti Anayasası) yılları arasında yirminin üzerinde hükümetin ve istikrarsız yönetimlerin doğmasına neden olmuştur. İşte bu olumsuz tabloyu aşmak amacıyla 1958 Anayasası'nda yürütme güçlendirilmiştir. Yürütme güçlendirilirken yürütmenin merkezine cumhurbaşkanı oturtulmuştur. Aslında bütün bunlar yapılırken bir yarı başkanlık sistemi öngörülmemiştir. Fakat uygulama da cumhurbaşkanları bu yetkilerini yoğun bir şekilde kullanmışlar, buna dönemin etkili siyaset adamı de Gaulle'ün karizmatik liderliği de eklenince, sistem parlamenter sistemin klasik özelliklerini aşmıştır. Dolayısıyla yarı başkanlık rejimi teorik bir çalışmanın bilinçli bir ürünü değil, siyasal bir uygulamanın sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Bütün bu anlatılanların ülkemizi ilgilendiren tarafı, cumhurbaşkanının halk tarafından seçiliyor olması başlı başına sistemi yarı başkanlığa dönüştürmek için yeterli midir? Kanaatimizce Fransız uygulaması bu soruya vereceğimiz cevabın hayır olduğunu bize göstermektedir. Dolayısıyla cumhurbaşkanının başlı başına halk tarafından seçilmesi hükümet biçiminin dönüşmesi için yeterli değildir¹⁶¹. Uygulamada seçilecek cumhurbaşkanının tavrı bunda belirleyici olacaktır¹⁶². Zira 1982 Anayasası klasik parlamenter sistemden ayrılarak cumhurbaşkanını güçlü kılmıştır. Önemli görevlere atama yetkisi, gerekli gördüğü hallerde bakanlar kurulunu toplantıya çağırabilmesi ve bu kurula başkanlık yapma yetkisinin bulunması cumhurbaşkanlığını sembolik bir makam olmaktan çıkarmaya yetmektedir. Öte yandan bu yetkileri kullanmak seçilecek olan kişinin elindedir. Şayet yeni seçilecek olan cumhurbaşkanı bu güne kadar olduğu gibi yürütme organıyla olan ilişkilerini sınırlı tutarsa, rejimde bir değişiklik olmayacaktır. Halk tarafından seçilmesi sadece meşruiyetini arttıracaktır. Diğer taraftan bu kişi güçlenmiş meşruiyetini güçlü yetkileriyle harmanlarsa ne olacaktır? Bunu uygulama gösterecek.

¹⁶¹ Aynı yöndeki düşünce için bkz. Giovanni Sartori, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 167-168; Yokuş, age., s. 159; Bulut, agm., s. 36.

¹⁶² Kaboğlu'na göre "CB, yetkilerini anayasal çerçevede kullanmaya devam ederse, anayasal pratik değişmez". Bkz. Kaboğlu, age., s. 163.

KAYNAKÇA

- “Anayasa Hukukçuları: 367 Aranır”, <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/405150.asp>, E.T. 14.07.2014.
- Ahmad, Feroz, **Modern Türkiye’nin Oluşumu**, (Çev. Yavuz Alogan), Kaynak Yayınevi, 4. Basım, İstanbul.
- Aköz, Emre, “**Çankaya Köşkü’ne çıkan yol Genelkurmay’dan mı geçer?**”, *Sabah*, 14 Nisan 2007.
- Akyüz, Fikri, “**1961’in Harcanan Cumhurbaşkanı Adayı: Ali Fuat Başgil**”, *Tarih Bilinci*, S. 27, Temmuz 2014.
- Akyüz, Sema, **Türk Siyasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Yeri ve Seçimi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006.
- Aldıkaçtı, Orhan, **Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı**, İstanbul 1960.
- Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, 8. Baskı, Konya 2013.
- Ayan, Sezer, “**Siyasi Yapılanma Sürecinde 1961 ve 1982 Anayasası**”, *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 8, S. 2, Y. 2007, s. 1-24.
- Aydın, Ahmet Hamdi ve Aliyev, Pelin, “**Yarı-Başkanlık Sistemi ve Fransa Örneği**”, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Alfa Aktüel, Ankara 2013, s. 25-48.
- Başgil, Ali Fuad, **Esas Teşkilat Hukuku**, C. I, İstanbul 1960.
- Birlik, Gültekin Kamil, **Milli Mücadeleden Cumhurbaşkanlığına Kadar Celal Bayar (1919-1950)**, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2011.
- Bulut, Nihat, “**Osmanlı’dan Günümüze Türkiye’de Devlet Başkanlığı Kurumuna Genel Bir Bakış**”, *Tarih Bilinci*, S. 27, Temmuz 2014, s. 29-37.
- Çağlar, Bakır, **Anayasa Bilimi**, BFS, İstanbul 1989.
- Derdiman, Ramazan Cengiz, “**Türkiye’de Benimsenecek Hükümet Sistemi ve ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümetini’ Tartışmak**”, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Alfa Aktüel, Ankara 2013, s. 241-273.
- Döner, Ayhan, “**Başkanlık Sisteminin Türkiye’de Uygulanabilirliği**”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 668-678.

- Döner, Ayhan, “**Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu**”, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Alfa Aktüel, Ankara 2013, s. 101-121.
- Duran, Lütfi, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988.
- Durgun, Şenol, “**Sistem Arayışlarında Siyasal Partiler ve Parti Disiplini**”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 337-357.
- Dursun, Hasan, “**Süper Başkanlık ya da Başkancı Parlamenter Sistem: Weimar Almanya’sı ile Rusya Federasyonu Örnekleri ve Çıkarılacak Dersler**”, *TBB Dergisi*, S. 67, Y. 2006, s. 230-284.
- Duverger, Maurice, “**A New Political System Model: Semi-Presidential Government**”, *European Journal of Political Research*, Vol 8, No. 2, Y. 1980, p. 166-187.
- Erdoğan, Mustafa, **Liberal Toplum Liberal Siyaset**, Siyasal Kitabevi, Ankara 1998.
- Erdoğan, Mustafa, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, Liberte Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2003.
- Eroğul, Cem, “**2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler**”, *AÜSBFD Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan*, C. 62, S. 3, Temmuz-Ağustos 2007, s. 167-181.
- Eroğul, Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, Kırılgiç Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2005.
- Esen, Bülent Nuri, “**Fransa Cumhuriyeti Anayasası**”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.V, Y. 1948, S.1-4, s. 1-17.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, **Başkanlık Sistemi Tartışmaları**, SDE Yayınları, Ankara 2010, <http://www.sde.org.tr/userfiles/file/baskanlik%20sistemi%20tartismalariYENI-1111.pdf>, E.T. 5. 8. 2014.
- Gedik, Ömer, **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi**, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul 2013.
- Gönenç, Levent, “**Türkiye’deki Hükümet Sistemi Tartışmalarına İlişkin Değerlendirmeler**”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 269-279.
- Gören, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Seçkin, Ankara 2006.
- Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2. Baskı, Bursa 1999.
- Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, 9. Baskı, Bursa 2010.

Gül, Cengiz ve Karagöz, Kasım, “**Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu**”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, Y. 2007, s. 711-752.

Gül, Cengiz, “**İktidarda Yaşanan Kişiselleşme Olgusunun Yürütmenin Güçlenmesi Üzerindeki Etkileri**”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 872-882.

Gülsoy, Tevfik, “**Hükümet Sistemlerini Karşılaştırmak: Türkiye İçin Bir Değerlendirme**”, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 257-268.

Gürbüz, Yaşar, **Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler**, Beta Yayınları, İstanbul 1987.

http://tr.wikipedia.org/wiki/1982_T%C3%BCrkiye_Cumhuriyeti_Halk_Oylamas%C4%B1. E.T. 12.06.2014.

http://www.tccb.gov.tr/sayfa/cumhurbaskanlarimiz/celal_bayar/, E.T. 05.06.2014.

İba, Şeref, **Parlamento Hukuku**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2010.

İsmail Beşikçi, **Cumhuriyet Halk Fırkası’nın 1927 Tüzüğü**, Yurt Yayınları, 1991.

İyimaya, Ahmet, **Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, Türk Parlamenterler Birliği, Toplumsal Ekonomik Siyasal Araştırmalar Vakfı, Ankara 2000.

Jones, Colin, **The Cambridge Illustrated History of France**, Cambridge University Press, London 2005.

Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Legal, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014.

Kalaycıoğlu, Ersin, “**Başkanlık sistemi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehdidi İle Sınarı**”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005.

Kanadoğlu, Sabih, “**AKP Tek Başına Seçemez**”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 26 Aralık 2006.

Karacan, Ali İhsan, “**Köşk Seçiminde Anayasadaki Püf Nokta**”, *Dünya Gazetesi*, 1.12.2006.

Karpat, Kemal, **Türk Demokrasi Tarihi**, Afa Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1996.

Keegan, John, **The Second World War**, Pimlico, London 1997, s. 70.

Kemal, Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt I, Ekin Yayınları, Bursa 2011.

Kerse, Ahmet, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanlığı**, Sümer Matbaası, İstanbul 1973.

Kubalı, Hüseyin Nail, **Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1604, İstanbul 1971.

Kubalı, Hüseyin Nail, **Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, Tan Matbaası, İstanbul 1960.

Kuzu, Burhan, **“Türkiye İçin Başkanlık Sistemi”**, *Türkiye’de Siyasal Hayat*, Editörler: Adnan Küçük, Selehattin Bakan, Ahmet Karadağ, Aktüel Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Kuzu, Burhan, **Her Yönü İle Başkanlık Sistemi**, Babıali Kültür Yayınları, İstanbul 2011.

Küçük, Adnan, **“Hükümet Sistemlerinin Tarihçesi”**, *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Y. 9, S. 51, s. 808 (808-830);

Kütük, Abdullah, **Demokratik Hukuk Devleti ve Hükümet Sistemleri Perspektifinden Türk Anayasal Tarihinde Cumhurbaşkanlığı**, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2012.

Lackerstein, Deborah, **National Regeneration in Vichy France: Ideas and Policies 1930–1944**, Ashgate, 2012.

Lewis, Bernard, **Modern Türkiye’nin Doğuşu**, (Çev. Boğaç Babür Turna), Arkadaş Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2013.

Oder, Bertil Emrah, **“Türkiye’de Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1991-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler”**, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 31-69.

Ortaylı, İlber, **“Fransa’nın Beşinci Cumhuriyet Anayasası”**, *Milliyet Pazarı*, 07.10.2012.

Onar, Erdal, **“Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli Midir?”**, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s.

Önder, Salih, **Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Özbudun, Ergun, **1924 Anayasası**, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.

- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2012.
- Özçelik, Selçuk, **1961Anayasası Ders Notları**, Fasikül: 1, Nuri Osmaniyeye Matbaası, İstanbul 1965.
- Özer, Attila, **Anayasa Hukuku Genel İlkeler**, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2009.
- Özer, Attila, **Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Özsoy, Şule, **Başkanlı Parlamenter Sistem**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- Özsoy, Şule, **“Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerindeki Rolü”**, *Cumhurbaşkanlığı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*, Türkiye Barolar Birliği Sempozyum 12-13 Ocak, Ankara 2007, s. 128-153.
- Parla, Taha, **“Anayasalar ve Kurucu Meclisler Üzerine Bazı Karşılaştırmalı Notlar”**, *İÜ İktisat Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Cavit Orhan Tütengil’in Anısına Armağan*, C. 38, Y. 1984, S. 3-4, s. 207-221.
- Pekiner, Visalettin, **“1958 Yeni Fransız Anayasası”**, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1960, S.4, s. 142-149.
- Richard H. Weisberg, **Vichy Law and the Holocaust in France**, Routledge, New York 2013.
- Sander, Oral, **Siyasi Tarih 1918-1994**, İmge Kitabevi, 22. Baskı, Ankara 2013.
- Sartori, Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- Sevinç, Murat, **Anayasa Yazıları**, İmaj Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2011.
- Sezer, Abdullah, <http://anayasametinleri.blogspot.com.tr/2010/09/1923-anayasa-degisikligi-gunumuz.html>, E.T. 06.04.2014.
- Tanilli, Server, **Devlet ve Demokrasi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1981.
- Tanör, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, YKY, 15. Baskı, İstanbul 2006.
- Teziç, Erdoğan, **“Batı Demokrasilerinde ‘Yürütme’nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi”**, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 2, Y. 1980, s. 91-106.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta, 16. Bası, İstanbul 2013. Mehmet Turhan, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989.

Tunaya, Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul 1980.

Turhan, Mehmet, “**Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı**”, AÜSBFD Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan, C. 62, S. 3, Temmuz- Ağustos 2007, s. 386-dpt. 3.

Turhan, Mehmet, “**Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)**”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan)*, C. XLVI, S. 1-2, Y. 1991, s. 456.

Uluşahin, Nur, “**Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farklı Bir Yaklaşım: ‘Yarı Başkanlık’tan ‘İki Başlı Yürütme Yapılanması’na**”, C. 52, Y. 2003, S. 2, s. 206,

Uluşahin, Nur, **Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Yalçın, Soner, “**İlk Cumhurbaşkanlığı Seçimi Atatürk’ü Öldürüyordu!**”, *Hürriyet*, 19 Ağustos 2007.

Yavuz, Bülent, “**2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları**”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 1176.

Yavuz, Bülent, **Parlamente Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasası’nda Başbakan**, Asil Yayın, Ankara 2008.

Yazıcı, Serap, **Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

Yıldırım, Mutlu, **Türkiye’de Sivil Asker İlişkileri Bağlamında 1966 - 1973 Cumhurbaşkanlığı Seçimleri**, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Denizli 2010.

Yokuş, Sevtap, **Türkiye’de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, “**Cumhuriyetin 75 Yılında Devletin Ana Kuruluşu Yönünden Değerlendirilmesi**”, *İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 249-259.

11. CUMHURBAŞKANININ GÖREV SÜRESİNİN BELİRLENMESİNDE KURAL KOYUCU İRADENİN ROLÜ

*Yrd. Doç. Dr. Aydın İPEK**

ÖZET

Onuncu Cumhurbaşkanı Sezer'in yedi yıllık görev süresi bitmeden Onbirinci Cumhurbaşkanının seçilmesi için TBMM tarafından yapılan seçimler Anayasa Mahkemesi tarafından toplantı yeter sayısı sağlanamadığı gerekçeyle akim bırakılmıştır. Bunun üzerine TBMM erken seçim kararı almış ve Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönünde bir Anayasa değişikliği iradesi ortaya koymuştur. Cumhurbaşkanı Sezer Anayasa değişikliğini halkoyuna götürmüştür. Yapılan erken seçim sonrası oluşan TBMM, halkoylaması yapılmadan yaklaşık iki ay önce tekrar bir irade ortaya koyarak Onbirinci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ü, yedi yıl için seçmiştir. 21 Ekim 2007 tarihinde yapılan halk oylaması ile Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl olarak değiştirilmiştir.

28 Ağustos 2012 tarihi öncesinde Onbirinci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresinin beş yıl mı yoksa yedi yıl mı olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılığı söz konusu olmuştur. 26 Ocak 2012 Perşembe günü yayımlanarak yürürlüğe giren Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu "Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır." geçici hükmü ile tartışmaları alevlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi 15 Haziran 2012'de kararını açıklamış, Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olduğunu ifade etmiştir. Ancak gerekçe doyurucu olmaktan uzaktır ve tartışmalara da cevap vermemiştir.

Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi konusunda yaşanan olağanüstü gelişmelerle birlikte, hukuk güvenliği-geçmişe yürümezlik ilkesi ile kuralın hemen uygulanması ilkelerinin oynadıkları rollerin, kural koyucu iradenin oluşumunda ve ortaya çıkarılmasında esas konumda oldukları söylenilebilir. Bu bağlamda kural koyucu iradenin anayasa değişikliği yapılırken bu ilkelere hangisi doğrultusunda gerçekleştiği önem kazanmaktadır.

* Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Anahtar Kelimeler

Onbirinci Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi, Anayasa Değişikliği, Kural Koyucu İrade, Hukuk Güvenliği İlkesi.

Keywords

11th President of Turkey, The Constitutional Court, Constitutional Amendments, Legislative Will, Principle of Certainty of Law.

ABSTRACT

Since the Constitutional Court could not make a quorum for the election of the 11th President of Turkey, The Turkish Parliament could not complete the election process before ending the term of office for the 10th President Sezer. Therefore Parliament has called the early election and proposed constitutional amendments that will pave the way to elect a president by public vote. President Sezer has taken amendments to a referendum. Parliament formed after the early elections elected President Abdullah Gül for seven years without the public vote which planned to be done in two months. Constitutional amendments, accepted through a nation-wide referendum on 21 October 2007, the term of the president was reduced to 5 years.

Prior to August 28, 2012 there was divergence in opinions on doctrine whether the 11th President Abdullah Gul's term in the office was five or seven years. On January 26, 2012 the accepted and published Presidential Election Law with its temporary provision (saying that the 11th President's term in the office is seven years) inflamed discussions. The Constitutional Court has declared its verdict on June 15, 2012, by determining the duration of the 11th President's term in office as seven years. However, justification is inadequate to satisfy discussions for determining the length of the 11th President's term.

On the issue of the determining the length of the 11th President's term it can be said that the roles of principle of certainty and predictability and the principle of retroactivity of law are essential for the establishment and declaration of regulatory agency along with the extraordinary development. Within this context in which way the legislative will take from the principles mentioned above becomes more important while amending the constitution.

GİRİŞ

2007 Anayasa değişikliği öncesi Cumhurbaşkanı TBMM tarafından seçilmekteydi. Onuncu Cumhurbaşkanı Sezer'in görev süresi bitmeden Onbi-

rinci Cumhurbaşkanının seçilmesi için TBMM tarafından yapılan seçimler Anamuhalefet Partisi CHP'nin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından toplantı yeter sayısı sağlanamadığı gerekçesiyle sonlandırılmıştır. Anayasa Mahkemesinin çok tartışılan bu kararıyla Cumhurbaşkanı seçilemediği için Anayasa gereği (m.102/3) derhal TBMM seçimlerinin yenilenmesi gerekiyordu. Bunun üzerine TBMM erken seçim kararı almış ve ardından Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmesi yönünde bir Anayasa değişikliği iradesi ortaya koymuştur. Cumhurbaşkanı Sezer de Anayasa değişikliğini halkoyuna götürmüştür. Yapılan erken seçim sonrası oluşan TBMM, halkoylaması yapılmadan yaklaşık iki ay önce tekrar bir irade ortaya koyarak Onbirinci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ü, yedi yıl için seçmiştir.

Halkoylamasına sunulan 5678 sayılı Kanunda Onbirinci Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yöntemini belirleyen hükümler¹, hukuki bir kargaşaya yol açmamak için 5697 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. Dolayısıyla 5678 sayılı Kanunun 2. maddesi halkoylamasının Türkiye genelinde gerçekleştirilmesinden 4 gün önce ve oy vermeye başlamasından 36 gün sonra çıkarılmıştır.² Çıkarılan Geçici 18. ve 19. maddeler Onbirinci Cumhurbaşkanının seçim işlerini düzenleyen maddelerdir.³ Tüm bunların ardından 21 Ekim 2007 tarihinde yapılan halk oylaması ile Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl olarak değiştirilmiştir.

2007 Halkoylaması ile birlikte Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin kaç yıl olduğu konusunda doktrinin de ikiye bölündüğü tartışmalar ortaya çıkmıştır. Yasama organı 2012 yılında Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi ile ilgili problemi kanun düzenlemesi ile çözmeye çalışmıştır. Bu yasama organının egemenlikten kaynaklanan yasama yetkisini kullanma isteğinin bir sonucudur. Egemenlik ise 1982 Anayasasında sınırlandırılmış

¹ Madde 6 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir. “GEÇİCİ MADDE 18- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67. Maddesinin son fıkrası, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yapılabilmesi için; çıkarılması gereken kanun hükümleri ile seçim kanunlarında yapılan değişiklikler bakımından dikkate alınmaz. GEÇİCİ MADDE 19- Onbirinci Cumhurbaşkanı seçiminin ilk tur oylaması, bu Kanunun Resmi Gazetede yayımını takip eden kırkıncı günden sonraki ilk Pazar günü, ikinci tur oylaması ise ilk tur oylamayı takip eden ikinci Pazar günü yapılır. ...” ; 5678 Sayılı Kanunla Onbirinci Cumhurbaşkanının seçimine uygulanmayacağı belirtilen Anayasasının 67. Maddesinin son fıkrası “Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz” demektedir.

² Sercan Coşkun KULAK, “Halkoylaması”, **TBB Dergisi** 2012 (101), s. 214.

³ Cem EROĞUL, “Anayasa Değişikliği Önerisinde Değişiklik Yapılması”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** 64 (1), s. 99.

bir şekilde ortaya konmaktadır. 1982 Anayasasının 6. maddesinde “Egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir” denilmektedir. Burada ki kayıtsız şartsız oluş, egemenliğin kullanılması açısından değil, millete ait olması bakımındandır. 6. maddenin 2. fıkrası ise egemenliği yetki olarak ele almaktadır; “Türk Milleti egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eli ile kullanır.” Son fıkrasında da “...Kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi”nin söz konusu olamayacağı belirtilerek yetkili organların dahi anayasal sınırlar içinde kalacakları ifade edilmektedir.⁴

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen demokratik devlet ve hukuk devleti ilkelerine bağlı kalmak şartıyla kural belirleme yetkisine sahip olan tek makam vardır. O da Anayasanın 7. maddesinde belirtilmiştir: “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir.”

Bu durum da göstermektedir ki yasama organı her an kural koyma yetkisini kullanarak Cumhurbaşkanının görev süresi hakkında yargı organlarını da bağlayan kurallar koyabilir. Ancak Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen 11. madde hatırlanacak olursa, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını ... bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” denilerek yasama yetkisinin Anayasa ile bağlı bir yetki olduğu ifade edilmektedir. Yasama organının Anayasaya aykırı kural koyma yetkisi bulunmamaktadır.

Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu’nun Geçici Maddesi

19 Ocak 2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu için tabir caiz ise “yumurta kapıya dayanmış” olması durumu ifade edilmektedir.⁵ “Yumurta kapıya dayanmış” olma durumu, 2007 yılında Onbirinci Cumhurbaşkanını seçmesine izin verilmeyen TBMM için daha çok geçerlidir. Hatta yumurtlamasına izin verilmediği için ne yapacağını bilmeyen tavuk durumundan bile bahsedilebilir.

Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu 26 Ocak 2012 Perşembe günü yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. CHP geçici maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Söz konusu geçici madde şöyledir:

“(1) Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır.

⁴ Aydın İPEK, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Detay Yay., Ankara, 2011, ss. 37-38

⁵ Kemal GÖZLER, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?” *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 66, Şubat 2012, s. 36.

(2) 31/5/2007 tarihli ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce seçilen Cumhurbaşkanları, iki defa seçilmemeleri kuralı dahil, Anayasanın değişiklik öncesi hükümlerine tabidir.”

Ek madde ile iki yeni kural ifade edilmektedir. Birinci kural makalenin esasını oluşturan Cumhurbaşkanının görev süresi ile ilgili “Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır.” kuralı ve ikinci kural “Onbirinci Cumhurbaşkanı ve daha önce seçilen Cumhurbaşkanlarının iki defa seçilememe kuralıdır.” İkinci kural ayrı bir makale konusu olduğu için burada sadece değinmekle yetinilmiştir.

“Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır.” kuralı Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi bir kuraldır. Çünkü 2007 değişikliği sonrası 101. madde Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olduğunu ifade etmektedir.

Söz konusu kanun, 2007 değişikliği Abdullah Gül içinde geçerli ise Anayasayla çelişir bir düzenlemedir. Çünkü artık Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır ve bu sürenin bitmesi üzerine Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliği taşıyan her vatandaşın “eşitlik ilkesi” gereği aday olabilme hakkı elinden alınmaktadır. Ya da Onbirinci Cumhurbaşkanını iki yıl daha Cumhurbaşkanı olarak görmek istemeyenlerin bu isteklerini seçim sandıklarına yansıtmaları engellenmektedir. Sandık vatandaşlardan kaçırılarak mevcut süre uzatılmış olacaktır. Ancak söz konusu değişiklik (madde 101) Abdullah Gül için geçerli değilse getirilen bu kural malumun ilamı hükmünde olacağı için Anayasaya aykırılık teşkil etmeyecektir.

Burada problemin çözümü için değişiklik sonrası 101. maddenin Onbirinci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ü de bağlayıp bağlamadığı sorusunu cevaplamak gerekmektedir.

Demokratik Devlet ve Seçim

Öncelikle belirtmek gerekir ki, seçim hukukunun başlıca hukuki kaynağı, seçimlerle ilgili temel esasları ortaya koyan ve belirleyen anayasanın kendisidir.⁶ Seçim hukuku, anayasa hukukunun bir alt alanıdır.⁷ Cumhurbaşkanının seçilmesi ile ilgili örnek olayda da temel kurallar Anayasa tarafından belirlenmiştir. Bu durumda bir Anayasa hükmünden kaynaklanan

⁶ Levent GÖNENÇ, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet Yay, Ankara, 2008, s.13

⁷ GÖNENÇ, a.g.e., s. 6

Cumhurbaşkanlığı görev süresinin kaç yıl olduğu probleminin çözümü kanun düzenlemesi ile çözülemez. Çünkü “Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” (md. 11/son) Öyleyse 1982 Anayasasında kural koyucu organ olarak belirtilen TBMM, bu problemi ancak bir Anayasa düzenlemesi ile çözebilir. Aksi takdirde bu problem çözümediği için bu problemin çözümü mevcut kurallar çerçevesinde yargı organlarına bırakılmış olacaktır.

Gelelim yasama organının Anayasa düzenlemesi ile problemi çözüp çözemeyeceği konusuna. Demokratik devlet ilkesinin geçerli olduğu bir ülkede en temel prensip yöneticilerin seçimle işbaşına gelmesi ilkesidir. Cumhurbaşkanı da seçimle iş başına gelmiştir. O zaman demokratik devlet ilkesinin geçerli olduğu bir yapıda seçimle işbaşına gelmiş devlet yetkisi kullanan kişilerin görev süreleri kural koyucu tarafından uzatılabilir ya da kısaltılabilir mi sorusunun cevaplandırılması gerekir?

Cumhurbaşkanlığı üzerinden devam edecek olursak beş yıllığına seçilmiş bir Cumhurbaşkanının görev süresinin yapılacak bir anayasa değişikliği ile ölüncüye dek uzatılması durumu demokratik devlet açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Ya da beş yıllığına seçilen Cumhurbaşkanının görev süresinin yapılacak bir anayasa değişikliği ile on yıla çıkarılması durumu da demokratik devlet açısından yine kabul edilebilir bir durum olarak görülmeyecektir. Ancak yedi yıl içilen seçilen bir kimsenin (A şahsının) görev süresinin uzatılması ya da kısaltılması kuralın değiştirilmesi değil, bizzat kişinin görev süresinin değiştirilmesidir. Demokratik devletler de kabul göremeyecek bir yaklaşım tarzıdır. Bazı Afrika ve Asya ülkelerinde dört ya da beş yıl için Devlet Başkanı seçilen kimselerin “Devlet Başkanının görev süresi on yıldır. Bu kural mevcut Devlet Başkanı içinde geçerlidir.” ya da “Devlet Başkanı hastalık ve benzeri sebepler hariç ölüncüye kadar görevini sürdürür” şeklindeki Anayasa değişiklikleri ile demokratik devlet ilkesine aykırı şekilde görev sürelerini uzattıkları bilinmektedir.

Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıl olan bir ülkede Anayasanın değiştirilerek Cumhurbaşkanlığı görev süresinin (kuralın) sekiz yıla çıkarılması ya da beş yıla indirilmesi demokrasiye uygundur ve tartışmadan uzaktır. Bu durumda kural koyucu organın takdir yetkisi söz konusudur. Çünkü her iki kuraldan hatta binlerce alternatif kuraldan istediğini seçme ve o kuralı koyma yetkisi kural koyucuya aittir. Önemli olan kural değişikliği ile görevdeki bir kimsenin görev süresinin demokratik devlet ilkesine aykırı bir şekilde uzatılmaması ya da kısaltılmamasıdır.

Tartışılacak olan yeni kuralın önceki kurala göre seçilen Cumhurbaşkanıya uygulanıp uygulanmayacağıdır. Kural koyucu irade bu durumla ilgili nasıl bir çözüm getirmiştir. Eğer çözüm getirmemişse bu irade nasıl yorum-

lanmalıdır. İşte onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi ile ilgili tartışma da bundan kaynaklanmaktadır.

“Seçimler demokrasinin sert çekirdeğini oluşturur”.⁸ Literatüre baktığımızda demokratik devletin unsuru olarak devlet yönetimine seçimle işbaşına gelenlerin belirli sürelerle gelmesi ve gitmesi ilkesinin geçerli olduğunu görürüz. Bu işbaşına gelme ve gitme durumu kural değişikliği ile değil, demokrasilerde ancak seçimlerle mümkündür. Seçimle işbaşına gelenlerin seçim dışında görev sürelerinin kural değişikliği ile uzaması ya da kısalması demokratik devleti diğer devletlerden ayıran en temel özelliktir.

Örneğin bir devlet başkanının görev süresini uzatmak için yapılan halka başvurma işlemi, başka adayların ortaya çıkmasını engeller. Seçim en az iki farklı şey arasında yapılan bir tercihtir. Dolayısıyla böyle bir işlem asla seçim olarak değerlendirilemez. Çünkü halkın içinden aday olabilecek kimse-lerin aday olması engellendiği gibi, bu adaya oy verebilme hakkı da halkın elinden alınmış olur. Birden fazla aday arasında tercih yapmak ile sadece bir adayı değerlendirme işlemi aynı işlem değildir.

Kural değişikliği, yapılan ve bitmiş seçimler için söz konusu olamaz. Yapılacak seçimler için söz konusudur. Yasama organı sadece kural değişikliği yapabilir. Seçimle işbaşına gelmiş olanların seçim dışı yollarla görevden alınmaları demokratik devlete aykırı olduğu gibi hukuk devleti ilkesi ile de çelişir. Böyle ülkelerde seçim güvenliği, seçim sonuçlarının geçerliliği gibi ilkelerle birlikte “hukuk güvenliği” ilkesi bakımından da tartışmalar ortaya çıkacaktır. Örneğin yedi yıl için seçilmiş Cumhurbaşkanını görev süresinin birinci yılında “Cumhurbaşkanının görev süresi bir yıldır.” Ek madde “bu madde görevdeki Cumhurbaşkanına da uygulanır.” şeklinde yapılacak Anayasa değişikliği kural koymak değil, görevde ki seçilmiş Cumhurbaşkanını görevden almak anlamına gelecektir.

Kural koyucunun demokratik devlette kural koyma yetkisini kullanırken takdir yetkisinin sınırlı olup olmadığı problemi çözüme kavuşturulmalıdır. Kural koyucu Anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme yapmalıdır. Mevcut Cumhurbaşkanının demokrasinin vazgeçilmezi seçimler yapılmadan görev süresinin uzatılması, Cumhurbaşkanı olabilecek diğerlerinin seçilme hakkını elinden aldığı için demokratik devlet ilkesine aykırı olduğu gibi, Mevcut Cumhurbaşkanının devam etmesini istemeyenlerin “seçmeye bilme” hakkına da aykırıdır.

⁸ Raisa ALI, **Representative Democracy and Concept of Free and Fair Elections**, Deep and Deep Publications, New Delhi, 1996, s.16’den aktaran GÖNENÇ, a.g.e., s.1

Demokratik teoriye göre meşru iktidar, kaynağını halkın rıza ve muvafakatından alan iktidardır. Halkın muvafakatı ise hür seçimlerle ortaya çıkar. Kamu iktidarına muvafakat etmek veya önceki muvafakatı yenilemek, ya da geri çekmek “**seçim**” dediğimiz hukukî ve siyasi yöntemle gerçekleşir.⁹ Demokratlaşma süreci de halkın siyasal yönetime katılımını sağlamak ve idare edenleri, yani yöneticileri seçim sonuçlarına katlanmaya mecbur tutma sürecidir.¹⁰ Avrupa’da demokratik gelişimin başladığı dönemden günümüze, iktidarın bütün vatandaşların eşit şekilde katıldıkları oylamadan yani seçimden kaynaklandığı kabul edilmektedir.¹¹

Başbakan yardımcısı Bozdağ, Anayasada Cumhurbaşkanını görevden alacak bir mekanizmanın olmadığını, TBMM’ye de böyle bir yetki verilmediğini ifade etmektedir. Seçilmiş Cumhurbaşkanının görev süresini beş yıla çekmenin kabulü halinde anayasayı değiştirecek çoğunluğa sahip parti ve grupların beğenmedikleri Cumhurbaşkanlarının görev sürelerini kısaltarak görevine son verme şeklinde bir yolun oluşacağını söyledikten sonra, böyle bir yolun hukuk devleti ile çelişir olduğunu ileri sürmektedir.¹² Böyle bir yol ayrıca seçim güvenliği ilkesi açısından da sorunlu olacaktır.

Kural Koyucu İradenin Hukuki Güvenlik ve Hemen Uygulanma İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi

Hukuk devletinde, bireylerin “hukuki güvenlik ilkesi” gereği kendilerine uygulanacak hukuk kuralını önceden bilme ve kendi davranışlarını buna göre ayarlama hakları söz konusudur. Hukuk kuralını bilmeyen bireylerin hukuka uygun olarak yaptıklarını düşündükleri bir faaliyet, kanun veya düzenleyici işlemle hukuka aykırı hâle geliyorsa, bireylerin hukuka güveni sarsılır. Bu nedenle sonradan yapılan işlemler “geriye yürümez”¹³ geleceğe yönelik etki doğurur. Hele halkın Anayasa değişikliği ile değişen görev süresi ile ilgili kuralın mevcut Cumhurbaşkanına uygulanıp uygulanmayacağını bilmediği bir durumda kuralı kendi koyarken kuralın ne olduğunu bilmemesi, ya da

⁹ Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara, 1970 ss. XIII-XIV

¹⁰ KARAMUSTAFAOĞLU, **a.g.e.**, s. XVI

¹¹ KARAMUSTAFAOĞLU, **a.g.e.**, s. XVI

¹² Bekir BOZDAĞ, <http://yenisafak.com.tr/Politika?!=359787>, (Erişim Tarihi: 29 Şubat 2012)

¹³ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, (CİLT I), Ekin Yay., Bursa, 2009, s. 126.

bilmediği bir kuralla ilgili irade açıklaması hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmaz.

Hukuki güvenlik ilkesinin bir ayağını da hukukun modern toplumdaki en önemli işlevlerinden biri olan “öngörülebilirlik” oluşturmaktadır. Bunun tersine, eğer toplum hayatında beklenmedik içtihatlarla, tuhaf kararlarla, ölçüsüz hükümlerle “hukuk” sürprizlere neden oluyorsa yoldan çıkıyordur. Meclisin seçtiğinin süresi de bu süreye göre olacaktır.¹⁴

Yedi yılı savunanların daha ağırlıklı olarak hukuk devletinin özünü oluşturan “hukuka güven” ve bu ilkenin bir sonucu olarak hukuk kurallarının olası etkilerini “önceden bilme ve kestirebilme” ilkesine referans yaptıkları ancak bu referansın Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi açısından doğru olmadığı da iddia edilmektedir. Bu iddiayı savunanlara göre, Sayın Gül, eski hükümlere göre seçilmiş olsa da seçilme tarihinden önce yapılan anayasa değişikliği ile görev süresinin beş yıla indiğini ve halk oylaması ile bunun yürürlüğe gireceğini bilmekteydi. Dolayısıyla Sayın Gül açısından bilinen ve istenen bir anayasa değişikliğinin, hukuka güveni sarsmayacağı iddia edilmektedir.¹⁵

Öncelikle hukuka güven duygusu “önceden bilme ve kestirebilme” ilkesi sadece Gül için geçerli olan bir ilke değildir. Oy veren ve Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olduğunu düşünen ya da yedi ya da beş yıl olduğu konusunda henüz kanaati oluşmamış insanlar için de geçerlidir. Evet diyen bir kişi bile oy verirken Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olduğunu düşünüyorsa, kuralın açık ve belirginliği ve doğrudan uygulanırlığı iddiasına dayanak gösterilen irade sakatlanmıştır. Milyonlar evet demiştir ve iradeleri de Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olduğu konusunda en az beş yıl diyen milyonlar kadar belirgindir. “Önceden bilme ve kestirebilme” durumunun sadece Gül için düşünülmesi aslında kazanılmış hak tartışmalarına bir cevap olabilir. Yoksa hukuki güvenlik ilkesine bir cevap oluşturmaz. Üstelik YSK’nın aşağıda açıklayacağımız 21 Ekim tarihinden önce vermiş olduğu kararı da bu görüşümüzü desteklemektedir.

İkinci olarak Gül’ün halkoylamasının kabul edilmesi halinde Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olacağını bilmesi ve değişiklik

¹⁴ Taha AKYOL, “Fethullah Gülen Kısa Sürede Dönmez!”, Hürriyet Gazetesi, 16 Haziran 2012. (<http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/20771838.asp>) (Erişim Tarihi: 16 Mayıs 2014).

¹⁵ Fazıl SAĞLAM, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Yakın Doğu Üniversitesi Yay., Lefkoşa 2013, ss. 408-409.

metninde imzası olması iddiasına gelecek olursak 21 Ekim tarihinden önce Onbirinci Cumhurbaşkanının seçimi ile ilgili Geçici 18 ve 19. Maddelerin kaldırılması halkoylamasının Onbirinci Cumhurbaşkanıyla irtibatını kaldırmıştır. Ayrıca görev süresini belirleyecek olan Gül'ün kendisi değil, Anayasa mevzuattır ve bu mevzuata göre yedi yıl için seçilmiştir. Üstelik halkoylamasına evet diyenlerin bir çoğu da YSK'nın da belirttiği üzere bu gerçekten yola çıkarak iradelerini açıklamışlardır. Gül iradelerini açıklayan milyonlarca insandan sadece birisidir. Gül'ün milyonların iradesini söz konusu oylama da temsil ettiğini söylemek doğru bir yaklaşım değildir. Hukuki güvenlik ilkesi oylamayla ilgilidir. Gül'ün kanaati ile ilgili değildir. Ayrıca oylamanın hiçbir yerinde Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin halkoylamasının kabulü ile değişeceğine dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Aynen Fransa da olduğu gibi. Hukuki güvenlik ilkesi herkes için geçerlidir. Seçilen kadar hatta ondan daha öncelikli olarak kural koyucu iradenin sahibi olan milyonlar için geçerli olan bir ilkedir.

Ayrıca Onbirinci Cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceğine inanarak anayasa değişikliği yapan ve Onbirinci Cumhurbaşkanının seçim yöntemlerini düzenleyen ve Meclis tarafından seçilmesi konusunda hiçbir öngörülede bulunamayan bir Meclis'in, Meclis tarafından seçilecek bir Cumhurbaşkanı konusunda iradesinin ne olduğunun öncelikle tespiti gerekir.

Milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümde "Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını (Ek ibare: 31/5/2007-5678/2 md.) ve Cumhurbaşkanlığı seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur. Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz." şeklindedir.

5678 sayılı Kanunda bulunan Onbirinci Cumhurbaşkanı ile ilgili geçici hükümlerin 5697 sayılı Kanunla kaldırılması sonrası¹⁶ halkoylamasının iptali için yapılan itirazlara YSK, Cumhurbaşkanının 28 Ağustos 2007 tarihinde yürürlükte bulunan mevzuata göre seçildiği ve bunun da daha önce oy kullananlar tarafından bilindiği gerekçesiyle iradenin fesada uğaramadığını altıya

¹⁶ Geçici hükümlerin kaldırılması, halkoylamasından önce halkoylaması ile Onbirinci Cumhurbaşkanı arasındaki irtibatı (tartışmaları) kaldırmak suretiyle Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi konusunda istisna getirilmesi olarak değerlendirilmelidir. Nitekim YSK kararı da bu yöndedir.

beş oy çokluğuyla belirtmiştir.¹⁷ Dolayısıyla YSK, Gül'ün yedi yıl için seçildiğini ve yeni kuralın yeni yapılacak Cumhurbaşkanlığı seçimleriyle ilgili olduğu görüşünü kabul etmiş ve uygulamıştır. Aksi takdirde dönemin YSK üyelerinin halkoylamasını durdurmaları gerekirdi. Nitekim kural koyucu iradenin fesada uğradığının kabulü halinde halkoylamasının yapılmaması gerekiyken, kuralkoyucu iradenin Onbirinci Cumhurbaşkanının yedi yıl için seçildiğini bildiği yani fesada uğramadığı varsayımı altında seçimin yapılması kararlaştırılmıştır.

Örnek olayda da oy verme suretiyle iradesini ortaya koyan bireylerin anayasa hükümlerinin bile ikiye bölündüğü görev süresi konusunda tartışılan hukuk kuralını bildikleri, (Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olduğu) “öngördükleri” iddiası geçerli bir iddia olmaktan uzaktır. Bu iddianın kabulü “hukuki güvenlik” ya da “hukuk güvenliği” ilkesine ve “geriye yürümeme”, “gelecekte etkili olma” ilkelerine açıkça aykırıdır.

Yarışan İradeler

Söz konusu olayda iki yasama iradesi ve bir halk iradesi olmak üzere üç irade mevcuttur. Her üç irade de Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresinin kısaltılması için tecelli etmemiştir. İlk yasama iradesi ve halkın iradesi kural değişikliği yapılıp yapılmaması ile ilgilidir. İlk yasama iradesi mevcut Cumhurbaşkanının seçilmesinden önce ortaya çıktığı, Onbirinci Cumhurbaşkanı da henüz mevcut olmadığı için onunla ilgili değildir. Onunla ilgili olmadığı içindir ki Onbirinci Cumhurbaşkanı halkoylamasının kabulünden önce Meclis tarafından seçilirse görev süresinin ne olacağına ilişkin geçici bir hüküm içermemektedir. İkinci yasama iradesi ise Cumhurbaşkanı'nın seçen iradedir ve direkt olarak Onbirinci Cumhurbaşkanı ile ilgilidir. Tam olarak doğan bu irade halkoylaması dışında cerayan eden bir iradedir. Onbirinci Cumhurbaşkanı hakkında yoruma açık bir kapı bırakmayan tek iradedir.

Halk iradesinin doğrudan ürünü olan kuralların demokratik meşruiyetinin gücü, egemenliğin esas ve gerçek sahibinin iradesine saygıdan kaynaklanır.¹⁸ Halkın iradesi ise Onbirinci Cumhurbaşkanının seçildikten sonra ortaya çıkmıştır ve mevcut Cumhurbaşkanının dışında tamamen kural değişikliğine ilişkin bir iradedir. Ancak ve ancak eğer bu kural değişirse bu değişiklik sonrası yeni seçilecek Cumhurbaşkanlarının görev süresi ile ilgilidir.

¹⁷ KULAK, a.g.e., s. 216.

¹⁸ Ömer ANAYURT, “Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi Sorunu”, Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN'a Armağan, C: 2, Ankara, 2008, s. 53.

Tamamen kural değişikliği ile ilgili bu irade, Cumhurbaşkanını kendisinin seçmek istediğini ortaya koymaktadır. Eğer bu kural değişikliği “hemen uygulanma ilkesi” bağlamında değerlendirilmiş olsa idi, halkın kendisinin seçmediği bir Cumhurbaşkanı olduğu için yeni kuralın eski kuralla seçilen Cumhurbaşkanını görevden düşürmesi ve yeni kurala göre tekrar bir Cumhurbaşkanının seçilmesi tartışmasının da yaşanması beklenirdi. Çünkü yeni kural Cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceğini âmirdir. Bu âmir hüküm Abdullah Gül’e uygulanmamıştır. Üstelik bu tartışmayı sonlandırmak içinde Onbirinci Cumhurbaşkanının seçim yöntemlerini düzenleyen anayasa değişikliği 21 Ekim tarihinden önce kaldırılmıştır.

Ayrıca bu kural halk tarafından konulmuştur. Halkın iradesine bakıldığında ise “hemen yürürlüğe girme” ilkesinden hareketle Onbirinci Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi şeklinde bir irade kesinlikle söz konusu değildir. Bir çok hukukçu bu sürenin mevcut Cumhurbaşkanı ile ilgili olmadığını söylerken, şimdi bile bu görüşte olanlar önemli bir ağırlığı oluştururken, halkın Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi açısından “hemen uygulanma” doğrultusunda oy verdiğinin kabulü tutarlı değildir.

Çünkü kural konurken kuralı koyanların, kuraldan doğrudan ya da dolaylı olarak kimlerin nasıl etkileneceğini bilmemesi düşünülemez. Ya da kural koyucu olarak irade açıklamasında bulunanların abesle işigali temel hak ve özgürlükler için tehdit oluşturacağı için hukuk devleti ile de telif edilemez. Kuralı koyanlar kuralın¹⁹ “hemen yürürlüğe girme”sini istemiştir. Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi ile ilgili bir kural söz konusu değildir. Ya da tartışmalı bir yorumun kural olarak yürürlüğe gireceğinden habersizdir. Kural koyanların önemli bir kısmının bu konuda iradeleri ya yoktur. Ya tam oluşmamıştır. Ya da aksi yöndedir.

Kazanılmış Hak Tartışması

Literatürde bu tartışma kazanılmış hak boyutu üzerinden de yapılmaktadır. Beş yıl olduğunu söyleyenler açısından genelde kazanılmış hak olmadığı görüşü tekrar edilmektedir. Ancak yedi yıl olduğunu söyleyenler de istisnalar hariç kazanılmış hak savunusundan hareket etmemektedirler. Daha çok “hukuki güvenlik ilkesi”ne dayanan “yasaların geçmişe yürümezliği” ilkesinden hareket etmektedirler.²⁰ Kazanılmış hak olmadığını kabul edenler,

¹⁹ Herkes tarafından bilinen ve kabul edilen kural açıktır: Halk tarafından seçilme, beş yıl için seçilme, iki defa seçilme.

²⁰ Cumhurbaşkanlığı statüsüne sahip olanlar için belirtilen yetki ve görevler ve görev süresi, o kişinin sahip olduğu kazanılmış hakları değildir. Ancak Cumhurbaşkanlığı statüsüne

Onbirinci Cumhurbaşkanını kazanılmış hakkı olmadığı için “hemen uygulanma” ilkesi doğrultusunda Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olduğunu ileri sürmektedirler.

Eğer bazı hukukçuların ileri sürdüğü gibi kamu hukukunda da kazanılmış hak söz konusudur (örnek olay) önermesi kabul edilecek olursa²¹ söz konusu 101. madde değişikliği (beş yıl kuralı) Onbirinci Cumhurbaşkanının kazanılmış hakkı gereği geçerli olmayacaktır.

Kazanılmış hak görüşünün aksini savunan Gözler, 28 Ağustos 2007 tarihinde seçilen Cumhurbaşkanının görev süresi 21 Ekim 2007 tarihli halkoylamasıyla onaylanan Anayasa değişikliği ile yedi yıldan beş yıla indirildiği için Abdullah Gül’ün görev süresinin beş yıl olduğunu ileri sürmektedir. Gözler’e göre, Cumhurbaşkanının görev süresi, tarafların irade serbestisiyle belirlenen akdi bir durum değil, kanuni ve nizami bir durumdur. Bu nedenle de “kanunların hemen (derhal) uygulanması ilkesi” geçerlidir.²² Abdülhakimoğulları da Onbirinci Cumhurbaşkanının kazanılmış hakkı olmadığını, çünkü bir kişi hak kullansın diye statü oluşturulmadığını, yetkiler ve statünün o kişiye verilmiş bir hak olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Kazanılmış hak olmadığı için de “hemen uygulanma” ilkesi gereği Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olduğunu söylemektedir.²³

giren kişi açısından statü, özlük hakları bakımından kazanılmış hak doğurabilir. Ali Erdem DOĞANOĞLU, “Cumhurbaşkanının Görev Süresinin Belirlenmesi Sorunu”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2011/3, s. 203-204.; Detaylı bilgi için bkz: Devrim SEVİMAY’ın haberi, “Soru-Cevap’ın Konuğu Fransız Anayasa Hukukçusu Prof. Dr. Jean Marcou”, (<http://www.haber7.com/haber/20100222/Gul-Koskte-5-yil-mi-7-yil-mi-oturmali.php>) (Erişim Tarihi: 29 Şubat 2012) (“Soru-Cevap’ın Konuğu”); Ersan ŞEN, “Görev Süresi Neden 7 Yıl” (Haberı yapan Taha Dağlı), Sabah Gazetesi, 19.12.2011, (<http://www.haber7.com/haber/20100222/Gul-Koskte-5-yil-mi-7-yil-mi-oturmali.php>) (Erişim Tarihi: 29 Şubat 2012) (“Görev Süresi”); Mustafa, ERDOĞAN, “Cumhurbaşkanının Görev Süresi 7 Yıldır”, Star Gazetesi, 13.02.2010 (<http://www.hurfigirler.com/konular/yazdir.php?id=1306>) (Erişim Tarihi: 16 Mayıs 2014) (“Cumhurbaşkanının Görev Süresi”).

²¹ Bülent YAVUZ, “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler Ve Çözüm Yolları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, Y: 2008, s. 1200,

²² Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yay., Bursa, 2011, s.314 ve 317

²³ Erdal ABDÜLHAKİMOĞULLARI, “5 Yıl 7 Yıl İkileminde 11. Cumhurbaşkanının Görev Süresi”, 19 Aralık Pazartesi, 2011, (<http://www.ankarstrateji.org/yazar/doc-dr-erdal-abdulkakimoğullari/5-yil-7-yil-ikileminde-11-cumhurbaşkaninin-gorev-suresi/>), (Erişim Tarihi: 29 Şubat 2012).

Statü Değişikliği-Görev Süresi İlişkisi

Devlet Başkanının (Cumhurbaşkanının) halk tarafından seçilmesi Başkanlık ve Yarı başkanlık rejimlerinin bir unsurudur. Literatür sert kuvvetler ayrılığı ve yumuşak kuvvetler ayrılığı açısından devlet başkanının seçilmesini bir araç olarak kabul etmektedir.²⁴ Seçim mekanizması kuvvetlerin bağımsızlığı ve organik ayırımında önemli bir unsurdur.²⁵ Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi klasik parlamanterizmden sapmayı gösteren en önemli özelliklerden birisidir.²⁶ Halk tarafından seçilen bir devlet başkanı (Cumhurbaşkanı) yasama organına karşı sorumlu olmasa da meşruluğunu halktan alır ve kendisini seçen halka karşı sorumludur. Otorite ve gücünün kaynağı da sorumluluklarından ve seçimden kaynaklanır.²⁷ Halk tarafından seçilmenin sağlayacağı demokratik meşruiyet, Cumhurbaşkanının yetkileri aynı kalsa da, bu yetkileri daha aktif şekilde kullanmasına yol açabilir.²⁸ Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünün getirilmesi anayasal veya yasal açıdan en ufak bir yetki artırımı yapmasa bile, Duverger'in veciz ifadesiyle "Bu değişiklik devlet başkanına hiçbir yetki vermesine rağmen gücüne güç katmıştır." Sistemi yarı başkanlık sistemine dönüştürmüştür.²⁹ Öyleyse 2007 değişikliği sonrası Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ilkesi bir statü değişikliğidir. Görev süresi ne kadar kanuni, nizami bir durum ise halk tarafından seçilme de o kadar kanuni ve nizami bir durumdur.

Bu yeni statü önceki hukuki statünün devamı olarak kabul edilemeyecek boyutlarda bir statü değişikliğidir. Cumhurbaşkanı da hangi statüye göre seçilmiş ise o statünün dayanağı olan düzenlemelere tabi olması gerekir.

²⁴ Kenneth NEWTON and Jan W. Van DETH, *Foundations of Comperative Politics*, Cambridge Universty Pres., 2010, p. 98.

²⁵ Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2009

²⁶ Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay, Ankara, 2011, s.352.; Erdal ONAR, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?" *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yay., 2005, s. 75

²⁷ Kemal GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Cilt: 1, Bursa, 2011, s. 573.

²⁸ Ergun ÖZBUDUN, "Hükümet Sistemi Tartışmaları", *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 2013, Ankara, s. 210.

²⁹ Bülent YAVUZ, "Geçmişten Günümüze Türkiye'de Hükümet Sistemleri", *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 3*, TC İstanbul Kültür Üniversitesi Yay., No: 171, İstanbul, 2012, s. 71.

Dolayısıyla görev süresi yedi yıldır.³⁰ Aksi takdirde görev süresi yönünden statü değişikliği kabul edilirken hukuki statü açısından değişikliğin kabul edilmemesi sonucu çıkar ki yeni kuralın bazı hükümleri derhal uygulanır bazıları sonra uygulanır şeklinde bir ilke ortaya çıkar.

TBMM tarafından seçilen Cumhurbaşkanı ile halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın aynı yetkilere sahip aynı statü de oldukları doktrinde de kabul edilmemektedir. Yetkinin kaynağı birinde halkın kendisinden kaynaklanırken, diğerinde temsilcilerinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca iki ay önce TBMM tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanı'nın yetki kullanımı ile, halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın yetki kullanımı aynı olamaz. Anayasal sistemler dizayn edilirken, yürütmenin konumlandırılmasında eğer tüm siyasi sorumluluk hükümete bırakılıyorsa, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi ilkesi yerine TBMM tarafından seçilmesi esas alınır. Ayrıca halktan yetki alan bir Cumhurbaşkanı'nın seçim öncesi propaganda döneminde halka vaat edeceği şeylerle TBMM'den yetki alan Cumhurbaşkanı'nın halka vaat edeceği şeyler birbiriyle kıyas olunmayacak ölçüde farklıdır. Halktan yetki alan Cumhurbaşkanı'ları ikinci kez seçilme duygusu ile halkın isteklerini göz önünde tutarken TBMM tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın halkın isteklerini göz önünde tutmasını gerektiren saik vicdanı olarak kalacaktır.³¹

Anayasal değişiklikle bu farklı statü durumunun Onbirinci Cumhurbaşkanı açısından da geçerli olduğu ileri sürülürse yeni statüye ait Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini kullanma yetkisini içermeyen bir seçimle seçilen Cumhurbaşkanı'nın bu yetkileri kullanabilmesi için değişiklik sonrası halk tarafından seçilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Erdoğan'a göre, TBMM tarafından seçilme ve halk tarafından seçilme durumu ayrı bir statüyü işaret eder. Öyleyse yeni statü eski yöntemle göre seçilmiş Cumhurbaşkanı için söz konusu olmayacaktır. Statüsünün gerektirdiği süre, henüz dolmadığı için beş yıl sonunda yeni bir Cumhurbaşkanı seçmeye kalkışmak fiilen Cumhurbaşkanı'na "görevden almak" demektir.³² Aldıkaçtı ve Teziç Onuncu Cumhurbaşkanı Sezer görevde iken görev süresi-

30 Kürşat ERDİL ve Ömer KESKİNSOY, "Cumhurbaşkanı'nın Görev Süresi", Ankara Barosu Dergisi, 2010/1, s. 258.

31 Özbudun'un TBMM tarafından seçilme ve halk tarafından seçilme değerlendirmesi için bkz: ÖZBUDUN, 2005, s. 323.

32 ERDOĞAN, ("Cumhurbaşkanı'nın Görev Süresi").

nin beş yıla indirileceği ile ilgili haberler üzerine yedi yıl için seçilen Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin yedi yıl olacağını ifade etmişlerdir.³³

Şen'de Onbirinci Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresinin yedi yıl olduğu görüşündedir. Aleyhe olan hükümlerin "geriye yürüyemeyeceği" ilkesinden hareket eden Şen, Meclis tarafından yedi yıl için seçilen Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin, Anayasada sonradan yapılan değişikliklerle kısıtlanmasını hukuka aykırı bulmaktadır. "Kazanılmış hak" savunmasının bu konuyla ilgili olarak yapılamayacağını belirten Şen, hukuk devletinde, yürürlükteki hukuk kurallarına göre özel veya kamu hukuku alanlarında hak elde etmiş olan kişilerin hakları ile statülerinin korunması, hukuka duyulan güven ve hukuk alanında olması gereken istikrarın beklenen bir sonucu olduğunu ifade etmekte, bu nedenle de süreye bağlı olarak veya olmaksızın elde edilen statülerin yeni şart ve süre getirilmek suretiyle kişi aleyhine tüketilmesini kabul edilemez bulmaktadır.³⁴

Fransa'da da 2000 yılında Cumhurbaşkanı'nın görev süresi yedi yıldan beş yıla indirilmiştir. Gözler, Fransa'da sakin kafa ile gerçekleştirilen yedi yıldan beş yıla indirilen Cumhurbaşkanlığı görev süresinin görevdeki Cumhurbaşkanı'na uygulanmamasını "sui misal emsal olmaz." ifadesi ile açıklamaktadır.³⁵ Ancak Fransada da başta Anayasa Konseyi ve iptal davası açabilecek olanların tavırlarının ve destek veren veya karşı çıkan hukukçuların da kendi kanaat ve siyasi pozisyonlarına rağmen görevdeki Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin beş yıl olması gerektiği şeklinde görüşlerin aktarılmaması, tartışmanın yaşanmaması ve genel yaklaşımın değerlendirilmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Fransa örneğinde "öngörülebilirlik" unsurunun bulunmadığı, çünkü Cumhurbaşkanı Jacques Chirac 'seçildikten sonra' Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin değiştirildiği, Türkiye'de ise sonucun, Gül'ün de içerisinde bulunan TBBM kararından dolayı öngörülebileceği ifade edilmektedir.³⁶ "Öngörülebilirlik" ilkesi açısından yukarıda yaptığımız açıklamalar bu ilken-

³³ (<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/57780.asp>) (E.T.: 13.12.2009)'dan aktaran Bülent YAVUZ, "2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler Ve Çözüm Yolları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, Y: 2008, ss. 1201.

³⁴ ŞEN, ("Görev Süresi").

³⁵ GÖZLER, 2012, s. 46.

³⁶ Hüsamettin UĞUR, "Cumhurbaşkanı'nın Görev Süresi ve Yeni Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesinde Yapılması Gerekenler" **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 65, Ocak 2012, s. 28.

in Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olmasını gerektirdiği yönündedir.

Şen'in "hukuki güvenlik ilkesi"ne vurgu yapan bu görüşleri benzer bir şekilde daha önce Fransız Anayasa Hukukçusu Jean Marcou tarafından ifade edilmiştir. Marcou, kamu hukukunda reformların geleceğe etki eden sonuçlar doğuracağını, geçmişe dönük sonuçlar doğurmayacağını ifade ettikten sonra, bu durumu "yasaların geriye yürümezliği" ilkesi olarak açıklamıştır.³⁷ Ayrıca Fransa'da aynen Türkiye'de olduğu gibi Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıl olduğu için eğer beş yıla indirilmesi isteniyorsa spesifik bir geçici hükümlerle bu durumun ifade edilmesi gerektiğini söylemektedir. Çünkü genel kural yedi yıl için seçilen bir kimsenin yedi yıl görev yapmasıdır. Özel bir kural yoksa bu kural uygulanacaktır. Fransa da Cumhurbaşkanı Chirac'ın görev süresi ile ilgili olarak geçici bir hüküm konmadığını, konmasının da ancak beş yıla indirilecekse söz konusu olabileceğini ifade etmektedir.³⁸

Devlet Başkanının görev süresi ile ilgili ABD'de 22. *Amendment* ile 27 Şubat 1951 yılında yapılan değişiklikle Başkanın en fazla iki kez seçilebileceği ilkesi getirilmiştir.³⁹ Bu ilkenin yasalaşması sürecinde öneri (proposal) ve kabul (ratification) zamanında görevde olan Başkanlara uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁴⁰ Söz konusu istisnanın getirilmiş olması Fransa örneğinin tam tersi bir uygulamayı işaret etmektedir.

Fransa örneğinde tüm siyasi aktörlerin anayasa değişikliği yapılmadan önce, değişiklikten mevcut Cumhurbaşkanının etkilenmeyeceği konusunda mutabakat üzere olduğu ifade edilmektedir.⁴¹ Bu mutabakat nedeniyle de istisnaya gerek duyulmamıştır. Öncelikle Türkiye'de de mutabakat oluşmuş ve istisna getirilmemiş olsaydı "derhal uygulanma ilkesi" ortadan kalkmış mı olacaktı? Derhal uygulanma ilkesi eğer kuralın metine dönüşmesinden önceki iradeye bağlı bir işlem ise bu ilkenin Fransa için ayrı Türkiye için ayrı düşünülmesi nasıl açıklanacaktır. Fransa'da mutabakatın oluştuğunu söyle-

37 SEVİMAY, "Soru-Cevap'ın Konuğu"

38 SEVİMAY, "Soru-Cevap'ın Konuğu"

39 www.usconstitution.net/xconst_Am22.html, 10.10.2013.

40 Thomas H. NEALE, "Presidential Terms and Tenure: Perspectives and Proposals for Change", Congressional Research Service, October 19, 2009, p. 15., [assets.opencrs.com/rpts/R40864_20091019.pdf](https://assets.opencrs.org/rpts/R40864_20091019.pdf), 8. 10. 2013.

41 Mustafa KOÇAK, "Cumhurbaşkanının Görev Süresi", 03.09.2010, Radikal Gazetesi, (http://www.radikal.com.tr/yorum/cumhurbaskaninin_gorev_suresi-1016989) (Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2014); UĞUR, a.g.e, s. 28.

yenler aslında kuralın öncesinde ve oluşumunda kural koyucu iradenin önemini vurgulamaktadırlar.

Onbirinci Cumhurbaşkanının anayasa değişikliği sonrası görev süresinin beş ya da yedi yıl olduğu konusunda mutabakat oluşmamıştır. Dolayısıyla mutabakatın oluşmaması her iki durum için geçerli olduğundan, mutabakat üzerinden beş yıl lehinde farklılık olduğu iddiası geçerli bir iddia olamaz. Çünkü mutabakat yoktur.

Geçici Ek Madde Tartışmasında Kural Koyucu İradenin Belirleyiciliği

Kanadoğlu, Anayasa değişikliği yapılırken geçici madde konulmadığı için Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olduğunu ileri sürerken,⁴² Teziç ise geçici ek madde konmadığı için görev süresi yedi yıldır demektedir.⁴³

Teziç'in ve bu görüşte olanların görüşüne katılıyoruz. Çünkü beş yıl kuralını koyan iradenin (halk iradesi) Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl olmasını istediğine yedi yılı istemediğine dair açık bir delil yoktur. Yedi yıl olacağı düşüncesi ile oy kullanan Erdoğan, Teziç vb. hukukçuları ve Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi konusunda düşüncesi olmadan oy kullanan milyonları (sadece Cumhurbaşkanını biz seçelim diyenleri) sizin iradeniz beş yıl içindi diyerek değerlendirmek bu kişilerin iradelerine ipotek koymak, kendi iradelerini bu iradelerin yerine ikame etmek demektir. Bunun kabulünü beklemekte doğru bir davranış değildir.

“Anayasanın norm olarak tanımadığı bir tasarrufu norm olarak var kabul etmek olanaksızdır. Anayasa bir normun varlığını, bu normu ortaya çıkaran belirli bir iradenin varlığına bağladığı durumlarda, bu iradenin yokluğunun normun yokluğu anlamına geleceği açıktır. Anayasa Mahkemesi 02.07.2007 günlü, E. 2007/72, K. 2007/68 sayılı kararında “Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “var”lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabi-

⁴² Sabih KANADOĞLU, “Yeni Anayasa ve Gerçekler” Başlıklı Antalya Büyükşehir Belediyesi Paneli, 28 Ağustos 2012

⁴³ Erdoğan TEZİÇ, Erdoğan Teziç ve Sami Selçuk-Radyo Kuzey, “www.youtube.com/watch?v=Dt7x5sfgfco”, (Erişim Tarihi: 28 Şubat 2012).

lirler” ifadesini kullanarak, yokluğu ancak bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin yokluğu hususlarıyla sınırlı olarak kabul etmiştir.”⁴⁴

Halkın ve Meclisin iradelerine bakıldığında Onbirinci Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin belirlenmesine yönelik bir uzlaşma olmadığı gibi, Onbirinci Cumhurbaşkanı'nın görev süresini beş yıl olarak ortaya çıkaracak bir irade de var olmamıştır. Halkoylamasına gitme kararı alan TBMM'nin Cumhurbaşkanı'nı kendi seçeceğinden bile haberi olmadığı bir durumda, TBMM tarafından seçilen Cumhurbaşkanı için bir iradesinin var olduğunu söylemek hatalıdır. Halk ise YSK kararında da ifade edildiği üzere TBMM tarafından seçilen Onbirinci Cumhurbaşkanı hakkında bir irade beyanında bulunmamıştır.

Selçuk, asıl irade (halkın iradesi) yedi yıldan beş yıla indirmiştir. Halk bu işi vekillerin elinden alarak temsilcilere bırakmamıştır görüşünü savunmaktadır.⁴⁵ Selçuk'un bu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü asıl irade yukarıda açıkladığımız üzere Abdullah Gül'ün seçilmesi ile ilgili ya da görev süresi ile ilgili bir irade değildir. Halkın asıl iradesi yeni bir kural değişikliği ile ilgilidir ve daha çok oy vermede önemli olan saik süre değil, halkın Cumhurbaşkanı'nı kendi seçme isteğidir.

Nitekim dönemin Cumhurbaşkanı Sezer Anayasa değişikliği içeren 5660 sayılı Kanunu geri gönderirken eleştirileri sadece Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesine ilişkindir.⁴⁶ Yapılan tartışmalar da bu yöndedir. Öyleyse yapılacak yorumda asıl irade olarak bu değerlendirilmelidir.⁴⁷ Hatta halk önemli bir kısım itibarıyla süre konusundaki tartışmalardan habersiz olduğu gibi, süre konusundaki bu değişikliğin Abdullah Gül'le alakalı olduğu bilgisine de sahip değildir. Hatta beş yıl konusunda görüş birliği şimdi bile mevcut değilken halkın beş yıl olduğunu bildiği ve buna göre de oy

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2007/ 99, K, 2007/86, 19.02.2008 tarih ve 16792 sayılı Resmi Gazete

⁴⁵ Sami SELÇUK, Erdoğan Teziç ve Sami Selçuk-Radyo Kuzey, “www.youtube.com/watch?v=Dt7x5sfgfco”, (Erişim Tarihi: 28 Şubat 2012).

⁴⁶ Erdal ONAR, “1982 Anayasasının 2007 Yılında 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN'a Armağan**, C: 2, Ankara, 2008, s. 496.

⁴⁷ Bilindiği üzere bu değişiklik Sezer'in yedi yıllık görev süresinin dolmasından önce TBMM'nin Cumhurbaşkanı'nı seçememesi üzerine TBMM'de, TBMM seçemiyorsa halk seçsin yaklaşımından kaynaklanmıştır. Kamuoyu oluşturan medya kuruluşları başta olmak üzere yakın ve uzak çevrelere baktığımızda oy kullanma saiki olarak görev süresi değil, halk tarafından seçilme saikinin etkileyici olduğu görülecektir.

verdiği ifadesi kanaatimize göre doğru bir değerlendirme olmaktan uzaktır. Bu nedenle Selçuk'un değişiklik konusunda asıl irade olarak süreyi esas almasına katılmıyoruz. Ayrıca katılmadığımız bu asıl iradeden yola çıkarak yaptığı yorumun da hatalı olduğunu düşünmekteyiz.

Ancak Selçuk'un asıl iradeyi yoruma esas yapan tavrını doğru buluyoruz. Asıl irade Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi iradesidir. Bu asıl irade yine açık bir şekilde kural değişikliği ile ilgilidir. Daha önce seçilen Onbirinci Cumhurbaşkanının halk tarafından tekrar seçilmesi gerektiği ya da süresi beş ya da yedi olacak şeklinde bir irade söz konusu değildir. Diğer bir deyişle bir çok kez vurguladığımız üzere değişikliğin Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresini ilgilendirip ilgilendirmemesi yönünde değildir. Bu konuda belirlilik (certainty) ve “öngörülebilirlik” yoktur.

Kuralın hemen uygulanması ilkesinden hareket edenler, Anayasa koyucu yeni düzenlemenin Onbirinci Cumhurbaşkanı için uygulanmamasını isteseydi geçici bir madde ile bu konuda açıkça bir düzenlemeye gideceğini ifade etmektedirler.⁴⁸ Anayasa koyucu iradenin esas alınmasını doğru bir yaklaşım olarak görüyoruz. Ancak bu iradenin hatalı yorumlandığı kanaatindeyiz.

Birinci olarak örnek olayda Anayasa değişikliğini öneren TBMM iradesi eksik bir irade olarak kalmıştır. Bu konuda karar verme yetkisi ve iradenin sahibi Anayasaya göre halktır. Bu irade halkın karar vermesi ile çözüme kavuşacaktır. Bu durumda asıl karar verici irade halk (seçmen) iradesi olarak kabul edilmelidir.

Halk yani Anayasa koyucu, Anayasa değiştiricisi olarak örnek olayda vurguladığımız üzere Onbirinci Cumhurbaşkanı seçildikten sonra Abdullah Gül'ü bağlayan bir süre üzerinden değil, Cumhurbaşkanını halkın seçmesi üzerinden hareket etmiştir. Onbirinci Cumhurbaşkanının yedi yıl ya da beş yıl görev yapması yönünde belirgin bir iradeden bahsedilemez. Çünkü daha o dönemde bile Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olacağı şeklinde hem doktrinde hem de halkta bir görüş söz konusudur. Dolayısıyla irade sahibinin iradesinin beş yıl olduğu şeklindeki yaklaşım doğru bir yaklaşım oluşturamaz. Ama halk tarafından seçilme konusundaki iradesi Onikinci Cumhurbaşkanını ilgilendirme boyutuyla tamdır. Onbirinci Cumhurbaşkanı açısından bu irade asla söz konusu değildir. Nitekim ne YSK, ne Anayasa Mahkemesi böyle bir düşünce içine girmemiştir. Her iki organ da değişikliğin Onbirinci Cumhurbaşkanı ile ilgili olmadığına karar vermiştir.

⁴⁸ Faruk BİLİR, “11. Cumhurbaşkanının Görev Süresi”, (<http://www.ankarastateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/11-cumhurbaskaninin-gorev-suresi/>) (Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2014) (“11. Cumhurbaşkanının Görev Süresi”).

Yasama organı 2007 halkoylamasına giderken Meclis başkanının görev süresi ile ilgili anayasa değişikliğini TBMM'nin görev süresi ile ilgili uyumlaştırmayı yapmayı unutmuş, bu uyum 2010 anayasa değişikliği ile sağlanmıştır. 2007 değişikliği ile Anayasanın 77. Maddesi "Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri dört yılda bir yapılır." şeklinde değiştirilmiştir. Ancak yasama dönemi ile bağlı olarak 94. maddenin 3. fıkrasının bu değişiklik doğrultusunda yeniden değiştirilerek düzenlenmesi unutulmuştur. Unutulan cümle şudur; "İlk seçilenlerin görev süresi iki, ikinci devre için seçilenlerin görev süresi üç yıldır." Görüldüğü üzere ikinci seçilen Meclis Başkanının görev süresi üç yıl iken Başkanlık edeceği Meclisin yasama dönemi için iki yıl kalmaktadır. Bu durum açık bir problemin varlığını göstermektedir. Ancak Anayasa maddesi 77 ve çelişik madde 94 arasındaki bu farklılığın 2010 Anayasa değişikliği ile giderilmesi de göstermektedir ki bilerek bu çelişkiye düşülmemiştir.

Beş yıl lehinde olan Gözler; "Akıllı bir kanun koyucu, koyduğu hükmün derhal etki doğurmasında bazı sakıncalar görüyorsa, bu sakıncaları gidermek için "geçiş hükümleri" koyar. Kanun koyucu bu hükümlerle, yapılan değişikliklerin, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan olay ve durumlara uygulanmamasını veya aşamalı bir şekilde uygulanması öngörür. Yani kendi koyduğu kuralın derhal uygulanmasına istisna getirir."⁴⁹ Ayrıca "Kanun koyucu koyduğu genel kurala istisna getirmek isteseydi, bunu açıkça yapardı. Bunu yapmamış ise, bundan koyduğu genel kurala istisna getirmek istemediği sonucu çıkar. Kanun koyucunun yapmak istemediği birşeyi, yorumcunun yapmaya yetkisi yoktur."⁵⁰ demektedir. Bu mantık özünde doğru olmakla birlikte 2007 değişiklikleri açısından kullanıma uygun değildir. 2007 değişiklikleri ile Meclis Başkanlık Divanının seçimi bilerek uyumsuz bırakılmamıştır. Kanun koyucunun yapmak istemediği birşeyden çok yapmayı unuttuğu bir şey (anayasa maddesi) vardır. Aynı durum Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi açısından da söz konusudur. Meclis Başkanının görev süresinin 2010 değişikliği ile düzeltilmesi bunun açık bir göstergesidir. Aksi takdirde Millevekili seçilemeyen bir kimsenin Meclis Başkanı olması gibi bir durum ortaya çıkar ki bunun tercih edildiği, kanun koyucunun yapmak istediğinin bu olduğu yaklaşımı kabul edilebilir olaktan uzaktır.

Ayrıca şu durumun da gözden kaçırıldığı açıktır. TBMM, 5678 sayılı Kanun henüz Cumhurbaşkanınca halkoyuna sunulmadan, 23 Mayıs 1987

⁴⁹ GÖZLER, 2012, s. 39.

⁵⁰ GÖZLER, 2012, s. 38.

tarikh ve 3376 sayılı “Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun”da 2 Haziran 2007 tarihli 120. Birleşiminde değişikliğe gitmiştir. Bu değişikliğin amacı da söz konusu Kanunun öngördüğü 120 günlük süreyi kısaltıp, 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılacak olan Milletvekili Genel seçimleri ile halkoylamasını aynı tarihte yapmak isteğidir. Ancak Cumhurbaşkanı Sezer, 5682 sayılı söz konusu Kanunu bir kez daha görüşülmek üzere 18 Haziran 2007’de TBMM’ye geri göndermiştir. TBMM ise 3 Haziran 2007 tarihinde 22 Temmuz 2007’de yapılacak olan Milletvekili Genel Seçim sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulunca ilanını izleyen beşinci günü toplanmak üzere tatile girmeye karar verdiğinden 5682 sayılı Kanun tekrar görüşülememiş,⁵¹ TBMM, halkın her iki iradesinin aynı anda gerçekleşmesini sağlama amacını gerçekleştirilememiştir.

Dolayısıyla TBMM’nin, seçime gidilirken Onbirinci Cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceği yönünde bir öngörüsü söz konusudur. Aksi yönde bir öngörüsü olmadığı için Onbirinci Cumhurbaşkanının seçim işlerini düzenleyen geçici 18 ve 19. Maddeleri 5678 sayılı Kanuna ilave etmiştir. Şimdi Onbirinci Cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceği, TBMM tarafından seçilmeyeceği yönünde ve sadece bu yönde bir öngörüsü olan ve bu öngörü sebebiyle 3 Haziran 2007’de tatile giden bir TBMM’yi, öngörmediği bir durumun ortaya çıkmasını öngörüp istisna getirmediği için sürenin beş yıl olduğunu savunmak tarihi gerçeklerin doğru olmayan bir şekilde analiz edilmesidir.

Anayasa Mahkemesi, “Anayasa değişikliğine ilişkin 5678 sayılı Kanun’da Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresine ilişkin özel bir düzenleme yer almadığından Anayasada yapılan bu değişiklikle Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin kısaltıldığı sonucuna varılamaz. Görev süresinin kısaltıldığına ilişkin bir düzenleme olmadığına göre Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi Anayasa’ya göre yedi yıldır.”⁵² şeklinde ki yaklaşımla yukarıdaki düşüncenin tersinden hareket etmektedir. Anayasa Mahkemesi kural koyucu irade genel kurala istisna getirmek isteseydi yapardı. Yapmaması istisna getirmediğinin göstergesidir şeklindeki yorumu da kabul etmediğini göstermiştir.

Yasama organı kusurdan beri değildir. İnsanlardan müteşekkildir. Öyleyse her bir durum için yasama organı bunu diledi aksini dileseydi yapardı yaklaşımı doğru bir yaklaşım tarzı olarak görülmemektedir. En azından 2007

⁵¹ ONAR, a.g.e., ss. 500-502.

⁵² Anayasa Mahkemesi, E. 2012/ 30, K. 2012/96, 01.01.2013 tarih ve 28518 sayılı Resmi Gazete

Anayasa değişiklikleri için durumun böyle olduğu açıktır.

Açıkça çelişen maddeleri görmeyen, göremeyen yasama organının önünü göremediği bir siyasi atmosferde her şeyi biliyordu ve bilmesine rağmen Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi konusunda istisna getirmedi demek öngörülmeleyen bir ihtimalin kesin olarak veri kabul edilmesidir. Hele halkın Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi konusunda hiçbir hüküm olmayan bir konuda verdiği evet oylarıyla derhal uygulanmayı istediğini söylemek yedi yıldır diyen hukukçuları gözardı etmek olacaktır. Yasamanın bile ne yaptığını bilemediği bir durumu halkın bilmesini istemek, ya da bildiğini varsaymak doğru bir yaklaşım olamaz. Ayrıca bunca değerlendirmeye rağmen diğer görüşlere saygı duymakla birlikte yedi yılda ısrar edenlerin kendi görüşlerini benimsemedikleri de ortadadır.⁵³

Ayrıca Onbirinci Cumhurbaşkanını seçen Anayasa koyucu irade Onbirinci Cumhurbaşkanını seçerken net bir şekilde, açık bir şekilde yedi yıl için seçmiştir. Yani Anayasa koyucu olarak TBMM esas alınacak olsa bile TBMM'nin iradesi Onbirinci Cumhurbaşkanını yedi yıl için seçmek şeklinde tecelli etmiştir. Hal böyleyken açık bir hükme göre davranan sonraki Meclis iradesini kabul etmeyip, eksik kalan ve üstelik tekrar Onbirinci Cumhurbaşkanını seçememe düşüncesinden hareket eden, halkın her iki iradesini birleştirerek Onbirinci Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönünde irade ortaya koyan ve halkın iradesinin ne şekilde tecelli edeceğini bilmeyen TBMM iradesini asıl kabul etmek, TBMM'yi kahin yerine koyup Onbirinci Cumhurbaşkanının Halkoylamasından önce seçileceğini bilmesini ve buna göre de geçici hüküm (istisna kuralını) koymasını beklemek demektir ve doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Onbirinci Cumhurbaşkanını seçen TBMM, Cumhurbaşkanını seçerken kendisinden anayasa değişikliği yapmasını beklemek, iki ay sonra yapılacak seçim sonuçlarını önceden bilmesi ve buna göre davranmasını istemek hukuki olmaktan uzaktır. TBMM böyle bir zorunluluk altında da değildir. Zorunda olmadığı için de eğer halkoylamasında beş yıl kabul edilirse Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldır diye geçici bir hüküm koymamıştır. Bunu beklemekte hatalı bir yaklaşım olacaktır. Tabir mazur görülürse “doğmamış çocuğa don biçmek”, “kasaptaki ete soğan doğramak” gibi bir işlemi TBMM'den beklemek olacaktır.

Ayrıca, yasama organının geçici madde ile Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresini yedi yıl olarak belirlemesi “yorum kararı” yolu ile 1924 Ana-

⁵³ Erdoğan Teziç, Burhan Kuzu ve Mustafa Erdoğan ve diğerlerini bu bağlamda değerlendirebiliriz.

yasasında var olan, 1961 Anayasası ile kaldırılan “yasama yorumu”na başvurması olarakta değerlendirilmiştir.⁵⁴ Bilindiği üzere yasama yorumu kanunların bizzat kanun koyucu olan Meclis tarafından yorumlanması usulüne verilen addır. Kanunları yorumlamak için Meclis tefsir kararları alırdı.⁵⁵ 1924 Anayasası 26. maddesinde “Büyük Millet Meclisi, kavaninin ... tefsiri ... vezaifini bizzat kendi ifa eder” şeklindeydi.⁵⁶

1982 Anayasasına göre, Anayasayı yorumlama yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir. Meclis’in kanunları yorumlama yetkisi olmadığı gibi Anayasayı da yorumlama yetkisi evleviyetle yoktur.⁵⁷ Anayasının 102. maddesinin son fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir” ifadesi seçim prosedürü ile ilgilidir ve Meclis’e kanunla Cumhurbaşkanının görev süresini belirleme yetkisi vermez. Cumhurbaşkanının görev süresi ile ilgili bir durum anayasal bir statüdür ve görev süresi değişikliği de kanunla değil anayasa değişikliği ile yapılabilir.⁵⁸ Meclis’in yedi yıllık bir süreyi tekrardan yedi yıl olarak kanunla ifade etmesi gereksiz bir işlemin tekrarı olmuştur. Eğer Meclis sürenin beş yıl olduğunu ifade eden bir kanun çıkarsaydı Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıl olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi bunu iptal edecekti. Dolayısıyla Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresini belirleyen Meclis değil, Anayasa Mahkemesi ve yorumudur.

Anayasa Mahkemesinin “görev süresinin kısaltıldığına ilişkin bir düzenleme olmadığı”ndan hareketle Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi hakkında kısaltma iradesinin olmadığı belirtilmesi yeterli değildir. Olayımızda tıpkı Meclis Başkanının görev süresinin belirlenmesinde olduğu gibi unutulmuş ya da bilinmeyen bir irade söz konusudur. Bu durumun gerekçede belirtilmesi gerekirdi. Dolayısıyla iradenin tartışmalı olması ya da yok olması normun da yokluğunu gerektirecektir. Bu yönden bakıldığında Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi konusunda kural koyucu iradenin

⁵⁴ SAĞLAM, a.g.e., s. 409.

⁵⁵ Abdullah DEMİR ve Yahya DERYAL, **Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.340.

⁵⁶ 1945 Yılında sadeleştirilerek yayınlanan metinde yasama yorumu şöyle ifade edilmektedir. “... kanunları yorumlamak ... gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar.” **Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı**, Editör: Erdal ABDÜLHAKİMOĞULLARI, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 147.

⁵⁷ SAĞLAM, a.g.e., s. 410.

⁵⁸ BİLİR, “11. Cumhurbaşkanının Görev Süresi”

olmadığı ve yine bu nedenle Anayasal denetimin söz konusu olduğu ifade edilmek gerekir.

SONUÇ

Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi ile ilgili bir problem olduğu açıktır. TBMM bu problemi yasa ile çözmeye çalışmıştır. Ancak problem Anayasa değişikliğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kanun maddesi ile anayasa değiştirilemeyeceğine ya da yorumlanamayacağına göre, Anayasa Mahkemesi Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresini belirleyecek tek makamdır ve bu süreyi yedi yıl olarak belirlemiştir.

Yeni kuralın önceki kurala göre seçilmiş olan için geçerli olup olmayacağı hususunda görev süresi açısından kural koyucu iradenin hangi yönde olduğu tartışmalıdır. Öyleyse tartışmasız olanda birleşip tartışmalı olanda “hukuki güvenlik”, öngörülebilirlik” ve “geriye yürümezlik ilkesinin” geçerli olduğunun kabulü gerekir. Aksi takdirde daha kural koyarken bilmediği kuralı “hemen yürürlüğe koyan” bir irade, en baştan “hukuk devleti” ve “hukuki güvenlik ilkesi” ile çelişen bir iradedir. Örnek olayda böyle bir iradenin var olduğunun kabulünü içeren bir irade açıklaması, kabul edilebilir bir irade açıklaması olmaktan uzaktır.

Anayasa Mahkemesinin “görev süresinin kısaltıldığına ilişkin bir düzenleme olmadığı” ifadesi zayıf bir gerekçe olarak değerlendirilmektedir.⁵⁹ Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresi ile ilgili olağanüstü durumların ve kural koyucu iradenin rolünün yanında, Fransa ve ABD örneklerinin tartışılıp değerlendirilmemesi ve 2010 Anayasa değişikliği ile “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte üye olanlar, yaş haddine kadar görevlerine devam ederler”. şeklinde ki istisna getirilmesine cevap verilmemesi Anayasa Mahkemesinin bu kararının sorgulanmasına neden olmaktadır. Bütün bu tartışmalara cevap verebilecek yeterlilikte olan anahtar, olağanüstü koşullar çerçevesinde gerçekleşen kural koyucu iradenin yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda anlaşılması olacaktır. Bu irade Onbirinci Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıl değil, yedi yıl olduğudur.

⁵⁹ SAĞLAM, a.g.e., s. 411.

KAYNAKLAR

Abdullah DEMİR ve Yahya DERYAL, **Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Ali Erdem DOĞANOĞLU, “Cumhurbaşkanının Görev Süresinin Belirlenmesi Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/3, ss. 195-210.

Aydın İPEK, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Detay Yay., Ankara, 2011.

Bekir BOZDAĞ, <http://yenisafak.com.tr/Politika?!=359787>, (Erişim Tarihi: 29 Şubat 2012).

Bülent YAVUZ, “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler Ve Çözüm Yolları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, Y: 2008, ss. 1173-1208.

Bülent YAVUZ, “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Hükümet Sistemleri”, **Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 3**, TC İstanbul Kültür Üniversitesi Yay., No: 171, İstanbul, 2012, ss. 66-73.

Cem EROĞUL, “Anayasa Değişikliği Önerisinde Değişiklik Yapılması”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** 64 (1), ss. 89-113.

Devrim SEVİMAY’ın haberi, “Soru-Cevap’ın Konuğu Fransız Anayasa Hukukçusu Prof. Dr. Jean Marcou”, (<http://www.haber7.com/haber/20100222/Gul-Koskte-5-yil-mi-7-yil-mi-oturmali.php>) (Erişim Tarihi: 29 Şubat 2012).

Erdal ABDÜLHAKİMOĞULLARI, “5 Yıl 7 Yıl İkileminde 11. Cumhurbaşkanının Görev Süresi”, 19 Aralık Pazartesi, 2011, (<http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-erdal-abdulahakimoğullari/5-yil-7-yil-ikileminde-11-cumhurbaşkaninin-gorev-suresi/>), (Erişim Tarihi: 29 Şubat 2012).

Erdal ONAR, “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi midir?” **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yay., 2005, ss.71-104.

Erdal ONAR, “1982 Anayasasının 2007 Yılında 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN’a Armağan**, C: 2, Ankara, 2008, ss. 487-546.

Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2009.

Erdoğan TEZİÇ, Erdoğan Teziç ve Sami Selçuk-Radyo Kuzey, “www.youtube.com/watch?v=Dt7x5sfgfco”, (Erişim Tarihi: 28 Şubat 2012).

Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yay, Ankara, 2011.

Ergun ÖZBUDUN, “Hükümet Sistemi Tartışmaları”, **Yeni Türkiye**, Ankara, Mart-Nisan 2013, ss. 205-213.

Ersan ŞEN, “Görev Süresi Neden 7 Yıl” (Haberı yapan Taha Dağlı), Sabah Gazetesi, 19.12.2011; (<http://www.haber7.com/haber/20100222/Gul-Koskte-5-yil-mi-7-yil-mi-oturmali.php>) (Erişim Tarihi: 29 Şubat 2012).

Faruk BİLİR, “11. Cumhurbaşkanının Görev Süresi”, (<http://www.ankarastateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/11-cumhurbaskaninin-gorev-suresi/>) (Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2014).

Fazıl SAĞLAM, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Yakın Doğu Üniversitesi Yay., Lefkoşa 2013.

Hüsamettin UĞUR, “Cumhurbaşkanının Görev Süresi ve Yeni Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesinde Yapılması Gerekenler” **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 65, Ocak 2012, ss. 24-31.

Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, (CİLT I), Ekin Yay., Bursa, 2009.

Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yay., Bursa, 2011.

Kemal GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Cilt: 1, Bursa, 2011.

Kemal GÖZLER, “Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?” **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 66, Şubat 2012, ss. 36-50.

Kenneth NEWTON and Jan W. Van DETH, *Foundations of Comperative Politics*, Cambridge Universty Pres., 2010.

Kürşat ERDİL ve Ömer KESKİNSOY, “Cumhurbaşkanının Görev Süresi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010/1, ss. 253-258.

Levent GÖNENÇ, **Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları**, Adalet Yay, Ankara, 2008.

M.Tevfik GÜLSOY, “Gülsoy: Cumhurbaşkanın Görev Süresini Belirleme Yetkisi Meclis’in”, 22 Aralık 2011 Perşembe, www.haberler.com/gulsoy-cumhurbaskaninin-gorev-suresini-belirleme-3208944-haber/, 29 Şubat 2012.

Mustafa ERDOĞAN, “Cumhurbaşkanının Görev Süresi 7 Yıldır”, Star Gazetesi, 13.02.2010 (<http://www.hurfikirler.com/konular/yazdir.php?id=1306>) (Erişim Tarihi: 16 Mayıs 2014).

Mustafa KOÇAK, “Cumhurbaşkanının Görev Süresi”, 03.09.2010, Radikal Gazetesi, (http://www.radikal.com.tr/yorum/cumhurbaskaninin_gorev_suresi-1016989) (Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2014).

Ömer ANAYURT, “Referandumlar Üzerinde Anayasallık Denetimi Sorunu”, **Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN’a Armağan**, C: 2, Ankara, 2008.

Sabih KANADOĞLU, “Yeni Anayasa ve Gerçekler” Başlıklı Antalya Büyükşehir Belediyesi Paneli, 28 Ağustos 2012.

Sami SELÇUK, Erdoğan Teziç ve Sami Selçuk-Radyo Kuzey, “www.youtube.com/watch?v=Dt7x5sfgfco”, (Erişim Tarihi: 28 Şubat 2012).

Sercan Coşkun KULAK, “Halkoylaması”, **TBB Dergisi** 2012 (101).

Taha AKYOL, “Fethullah Gülen Kısa Sürede Dönmez!”, Hürriyet Gazetesi, 16 Haziran 2012. (<http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/20771838.asp>) (Erişim Tarihi: 16 Mayıs 2014).

Thomas H. NEALE, “Presidential Terms and Tenure: Perspectives and Proposals for Change”, Congressional Research Service, October 19, 2009, p. 15., assets.opencrs.com/rpts/R40864_20091019.pdf, 8. 10. 2013.

Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara, 1970.

Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı, Editör: Erdal ABDÜLHAKİMOĞULLARI, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

OPA 90'DA DÜZENLENEN HUKUKİ SORUMLULUK SİSTEMİ, ZARARLAR VE ZARARLARIN TAZMİNİ

*Arş. Gör. Mehmet ŞEKER**

I. GİRİŞ

Exxon Valdez kazası sonrasında ABD'de daha önce de var olan, ancak yeknesak olmayan birçok petrol kirliliği düzenlemesini yeknesaklaştırmak için Oil Pollution Act of 1990 (OPA 90-1990 tarihli Petrol Kirliliği Kanunu) kabul edilmiştir. OPA 90'ın kabulü ile birlikte ABD petrol kirliliği konusunda uluslararası arenadan farklı bir rejime tabi olmaya başlamıştır. Her ne kadar kanunun kabulünün üzerinde çok uzun bir süre geçmiş olsa da, söz konusu düzenlemenin hâlihazırda yürürlükte olması ve kanunun kabulünden sonra meydana gelen bir takım olaylara OPA 90'dan önce yürürlüğe giren başka bir kanunun uygulanma¹ ihtimali dolayısıyla, kanunun yeterli olup olmadığı ve hukuki sorumluluk sistemi, çalışma kapsamında incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki çalışmanın konusu bulabildiğimiz kadarıyla iki Türkçe eserde² genel hatlarıyla ve başka bir boyutuyla incelenmiştir. Dolayısıyla OPA 90'ın Türkçe olarak hukuki sorumluluk kapsamında incelenmesinin uygun olacağını düşündük. Ancak söz konusu çalışmada OPA 90 kadar geniş bir kanunun tüm boyutlarıyla incelenmesi müm-

* Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku.

¹ Bu konuda OPA 90'ın yürürlüğe girmesinden sonra 20 Nisan 2010 tarihinde meydana gelmiş olan Deepwater Horizon davasında OPA 90 uygulama alanı bulamamıştır. Söz konusu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. National Incident Commander's Report: MC252 Deepwater Horizon, United States Coast Guard, National Incident Command, October 1, 2010 ([http://www.nrt.org/production/NRT/NRTWeb.nsf/AllAttachmentsBy Title/SA-1065NICReport/\\$File/Binder1.pdf](http://www.nrt.org/production/NRT/NRTWeb.nsf/AllAttachmentsBy Title/SA-1065NICReport/$File/Binder1.pdf)) (Erişim tarihi: 05.11.2014); *King, R. O.*, Deepwater Horizon Oil Spill Disaster: Risk, Recovery, and Insurance Implications, Congressional Research Service, 2010 (<http://www.cnire.org/nle/crsreports/10aug/r41320.pdf>) (Erişim tarihi: 05.11.2014)

² Prof. Dr. Pınar Akan söz konusu konuyu mahkeme kararları ışığında, Dr. Hacı Kara ise "Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukuku'na Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk" adlı eserinde OPA 90'ı genel hatları ile incelemiştir. Söz konusu eserler için bkz. kaynakça

kün olmadığından çok ayrıntıya inilmeksizin, cezai hükümler kapsam dışın-
da bırakılarak, incelenmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmada sistematik olarak öncelikle OPA 90 yürürlüğe girmeden
önce ABD’de petrol kirliliğine ilişkin düzenlemelerin neler olduğuna ve bu
düzenlemelerin yeterli olup olmadığı incelenecektir. Devamında Exxon Val-
dez kazasının meydana gelmesi ve OPA 90’a genel bir giriş yapılacaktır.
İkinci olarak ise OPA 90’da düzenlenen, petrol kirliliğinden doğan sorumlu-
luk sistemi, yine aynı şekilde petrolün sebep olduğu zarar kalemleri ve bu
zararların tazmininden bahsedilecektir.

II. OPA 90’DAN ÖNCEKİ DURUM

1. OPA 90’dan Önceki Hukuki Düzenlemeler

18 Mart 1967 yılında İngiltere’nin güneybatı sahilinde meydana gelen
Torrey Canyon felaketi ve 1969 yılında vuku bulan Santa Barbara patlaması
ve petrol kirliliği sonrasında kamuoyunun ilgisi petrol kirliliğine³ yönelmiş-
tir⁴.

Amerika Birleşik Devletleri’nde petrol kirlenmesinden doğan sorumlu-
luk için kanunlarda özel olarak düzenlenmiş bir sorumluluk rejimi bulun-
mamakta idi ve sorumluluk genel olarak haksız fiile dayandırılmaktaydı⁵.

ABD’de deniz kirliliğine⁶ ilişkin düzenlemenin *Rivers and Harbors Act
of 1899* paragraf 15 ile başladığı söylenebilir⁷. Ayrıca bu konuda bir başka

³ Deniz kirliliğinin temel sebebinin endüstriyel ve kimyasal atıklar olduğu yönünde bkz.
Akan, P.: Mahkeme Kararları Işığında 1990 Tarihli Amerikan Deniz Kirliliği Yasası
(OPA), Ankara Barosu Dergisi, 2002-3, s. 71; Deniz kirliliğinin kaynaklarının gemicilik
faaliyetleri dolayısıyla kirlenmesi, denizlerin depolama sebebiyle kirlenmesi, deniz yata-
ğındaki faaliyetleri dolayısıyla kirlenmesi ve son olarak kara kaynaklı ve atmosfer kay-
naklı sebeplerle kirlenmesi olarak dört başlıkta toplamanın mümkün olduğu yönünde ve
konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tütüncü, A.*: Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin
Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi, İstanbul, 2004,
s. 9 vd.

⁴ *Kara, H.*: Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukuku’na Göre Gemilerin Sebep Olduğu
Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 2005, s. 13; *Wagner, T. J.*:
The Oil Pollution Act of 1990: An Analysis, *Journal of Maritime Law and Commerce*,
Vol. 21, No. 4, October, 1990, s. 570; *Donaldson, M. P.*: The Oil Pollution Act of 1990:
Reaction and Response, *Villanova Environmental Law Journal*, Vol. 3, 1992, s. 284

⁵ *Kara, H.*, s. 13.

⁶ Uluslararası düzenlemelerde deniz kirliliği kavramının ne şekilde tanımlandığı konusun-
da bkz. *Tütüncü, A.*, s. 5 vd.

düzenleme olarak *Refuse Act of 1989*'dan da bahsedilebilecektir. Ancak *Refuse Act* olarak adlandırılan kanunun özellikle petrolden bahsetmemesine rağmen, mahkemeler gemiden kaynaklı petrolün denize dökülmesini “refuse matter” olarak kabul etmiştir⁸. *Refuse Act*'ten sonra ise ABD'nin kıyı bölgesinde bulunan seyrüsefere elverişli sularına, özellikle petrolün boşaltılmasını yasaklayan hüküm içeren *Oil Pollution Act of 1924* kabul edilmiştir⁹. *New York Harbor Act of 1886*, *Refuse Act of 1989* ve *Oil Pollution Act of 1924* kanunlarına bakıldığında ise hukuki sorumluluğun düzenlenmediğini ve fakat cezai müeyyideler içerdiği görülmektedir¹⁰.

1948 yılında Federal Su Kirliliğini Kontrol Kanunu (*Federal Water Pollution Control Act-FWPCA*) kabul edilmiştir. Söz konusu kanun eyaletler arası suların ve onların kollarının kirliliğini engelleme ve azaltmak; yeraltı ve yüzey sularının hijyen durumunu iyileştirmek için hazırlanmıştır. Ancak FWPCA kanununda çeşitli değişiklikler meydana gelmiştir¹¹. Her ne kadar FWPCA'ya yeni hükümler getirilmiş olsa da gemi kaynaklı kirlenmeye yönelik bir hüküm bulunduğu söylenemeyecektir¹².

A.B.D.'de petrol kirliliğine yönelik hukuki sorumluluk ilk olarak *Oil Pollution Act of 1924*'ü tadil eden *Clean Water Restoration Act of 1966* ile düzenlenmiştir¹³. Fakat modern anlamda petrol kirliliğine yönelik yasama tarihesinin 1970 yılında FWPCA'yı tadil eden *Water Quality Improvement*

⁷ *Rambusch, L. K.*: OPA 90: Evolution or Revolution?, *International Business Lawyer*, Vol. 24, September, 1996, s. 362. ABD'de petrol kirliliğine ilişkin sorumluluk rejimi hiçbir zaman doğrudan olmamıştır. Bu yönde bkz. *Gold, E.*: Marine Pollution Liability After “Exxon Valdez”: The U.S. “All-Or-Nothing” Lottery!, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 22, No. 3, July-October, 1991, s. 434.

⁸ *Rambusch*, s. 362.

⁹ Petrolün dökülmesine ilişkin getirilen para cezalarına ek olarak, mevzuat ayrıca, petrolün boşaltılmasında ABD gemilerinin yetkililerinin ruhsatlarına karşı alınacak erteleme veya iptal önlemlerine de izin vermektedir. Bu yönde bkz. *Rambusch*, s. 362.

¹⁰ *De la Rue/Anderson*, s. 8 (Aktaran: Kara, s. 13).

¹¹ Kanunun geçirdiği değişikliklerden en önemlileri 1961, 1966, 1970, 1972, 1977 ve 1987'de kabul edilenlerdir. Kanunun geçirdiği değişiklikler ve bu yönde bkz. <https://www.fws.gov/laws/lawsdigest/FWATRPO.HTML> (erişim tarihi: 25.02.2014); *Smith, S. T.*: An Analysis of the Oil Pollution Act of 1990 and the 1984 Protocols on Civil Liability for Oil Pollution Damage, *Houston Journal of International Law*, Vol. 14, 1991-1992, s. 121 vd.; *Schoenbaum, T. J.*: Admiralty and Maritime Law, 2004, s. 898, 899.

¹² *Kara*, s. 13.

¹³ *De la Rue/Anderson*, s. 9 (Aktaran: Kara, s. 13).

Act (WQIA) ile başladığı kabul edilmektedir¹⁴. Bu kanunun kabul edilmesiyle birlikte *Oil Pollution Act of 1924* yürürlükten kaldırılmıştır¹⁵.

1972 yılında FWPCA’da yapılan değişiklikle, petrol ürünlerinin denize boşaltılmasının yasaklanması milli politika olarak ilan edilmiş bunun yanı sıra cezai yaptırımlar düzenlenmiş ve federal hükümete temizleme masrafları için kusursuz sorumluluk yüklenmiştir¹⁶.

1977 yılında *Clean Water Act of 1977* ile yapılan değişiklikle birlikte sorumluluk, doğal kaynakların yenilenmesi ve tekrardan yerine konulması için yapılan masrafları kapsayacak şekilde genişletilmiştir¹⁷.

Yukarıda anlatılan bir takım kanunlar haricinde ise bazı belirli kirlenmelere ilişkin yasal düzenlemeler de kabul edilmiştir¹⁸;

- 1973 tarihli Trans-Alaska Pipeline Authorization Act (TAPAA): Petrolün Trans-Alaska petrol boru hattından, yine ABD’nin diğer bölgelerine

¹⁴ *Kara*, s. 13; *Wagner*, s. 570. Rambusch, gemilerden kaynaklanan kirliliği de içeren, su kirliliğinin önlenmesine ilişkin ilk kapsamlı düzenlemenin 1948’de yürürlüğe giren Federal Water Pollution Control Act olduğunu belirtmektedir. Bu yönde bkz. *Rambusch*, s. 362.

¹⁵ De la Rue/Anderson, s. 22 (Aktaran: *Kara*, s. 13).

¹⁶ *Kara*, s. 14.

¹⁷ Her ne kadar sorumluluk genişletilmiş olsa dahi kişisel zararlar, ekonomik kayıplar ve yerel yönetimlerin yaptıkları masraflara ilişkin hüküm içermediğinden eksiklerinin olduğu söylenebilecektir. Bu yönde bkz. *Kara*, s. 14; *Wagner*, s. 570. Etkili bir petrol kirliliği önlemi ve sorumluluk düzenlemesi için beş farklı unsurun bir arada olması gerekmektedir. Bunlar şu şekilde ifade edilebilir: 1-Petrolün dökülmesi vakasını ihbar etmek ve bu ihbarı cevaplamakla yükümlü kişilerin açıkça tanımlanması; 2-Petrolün dökülmesinin sınırlandırılmasında ve temizlenmesinde kimin sorumlu olacağına ilişkin açıkça belirlenmiş prensipler; 3-Mesul kişi ve diğer kişilerin sorumlu olacakları gider, masraf ve zararların türünün tafsilatı; 4-Sorumlu kişinin sorumluluktan kaçınabileceği durumları, sınırlı sorumluluk halleri ya da sorumluluğun üçüncü bir kişiye geçeceğine ilişkin belirli şartları ve son olarak 5-Sadece kirlenmenin önlenmesi ve kaldırılması ve kirlenme tehditlerinin değil aynı zamanda petrol kirliliği dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin zararlarının tazmininin nasıl giderileceği. FWPCA/CWA etkili kirlenme kontrolü planını sağlayacak kapsamlı ve tanımlayıcı değildir. Bu yönde ve düzenlemenin bazı eksikleri için bkz. *Sump, D. H.*: The Oil Pollution Act of 1990: A Glance in the Rearview Mirror, *Tulane Law Review*, Vol. 85, 2011, s. 1102, 1103.

¹⁸ *Kara*, s. 14; *Wagner*, s. 570, 571; *Donaldson*, s. 286. Bu düzenlemelerden başka; The Resource Conservation and Recovery Act of 1976 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Uda, M. J.*: The Oil Pollution Act of 1990: Is There a Bright Future Beyond Valdez, *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 10, 1990-1991, s. 412.

taşınan petrolerin neden olduğu kirlenmeden doğan talepleri düzenlemektedir¹⁹.

- 1974 tarihli Deepwater Ports Act (DPA): Kıyı terminallerindeki petrolün denize dökülmesinden doğan zararlara ilişkin talepleri düzenlemektedir²⁰.

- 1978 tarihli Outer Continental Shelf Lands Act Amendments (OCSLA): Kıyıda yapılan araştırma ve kıyıda yer alan işletmenin sebep olduğu kirlenmeden doğan talepleri düzenlemektedir²¹.

Görüldüğü gibi söz konusu düzenlemelerin hepsi farklı coğrafi bölgeler ve faaliyetler için uygulanabilir niteliktedir, ayrıca farklı fon sistemleri, sorumluluk ve idari hükümler içermektedir²². Bu sebeplerden dolayı yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacı doğduğundan *Comprehensive Environment Response, Compensation and Liability Act (CERCLA)*, 1980 yılında kabul edilmiştir²³.

Uluslararası alanda 1969 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme (1969 HSS) mevcuttur²⁴. Ayrıca bu sözleşme ile bağlantılı olarak da HSS ile karşılanamayan zararla-

¹⁹ The Trans-Alaska Pipeline Authorization Act hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Uda*, s. 408 vd.; *Smith*, s. 124, 125.

²⁰ 1974 tarihli Deepwater Ports Act (DPA) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Smith*, s. 125, 126.

²¹ 1978 tarihli Outer Continental Shelf Lands Act Amendments (OCSLA) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Smith*, s. 127, 128.

²² *Ayorinde, A. A.*: Inconsistencies Between OPA '90 and MARPOL 73/78: What is the Effect on Legal Rights and Obligations of the United States and Other Parties to MARPOL 73/78?, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 25, No. 1, January, 1994, s. 69.

²³ *Kara*, s. 14. The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Uda*, s. 412 vd.; *Schoenbaum*, s. 899, 900.

²⁴ Uluslararası alanda petrol kirliliğine ilişkin düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ayorinde*, s. 61 vd.; *Rambusch*, s. 363 vd.; *Kara*, s. 157 vd.; *Tütüncü*, s. 27 vd.; *Abdullayev, C.*: Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği (Yetki-Sorumluluk-Zararın Tazmini), Ankara, 2005, s. 213 vd.; *Wagner*, s. 571 vd.; *Smith*, s. 117 vd.; *Donaldson*, s. 301 vd.; *Brennan, B. V.*: Liability and Compensation for Oil Pollution from Tankers Under Private International Law: TOVALOP, CRISAL, and the Exxon Valdez, *The Georgeown International Law Review*, Vol. 2, No. 1, 1989, s. 2 vd.; 1984 değişikliği ile birlikte HSS geniş bir çerçeveye çizmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Noyes, J. E.*: The US Oil Pollution Act of 1990, *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, Vol. 7, 1992, s. 44 vd.

rın giderilebilmesi için 1971 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme kabul edilmiştir²⁵. Hem HSS hem de Fon Sözleşmesi 1984 yılında revizyona uğramıştır. ABD'nin girişimi ve yoğun çabaları sonucunda 1984 protokolü ile değişikliğe uğramış olan 1969 HSS sözleşmesi ABD tarafından yürürlüğe konulmamıştır²⁶. Bunun temel sebepleri olarak ise öncelikle, ABD'deki çevre hareketinin toplam ve sınırsız sorumluluk prensibine karşı olması ve Federal hükümetin bu sözleşmeyi yürürlüğe koymasına halinde Eyaletleri kirlüten gemi sahiplerine karşı sahip oldukları tedbir alma haklarını kullanamayacakları yönünde ortak bir görüşün olması gösterilebilecektir²⁷.

2. Exxon Valdez Kazası ve OPA 90

24 Mart 1989 tarihinde ABD'nin kuzeybatısında Alaska Körfezi, Prince William Sound'da Exxon Valdez kazası meydana gelmiştir²⁸. Ardından, Federal Hükümetin, ABD Kıyı Güvenliğinin, ABD Donanmasının, Çevre Koruma Temsilciliklerinin, Alaska eyaletinin, bazı yabancı hükümetlerin, çeşitli özel ilgililerin ve tabii ki Exxon'ın kendisinin, sigortacısının, birçok uzmanın ve daha birçoklarının katılımıyla büyük bir temizleme operasyonu

-
- 25 1969 tarihli HSS ve 1971 tarihli Fon Sözleşmelerinin gelişimi ve ayrıntılı bilgi için bkz. *Demir, İsmail*: Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, Yıl 2011, s. 256 vd.
- 26 *Kara*, s. 14; *Wagner*, s. 572, 573. OPA ve 1984 Protokolü'nün belli bazı hükümleri karşılaştırıldığında, OPA'nın petrol kirlenmesinden kaynaklanan çok sayıda hukuki uyuşmazlığı çözmeye diğerine nazaran yeterince iyi kaleme alındığının açık olduğu yönünde ve karşılaştırma için bkz. *Smith*, s. 143. Çevrecilerin ve eyaletlerin haklarını savunan kişilerin söz konusu düzenlemeye karşı olmaları sonucu ABD düzenlemeyi kabul etmemiştir ancak bunun devamında ABD'nin uluslararası alandaki kredisine ve deniz çevresine büyük bir zarar vermiştir. Bu yönde bkz. *Gold*, s. 433.; *Smith*, s. 147.
- 27 *Kara*, s. 15; *Smith*, s. 135, 136; *Donaldson*, s. 309 vd. Uluslararası alanda yapılan düzenlemede sorumluluk limitlerinin çok düşük olması ve federal ve eyalet hukuklarına karşı öncelikle uygulanması gündeme geleceğinden söz konusu sözleşmeyi kabul etmedikleri yönünde bkz. *Donaldson*, s. 283 vd.
- 28 Exxon Valdez kazasından önce ve sonra denize petrol dökülmesine ilişkin istatistiksel veriler için bkz. *Ketkar, K. W.*: The Oil Pollution Act of 1990: A Decade Later, *Spill Science & Technology Bulletin*, Vol. 7, No. 1-2, 2002, Great Britain, s. 50. Söz konusu kazanın devamında yapılan faaliyetler hakkında bkz. *Sump*, s. 1104 vd.; Exxon Valdez kazasının ABD tarihinde meydana gelen en büyük petrol kirlenmesi olduğu yönünde bkz. *Uda*, s. 403; *Gold*, s. 424, 425.

başlamış ve 2 yılın üzerinde sürmüştür²⁹. Söz konusu kaza ciddi çevre zararlarına sebebiyet verdiği için çevreye olan duyarlılığı arttırmıştır³⁰.

Exxon Valdez kazası, uluslararası arenada petrol kirliliğinden doğan sorumluluğa ilişkin yeknesaklaştırma çalışmalarının yapıldığı döneme denk gelmiştir. Ancak Exxon Valdez'in ertesinde çok fazla zaman geçmeden California, Huntington sahilinde bir başka kaza olan "Mega Borg" patlaması ve yangını, yine California'da meydana gelen American Trader olayı ve devamında da New York Limanında çeşitli olaylar yaşanmıştır³¹. Neticede ABD yaşanan olaylardan dolayı petrol kirliliğinden doğan zararlara ilişkin bir federal bir düzenleme yapması gerektiğine kanaat getirmiştir³². Böylelikle ABD uluslararası alanda yeknesak bir düzenlemenin yapılması için sarf ettiği gayreti de geri çekmiştir³³. Sonuç olarak ABD senatosunda ve meclisinde yapılan görüşmeler neticesinde, kısa süre içinde *Oil Pollution Act of 1990* (OPA 90-1990 tarihli Petrol Kirliliği Kanunu) 18 Ağustos 1990'da Başkan'ın imzalamasıyla kabul edilmiştir³⁴. OPA 90, ABD'de; seyrüsefere elverişli sularda ve kıyı şeridinde petrol dökülmesi konusunda federal düzeyde yürürlüğe giren ilk kanun olma özelliğini göstermektedir³⁵. OPA 90, makul ve acil taleplerin daha kolay, açık ve öngörülebilir bir mevzuat dahilinde tazmin edilmesini sağlayacak şekilde ve dahası petrolün denize dökülmesinden doğan sorumluluğa ilişkin hükümleri federal düzeyde ele alarak düzen-

²⁹ *Gold*, s. 425 vd.

³⁰ *Kara*, s. 15, 16. Söz konusu dökülme aynı zamanda çevre konusunda duyarlı olan birçok hükümetin, milli parkların ve yaban hayatı sığınağının zarara uğramasına sebep olmuştur. Bu yönde bkz. *Uda*, s. 403.

³¹ *Kara*, s. 16; *Gold*, s. 428; *Noyes*, s. 43.

³² *Gold*, s. 426; *Swanson*, S. R.: OPA 90 + 10: The Oil Pollution Act of 1990 After Ten Years, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol 32, No.1, January, 2001, s. 136.

³³ *Kara*, s. 16.

³⁴ *Ketkar*, s. 45. The Prince William Sound'da meydana gelen petrol boşaltması olayına kadar geniş kapsamlı birçok düzenlemenin ABD Kongresine gönderildiği ancak hiçbirinin kabul edilmediği yönünde bkz. *Wagner*, s. 571. OPA'nın yürürlüğe girmesinden sonra arızı petrol dökülmesinde bir azalma olduğu söylenebilecektir. Ancak istatistiksel veriler, OPA sayesinde mi daha büyük petrol dökülmesinin ve tüm petrol dökülmesi miktarının azalıp azalmadığını ifade etmekte yetersizdir. Bu yönde bkz. a.g.e., s. 51. OPA 90 ve MARPOL 73/78 arasındaki farklılıkların incelemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ayorinde*, s. 85 vd.; OPA'nın yasama süreci için ayrıca bkz. *Ayorinde*, s. 70; *Sump*, s. 1103; MARPOL hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tütüncü*, s. 36 vd.

³⁵ *Swanson*, s. 135; OPA'nın yürürlüğe girmesi Exxon Valdez kazasının meydana getirdiği bir sonuçtur. Bu yönde bkz. a.g.e. 137.

lemektedir³⁶. Kanunda koruyucu önlemler ve petrolün denize dökülmesine ilişkin olarak bir takım cezalar öngörülmüştür. Bunlara ek olarak temizleme masrafları, mal ve doğal kaynak zararları ve ekonomik kayıplar dahil kamu- sal ve özel talepler de düzenleme altına alınmıştır. Ancak kanunun en önemli başarısının dağınık bir mevzuata sahip olan federal petrol kirliliği kanunları- nı; gemilerden, tesislerden ve derin deniz yataklarından dökülen petrol için yeknesak bir hale getirerek tek bir kanunla düzenlemesidir³⁷. Bir başka yö- nüyle OPA 90, sadece ABD taşımacılığı için değil aynı zamanda bütün dün- yada taşımacılık alanında önem arz etmektedir³⁸.

OPA 90'ın getirilme amacı kapsamında değerlendirme yapıldığında: Bir taraftan; OPA 90'nın daha önceki düzenlemelerin karmaşıklığını iyileştir- mediği söylenebilecektir, petrolün boşaltılmasına ilişkin yürürlükte olan anlaşmaların sayısı gerektiği gibi bir düşüş göstermediğinden, OPA 90 kap- samında sorumlu kabul edilen kişiler diğer birçok düzenleme kapsamında da sorumlulukla karşı karşıya kalabilmektedirler, diğer taraftan; OPA 90'nın sorumluluğa ilişkin hükümleri kolaylaştırılmış ve TAPAA ve OPA arasında- ki müstakbel etkileşim ve koordinasyon potansiyel olarak artmıştır³⁹.

Genel olarak bakıldığında; OPA 90 petrol kirliliğinden kaynaklanan kir- lenmeler için geniş bir sorumluluk, müdahale ve tazmin sistemi kurmuştur. Bu sistemi kurarken, eyalet sorumluluk düzenlemelerini öncelemeden veya uluslararası petrol kirliliği konvansiyonlarını uygulamaksızın, birçok federal sorumluluk sistemini de bir araya getirmiştir. Ayrıca önleme tedbirlerini ve petrol sızıntısı halinde söz konusu olacak cezaları ve büyük oranda petrol kirliliği halinde yapılacak müdahaleleri belirlemiştir⁴⁰.

36 *Kara*, s. 17.

37 *Kara*, s. 17; *Wagner*, s. 582. Ancak her ne kadar amaç tek bir düzenleme altında petrol kirliliğini düzenlemek olsa da OPA'nın yürürlüğe girmesi ile ona eyalet kanunları önün- de bir öncelik tanınmamış ve uluslararası konvansiyonların uygulanmasını da sağlama- mıştır. Bu yönde bkz. *Wagner*, s. 573; *Noyes*, s. 43; *Donaldson*, s. 298.

38 *Ketkar*, s. 45.

39 Eğer eyalet yasaları önceliğini korumaya devam etmezse, OPA'ya uygulanma yönünden bir öncelik tanınırsa, OPA en son düzenleme olacaktır ve amacına ulaşacaktır, aksi tak- dirde en azından karmaşıklığı gidermek yönüyle bir önceki düzenlemeler ertesinde ya- pılmış bir gelişim olmayacak ve OPA önemsiz kalacaktır. Bu yönde bkz. *Uda*, s. 424.

40 *Wagner*, s. 569.

III. OPA 90'DA DÜZENLENEN SORUMLULUK SİSTEMİ, ZARAR VE ZARARIN TAZMİNİ

1. Sorumluluk Sistemi

A. Sorumluluğun Unsurları

a. Genel Olarak

OPA 90 ile birlikte bir takım işletmelerin ve gemilerin neden oldukları petrol kirliliği dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluklar düzenleme altına alınmıştır. Ancak sorumlu kişiler yönünden bir değerlendirmeye gidildiğinde yük sahiplerinin sorumluluğunun olmadığı görülecektir⁴¹. Dolayısıyla gemilerden kaynaklanan bir deniz kirliliğinde yük sahiplerinin sorumluluğuna gidilemeyeceği söylenebilecektir⁴².

§ 1002'de belirtildiği gibi; hukukun diğer hükümlerine veya kurallarına bakılmaksızın petrolün seyrüsefere elverişli sulara⁴³ veya kıyı şeridine bitişik yerlere veyahut da münhasır ekonomik bölgeye⁴⁴ dökülmesinden veya petrolün⁴⁵ dökülmesinde önemli bir tehdit barındıran her bir sorumlu kişi

41 Bu yönde bkz. *Akan*, s. 73.

42 Bu yönde bkz. *Schoenbaum*, s. 884, dn. 9.

43 OPA § 1001 (21)'a göre seyrüsefere elverişli sular ile ABD'nin karasuları dahil tüm suları kastedilmektedir. Söz konusu düzenlemenin coğrafi sınırı ABD'nin münhasır ekonomik bölgesinin sınırlarına kadar 200 deniz miline kadar uzatılabilecek genişliktedir, ancak sınırsız değildir. ABD Temyiz Mahkemesi 5. Dairesine intikal etmiş, *Rice v. Harken Exploration Co.*, isimli davada, mahkeme Texas Panhandle, Big Creek Ranch'de kıyıda yer alan bir petrol üretim tesisine OPA'nın uygulanmasının, iddiaya konu petrol boşaltmasının yer altı suları aracılığıyla meydana geldiğinden bahisle, mahkemece kabul edilmeyeceği yönünde karar vermiştir. Mahkeme ayrıca davacının, ABD'nin seyrüsefere elverişli suları ile yer üstü sularının bağlantılı olmasının yeterince açık olduğu yönündeki delilleri temin etmesindeki başarısızlığına dikkat çekmiştir. Bu yönde ve adı geçen mahkeme kararı için bkz. *Kiern, L. I.: Liability, Compensation, and Financial Responsibility Under the Oil Pollution Act of 1990: A Review of the Second Decade*, Tulane Maritime Law Journal, Vol. 36, No.1, 2011, s. 25, 26.

44 Münhasır ekonomik bölge; ABD ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği arasında yapılan 1 Haziran 1990'da imzalanan deniz sınırları konusundaki anlaşmanın 3/1 maddesinde geçen "doğuya ilişkin özel bölgeler"den olan okyanus suları da dahil olmak üzere, 5030 sayılı 10 Mart 1983 tarihli Başkanlık Beyannamesi ile kabul edilen bölgeyi ifade etmektedir. (OPA § 1001)

45 HSS md. 1/5'de gemide kargo olarak yahut geminin depolarında taşınan; ham petrol, akaryakıt, ağır mazot, yağlama yağı ve balina yağı gibi dayanıklı petroler Konvansiyon kapsamında sorumluluğa sebep olan petrolerden sayılmışlardır. Ancak OPA § 1001

temizleme masrafları ve alt paragraf (b)'de belirtilen olaylardan kaynaklanan zararlardan sorumludur⁴⁶. Madde incelendiğinde görülecektir ki sorumluluk için herhangi bir şekilde kusurun varlığından bahsedilmemiştir.

Sorumlu kişilerin kim olduğu § 1002 (32)'de tanımlanmıştır. Hüküm uyarınca geminin içinde bulunduğu durum dikkate alındığında, geminin⁴⁷ sahibi, işleteni veyahut demise chartereri sorumlu kişilerden sayılmışlardır. (OPA § 1002 (32) (A))

Kıyıda yer alan işletmeler yönünden; boru hattı dışındaki işletmeler açısından; devlet kurumu, eyalet, belediye, kurul veya devletin siyasi bir alt birimi, eyaletler arası kurumlar dışında, işletmenin sahipleri veya işletenleri yahut işletmenin sahibinin kira, devir veya izni ile bir başka kişiye mülkiyeti

(23)'de petrolün dayanıklı olmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Tüm petrol türleri kanun kapsamında değerlendirilmektedir.

⁴⁶ Burada sorumluluğun yorumlanmasında OPA § 1001 (17)'nin göndermesiyle FWPCA paragraf 311'in geçerli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu Kanun ABD'de uygulanacağından United States veya State kavramlarından ne anlaşılması gerektiğinin de belirtilmesi gerekmektedir. Bu terimlerden ne anlaşılması gerektiği OPA § 1001 (36)'da şu şekilde belirtilmiştir: "United States" ve "State" ABD'nin eyaletlerini, Columbia Bölgesini, Puerto Rico, Guam, American Samoa, Virgin Adaları, Northern Marianas ve ABD'nin mülkiyet ve idaresi altındaki diğer bölgelerini ifade etmektedir.

⁴⁷ OPA'da yer alan sorumluluğun amaçsal yorumu yapıldığında gemi ile kastedilenin ne olduğu GMD Shipyard Corp. V. M/V Athena davasında belirtilmiştir. Söz konusu davada geminin karaya oturması sonucunda, petrolün dökülmesi söz konusu olmuştur. Ondan sonra tamir için gemi, gemi tamir havuzuna alınmıştır. Geminin hasara uğramış çift dip tankındaki fuel oil, gemi tamir havuzundaki su seviyesi azaltıldığı sırada, gemi tamir havuzuna boşalmıştır ve petrolü çıkarmak için yapılan masraflar tersaneye kalmıştır. Petrolün temizlenmesi dolayısıyla yapılan masraflar için gemi ve tersane arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. İlk olarak gemi sahibi şu sebeplerle OPA'nın uygulanmayacağını savunmuştur: 1-geminin seyrüsefer yapamayacak olması dolayısıyla, gemi OPA'nın kapsamında değerlendirilebilecek bir gemi değildir. 2-Söz konusu dökülme seyrüsefere elverişli sulara değil güvenli bir şekilde gemi tamir havuzunda meydana gelmiştir. Mahkeme ise her iki savunmayı da reddetmiştir. İlk olarak, söz konusu gemi seyrüseferden alınmamış ve tamir için geminin gemi tamir havuzuna alınmasının onun yüzme karakterini yeteri kadar ortadan kaldıracak düzeyde olmadığına yetkililerce belirtildiğine hükmetmiştir. Daha sonra mahkeme "gemi tamir havuzundan...deniz mahkemelerinin yargılaması kapsamında seyrüsefere elverişli sulara dahil olduğu anlaşılmalıdır ve OPA uyarınca seyrüsefere elverişli sular ifadesi yargılamada kullanılan aynı terimden daha geniş tanımlanmıştır, petrolün dökülmesi...OPA gereğince seyrüsefere elverişli suların içine veya üstüne dökülmesidir" şeklinde karar vermiştir. Daha da önemlisi mahkeme OPA gereğince gemi ilgililerinin ve tersane ilgililerin eşit bir şekilde sorumlu taraflardan olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla zararlara da yarı yarıya katlanacaklarına hükmetmiştir. Söz konusu karar ve incelemesi için bkz. *Kiern*, s. 31 vd.

kullanma hakkını devrettiği bir başka kişi sorumlu kişilerden sayılmıştır. (OPA § 1002 (32) (B))

Açıkta yer alan işletmeler yönünden ise, boru hattı veya 1974 tarihli Deepwater Port Act kapsamında lisanslı derin su limanları dışında, devlet kurumu, eyalet, belediye, kurul veya devletin siyasi bir alt birim, eyaletler arası kurumlar dışında, işletmenin bulunduğu yerin kiracı veya ruhsat sahibi yahut yine işletmenin bulunduğu yerde (eğer zilyet, kiracı veya ruhsat sahibinden başka bir kimse ise) Eyalet hukuku veya Outer Continental Shelf Lands Act kapsamında kullanma hakkı elde etmiş kişi OPA kapsamında sorumlu kişilerden sayılmışlardır. (OPA § 1002 (32) (C))

Derin su limanları bakımından 1974 tarihli Deepwater Port Act kapsamında lisans sahibi kimse sorumlu kişilerdendir. (OPA § 1002 (32) (D))

Boru hatları için sorumlu kişi ise; söz konusu boru hattının sahibi veya işletenidir. (OPA § 1002 (32) (E))

Terk edilmiş gemilerde, kıyıda ve açıkta yer alan işletmelerde, derin su limanlarında, boru hatlarında; gemiyi veya işletmeyi terkten önceki sorumlu kişi, sorumlu olarak kabul edilmiştir. (OPA § 1002 (32) (F))

b. Kapsam Dışı Boşaltmalar

OPA § 1002 (c)'de OPA'nın: 1-Birleşik Devletler, eyalet veya bölgesel hukuk kapsamında verilmiş bir izne sahip ruhsat sahiplerinden, 2- Devlet gemilerinden veya 3-Trans-Alaska Pipeline Authorization Act'e konu kıyıda yer alan bir işletmeden kaynaklı herhangi bir boşaltmaya uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle bu hükümde sayılanlar OPA'da düzenlenen sorumluluk kapsamı dışında tutulmuşlardır.

c. Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu

OPA § 1002 (d) (1) (A)'da sorumlu kişi olarak değerlendirilen üçüncü kişilerin sorumluluğu düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca alt paragraf (B)'de belirtilen durumlar hariç olmak üzere, boşaltma ve boşaltma tehlikesi oluşturan üçüncü kişilerin sorumluluğu ve § 1003 (a)(3)'de tanımlanmış (veya sadece mücbir sebep yahut savaş hali ile birlikte meydana gelen hareket veya ihmal gibi)⁴⁸ üçüncü kişi veya kişilerin hareketi

⁴⁸ OPA § 1003 (a)'da üçüncü kişinin "çalışan" veya "temsilci" yahut da "sorumlu kişinin bağımsız yüklenicisi"ni içermeyecek şekilde dar bir şekilde tanımlandığı ve böylece üçüncü kişinin savunmalarının, petrol boşalmasına römorkör, çekme faaliyeti ve hatta mecburi kılavuz tarafından sebep olunması halinde uygulanmayacağı yönünde bkz. Schoenbaum, s. 884.

veya ihmali ile ortaya çıkan temizleme masrafları ve zararları ile sonuçlanan bir durumda, üçüncü kişi veya kişiler, kanunun ilgili bölümü altında tanımlanan sorumlu kişi veya kişiler gibi sorumludurlar⁴⁹.

Yine §1002 (d) (1) (B)'de sorumlu kişinin halefiyeti düzenlenmiştir. Eğer sorumlu kişi, üçüncü kişinin bir davranışı veya ihmali ile meydana gelen bir boşaltma veya boşaltma tehlikesi olduğunu ileri sürerse, sorumlu kişi; § 1013 gereğince, talep sahiplerinin yönelteceği temizleme masraflarını ve zararlarını ödeme zorunluluğu altındadır. Ayrıca yine aynı alt paragraf kapsamında üçüncü kişi veya fon tarafından ödenen temizleme masraflarını ve zararlarını, ABD Hükümeti'nin ve talep sahiplerinin tüm haklarını halefiyet suretiyle geri almaya yetkili olacaktır.

Olayın meydana gelmesine sebep olan üçüncü kişinin bir hareketi veya ihmali, üçüncü bir kişinin sahibi olduğu veya işlettiği bir gemi veya işletme ile bağlantılı olarak gerçekleştirmişse, üçüncü kişinin sorumluluğu § 1004'de belirtilen sorumluluk kapsamında değerlendirilecektir. (OPA § 1002 (d)(2)(A))

B. Sorumluluktan Kurtulma Halleri (Sorumsuzluk Halleri)

OPA § 1003'de bazı hallerde kişilerin sorumluluktan kurtulabilecekleri ve bu hallerin neler oldukları düzenleme altına alınmıştır.

Sorumlu kişi, zarar ve temizleme masrafları ile sonuçlanan bir petrolün dökülmesinin;

1- Mücbir sebep⁵⁰;

⁴⁹ Norwalk, California'da 20 Şubat 1995 tarihinde petrol boru hattından 45.000 galonun üzerinde petrolün boşalmasının meydana geldiği olay sonucunda açıklan "Unocal Corp. V. United States" davasında, ABD Temyiz Mahkemesi 9. Dairesi, üçüncü kişinin kusurunu düzenleyen OPA hükümlerine istinaden, yerel mahkemenin vermiş olduğu kararı ve jürinin kararını çoğunlukla onamıştır. Davaya konu olayda, Güney California Bölgesi Demiryolu Yönetimindeki Metrolink için yapılan demiryolu istasyonlarının yapımı ile ilişkili kazı çalışmaları sırasında ağır iş makinelerinin petrol boru hattını delmesi sonucunda petrol boşalması meydana gelmiştir. Söz konusu petrolün temizlenmesi için Unocal şirketi 4.66 milyon dolar kirlilik ve belirlenen zararların ödenmesi için ve 2.4 milyon dolar da petrolün temizlenmesi için ödemede bulunmuştur. Yaptığı ödemeler dolayısıyla da Metrolink'e başvurmuş ancak talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine Unocal şirketi Metrolink'e, onun yüklenicilerine ve Petrol kirliliği sorumluluk fonuna dava açmıştır. Jüri de Unocal talepleri yönünde hükme varmış ve olayın Metrolink ve onun yüklenicilerinin kusuru sonucu meydana geldiğine hükmetmiştir. Söz konusu karar için bkz. *Kiern*, s. 39.

2- Savaş hali⁵¹ veyahut da

3- Üçüncü kişinin bir davranışı veya ihmali olduğunu kanıtlarsa sorumluluktan kurtulacaktır.

Bunun dışında sorumlu kişinin bir çalışanın veya temsilcisinin yahut üçüncü bir kişinin hareketi veya ihmali, sorumlu kişi ile yaptığı bir sözleşmesel ilişkisi dolayısıyla (sadece sözleşmeye bağlı düzenlemenin olduğu yerde demir yolu ile yapılan taşımalardaki taşıyanla bir bağlantısı sonucu meydana gelmiş olması durumu hariç) meydana gelir ve sorumlu kişi de; petrolün özelliklerini dikkate alarak ve konu ile alakalı tüm durumun ve şartların gerektirdiği ölçüde, petrole ilişkin gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ve üçüncü kişinin öngörülebilir fiillerine veya ihmaline ve söz konusu fiil ve ihmallerin öngörülebilir sonuçlarına karşı önlem aldığını ispatlayabilirse yine sorumluluktan kurtulabilecektir.

Söz konusu sorumsuzluk halleri ayrı ayrı her olayda meydana da gelebilir, hep beraber de yer alabilir.

Söz konusu sorumsuzluk halleri, sorumlu kişinin;

1- Bildiği veya bilmesi gerektiği halde, hukuka uygun olarak olayı bildirmekten kaçınması veya hukuka uygun olarak bildirmemesi;

2- Temizleme faaliyetleri ile alakalı olarak yetkili memur tarafından talep edilen tüm makul işbirliği ve yardımı sağlamayı reddetmesi veya bu konuda başarısız olması; veyahut da

3- Yeterli sebep olmaksızın, OPA'ya veya Intervention on the High Seas Act'e (Açık Denizde Müdahale Kanunu) göre değiştirilmiş haliyle FWPCA paragraf 311 (c) veya (e)'de belirtilen hükme uymayı reddetmesi halinde uygulama alanı bulmayacaktır.

Yukarıda sayılanlar sorumsuzluk halleri olarak adlandırılabilir. Bunların dışında sorumlu kişi § 1003 (b)'nin göndermesiyle § 1002 kapsamında talep sahibine karşı, talep sahibinin ağır ihmali yahut pervasızca hareketi⁵² sonu-

50 Mücbir sebep'in ne olduğu OPA § 1001 (1)'de beklenilmeyen önemli doğal afet, veya gerekli özenin gösterilmesine rağmen öngörülmesi, önlenilmesi ve kaçınılması mümkün olmayan diğer olağanüstü, kaçınılmaz ve karşı konulmaz olay olarak tanımlanmıştır.

51 OPA'da savaş hali kavramının ne anlama geldiği tanımlanmamıştır. Savaş hali; yabancı güçlerin düşmanca saldırısı sorunu ortaya çıkan petrol kirliliği olarak tanımlanabilecektir. Söz konusu tanımlama için bkz. *Schoenbaum*, s. 884, d.n. 11.

52 Wilful misconduct kavramının çevirisi olarak kasit veya ağır kusur yahut kasta denk kusur olduğunu savunanlar olmakla birlikte, cüretkarane davranış yahut pervasızca hareket şeklinde çevrilmesi gerektiği yönünde bkz. *Damar, D.*: Milletlerarası Taşıma Huku-

cunda meydana gelmiş olaylardan sorumlu olmayacağı da düzenleme altına alınmıştır.

C. Sorumluluğun Sınırlandırılması

OPA ile sorumlu kişinin kirlenme zararları ve temizleme masraflarından doğan sorumluluğuna ilişkin sınırlayıcı hükümler getirilmiştir⁵³.

OPA § 1004 uyarınca kirletenin kanuni sorumluluğu;

- 3.000 grostondan büyük tankerler için groston başına 1.200 ABD Doları veya en fazla 10.000.000 ABD Doları;
- ya da 3.000 groston veya daha küçük gemiler için groston başına 1.200 ABD Doları veya en fazla 2.000.000 ABD Doları;
- bunların dışında ise diğer bütün gemiler için groston başına 600 ABD Doları veya en fazla 500.000 ABD Doları ile sınırlıdır. Burada bahsi geçen sorumluluk sınırları gemiler için düzenlenmiştir⁵⁴.

Açıkta yer alan işletmeler için (derin su limanları hariç) tüm temizleme masraflarına ek olarak 75.000.000 ABD Doları ve kıyıda yer alan işletmeler ve derin su limanları için ise 350.000.000 ABD Doları ile sınırlı sorumluluk getirilmiştir.

kunda “Wilful Misconduct” -Kavramın Tarihçesi ve Tercümesi-, MHB, Yıl 24, 2004, s. 393.

⁵³ OPA’da düzenlenen söz konusu sorumluluk limitlerinin, The Oil Spill Liability Trust Fund (OSLTF)’in zamanla düzenlendiği gibi, zamanla düzeltilmesi gerektiği yönünde bkz. *Sump*, s. 1119. OPA’da düzenlenen sorumluluk limitlerinin daha önceki düzenlemelerden olan FWPCA’dan oldukça yüksek olduğu yönünde bkz. *Noyes*, s. 49; *Donaldson*, s. 294; ayrıca eyaletler bazında bakıldığında bazı eyaletlerin sorumluluğa ilişkin bir sınırlama getirmediği bazıların ise sorumluluk limitleri getirdiği görülmektedir. Dolayısıyla sorumluluk limiti getirmeyen eyaletler için meydana gelen zararlardan dolayı sorumlulukları sınırlanamayacaktır. Bu yönde bkz. *Noyes*, s. 50.

⁵⁴ OPA kapsamında yapılacak talepler için, daha önce mevcut olan Limitation Liability Act’in uygulanıp uygulanmayacağı yönünde, bir başka deyişle OPA’nın öncelikli uygulanma hakkının olup olmadığı yönünde şunlar söylenilebilecektir: OPA, Limitation of Liability Act ile gemi sahiplerini himaye edilmesini, tamamen bertaraf etmiştir. OPA’nın yürürlüğe girmesinden sonraki ikinci on yıl içinde mahkemeler OPA’da düzenlenen taleplerde Limitation of Liability Act’in terk edilmesini kabul ve tasdik etmeye devam etmiştir. Bu yönde bkz. *Kiern*, s. 46; yine bu yönde bkz. *Schoenbaum*, s. 887. Ayrıca OPA’nın öncelikli uygulanması gerektiği yönünde mahkemeler tarafından verilmiş kararlar için bkz. *Kiern*, s. 46 vd. Ancak belirtmek gerekmektedir ki; OPA kapsamında değerlendirilmeyecek talepler ve tabi ki eyalet yasalarının uygulama alanı bulması halinde OPA’nın uygulanma önceliği de söz konusu olmayacaktır. Bu yönde bkz. a.g.e. s. 50.

OPA § 1004 (c) uyarınca kirlenme eğer ağır ihmal veya pervasızca hareket⁵⁵ veya Birleşik Devletler güvenlik, inşaat veya işletmeye ilişkin düzenlemelerin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelmişse sorumlu kişi yukarıda bahsedilen sorumluluk sınırlarından ve dolayısıyla da sınırlı sorumluluktan yararlanamayacaktır.

Sorumsuzluk hallerinde yer alan istisnalara benzer nitelikte bir takım istisnalar sorumluluğun sınırlandırılmasında da düzenlenmiştir. Sorumlu şahıs, kazayı bildiği veya bilmesi gerektiği halde, hukuka uygun olarak bildirmekten kaçınması veya hukuka uygun olarak bildirmemesi; temizleme faaliyetleri ile alakalı olarak yetkili memur tarafından talep edilen tüm makul işbirliği ve yardımı sağlamayı reddetmesi veya bu konuda başarısız olması; veyahut da yeterli sebep olmaksızın, OPA'ya veya *Intervention on the High Seas Act*'e (Açık Denizde Müdahale Kanunu) göre değiştirilmiş haliyle FWPCA paragraf 311 (c) veya (e)'de belirtilen hükme uymayı reddetmesi halinde yukarıda sayılan sorumluluk sınırları uygulama alanı bulmayacaktır⁵⁶.

2. Zararlar ve Zararların Tazmini

OPA kapsamında, meydana gelebilecek telafisi mümkün zararların tazmininin geniş bir şekilde düzenlendiğini söylenilebilecektir⁵⁷. Artık sadece Federal Hükümetin temizleme masrafları değil, ayrıca, ekonomik kayba ek olarak, zarar görmüş malvarlığı için eyalet hükümetinin ve şahsi taleplerin de bu kapsamda düzenlendiği görülmektedir⁵⁸. Bunlardan başka, şahsi taleplerin bir kısmı her ne kadar kanıtlanabilir nitelikte zarar olmasa dahi, Kanun, kazanç kaybı veya gelir gücünün azalması halinde, söz konusu durumun tazmin edilmesi için uygulama alanı bulabilmektedir⁵⁹. Hiç şüphe yok ki bahsedilen durum yeni bir davanın ortaya çıkmasına sebep olacaktır⁶⁰.

55 *Steuart Transportation Co. V Allied Towing Corp.* 596 F.2d.609'da konu olan olayda, Yüksek Mahkeme, kasti hareketin veya ağır kusurun, yalnızca ihmal veya tedbirsizliğin ötesinde bir takım unsurları barındırması gerektiğini belirtmiştir. Bu yönde bkz. *Akan*, s. 75 d.n. 23.

56 Yüksek Mahkeme'ye konu olan *United States V Dixie Carriers, Inc.* davasında, kirleten geminin zaten kirliliği temizlemekle yükümlü olduğunu ve dolayısıyla bedel yönünden denkleştirmeye gidilemeyeceği yönünde bkz. *Akan*, s. 75, d.n. 25.

57 *Gold*, s. 437; *Donaldson*, s. 284.

58 *Gold*, s. 437.

59 *Gold*, s. 437.

60 *Gold*, s. 437.

A. Temizleme Masrafları

Kanun kapsamındaki sorumluluk, petrol kirliliği dolayısıyla ortaya çıkan zararların temizlenmesi ve zararın birçok türüne kadar genişletmiştir⁶¹. Ancak mahkemelerin, OPA kapsamında düzenlenen makul temizleme masraflarının ne olduğunu belirtmeleri gerekmektedir⁶².

OPA temizleme masraflarını § 1002 (31) de şu şekilde tanımlamıştır: temizleme masrafları; petrolün boşaltılmasından sonra veya boşaltma esnasında, petrolün boşaltılmasında ortaya çıkabilecek büyük tehlikeyi yahut petrol kirliliğini önlemek, azaltmak veya hafifletmek için yapılan masraflar anlamına gelmektedir.

Temizleme masrafları olarak şunlar belirtilebilir; OPA'ya göre değiştirilmiş FWPCA'nın paragraf 311 (1)'de ve *Intervention on the High Seas Act*'e göre veyahut da diğer bir eyalet hukukuna göre meydana gelen, Federal hükümet, eyalet veya kabile tarafından belirlenen temizleme masrafları; ulusal acil durum planı ile uyumlu kişiler tarafından alınan fiillere rağmen herhangi bir kişi tarafından yapılan temizleme masraflarıdır.

Federal kanunlar kapsamında, seyrüsefere elverişli sulardan ve kıyılardan petrolün temizlenmesi masrafları ve ABD'ye yönelik önemli kirlenme tehdidi barındıran deniz felaketlerine müdahaleye veya söz konusu felaketleri azaltmaya yönelik masraflar da sayılabilecektir⁶³.

B. Kirlenme Zararları

Kirlenme zararları OPA § 1002 (2) (b)'de altı başlık altında düzenlenmiştir. Bunlardan ilki doğal kaynaklara ilişkindir. ABD'nin temsilcisi, eyaletin temsilcisi, kıızılderili kabilesinin temsilcisi veya yabancı bir temsilci tarafından telafisi mümkün olarak belirlenen zararların makul masraflarını da

⁶¹ United States v. Conoco davasında ABD Doğu Louisiana Bölge Mahkemesi, Meksika körfezinde Conoco boru hattından meydana gelen iki sızıntının Sahil Güvenlik tarafından gözetlenmesi halinde, yapılan gözetleme faaliyeti neticesinde doğan zararlar için, Conoco'nun ödeme yapıp yapmayacağı sorusu ile karşı karşıya kalmıştır. Hükümet zararın azaltılması veya önlenmesi için gözetlemenin gerekli olduğunu söylerken, Conoco, OPA hükümete gözetleme için yetki vermiş olsa dahi, bunun tazmin edilebilir masraflar anlamına gelmediği şeklinde beyanda bulunmuştur. Mahkeme ise, gözetleme dolayısıyla tazminde hükümetin masraflarını önce fondan sonra da sorumlu kişiden karşılaması gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ve bu yönde verilmiş kararlar için bkz. *Swanson*, s. 157 vd.

⁶² *Swanson*, s. 157.

⁶³ *Noyes*, s. 47.

kapsayacak şekilde doğal kaynakları tahrip etmeye, hasara uğratmaya veya kullanılmasından kaynaklanan hasarına karşı verilen zararlar doğal kaynaklara verilen zararlar olarak değerlendirilecektir. Ayrıca geçim kaynağı olarak kullanılan doğal kaynak için de doğal kaynağın sahibi veya idaresi altındaki kişiyi dikkate almaksızın yapılan fiiller sonucunda doğal kaynağın hasara uğratılması, doğal kaynağa zarar verilmesi veya doğal kaynağın zayi edilmesi halinde de sorumluluk kapsamında olacağı hüküm altına alınmıştır⁶⁴.

OPA 1006 (d) ise doğal kaynaklara verilecek zararların önlenmesine ilişkin bir hüküm getirmiştir⁶⁵. Söz konusu hüküm bağlamında alınacak doğal kaynaklara verilen zararların şu şekilde belirlenebileceği söylenebilecektir: Onarma, iyileştirme, eski hale getirme veya zarar gören doğal kaynağın muadilinin elde edilmesi için yapılan masraflar; söz konusu doğal kaynaklara yapılacak onarma sonucunda oluşacak değer kaybı ve son olarak, söz konusu zararların belirlenmesinde harcanacak makul masraflardır. Doğal kaynakların rayiç değeri ile değil de, onarma veya eski hale iadesi ile belirlenmesi, zararların yüksek hesaplanmasına sebep olabilecektir⁶⁶.

Kirlenme zararları konusunda bir diğer düzenleme ise eşyanın sahibi veya kiracısı olan talepte bulunanın telafisi mümkün olan aynı veya şahsi eşyanın tahribi ile sonuçlanan ekonomik zararlar⁶⁷ veya şahsi veya aynı eşyanın

64 Ancak burada belirlemek gerekir ki OPA § 1006 (a) uyarınca ABD hükümeti, federal hükümet, kabile veya yabancı ülke ile ilgili olan, ABD hükümetinin, federal hükümetin, kabilenin veya yabancı ülkenin maliki olduğu veya yönetimi ve kontrolü ABD hükümetinde, federal hükümette, kabilede veya yabancı bir ülkede olan doğal kaynaklar için oluşan zararları talep etme hakkı söz konusudur. Bir başka deyişle doğal kaynaklara ilişkin olarak talep sahipleri sınırlandırılmıştır.

65 Doğal kaynaklara verilen zararlarda, zararın tespiti için Commonwealth of Puerto Rico V The S.S Zoe Colocotroni davası önem arz etmektedir. Söz konusu davada mahkeme "zarar gören bölgenin piyasa değerinde azalma" olmasına ilişkin kıstas eleştirilmiş ve bunun yerine "kirlilikten etkilenen bölgeyi önceki haline getirmek için gerekli onarımı ya da restorasyonunu yapmak için tayin edilmiş yetkililerce belirlenen makul masraf" kıstasının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Akan, buna ek olarak, söz konusu kararı şu şekilde değerlendirmiştir: hasarın tespit edilmesinde belli bir sürede doğal çevrenin kendini yenilemesinin yanı sıra, ekonomik bir takım faktörlerin de göz önünde bulundurularak rehabilitasyonunun da dikkate alınması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu yönde bkz. Akan, s. 77; Schoenbaum, s. 888, 889.

66 Noyes, s. 48.

67 OPA'da yer alan ekonomik zararların maddi bir zarar ile bir bağlantısı olmaksızın ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır. Bu yönde bkz. Schoenbaum, s. 893. M/V JUPITER'in patlaması neticesinde, Petition of Cleveland Tankers Şirketinin ticari menfaatlerine zarar görmesi dolayısıyla, Şirketin saf ekonomik zararlarını tazmin etmesi gündeme gelmiştir. Davacılar taleplerine, kaza olduğu sırada yakında

hasarı da yine kirlenme zararları kapsamındadır. Zararların bu kapsamda olması, liman işletmecileri, olta ve yem dükkânları ve deniz restoranları gibi maliklerin maddi zararlarından başka sırf ekonomik kayıpları dolayısıyla bu yönde bir iddiada bulunabilecekleri söylenebilir⁶⁸. OPA'da düzenlenmiş bulunan ekonomik kayıplara ilişkin hüküm dolayısıyla açılan davalarda temel mesele; davacının ekonomik kayıplarının tazmin edilmesi için malvarlığı zararını gösterip göstermeyeceğidir⁶⁹.

OPA § 1002 (2) (b) (D)'de kirlenme zararları kapsamında olan gelirler düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu gelirler şunlardır: ABD hükümetinin, eyaletin veya herhangi bir siyasi kurumun telafi edebileceği aynı ve şahsi malvarlıklarına, doğal kaynaklara verilen zararın neden olduğu net vergiler, telif ücretleri, kiralar, ücretler veya net karlar da yine zarar kapsamında değerlendirilmiştir.

Kârlar ve bir kişinin kazanç kapasitesine gelecek zararlar da bu başlık altında düzenlenmiştir. Yine davacının telafi edebileceği şekilde doğal kaynaklara, kişinin aynı ve şahsi malvarlığına verilen zararlardan meydana gelen kişinin kârının azalmasına veya zararına yol açılmasına sebep olan zararlar da sorumluluk kapsamındadır.

Son olarak OPA § 1002 (2) (b) (F)'de kamu hizmetleri düzenleme altına alınmıştır. Federal hükümetin veya yine federal bir siyasi kurumun telafi edebileceği, petrolün boşaltılması ile sebep olunan yangın, güvenlik veya sağlık tehdidinden korunmayı kapsayacak şekilde temizleme süresince veya temizlemeden sonra yapılan faaliyetleri sağlama masrafları da zararlar kalemi içerisinde sayılmıştır.

bulanan kanallar boyunca muhtelif kuruluşların yaptıkları işi de dahil etmişlerdir. Söz konusu zarar kalemleri olarak; işin kaybedilmesi veya gecikmesi dolayısıyla kaçırılan charter sözleşmesi ve artan masraflar ifade edilmektedir. ABD Michigan Bölge Mahkemesi, OPA'nın ekonomik kayba ilişkin hükümlerini konu ile ilgisiz bulduğu için davayı reddetmiştir. Mahkemenin verdiği hüküm uyarınca, davacının amacının, yaşamın asgari gerekliliklerini temin etmek'ten ziyade ticari olduğudur. Neticede davacının zararlarının ne OPA § 1002 (b) (2) (C) ne de (b) (2) (E) kapsamında tazmin edilebilir değildir. Söz konusu mahkeme kararı için bkz. *Swanson*, s. 153. Söz konusu mahkeme kararının yanı sıra birçok federal mahkeme de bu tarz zararların tazmin edilmeyeceğini kabul etmektedir. Bu yönde bkz. *Schoenbaum*, s. 893.

⁶⁸ *Noyes*, s. 48.

⁶⁹ Kanunun söz konusu çelişkiyi gidermesi ve ekonomik kayıpların OPA kapsamında olduğunun açıkça düzenlemesi için hüküm getirilmesi gerektiği yönünde bkz. *Swanson*, s. 155.

Burada sayılan birçok zarar daha önceki düzenlemelerde talep edilmekte idi hatta ekonomik zararlar için daha önceki düzenlemelere göre talep sahibi doğrudan bir maddi zararı veya hasarı söz konusu ise ekonomik zararlarını talep edebilmekte idi⁷⁰.

C. Temizlemeden Sorumlu Kişiler

Exxon Valdez kazası sonrasında meydana gelen petrol kirlenmesini kimin temizleyeceği konusunda tartışmalar olmuş ve Exxon temizleme faaliyetinde diğer yetkililere nazaran daha fazla rol üstlenmiştir⁷¹. Ne OPA ne de OPA'ya uygun değiştirilmiş FWPCA, kirlenme neticesinde buna ilişkin temizleme faaliyetlerini doğrudan kimin yapacağını düzenleme altına almamıştır⁷².

OPA'ya uygun bir şekilde değiştirilmiş FWPCA, Başkan'a, tüm federal, eyalet ve özel kişileri petrol boşalmasını temizlemesi ve boşalma tehlikesini hafifletmesi veya önlemesi için yönlendirme konusunda yetki vermektedir ve eğer gerekli ise, Başkan, petrol sızdıran veya sızdırma tehlikesi olan geminin kaldırılması veya imha edilmesi konusunda da yetkili kılınmıştır⁷³. Kanun bu şekilde bir düzenlemeye giderek, bir kişinin sorumluluğunu göstererek temizleme sürecini sadeleştirmek ve düzene koymaktansa, zaten karmaşık olan temizleme sürecini daha da karmaşık hale getirmiştir⁷⁴.

D. Petrol Kirliliği Sorumluluk Fonu

OPA ile birlikte kirlenme zararları ve kirlenmeyi kaldırma, eski hale getirme ve yeniden işler duruma getirilmesi için yapılacak masraflar için bir fon tesis edilmiştir⁷⁵. Söz konusu fonun finansmanı ise *Internal Revenue*

⁷⁰ *Donaldson*, s. 239 ve d.n. 59.

⁷¹ *Kara*, s. 22.

⁷² OPA yürürlüğe girmeden önce temizlemeden dolayı kimlerin sorumlu olacağı tartışılmış bazıları, petrol sızdıran geminin ön planda olması gerektiğini, bazıları ise petrol sızdırma gemi her ne kadar temizlemeden dolayı öncelikli bir sorumluluğa sahip olsa da, federal hükümetin süreci daha iyi idare edeceğini tartışmışlardır. Bu yönde bkz. *Wagner*, s. 583, 584.

⁷³ Söz konusu durum genel sağlık ve esenlik için önemli bir tehlike oluşturacak nitelikte ise, Başkan'ın, tüm federal, eyalet ve özel kişileri temizleme faaliyetleri konusunda yönlendirmek zorunda olduğu da düzenleme altına alınmıştır. (OPA § 4201)

⁷⁴ *Wagner*, s. 585.

⁷⁵ Petrol kirliliği fonunu OPA ile birlikte oluşturulmadan önce, petrol kirliliğinden zarar gören kişilerin zararlarını karşılamak için Sorumluluk Güven Fonu 1986 tarihli Milli Ge-

Code (Milli Gelirler Yasası) md. 4611 uyarınca öncelikli olarak Birleşik Devletlere getirilen rafineriler ve petrol ürünlerinden doğan vergiler yoluyla finanse edilmektedir.

Söz konusu fon OPA § 1012 “Fonun Kullanımı” başlığı altında düzenleme altına alınmıştır. Hüküm uyarınca fon, Başkan tarafından şu hallerde kullanılabilir:

1- Federal yetkililer, hükümet veya OPA § 1012 (d)’de düzenlenen eyalet yetkilileri tarafından yapılan Ulusal Acil Durum Planı ile uyumlu, Başkan tarafından belirlenen temizleme faaliyetlerini denetleme masraflarını da kapsayacak şekilde temizleme masraflarının ödenmesinde;

2- Ulusal Acil Durum Planı ile uyumlu olarak, Başkan tarafından belirlenen, geliştirme ve uygulama planlarına göre hasara uğramış kaynakların yenilenmesi, iyileştirilmesi, eski durumuna getirilmesi ve eşdeğerinin edinilmesi ve doğal kaynakların uğradığı zararın belirlenmesi için § 1006’da uygulama alanı bulan Federal, eyalet veya kıvılderili kabilelerinin temsilcileri tarafından belirlenmiş masrafların ödenmesinde;

3- Açıkta yer alan birimlerden kaynaklanan petrol boşaltımı veya petrolün boşaltılması konusundaki önemli tehdit ile sonuçlanan zararlar için yine, Ulusal Acil Durum Planı ile uyumlu bir şekilde, Başkan tarafından belirlenen, temizleme masraflarının ödenmesinde;

4- Ulusal Acil Durum Planı ile uyumlu olarak Başkan tarafından belirlenen tazmin edilmemiş temizleme masrafları ve zararları için OPA § 1013 gereğince alacakların ödenmesinde;

5- OPA’nın (1004(d)(2), 1006(e), 4107, 4110, 4111, 4112, 4117, 5006, 8103 ve başlık VII ile içerecek ancak bunlarla sınırlı olmayacak şekilde) ve OPA ile değiştirilen FWPCA § 311 (1) ve alt paragrafları (b), (c), (d), (j)’nin uygulanmasına, yönetimine ve icrasına özgü ve makul bir şekilde gerekli olan Federal idareye, işletmeye ve şahsa ait masraf ve giderlerin ödenmesinde, petrolün boşaltılması ile ilgili olan önleme, temizleme ve uygulama ile bağlantılı olarak şu şartların sağlanması halinde

a- Sahil Güvenlik tarafından gerçekleştirilen işletmesel giderler için Sekreterin kullanımına uygun olan ve her mali yıl için 25.000.000 ABD dolarından fazla olmayan tutarlar için;

lirler Yasası ile birlikte ilk olarak düzenlenmiştir. Bu yönde bkz. *Smith*, s. 142. Ayrıca söz konusu fonun da Milli Gelirler Yasasına gereğince oluşturulduğu yönünde bkz. *Wagner*, s. 577.

b- Petrol boşalmasının temizlenmesinde kullanılan teçhizatın satın alınması ve konumlandırılmasını da içerecek şekilde, OPA ile değiştirilen FWPCA § 311 (j) uyarınca Ulusal Müdahale Sistemi kurmak için 1992 mali yılının sonundan, her yıl 30.000.000 ABD dolarından fazla olmayan tutarlar için; ve son olarak

c-OPA başlık VII'ı uygulamak için her mali için 27.250.000 ABD dolarından fazla olmayan tutarlar için söz konusu fon kullanılabilir.

E. Finansal Sorumluluk

Finansal sorumluluğa ilişkin olan bölümde, kanun bağlamında azami sorumluluk miktarı ile sorumluluktan bahsedilebilmesi adına, finansal sorumluluğun ispatını tesis etmek ve sürdürmek için sorumlu kişinin varlığını zorunlu kılmaktadır.

OPA § 1016 (a) (1) uyarınca sorumlu kişinin, sahil koruma tarafından yürütülen bölüm sekreteri tarafından yayımlanan düzenlemelerle uyum içerisinde, söz konusu kişinin sorumluluğunun azami sorumluluk miktarı⁷⁶ ile denk olması için finansal sorumluluğunun varlığını yeterli derecede ispat etmesi gerekmektedir⁷⁷. Söz konusu sorumluluğun ispatı ise 300 grostonun üzerindeki gemi⁷⁸ yahut yük aktarmak veya yük aktarıcı tekneye gitmek için münhasır ekonomik bölge sularını kullanan herhangi bir gemi⁷⁹ için zorunludur. Eğer sorumlu kişi birden fazla geminin maliki veya işleteni olursa, en üst sorumluluk limitine sahip gemiye başvuru için azami sorumluluk miktarının karşılanması amacıyla finansal sorumluluğun ispatı gerekmektedir.

Finansal sorumluluğun önemi şurada meydana gelmektedir; OPA § 1016 (f) uyarınca § 1002 kapsamında kurulan sorumluluk rejimi içinde söz konusu yapılacak talepler doğrudan, temizleme masrafları ve zararlardan sorumlu kişinin finansal sorumluluğunu üstlenen garantöre karşı yapılabilecektir. Böyle bir iddiaya karşı yapılan savunmada, garantör, OPA bağlamında sorumlu olan kişi yönüyle geçerli olan tüm hakları ve def'ileri; § 1016 (e) kap-

⁷⁶ Söz konusu sorumluluk limiti OPA § 1004 (a) ya da (d) gereğince yine aynı alt paragrafta belirtilen sorumluluk limitidir.

⁷⁷ Finansal sorumluluk şu hallerin birisi veya herhangi bir birlikteliği halinde kurulur: sigortanın var olduğunun kanıtı, kefalet senedi, garanti, akreditif mektubu, dahili sigortacı ehliyeti veya finansal sorumluluğu kanıtlayan diğer deliller. (OPA 90 § 1016 (e))

⁷⁸ Kendi kendine hareket kabiliyeti olmayan ve yük ya da yakıt olarak petrol taşımayan gemiler hariç tutulmuştur.

⁷⁹ Madde kapsamındaki gemilerin ABD'nin yargı alanı içerisindeki alanları kullanıyor olması gerekmektedir.

samında yetkili olduğu tüm def'ileri ve son olarak sorumlu kişinin pervasızca hareketi neticesiyle meydana gelmiş olaya ilişkin def'iyi ileri sürebilecektir. Ancak garantör, kendisine karşı sorumlu kişi tarafından ileri sürülen diğer def'ileri ileri süremeyecektir.

Böyle bir hüküm getirilmesi dolayısıyla deniz sigortacıları ve Protection & Indemnity Kulüpleri, OPA bağlamında finansal sorumluluk belgesinin düzenlenmesi için garantör olmayı reddetmektedirler⁸⁰. Sigortacıların ve P&I Kulüplerinin, garantör olmaya karşı çıkmalarının birçok sebebi vardır⁸¹. Bunlardan ilki; sigortacıların ve P&I Kulüplerinin sorumluluğu garanti altına almamasıdır. OPA bağlamında finansal sorumluluk dolayısıyla garantörlere doğrudan gidilebilmesi için söz konusu kişilerin finansal sorumluluğun sağlayıcısı olan garantörler olması gerekmektedir⁸². Ancak birçok sigortacı ve P&I Kulübü mali sorumluluk sigortacıdır, garantör değildir. Ayrıca, sigorta şirketleri ve P&I Kulüpleri, (bir önceki düzenlemede “sigortacı”ya karşılık) garantör gibi herhangi bir yasal statüyü kabul etmemektedirler⁸³. Sigortacıların ve P&I Kulüplerinin finansal sorumluluk belgesini düzenlemeyi reddetmesinin ikinci sebebi olarak; garantöre karşı doğrudan hak talebinde bulunacak talep sahibinin sınırlandırılmamış olan ehliyetidir⁸⁴. Diğer ret sebebi OPA § 1016 (g) “garantörün sorumluluğunun sınırlandırılması hükmüne aykırı olarak olası sınırsız “yatay” sorumluluk” gösterilebilir⁸⁵. Bir diğer ret sebebi ise garantöre savunma masraflarının, avukatlık ücretlerinin, çok sayıda dava ve iddianın ve alınması gereken tedbirlerin yüklenmesidir⁸⁶.

⁸⁰ *Alcantra, L. F. / Cox, M. A.*: OPA 90 Certificates of Financial Responsibility, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 23, No.3, July, 1992, s. 377.

⁸¹ Söz konusu sebepler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Alcantra/Cox*, s. 377 vd.

⁸² Sözleşmede belirlenen limitlerle sigortalının bir zararı meydana geldiğinde, sigortacı zararı karşılamak taahhüdünde bulunarak, mali sorumluluk sigortacıları ile sigortalı sözleşmesel bir ilişki içine girmektedirler. Bu yönde bkz. *Alcantra/Cox*, s. 377, 378.

⁸³ OPA kapsamında garantörler için sigortacının yapacağı savunmalara ciddi sınırlama getirilmiştir. Bu yönde bkz. *Alcantra/Cox*, s. 379.

⁸⁴ *Alcantra/Cox*, s. 380.

⁸⁵ Birleşik sorumluluk, finansal sorumluluk belgesinde düzenlendiği kadar ile sınırlı olmasına rağmen, garantör Eyalet veya siyasi alt kurumun garantöre karşı munzam ve doğrudan bir talepte bulunması halinde sınırsız sorumluluk ile karşı karşıya kalması mümkündür. Dolayısıyla finansal sorumluluk belgesinde düzenlenmiş sorumluluk limitlerinden başka hayali bir yatay sorumluluk olduğu söylenebilecektir. Bu yönde bkz. *Alcantra/Cox*, s. 380.

⁸⁶ *Alcantra/Cox*, s. 381.

Seyrüsefer ve Seyrüsefere Elverişli Sulara ilişkin düzenlemede finansal sorumluluk başlıklı § 2716 uyarınca finansal sorumluluk sigortanın ispatı, kefalet senedi, garanti, akreditif, kendi zararını karşılamak maksadıyla belirli bir meblağın yeterliliği (öz-sigorta) veyahut da finansal sorumluluğun başka bir kanıtı ile oluşturulabilecektir. (33 U.S. Code 2716)

F. Dava Prosedürü

OPA kirlenmeden dolayı açılacak davalar için yeni bir prosedür öngörmektedir⁸⁷. OPA § 1014 uyarınca Başkan, kirlenmeye ilişkin bir bilgi aldığı anda, mümkün ve uygun bir anda, kirliliğin kaynağını veya boşaltmanın veya tehdidin kaynağını belirleyecektir. Ayrıca, belirlenen kaynak bir gemi veya bir işletme ise, Başkan söz konusu durumu sorumlu kişiye ve belirlenen durumun garantörü biliniyor ise, söz konusu garantöre ivedilikle bildirmekle yükümlüdür.

Eğer sorumlu kişi veya garantör, yukarıda bahsedilen bildirim aldıktan sonra 5 gün içinde, Başkanı bilgilendirme konusunda başarısız olursa, sorumlu kişi veya garantörün söz konusu belirlemeyi reddetmesi halinde, mevzu bahis kişiler, Başkanın yayımladığı hükümlerle uyumlu bir şekilde, istemlerin yer aldığı bildirim ve usulleri ilan etmekle yükümlüdür. Yukarıda bahsedilen belirlemenin yapılmasından sonra bahsedilen ilanın 15 günlük süre içinde yapılması gerekmektedir. Söz konusu ilan § 1014 (1) (b)'de belirtilen hükme uygun yapılmadığı takdirde, Başkan acilen ve sorumlu kişinin veya müdahil olan garantörün hesabına, yapılan belirlemeyi ve sorumlu kişi veya garantöre yöneltilmiş taleplerin yer aldığı usulü ilan eder. Yukarıda bahsedilen ilan otuz günü geçemez.

Sorumlu kişi ve garantör, § 1014 (1) (a)'da bahsedilen belirlemeye ilişkin bildirim aldıktan itibaren beş gün içinde reddederse, boşaltmanın ya da tehdidin kaynağı kamusal bir gemiden kaynaklanıyorsa veyahut da Başkan yukarıda belirtilen bildirim yapmak için kirlenmeye ilişkin belirlemeyi yapmıyor ise, fona karşı yapılacak taleplerin usulünü bildirmek ya da bu konuda ilan vermek zorundadır.

Yukarıda bahsedilen fona karşı yapılacak talepler dışında, temizleme masrafları ve zararlar için sorumlu kişilere başvurulacaktır.

Kanunda yer alan düzenleme uyarınca sorumlu kişi kendisine yöneltilen taleplere itiraz ederse veya talepleri doksan gün içerisinde karşılamazsa,

⁸⁷ Kara, s. 23.

talep sahipleri (davacılar) taleplerini fona karşı ileri sürme seçeneğine başvurabileceklerdir.

Ödemeyi yapan kim olursa olsun (buna fon da dahildir) masrafları ve zararları talep etme hakkı olan kişinin tüm haklarına halef olacaktır. (OPA § 1015 (a))

OPA § 1017 (b) yetkili mahkemeler olarak Federal Bölge Mahkemelerini göstermiş ve eyalet mahkemelerinin yetkili olduğu durumları istisna olarak kabul etmiştir. Yabancı unsurlu bir olayın gerçekleşmesi ve olayın yabancı mahkemelerin yetkisi dahilinde olması halinde OPA uygulama alanı bulamayacaktır. Yabancı bir kişinin ABD’de kirlenmeye ilişkin bir zararı olması halinde bu zararını ABD mahkemeleri aracılığıyla isteyebilmesi için OPA § 1007 (a) (1) uyarınca müteakibliyet koşulu getirilmiştir. Hüküm uyarınca söz konusu yabancı kişinin ülkesinde de bir ABD vatandaşının dava açabilmesi gerekmektedir. Bunun için de kanun söz konusu durumun belgelendirilmesini şart koşmaktadır.

IV. SONUÇ

OPA 90’ın kabulü ile birlikte, petrol kirliliği yönüyle, ABD’de yeni bir döneme girilmiştir. Daha önce belirttiğimiz gibi ABD uluslararası düzenlemelere taraf olmayıp kendi hukuk sistemini belirlemiştir. Dolayısıyla artık ABD’nin uluslararası boyutta petrol kirliliğine yönelik yapılan düzenlemelere katılıp katılmayacağına ilişkin olarak durumunu belirlediği söylenebilecektir⁸⁸.

OPA 90 uyarınca petrol kirliliği dolayısıyla ortaya çıkacak sorumluluk geniş bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Petrolün seyrüsefere elverişli sulara veya kıyı şeridinde bitişik yerlere veyahut da münhasır ekonomik bölgeye dökülmesinden veya petrolün dökülmesinde önemli bir tehdit barındıran sorumlu kişi belirtilen olaylardan kaynaklanan zararlardan sorumlu olarak kabul edilmiştir. Sorumlu kişilerin kimler olabileceği de, gemi, kıyıda veya açıkta yer alan işletmeler, boru hatları, terk edilen gemi, derin su limanları yönüyle ayrı ayrı belirtilmiştir. Ancak bazı istisnai hallerde sorumlu kişilerin bu sorumluluk hallerinden kurtulabileceği de düzenleme altına alınmıştır.

⁸⁸ Ancak, petrol kirliliği sorununun uluslararası çözümünden uzaklaşarak, ABD’nin de önderliğinde birçok ülkenin katılımıyla uluslararası anlaşmalarla petrol kirliliğinin çözümüne olan ilgi azalacaktır. Smith, s. 150.

Zararlar ise temizleme masrafları ve kirlenme zararlarıdır. Kirlenme zararları içerisinde doğal kaynaklara verilen zararlar ve ekonomik kayıplar da yer almıştır.

Temizlemeden kimin sorumlu olacağına ilişkin ise daha önceki düzenlemelerdeki karışıklığa devam edilmiş ve doğrudan bir kimse gösterilmemiştir. Dolayısıyla OPA 90'ın bu yönde bir yenilik getirmediği söylenebilecektir.

Finansal sorumlulukta deniz sigortacıları ve P&I Kulüpleri bir takım sebeplerle meydana gelen zararlar dolayısıyla, kanun bağlamında garantör olarak kabul edilen, kimselerden olmayacaklarını beyan etmişlerdir.

Son olarak OPA 90 her ne kadar daha önceki düzenlemeleri yeknesak hale getirmek için düzenlenmiş olsa dahi daha önceki düzenlemeleri yürürlükten kaldırmamış, eyalet yasalarının yapılmasını engelleyen bir hüküm içermemiştir. Dolayısıyla, bizce OPA 90'nın karışık olan sistemi yeni bir düzenleme ile daha da karmaşık hale getirdiği söylenilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Abdullayev, C.: Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği (Yetki-Sorumluluk-Zararın Tazmini), Ankara, 2005.
- Akan, P.: Mahkeme Kararları Işığında 1990 Tarihli Amerikan Deniz Kirliliği Yasası (OPA), Ankara Barosu Dergisi, 2002-3, 71-79.
- Alcantra, L. F. / Cox, M. A.: OPA 90 Certificates of Financial Responsibility, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 23, No.3, July, 1992, 369-386.
- Ayorinde, A. A.: Inconsistencies Between OPA '90 and MARPOL 73/78: What is the Effect on Legal Rights and Obligations of the United States and Other Parties to MARPOL 73/78?, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 25, No. 1, January, 1994, 55-94.
- Brennan, B. V.: Liability and Compensation for Oil Pollution from Tankers Under Private International Law: TOVALOP, CRISAL, and the Exxon Valdez, The Georgeown International Law Review, Vol. 2, No. 1, 1989, 1-18.
- Damar, D.: Milletlerarası Taşıma Hukukunda “Wilful Misconduct” - Kavramın Tarihçesi ve Tercümesi-, MHB, Yıl 24, 2004, 379-393.
- Demir, İsmail: Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, Yıl 2011.
- Donaldson, M. P.: The Oil Pollution Act of 1990: Reaction and Response, Villanova Environmental Law Journal, Vol. 3, 1992, 283-321.
- Gold, E.: Marine Pollution Liability After “Exxon Valdez”: The U.S. “All-Or-Nothing” Lottery!, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 22, No. 3, July-October, 1991, 423-444.
- Kara, H.: Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukuku’na Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk, İstanbul, 2005.
- Ketkar, K. W.: The Oil Pollution Act of 1990: A Decade Later, Spill Science & Technology Bulletin, Vol. 7, No. 1-2, 2002, Great Britain, 45-52.
- Kiern, L. I.: Liability, Compensation, and Financial Responsibility Under the Oil Pollution Act of 1990: A Review of the Second Decade, Tulane Maritime Law Journal, Vol. 36, No.1, 2011, 1-64.

King, R. O., Deepwater Horizon Oil Spill Disaster: Risk, Recovery, and Insurance Implications, Congressional Research Service, 2010 (<http://www.cnire.org/nle/crsreports/10aug/r41320.pdf>) (Erişim tarihi: 05.11.2014).

National Incident Commander's Report: MC252 Deepwater Horizon, United States Coast Guard, National Incident Command, October 1, 2010 ([http://www.nrt.org/production/NRT/NRTWeb.nsf/AllAttachmentsByTitle/SA-1065NICReport/\\$File/Binder1.pdf](http://www.nrt.org/production/NRT/NRTWeb.nsf/AllAttachmentsByTitle/SA-1065NICReport/$File/Binder1.pdf)) (Erişim tarihi: 05.11.2014).

Noyes, J. E.: The US Oil Pollution Act of 1990, *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, Vol. 7, 1992, 43-56.

Rambusch, L. K.: OPA 90: Evolution or Revolution?, *International Business Lawyer*, Vol. 24, September, 1996, 362-367.

Schoenbaum, T. J.: *Admiralty and Maritime Law*, 2004.

Smith, S. T.: An Analysis of the Oil Pollution Act of 1990 and the 1984 Protocols on Civil Liability for Oil Pollution Damage, *Houston Journal of International Law*, Vol. 14, 1991-1992, 115-150.

Sump, D. H.: The Oil Pollution Act of 1990: A Glance in the Rearview Mirror, *Tulane Law Review*, Vol. 85, 2011, 1101-1119.

Swanson, S. R.: OPA 90 + 10: The Oil Pollution Act of 1990 After Ten Years, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol 32, No.1, January, 2001, 32-174.

Tütüncü, A.: *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*, İstanbul, 2004.

Uda, M. J.: The Oil Pollution Act of 1990: Is There a Bright Future Beyond Valdez, *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 10, 1990-1991, 403-433.

Wagner, T. J.: The Oil Pollution Act of 1990: An Analysis, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 21, No. 4, October, 1990, 569-587.

VERGİ İNCELEME İŞLEMİNİN BİR İDARİ İŞLEM OLARAK UNSURLARI YÖNÜNDEN HUKUKİ ANALİZİ

*Araş. Gör. Hayrettin YILDIZ**

“İnsanoğlu iki şeyden kaçamaz, biri ölüm, diğeri vergidir”¹

ÖZET

Bu çalışma vergi hukukunda mükelleflerin beyanlarının doğruluğunu tespit etmek ve ödenmesi gereken gerçek vergi miktarının ödenmesini sağlamak amacıyla yapılan vergi incelemesinin, hukuki mahiyeti itibariyle bir idari işlem olduğunu açıklama çabasına özgülülmüştür. Gerçekten de hem vergi hukukunda uygulanan tarh, tebliğ, tahakkuk tahsil işlemleri hem de vergi inceleme memurları tarafından yapılan vergi incelemesi bir idari işlemdir. Bu yönüyle vergi inceleme işlemi, bir idari işlemin bütün özellik ve unsurlarını taşımaktadır. İdari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olarak sayılan unsurları ve bu unsurlardaki hukuka aykırılıklar vergi inceleme işlemi için de geçerlidir. Ayrıca bu işlem idarenin faaliyetleri bakımından bir ayrıma tabi tutulduğunda idari kolluk faaliyetinin özelliklerini taşıdığı görülecektir.

Anahtar Kelimeler: İdari İşlem, İdari İşlemin Unsurları, İdari Kolluk, Vergi İncelemesi, Vergi Denetimi

RESUME

Le contrôle fiscal est une mesure qui sert à déterminer l’exactitude de la déclaration de contribuable et assurer le paiement du montant réel des taxes qui doivent être payées. Le présent travail est effectué à fin de prouver que l’acte d’examen fiscal effectué par les agents de l’Etat, est un acte adminis-

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Nakleden Ömer Gören, “Vergi İncelemesi Hukukunda Yenilikler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 3, s. 417; Ayrıca, M. Peter STOFFER Kanada Parlamentosunda bu konu hakkında konuşurken yukarıdaki özdeyişi hatırlatmakta ve karikatüral bir biçimde “neyse ki ölüme vergi bağlanamamaktadır” demektedir. Bkz, <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2885545&Language=F&Mode=1&Parl=39&Ses=1> (27 Şubat 2014).

tratif ordinaire par sa nature juridique. De cet effet, les actes qui sont réalisés par les agents de l'administration à fin de calculer les taxes sont également des actes administratifs. En plus, les actes d'examen fiscal porte toutes les spécificités et caractéristiques des actes administratifs. Les non-conformités et les illégalités concernant les éléments des actes administratifs, tels que la compétence, la forme, le motif, l'objet et l'objectif, concernent également les actes de contrôle fiscal. Par ailleurs, si on fait une distinction à partir des activités de l'administration, il se fait claire que le contrôle fiscal peut être pris en considération comme une activité de police effectuée par l'administration.

Les mots-clefs: Acte administratif, Eléments des actes administratifs, Police administratif, Examen fiscal, Contrôle fiscal

GİRİŞ

Kamu hukukunun temel dallarından biri olan Vergi Hukuku, aynı zamanda İdare Hukuku ile de yakın bir ilişki içerisinde. Bu yüzden Vergi Hukukundan bahsetmek zorunlu olarak İdare Hukukundan da bahsetmeyi gerektirmektedir. İki dal arasındaki yakın ilişki ya da bağ, bu iki dala ait yargısal ve örgütsel alanda da devam etmektedir. Vergi yargısının idari yargı içerisinde örgütlenmiş oluşu, teorideki birlikteliği pratik alana da taşımıştır. Ayrıca, vergi teşkilatı bir bakıma idari teşkilatın kendisidir. Örneğin kişiler bakımından, vergi işlemlerini uygulayan idari personel ile idari işlemleri uygulayan idari personel arasında statü açısından bir fark yoktur. Keza işlemler bakımından, vergi borcunun oluşum ve uygulanmasına ilişkin olan tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil gibi işlemler de birer idari işlem olmaları dolayısıyla idare hukukundaki idari işlemlerden herhangi bir farklılık arz etmemektedir². Buna ilaveten, vergi dairelerinin mükelleflere uyguladıkları vergi cezaları da birer idari işlem niteliğindedirler. Danıştay da bazı kararlarında vergi cezalarının birer idari işlem mahiyetinde olduğunu açıkça vurgulamaktadır: "... esasen özel usulsüzlük cezası ile işyeri kapatma cezası, gerek koşullarının ve unsurlarının tamamlanması, gerek nitelikleri itibarıyla birbirinden ayrı idari işlemler olduğundan..."³ ifadesi vergi cezalarının idari işlem niteliğine sahip olduğuna örnek verilebilir.

² Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2010, s. 3.

³ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı, E.1996/3, K.1997/264 (Nakleden- Bekir Baykara, Vergi Cezası Kesme İşleminin Hukuki Analizi, Vergi Dünyası Dergisi, Ekim 2004, Sayı 278, s. 6 (baykaraymm.com-15 Mart 2014) .

Bizim kamu hukuku sistemimizde bütün idari işlemleri kapsayan genel bir idari usul yasası bulunmamasına karşın, tipik idari işlem özellikleri taşıyan vergilendirme işlemlerinde vergi idaresinin tabi olduğu usul kurallarını düzenleyen özel bir usul kanunu (*Vergi Usul Kanunu-VUK*) vardır; başka bir ifadeyle, idare hukuku kodifiye (tedvin)⁴ edilmemiş olduğundan idare hukukuna özgü genel bir usul kanunu bulunmamasına karşın, vergi hukuku bütünüyle kodifiye edilmiş bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır⁵. Vergi denetim hukukunun usule ilişkin hükümleri de VUK'un 127-152'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre vergi denetimi 4 farklı kategoriye ayrılmıştır; yoklama, vergi incelemesi (VUK, 134-141), arama ve bilgi toplama. Bu çalışmada vergi denetim hukukunun kalbi olarak nitelenebilecek olan vergi incelemesi, bir idari işlem olarak unsurları üzerinden ele alınacaktır.

I. Vergi İnceleme İşleminin Kapsamı

Fasihi meşhur olduğu üzere Türk vergi hukuku rejiminde benimsenen sistem, beyana dayalı vergi sistemidir. Beyana dayalı vergi sisteminde ise mükellef ya da vergi sorumlusu tarafından vergi dairelerine yapılan beyanın doğru olması esastır. Bu bakımdan vergi mükellefinin yaptığı beyan “ilk bakışta doğruluk karinesi”nden yararlanır⁶. Ancak karineler kesin norm veya kural niteliği taşımadıklarından hukuki birer hipotez olarak değerlendirilirler ve doğrulanmaya ihtiyaç duyarlar. Vergi hukukunda da mükellefin yaptığı beyan doğrulanmaya, test edilmeye ve ispata muhtaçtır. Beyana dayalı vergi sistemlerinde, vergilerin doğruluğunu ölçmek amacıyla, mükellef tarafından tutulan defter ve belgelerin kontrol edilmesi kaçınılmazdır⁷. İşte vergi incelemesi ile vergi idaresi tarafından bazı idari işlemler tesis edilerek beyanın doğruluğu karinesinin üstüne gidilmekte ve bu doğruluk sorgulanarak kendisine bir takım hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Bu yüzden de vergi incelemesi vergi yükümlüsü tarafından yapılan beyanların ve ödenmesi gereken

4 Metin Günay, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara, 2010, s. 28.

5 Serkan AĞAR, “İdari İşlem Perspektifinden Verginin Tarhı”, (<http://idare.gen.tr-15Mart2014>).

6 Gökhan Kürşat Yerlikaya, “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi Yetkisi Kavramı ve 3568 Sayılı Kanun İle İlişkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2011, Cilt XV, Sayı 1-2, s. 1.

7 Servet Uçkan, *Türkiye’de Vergi İncelemesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 12 (Ulusal Tez Merkezi: tez.yok.gov.tr – 15 Mart 2014).

vergilerin doğruluğunu sağlamak amacıyla vergi yükümlüsünün defter kayıtları, belgeleri ve envanteri üzerinde derinlemesine yapılan bir araştırma olarak tanımlanabilir⁸.

Beyana dayalı vergi sistemlerinde mükellef tarafından yapılan beyana güven duyulması esastır. Güven esasının benimsendiği ülkelerde de sistemin düzgün bir biçimde işlemesi için vatandaşların vergileme işlemleri karşısında takındıkları tavır olarak nitelendirilen vergi zihniyeti, bilinci ve olgunluğunun gelişmiş olması gerekir⁹. Buna karşın, vergi verme bilincinin gelişmemiş olmasına, ulusal vergi mevzuatının eksikliğine veya mükellefin ihmaline bağlı olarak beyan görevi tam olarak yerine getirilmemiş olabilir. Vergi incelemesi sırasında yapılan işlemler ile bu eksiklikler bir ölçüde giderilebilmekte ve mükellefin vergi ödevini doğru bir şekilde yerine getirmesi sağlanmaktadır. Buna ilaveten bir bütün olarak vergi denetiminin temel amacı, vergi kaçırma olgu ve ihtimalinin ortadan kaldırılmasıdır¹⁰.

II. Vergi İnceleme İşleminin Hukuki Niteliği

Yukarıda vergi hukukundan doğan işlemlerin aynı zamanda birer idari işlem olduğundan bahsedildi. Vergi inceleme işlemi de aynı şekilde yetkili vergi daireleri ve personeli tarafından mükellefler üzerinde icra edilen bir bireysel idari işlemdir. Vergi incelemesi maddi açıdan tasnife tabi tutulduğunda ise mükelleflere bazı sorumluluklar getirdiğinden yükümlendirici; onların bireysel hukuki durumlarını değişikliğe uğrattığından dolayı da subjektif işlem olarak değerlendirilebilir¹¹. Bunun dışında vergi inceleme işlemlerinin dikkat çekici yönü bu işlemlerin daha ziyade icrai nitelik taşımayan hazırlık işlemi şeklinde ortaya çıkmasıdır. İcrai olmayan işlemler, idareden çıkmakla birlikte herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan, hukuk düzeninde bir değişikliğe yol açmayan işlemlerdir¹². Hazırlık işlemleri, karar almaya yetkili makamı bağlamayan, ama bu makamı bilgilendirici aydınlatıcı ve

⁸ Yerlikaya, *op.cit.*, s. 6.

⁹ Adil Nas, "Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2012, Cilt 61, Sayı 4, s. 1308.

¹⁰ A. Niyazi Özker, "Vergi Denetiminde Fonksiyonel Yapı ve Denetime Özgü Beklentiler", *Akdeniz İİBF Dergisi*, Yıl 2002 Sayı 4, s. 173.

¹¹ Belirtmek gerekir ki, vergi inceleme işleminin bizzat kendisi değil, bu inceleme işlemi sonunda vergi mükellefine kesilen ceza subjektif işlem teşkil etmektedir. Zira müstakil bir işlem olarak vergi incelemesi tek başına mükellefin bireysel hukuki durumunda değişiklik meydana getirmemektedir.

¹² Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin yayınları, 14. Baskı, Bursa, 2013, s. 296.

yönlendirici nitelikteki işlemlerdir¹³. Hazırlık işlemleri aynı zamanda bir idari kararın alınmasından önce yapılan, asıl işlemin yapılması için hazırlık aşamasını oluşturan, nihai işlemin sebep unsurunu oluşturan işlemlerdir. Vergi inceleme işlemi, tek başına icrai nitelikte değildir. İdare hukukunda (keza vergi hukukunda) bir işlemin icrai niteliğinin belirlenmesi, söz konusu işleme karşı dava açılıp açılmayacağı bakımından önemlidir. Bir işlem icrai nitelikte değilse o işleme karşı dava açılmaz. İcrai işlemin ayrıca bireyin hak ya da menfaatini ihlal edici nitelikte olması gerekmektedir. Hazırlık işlemine karşı doğrudan dava açılmaz ama hazırlık işlemine dayalı olarak icrai bir işlemin tesis edilmesi durumunda, icrai işlemle beraber hazırlık işleminin de hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilir. Sonuç olarak, vergi incelemesi hazırlık işlemi niteliğinde olduğundan bu işleme karşı dava açılmayacaktır ama inceleme işlemine dayalı olarak vergi mükellefi hakkında cezai bir işlemin uygulanması durumunda, cezai işlemin sebebinin oluşturduğu hazırlık işlemi niteliğindeki vergi inceleme işlemine karşı dava açılacaktır.

Vergi incelemesinin idarenin faaliyetleri açısından ayrıma tabi tutulması durumunda ise kolluk faaliyetine benzediği görülmektedir¹⁴. Kolluk faaliyeti adli ve idari kolluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İdari kolluk önleyici nitelikte işlemler gerçekleştirirken adli kolluk bastırıcı nitelikte işlemler yapar¹⁵. Yani idari kolluk kamu düzeni bozulmadan önce gerekli müdahaleyi yaparak kamu düzenini tehdit etmesi mümkün ve kuvvetle muhtemel bir olayın gerçekleşmesini engellemeye çalışır. İdare kolluk faaliyetini gerçekleştirirken bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlamakta, uyulması gerekli zorunlu kurallar koymakta, kamu düzenini bozacak davranışları denetim yoluyla engellemeye çalışmaktadır. Örneğin idari kolluk, trafik düzenini sağlamaya çalışırken sürücülerin alkollü olup olmadığını, trafiğe çıkmak için gerekli unsurların sürücüde bulunup bulunmadığını denetlemekte, hukuka aykırı bir durumun varlığı halinde ise sürücüye ceza kesmektedir. Buna mukabil adli kolluk, kamu düzenini bozan ya da suç sayılan fillerin gerçekleşmesini müteakip harekete geçerek, suçluları tespit eder ve adli makamlara teslim eder.

Soydan'a göre, vergi incelemesini gerçekleştiren personel her ne kadar örgütsel olarak idari teşkilata dahil olsa da görevlerinin niteliği ve amacı

13 *Ibid.*, s. 297

14 Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, Beta yayınevi, 4. Baskı, İstanbul, 2006, s. 185.

15 Gözler, *op.cit.*, s. 577.

bakımından adli kolluk faaliyeti gerçekleştirmektedir¹⁶. Buna karşın, vergi denetim memurlarının yaptıkları inceleme işleminin adli kolluktan ziyade idari kolluk ile benzerlik gösterdiği görülmektedir. Çünkü adli kolluk faaliyeti adli makamların (savcılık) emri altında bir suçun soruşturulması kapsamında faaliyet gösterir. Halbuki vergi denetim memurları bir idari makam olan vergi dairesinin bünyesinde faaliyet göstermektedir. Bu kolluk faaliyeti çerçevesinde vergi denetim memurları mükellefin beyanının işletme envanterine uygunluğunu denetlemekte, evraklar ve belgeler üzerinde yapılan incelemeden sonra mükellefin eksik vergi ödediği saptanırsa kendisine ceza uygulamaktadır. Bu açıdan vergi denetim memurlarının bir idari kolluk faaliyeti gerçekleştirdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında “*Vergi idarelerince verilen para cezalarının, teknik anlamda ceza niteliğinde olmadığı, idari birer yaptırım niteliğinde olduğu... hatta bir tür mali kolluk önlemi olarak değerlendirilebileceği*”¹⁷ şeklinde değerlendirmede bulunarak, vergi denetiminin mali kolluk faaliyeti olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesinin görüşü, yapılan faaliyetin adli kolluk değil idari kolluk oluşunu destekler niteliktedir. Halbuki, vergi inceleme memurları, olağan bir denetim faaliyetini yerine getirmekte ve ödenen verginin doğru olup olmadığını tespit etmeye çalışmakta, gerçeğe aykırı beyanın varlığı durumunda da mükellefe ceza kesmektedirler. Bu durum trafik polisinin sürücünün belgelerini incelerken tespit ettiği eksikliklere ceza kesmesine benzemektedir. Bu bakımdan vergi inceleme işlemi bir idari kolluk faaliyeti olarak değerlendirilmelidir.

Vergi inceleme işlemi Cumhuriyet Savcılığının emri altında ve adli kolluk personeli ile bir suçun soruşturulması amacıyla yapılsaydı (örneğin vergi kaçakçılığı), bu durumda yürütülen faaliyetin adli kolluk ile benzerlik gösterdiği düşünülebilirdi. Burada bir parantez açmak gerekirse, VUK madde 367’ye göre, vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini tespit eden vergi inceleme memurlarının doğrudan doğruya ya da bağlı oldukları makamlar aracılığıyla durumu Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Cumhuriyet savcısının kendisi de vergi kaçakçılığı teşkil eden fiillerin (VUK, 359) işlendiğine dair duyumlar alırsa kendisi de vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep edebilir. Ancak bu iki hal dahi, vergi inceleme işleminin adli kolluk olarak nitelendirilebilmesi için yeterli

¹⁶ Billur Yatlı Soydan, “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-II”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Ağustos-Eylül-Ekim, 2000, s. 113 (Nakleden, Saban, *op.cit*, s. 186) .

¹⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1990/29, K. 1991/ 37, T. 15.10.1991, *AYMKD*, C.27/93-2 (Nakleden: Saban, *Vergi Hukuku*, *op.cit*, s. 185).

değildir. Çünkü hem birinci hem ikinci halde yürütülen işlem tipik vergi incelemesidir ve halen bu inceleme işlemini yürütenler idarenin vergi inceleme ajanlarıdır. Amacın vergi kaçaklığının tespiti olması durumunda dahi yürütülen faaliyetin adli kolluk olarak nitelendirilebilmesi için Cumhuriyet Başsavcısının bizatihi kendi inisiyatifi ve adli personeli ile suçun soruşturulmasını doğrudan takip etmesi gerekir. Örneğin vergi inceleme memurları tarafından vergi kaçaklığı suçu tespit edildikten ve bu durum Cumhuriyet başsavcılığına bildirildikten sonra, suçun savcı tarafından soruşturulması adli kolluk faaliyetine girer. Zira bu kısımda idari personelin görevi sona ermiş adli personelin görevi başlamıştır.

III. Vergi İnceleme İşleminin Unsurları Yönünden Ele Alınması

Vergi incelemesinin kimler tarafından, nasıl bir usul izlenerek, nerede, ne zaman ve nasıl bir amaç güdülecek yapılabileceği ve bu incelemenin konusu yani neleri kapsadığının bilinmesi verimli bir denetimin gerçekleştirilmesi açısından önem taşımaktadır. Bu unsurların bilinmesi vatandaşı (daha özelden vergi mükellefini) hukuka aykırı uygulamalardan koruma amacıyla beraber hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilmesine de hizmet eder. Buna binaen, bu başlık altında vergi incelemesinin yukarıdaki sorulara cevap niteliğinde olan unsurları ele alınacaktır. Bu unsurlar, doktrin ve içtihat tarafından kabul gören ve aynı zamanda İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde yer alan yetki (A), şekil (B), sebep (C), konu (D) ve amaç (E) öğeleridir.

A. Yetki

Vergi inceleme işleminin yetki unsuru açıklanırken, bu yetkinin hangi idare makamı veya personeli tarafından (1), nerede (3) ve ne zaman (4) kullanılacağı ve bu yetkinin hangi işlemleri kapsadığı (2) konuları ele alınacaktır.

1. Kişi Bakımından (*Ratione Personae*) Yetki

Kamu hukukunda belli bir hukuki sonucu meydana getirmek amacıyla yapılacak olan irade açıklamasının herhangi bir kimse tarafından değil, idare adına irade açıklaması yapma yetkisine sahip kişiler tarafından yapılması gerekir. Keza İdare hukukunda “yetkisizlik asıl yetkili olma ise istisna”dır¹⁸. Yetkili olma durumu istisnai olduğu için de bir idari makamın belli bir konuda yetki sahibi olduğundan bahsedebilmek için bu yetkinin hukuk kuralla-

¹⁸ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, In Ozan Ergül, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2013, s. 73.

rıyla önceden belirlenmiş olması gerekmektedir. Nitekim bu hususun vurgulanması için Anayasanın 6. maddesinde “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” denmiştir. Vergi hukukunda da bir idari makamın işlem tesis edebilmesi için, söz konusu makamın kaynağını Anayasadan alan bir mevzuat hükmüyle yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.

10 Temmuz 2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 646 sayılı “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname” ile vergi denetimi yapmaya yetkili kişilerin statülerinde değişiklik yapılmış ve bütün vergi denetim personeli “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı” adı altında birleştirilmiştir¹⁹. Yeni düzenleme ile VUK’un 135. maddesi de değişikliğe uğramıştır. Değişikliğe uğrayan hükme göre “Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır”. Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir.

VUK’ta sayılan kişilerin dışında Yeminli Mali Müşavirlerin (YMM) de kısmen vergi incelemesi yapmaya yetkili oldukları kabul edilmektedir. Bu bakımdan 3568 sayılı Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununun 12. maddesi ile VUK’un 227’inci maddesi çerçevesinde YMM’ler tasdik raporu düzenleme yetkisine sahiptirler. YMM’lerin yetkisi sadece tasdik raporunun düzenlenmesini kapsadığından kısmi bir yetkidir. YMM’ler aynı zamanda, tasdik raporlarında yer alan bilgiler ve defter kayıtları dolayısıyla mükellefler ile beraber müşterek ve müteselsil sorumluluk altına da girmektedirler²⁰.

2. Konu Bakımından (Ratione Materiae) Yetki

Konu bakımından yetki, bir idari makamın karar almaya yetkili olduğu konuda irade açıklamasında bulunabilmesi ve işlem tesis edebilmesidir. Konu bakımından yetki idare hukukunda yatay ve dikey açıdan ikiye ayrılmaktadır²¹. Söz gelimi, aynı hiyerarşik yapı içerisindeki idari personel ve bürok-

¹⁹ Yerlikaya, *op.cit.*, s. 4. Değişiklikten önce vergi inceleme elemanları Maliye Teftiş Kurulu, Hesap Uzmanları Kurulu, Gelirler Kontrolörleri ve Vergi Denetmenleri şeklinde örgütlü olan dağınık bir yapı içerisinde faaliyet yürütüyorlardı (Gören, *op.cit.*, s. 420).

²⁰ Yerlikaya, *op.cit.*, s. 16.

²¹ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, 2011, s. 380.

ratlar arasındaki yetki dikey, farklı kamu tüzel kişiliğine sahip personel arasındaki yetki yataydır. Kamu görevlilerinin yetkili oldukları konuların dışında işlem tesis etmeleri yasaklanmıştır. Bu bakımdan, farklı kamu tüzel kişiliğine sahip kamu görevlilerinin birbirlerinin yetki alanına girerek işlemler tesis etmeleri durumunda “ağır ve bariz yetki tecavüzü”, bir idari makamın başka bir idari makamın yetkili olduğu alanda işlem tesis etmesi durumunda “yetki tecavüzü” söz konusu olur²². Ya da idareye tamamen yabancı ve idari hiyerarşinin dışında her hangi bir resmi sıfatı bulunmayan bir kişinin idarenin yetki alanında işlem yapması durumunda işlem “yetki gaspı” ile sakat olur²³. Örneğin, belli bir alanda vergi incelemesi yapmaya yetkili memurun başka bir memurun yetkili olduğu alanda inceleme yapması durumunda yetki tecavüzü, herhangi bir vatandaşın bir mükellefin defter ve evraklarını vergi incelemesi yapmak amacıyla incelemesi durumunda yetki gaspı söz konusu olur.

Konu yönünden vergi incelemesinin kapsamına genel olarak merkezi yönetim bütçesi adına toplanan vergiler girmektedir, belediyelere ait vergi, resim ve harçlar vergi incelemesinin dışında tutulmuştur²⁴. Dolayısıyla vergi inceleme yetkisi merkezi yönetim bütçesi adına toplanan vergilerin mükelleflerinin evrak ve defterleri üzerinde gerçekleştirilir.

3. Yer Bakımından (*Ratione Loci*) Yetki

Yer bakımından yetki, idari organ, makam ya da kamu görevlisinin yetkisini kullanabileceği yeri, coğrafi alanı ifade eder²⁵. Örneğin bakanlıklar bütün ülke genelinde yetkilerini kullanabilirken, yerel yönetimler (belediye, köy ve il özel idareleri) sadece faaliyet gösterdikleri coğrafi sınırlar içerisinde yetkilerini icra edebilirler. Bu yüzden bir idari makamın hukuk kurallarının kendisini yetkili kıldığı alanın dışında yetki kullanmaya çalışması “*ratione loci* yetkisizlik” sonucunu doğurur²⁶. *Ratione loci* yetkisizliğe, bir belediyenin başka bir belediyenin sınırları içerisinde kamulaştırma işlemi yapması örnek olarak verilebilir²⁷.

22 Gözler, *op.cit*, 323-324.

23 *Ibid.*, s. 322-323.

24 Nas, *op.cit*, s. 1316.

25 Gözübüyük ve Tan, *op.cit*, s. 381.

26 Gözler, *op.cit*, s. 319.

27 *Ibid.*

Vergi inceleme memurlarının yetkilerini icra edebilecekleri coğrafi sınır incelemeyi gerçekleştirecek memurların niteliğine ve statülerine göre değişmektedir. Maliye Bakanlığına bağlı olarak çalışan vergi denetim memurları, yani vergi müfettişleri ile vergi müfettişleri yardımcıları bütün ülke genelinde vergi incelemesi yapmaya yetkilidirler²⁸. Buna mukabil VUK'un 135. maddesinde sayılan diğer görevliler (ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri) prensip olarak sadece görevli buldukları yerlerde (illerde) yapabileceklerdir. Yer bakımından yetkinin uzantısı niteliğinde bir kural olan VUK'un 136. maddesine göre vergi incelemesi yapanlar yanlarında memuriyet sıfatlarını ve inceleme yetkisini gösteren fotoğraflı resmi bir vesika bulundurlar ve gittikleri yerde işe başlamadan evvel bu vesikayı ilgililere gösterirler.

Kanunun 139. maddesi incelemenin nerede yapılacağını hükme bağlamaktadır. Buna göre vergi incelemeleri, esas itibariyle incelemeye tabi olanın iş yerinde yapılır. İş yerinin müsait olmaması, ölüm, işin terk edilmesi gibi zaruri sebeplerle incelemenin yerinde yapılması imkansız olur veya mükellef ve vergi sorumluları uygun görürlerse inceleme dairede yapılabilir. Bu takdirde incelemeye tabi olanın lüzumlu defter ve vesikalarını daireye getirmesi kendisinden yazılı olarak istenilir. İncelemenin dairede yapılması halinde istenilen defter veya vesikaları belli edilen zamanda mazeretsiz olarak getirmeyenler, bunları ibraz etmemiş sayılırlar. Haklı bir mazeret gösterenlere, defter ve vesikalarını daireye getirmesi için münasip bir mühlet verilir. Doktrinde, idarenin vereceği asgari sürelerin en az 15 gün olabileceğinden hareketle, verilecek mühletin en az 15 gün olması gerektiği düşünülmektedir²⁹.

4. Zaman Bakımından (*Ratione Temporis*) Yetki

Zaman bakımından yetki, bir idari organ, makam ya da personelin yetkisini kullanabileceği zaman dilimini ifade eder. İdari personelin yetkisini kullanma zamanı bazen Anayasa ve kanunlar tarafından sınırlandırılmış olabilir. Öncelikle bir kamu görevlisinin yetkisini kullanabilmesi için bu göreve atanmış olması gerekir³⁰. Bunun dışında, kamu görevlisi izinli olduğu zamanlarda görevinin gerektirdiği yetkilerden alelade bir vatandaş gibi

28 Nas, *op.cit.*, s. 1317.

29 Şükrü Kızılot, Doğan Şenyüz, Metin Taş, Recai Dönmez, *Vergi Hukuku*, Yaklaşım Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2008, s. 124

30 GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt 2, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, 2011, s. 425

yoksundur ve keza görevi azil ya da istifa gibi nedenlerle sona ermişse yetkilerini kullanamaz³¹. Ayrıca bazı kurul üyeleri sadece kurul halinde iken (il genel meclisi gibi) ve toplantı günlerinde görevlerinin gerektirdiği yetkileri kullanabilirler³². Bu üyeler yetkileri tek başlarına ya da toplantı günlerinin dışında kullanamazlar.

Vergi Usul Kanunu, vergi incelemesinin yapılma zamanı için mükellefin önceden haberdar edilmesini şart koşmamaktadır. Bu konuda VUK, takdir yetkisini inceleme memuruna bırakmıştır. Yükümlü tarafından inceleme yeri ve gerekli belgelerin hazırlığının yapılması için önceden haber vermenin sakıncalı olmadığı durumlarda, nezdinde inceleme yapılacak kişiye haber verilebilir³³. Buna mukabil, yükümlünün incelemeye ilişkin evraklarda hile yapma yoluna gideceğine ve bu yolla vergi kaçırabileceğine ilişkin ciddi emareler varsa ya da buna ilişkin bir ihtimal söz konusu ise mükellefe haber verilmemesi, verimli ve gerçekçi bir incelemenin gerçekleştirilebilmesi açısından daha iyi olacaktır. VUK madde 138'e göre inceleme işlemi, neticesi alınmamış hesap dönemi de dahil olmak üzere, tarh zamanaşımı süresi (beş yıl) sonuna kadar her zaman yapılabilir. Bu yüzden inceleme beş yıllık zaman dilimi içerisinde geriye doğru olarak yapılabilir. Bir dönem inceleme yapılması veya matrahın re'sen takdir edilmiş olması da daha sonra aynı dönem için yeniden inceleme yapılmasına engel değildir.

Vergi incelemesinin ne kadar süreğine de değinmek yerinde olacaktır. VUK'un 140. maddesine göre, incelemeye başlanıldığı tarihten itibaren, tam inceleme yapılması halinde en fazla bir yıl, sınırlı inceleme yapılması halinde ise en fazla altı ay içerisinde incelemelerin bitirilmesi esastır. Tam ve sınırlı inceleme Vergi incelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin³⁴ 3'üncü maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; tam inceleme; bir mükellef hakkında, bir vergi türü itibariyle bir veya birden fazla vergilendirme dönemine ilişkin her türlü iş ve işlemlerinin bütün matrah unsurlarını içerecek şekilde yapılan vergi incelemesini ifade eder. Hükmün devamında sınırlı inceleme, tam inceleme dışında kalan vergi incelemesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu süreler içinde incelemenin bitirilememesi halinde ek süre

31 Gözler, *op.cit.*, s. 319-320

32 *Ibid.*

33 Abdurrahman Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gazi Kitabevi, 9. Baskı, Ankara, 2009, s. 103.

34 Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, Tarih: 31/10/2011, Sayı 28101 (www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/10/20111031-10.htm-17 Haziran 2014).

talep edilebilir. Bu talep vergi incelemesine yetkili olanların bağlı olduğu birim tarafından değerlendirilir ve altı ayı geçmemek üzere ek süre verilebilir.

B. Şekil

Özel hukuktan farklı olarak şekil unsuru idari işlemin temel unsurlarından biridir³⁵. Özel hukukta şekil serbestliği esas iken, idari işlemler kural olarak yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur³⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, şekil unsuru ile usul unsuru birbirinden farklı öğelerdir. Şekil idari işlemin formuna (yazılı veya sözlü) ilişkin iken, usul idari işlemin prosedürüne, bu işlemin yapılış sürecine ve aşamalarına ilişkindir. İdari Yargılama Usul Kanunu şekil unsurunu, usul unsurunu kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Biz de vergi incelemesinin şekil unsurunu, usul unsurunu içeren veçhesiyle ele alacağız.

Saban'ın deyimiyle inceleme süreci, bir idari usul içerisinde gerçekleşmektedir³⁷. Gerçekten de her ne kadar vergi incelemesinde uyulacak şekil ve usul kuralları VUK'ta düzenlenmiş olsalar da, bu usuller esasında idarenin işlemler tesis ederken izlediği usullerden farksızdır. Vergi incelemesinde esas olan yazılı şekildir. Vergi inceleme işlemi bir tutanakla başlar ve bu tutanak mükellefe de imzalatılır. İnceleme tutanağı incelemenin başlama zamanını göstermesi bakımından önemlidir. Vergi incelemesinde hazırlık ve ön işlem niteliğindeki işlemler de şekil unsuruna dahildir. Bu işlemlerde eksiklik ve hukuka aykırılıklar da iptal nedenidir. Bir idari işlemin yapılması için uygulanması gereken şekil ve izlenmesi gereken usul kuralları mevzuatla tespit edilir. VUK'un 136 ve 140. maddelerinde ve Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te, inceleme sırasında uyulacak usul ve esaslar ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Biz burada bütün esasları saymamakla beraber önemli gördüğümüz birkaç hususa değineceğiz. Öncelikle henüz inceleme işleminin başlangıcında, vergi denetim memurları yanlarında memuriyet sıfatlarını ve inceleme yetkisini gösteren fotoğraflı resmi bir vesika bulundurlar ve gittikleri yerde işe başlamadan evvel bu vesikayı ilgililere göstermelidirler (VUK, 136). Daha sonra incelemeye tabi olan mükellefe inceleme mevzuu izah edilir ve incelemenin başladığına dair tutanak tutularak bir örneği nezdinde inceleme yapılan, bir örneği de ilgili

³⁵ Bekir Baykara, "Vergi Tarh İşleminin Hukuki Analizi", Yaklaşım Dergisi, Şubat 2004, Sayı 134, s. 3 (<http://baykaraymm.com>-15 Mart 2014).

³⁶ Gözler, *op.cit.*, s. 327

³⁷ Saban, *op.cit.*, s. 185.

vergi dairesine bildirilir. İnceleme, nezdinde inceleme yapılan mükellefin muvafakati olmadıkça resmi çalışma saatleri içerisinde yapılır. İnceleme yazılı olarak başladığı gibi yazılı olarak da bitirilmeli ve incelemenin bitişini simgeleyen bir vesika nezdinde inceleme yapılabilmelidir (VUK, 140 vd).

C. Sebep

İdari işlemin sebep unsuru, idareyi bir işlemi yapmaya sevk eden hukuki veya fiili etkenlerdir³⁸. İdari işlemlerde sebep ögesi nesnel bir nitelik taşır. Çünkü sebep ögesi, buna dayalı olarak işlem yapan idarenin iradesi dışında meydana gelmiştir³⁹. İdari işlemlerin amacı, idari görev ve hizmetlerin en iyi şekilde gerçekleştirilmesi olduğundan, idari işlemin yapılabilmesi için kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve yeterli bir nedenin varlığı gereklidir⁴⁰.

İdareyi bir işlemi yapmaya sevk eden nedenler, fiili sebepler ve hukuki sebepler olmak üzere ikiye ayrılır. Fiili sebepler, idari işlemin nedenini oluşturan maddi fiiller (*fait matériel*) iken, hukuki sebepler idari işlemde önce yapılmış olan hukuki işlemlerdir (*acte juridique*)⁴¹. Örneğin Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 8. maddesine (A) bendine göre kumar oynanan umumi veya umuma açık yerler idare tarafından kapatılır⁴². Söz konusu örnekte, idari işlem olan kapatma işleminin yerine getirilebilmesi, bir maddi fiil olan kumar oynanması sebebine bağlanmıştır. Böyle bir olayda maddi fiil gerçekleşmeden, yani kumar oynanmadan kapatma işleminin gerçekleştirilmesi hukuka aykırı olacaktır. İdari işlemin nedeninin hukuki işlem olmasına örnek vermek gerekirse, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 33. maddesine göre, Türk vatandaşlığı iptal edilen kişilerin Türkiye'deki Hazine tarafından malları tasfiye olunabilir. Burada kanun hükmüne göre gerçekleştirilen tasfiye kararının sebep unsurunu, daha önce alınan vatandaşlıktan çıkarma kararı (hukuki işlem) teşkil etmektedir.

Vergi incelemesinin amacının ödenen vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak olduğunu daha önce belirtmiştik. Vergi incelemesinin amaç ve sebep ögesi arasında sıkı bir ilişki vardır. Nitekim vergi in-

38 Gözler, *op.cit.*, s. 344.

39 İl Han Özay, *Günlükte Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 454-455 .

40 Günday, *op.cit.*, s. 153.

41 Gözler, *op.cit.*, s. 344.

42 Günday, *op.cit.*, s. 153 (Örneğin bütünü Günday'dan alınmıştır) .

celmesinin amacı ödenen verginin doğruluğunu araştırmak olduğuna göre, bu incelemenin ilk sebebi mükellefin beyanının gerçeğe aykırı olması olacaktır. Burada mükellefin maddi fiili, yani gerçeğe aykırı beyanda bulunması incelemenin sebebini oluşturmaktadır. Bundan başka, mükellefin gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş olduğu bilgisi, ihbar yoluyla da edinilmiş olabilir. Vergi incelemesinin hukuki nedenini ise, defter ve hesap tutmak, evrak ve vesikaları ibraz ve muhafaza etmek zorunda olan mükelleflerin nezdinde inceleme yapılmasını öngören Vergi Usul Kanunu oluşturur. Vergi incelemesinin sebebini bizzat idare tarafından gerçekleştirilen bir işlem de oluşturabilir. Örneğin karşıt inceleme sırasında, ilgili oldukları gerekçesiyle defter ve evrakları üzerinde inceleme yapılan mükellefin dışında vergi memurları tarafından başka bir mükellefin evraklarına da bakılmasına ihtiyaç duyulabilir. İşte inceleme memurları tarafından yapılan inceleme sırasında bu mükellefin de evraklarında eksiklik veya beyanında gerçeğe ve hukuka aykırılık tespit edilirse, söz konusu mükellef de vergi incelemesine tabi tutulabilir. Dikkat edilirse burada ikinci inceleme işleminin sebebini bir hukuki işlem, başkasının üzerinde inceleme yapılması oluşturmaktadır.

D. Konu

Bir hukuki işlemin konusu, onun doğurduğu hukuki sonuç yani hukuk alanında meydana getirdiği değişikliktir⁴³. İdari işlemin de konusu hukuk alanında meydana getirdiği sonuç, yani idari işlemin bizzat kendisidir. Örneğin memur atama işleminin konusu, bir kimsenin memurluk statüsüne sokulması, idare tarafından gerçekleştirilen bir kamulaştırma işleminin konusu, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazın kamu mülkiyetine alınmasıdır⁴⁴. Örneklerden anlaşılacağı üzere idari işlemin konusu bizzat idari işlemin kendisi ve içeriğidir, hukuk alanında meydana getirdiği sonuçtur.

Vergi inceleme işlemi ile vergi mükellefi nezdinde meydana gelen vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin tüm işlemler derinlemesine incelenerek, fiilen ödenen verginin ödenmesi gereken vergi olup olmadığı araştırılır⁴⁵. Vergi incelemesinin konusu da inceleme işleminin kendisidir. Vergi incelemesi, vergiyi doğuran olayla ilgili bütün hususlar üzerinde gerçekleştirilir⁴⁶. Bu inceleme çoğunlukla geriye dönük bir incelemedir, çünkü vergi incele-

43 Gözler, *op.cit.*, s. 348.

44 *Ibid.*

45 Kızılot *et al.*, *op.cit.*, s. 122.

46 Nas, *op.cit.*, s. 1317 .

mesi, işlem üzerinden belli bir süre geçtikten sonra, önceden yapılmış işlemler hakkında uygulanır⁴⁷. Vergi inceleme memuru, incelemeye başlarken ilgiliye incelemenin konusunu anlatır ve incelemenin başladığına dair bir tutanak tutulur. Vergi inceleme işlemleri sırasında nezdinde inceleme yapılacak olan mükellef, inceleme elemanına istenilen belge ve defterleri göstermek, talep edilen açıklamaları yapmak, inceleme memurunun lüzum görmesi halinde işyerini gezdirmek, envanter çıkarılması gerektiğinde de araç, gereç ve elemanlarıyla inceleme işlemine yardımcı olmak durumundadır⁴⁸. İnceleme memuru, incelediği evrak, defter ve belgelerde eksiklik bulur veya beyan edilen vergi miktarı ile ödenen vergi miktarı arasında fark olduğunu saptarsa cezai işlem uygulayacaktır. İşte bu cezai işlem de aynı şekilde vergi inceleme işleminin konu ögesini oluşturmaktadır.

Vergi incelemesi bütün vergi mükelleflerini kapsamadığı gibi, inceleme işlemi sadece vergi mükellefleri üzerinde de icra edilmez⁴⁹. VUK'a göre vergi incelemesine tabi olanlar, defter ve hesap tutmak, evrak ve vesikaları muhafaza ve ibraz etmek mecburiyetinde olan gerçek ve tüzel kişilerdir. Bu durum aslında vergi incelemesinin amacının mükellefin defter ve evraklarının, beyanı ile doğru orantılı olduğunun tespit edilmesini içermesinin doğal bir sonucudur. Örneğin defter ve hesap tutma zorunluluğu olmayan emlak vergi mükellefleri vergi incelemesine tabi değildir⁵⁰. Buna mukabil, defter ve hesap tutmak zorunda olmayan ama fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ve vergi karnesi alma ve muhafaza etme yükümlülüğü olan kişiler vergi incelemesine tabidirler⁵¹.

E. Amaç

İdarenin yaptığı eylem ve işlemlerin genel amacı her halükarda kamu yararındır. Bununla beraber kanun koyucu tarafından bazı idari işlem ve kararlar için bu genel amacın yanısıra kanunla başka özel ve somut amaçlar da belirlenmiş olabilir. Bu özel ve somut amaçlar da kamu yararının belirginleşmiş ve ete kemiğe bürünmüş hallerinden başka bir şey değildir⁵². Vergi incele-

47 Nezir Şeker, *Hukuksal Yapısıyla Vergi İncelemesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 34.

48 Kızılot *et al.*, *op.cit.*, s. 124

49 Oktar, *op.cit.*, s. 184

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*, s. 185

52 Günday, *op.cit.*, s. 160

mesinin özel amacı da VUK'un 134. maddesinde düzene kavuşturulmuştur. Hükme göre vergi incelemesinin amacı, vergi mükelleflerinin ödemekle yükümlü oldukları vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır. Bu bakımdan inceleme işleminin amaç ögesinin üç aşamaya ayrılmış olduğunu görmekteyiz. Öncelikle *araştırma* esnasında mükellefin defter, belge ve envanteri üzerinde gerekli ayrıntılı inceleme yapılır ve bu belgelerde eksiklik bulunması yani *tespit* edilmesi halinde yaptırma gidilerek doğru olan vergi miktarının ödenmesi *sağlanır*. Ödenmesi gereken verginin sağlanması, yapılan vergi incelemesi sırasında tutulan tutanağa göre hazırlanan vergi inceleme raporuna göre ilgili komisyon tarafından tarh edilen vergilerin tahsil edilmesi aşamasına sokulmasıdır⁵³.

Araştırma yapılmadan ya da belgelerin incelenmesinin mümkün olmadığı durumlarda sadece şüpheye dayanılarak yükümlü hakkında ek vergi ya da cezalandırmaya gidilmesi hukuka aykırı olur. Danıştay 7. Dairesi söz konusu hususa ilişkin bir kararında “*Defter ve belgelerin çalınması durumunda yetkili inceleme elamanlarınca, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetinin esas olduğu ilkesi dikkate alınarak değerlendirme yapılmadan yapılan tarhiyat isabetsizdir*⁵⁴” şeklinde hükümde bulunarak defter, evrak, belge ve envanter üzerinde yapılan inceleme olmaksızın mükellef hakkında karar verilemeyeceğini belirtmektedir.

Vergi incelemesinde temel amaç vatandaştan daha fazla vergi alınması ya da vergi yükümlülüğünün kendisine bir yaptırım olarak uygulanması değil, doğru vergileme işleminin gerçekleştirilmesidir. Bu yüzden denetim yapılırken 2011 yılında yürürlüğe giren Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. Maddesinde yer verilen temel ilkelere uyulması gerekmektedir. Maddenin f) bendinde yer alan hükme göre, amacın, ödenmesi gereken vergi tutarını doğru olarak tespit etmek olduğu daima göz önünde bulundurulmalı ve bu çerçevede inceleme sonucunda, gerekmesi halinde, mükellef lehine düzeltmelerin de yapılması sağlanmalıdır. Dolayısıyla vergi incelemesi işlemi gerçekleştirilirken sadece mükellefin aleyhine olan hususlar değil lehine olan hususların da dikkate alınması gerekir.

Son olarak, vergi incelemesinde amaç, ödenen verginin doğruluğunu tespit etmek ve sağlamaktır. Bu amaçtan başka bir gaye ile inceleme yapılması hukuka aykırı olur. İdari işlemlerin özgülendikleri amaç dışında başka

⁵³ Yerlikaya, *op.cit.*, s. 9.

⁵⁴ Danıştay 7. Dairesi Kararı, E. 1993/1276, K. 1994/2934, T. 31.05.1994, KBYİB. (Nakleden-Yerlikaya, *op.cit.*, s. 6).

bir amaç güdülererek gerçekleştirilmesi amaç unsurunda sakatlık örneklerinden “yetki saptırması”na vücut verir. Yetki saptırması idari işlemin yetki değil amaç unsuruna ilişkindir. Çünkü yetki saptırması ile idare iradesini hukuken geçerli bir amaç ile değil bundan başka bir amaçla (siyasi, felsefi, kişisel) açıklamaktadır. Bu bakımdan örneğin, vergi incelemesinin ödenen vergilerin doğruluğunu sağlamak amacıyla değil de, idareye sadece daha fazla gelir sağlamak amacıyla yapılması “yetki saptırması” sonucunu doğurur⁵⁵. Kuşkusuz hazineye gelir sağlanması vergi incelemesinin amaçlarından biridir. ama bu incelemenin temel amacı öncelikle doğru vergilendirme işleminin gerçekleştirilmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki, bağlı yetkinin varlığı durumunda, vergi inceleme memuru kişisel saikle inceleme yapsa da işlem hukuka aykırı olmaz. Örneğin incelemenin sonunda vergi mükellefinin ödediği vergi ile yaptığı beyan arasında tutarsızlık varsa, bu durumda vergi memurunun mükellefe ceza kesmesi zorunludur. Çünkü bağlı yetki söz konusudur ve bağlı yetki durumunda işlemin kişisel nedenlerle yapılması, hukuka aykırılık sonucunu doğurmaz.

IV. Vergi İnceleme İşleminin Hukuka Uygunluk Denetimi

Anayasanın 125. maddesinde hükme bağlandığı üzere idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Vergi inceleme işlemi de özünde bir idari işlem olduğundan, bu işlem de yargısal denetime tabidir. Yukarıda bir idari işlem olarak vergi inceleme işleminin unsurlarından bahsettik. İşte bu unsurlardan herhangi birisinde sakatlık bulunması durumunda, yapılan işlem hukuka aykırı olacaktır. İdari işlemin unsurlarında sakatlık veya hukuka aykırılık söz konusu olduğunda esasında yargısal mekanizmaya ihtiyaç duyulmadan idarenin işlemdeki sakatlığı gidererek yaptığı işlemi hukuka uygun hale getirmesi gerekir. Ne var ki, bütün idari işlemler her zaman açık bir biçimde hukuka aykırı olmayabilir, idare yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu düşünüyor olabilir ya da hukuka aykırı olsa bile işlemi düzeltmekten imtina edebilir. Böyle bir durumda idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı yargısal korunma mekanizmaları öngörülmüştür.

İdari işlemin hukuka aykırı olması durumunda karşılaşılabilecek iki tür yaptırım söz konusudur: bunlar iptal (A) ve yokluktur (B). Aşağıda vergi inceleme işlemine uygulanabilecek olan bu iki yaptırım ele alınacaktır.

⁵⁵ Gözler, *op.cit.*, s. 368.

A. İptal

Hukuka aykırı bir idari işlemin yargısal denetime tabi tutulmasından sonra uygulanacak temel yaptırım iptaldir. İptal kararı ile yapılan işlemin geçersizliğine karar verilmekte, idari işlem ile menfaati ihlal edilen kişiye bu menfaat teslim edilmektedir. Böylece bir idari işlem iptal edildiğinde, iptal tarihinden itibaren idari işlem bütün hüküm ve sonuçlarıyla hukuk aleminden silinmektedir⁵⁶.

İptal davası idari işlemin bir veya birden fazla unsurunun hukuka aykırı olmasından dolayı açılabilir. Nitekim, İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. maddesinde iptal davaları "idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan" davalar olarak tanımlanmıştır. Demek ki iptal davasının söz konusu olabilmesi için idari işlemin unsurlarından birinin hukuka aykırı olması gerekmektedir.

Vergi inceleme işleminin yetki ve amaç unsurlarında sakatlığa nadiren rastlanır. Çünkü vergi incelemesi yapmaya yetkili idare personeli usul kanununda açık bir biçimde sayılmıştır. Yetki tecavüzüne dayalı bir yetki unsuru sakatlık (örneğin astın üstün yerine geçerek işlem yapması) durumunda da işlem dava edilerek iptal edilebilir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere idari personelin kamu yararı amacı dışında hareket ederek kişisel çıkarla ya da başkasına menfaat sağlamak amacıyla vergi incelemesi yapması durumunda da yetki saptırması söz konusu olacak ve işlem iptal davasına konu olabilecektir.

Şekil/usul unsuru konusunda VUK açık bir şekilde incelemenin tutanak tutmayla başlayacağını, bu tutanağın yazılı olacağını ve mükellefin imzasını taşıyacağını hükme bağlamıştır. Şekil unsurunda sakatlığa örnek verecek olursak; vergi incelemesi sırasında vergi mükellefinin vergi memurunun kendisine sunulmasını talep ettiği evrakları ibraz etmesi gerekir. Doktrinde vergi memurunun mükellefe bunun için en az 15 günlük *idari süre* tanınması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷. Ancak her halükarda incelemeye dair bir iptal davası açılmadan ya da konu yargıya taşınmadan bu ibrazın yapılması gerekir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu da mahkeme sırasında ara

⁵⁶ *Ibid.*, s. 372.

⁵⁷ Nas, *op.cit.*, s. 1322; Öncel *et al.*, *op.cit.*, s. 111; Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku*, Genel Hükümler: Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayınları, 24. Bası, Ankara, 2010, s. 79-80; Torunoğlu, *Vergi İncelemesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2010, s. 100 (Ulusal Tez Merkezi: tez.yok.gov.tr 15 Mart 2014).

karar verilerek belgelerin ibrazının talep edilmesini ve bu belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmasını hukuka uygun bulmamaktadır:

“Hiçbir mücbir sebep bulunmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının, daha sonra dava aşamasında bunları mahkemeye ibraz edebileceği yönündeki istemi vergi incelemesinden amaçlanan sonuçların ortadan kaldırılmasına sebebiyet verebileceğinden ve Katma Değer Vergisi Kanunu ile getirilen esaslara uygun olmadığından, ara kararı ile defter ve belgelerin mahkemeye ibrazının istenmesi ve bu defter ve belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi hukuka uygun görülmemektedir.”⁵⁸

İptal davasının sebep ve konu unsurlarından kaynaklanması ihtimali daha yüksektir. İdare hukukunda konu unsuru ile sebep unsuru arasında illiyet bağı vardır⁵⁹. Söz gelimi sebep unsuru idarenin bir işlemi yapmasına etki eden hukuki veya fiili etken iken, konu unsuru bu sebebe dayanılarak alınan idari karardır. Sebep unsuru meydana gelmeden mükellef hakkında idari karar verilmesi hukuka aykırı olacaktır. Örneğin VUK’un 353. maddesinin 1 ve 2 no’lu bentlerinde sayılan belgelerin bir yıl içinde üç defa kullanılmaması 354. madde gereği işyeri kapatma cezası gerektirir⁶⁰. Söz konusu işlemde bahsi geçen belgelerin üç defa kullanılmaması idari işlemin sebep unsuru iken, işyeri kapatma cezasının uygulanması idari işlemin konusudur. Dolayısıyla kanunda geçen cezanın verilebilmesi için illiyet bağının varlığı şarttır.

Vergi denetim hukukunda vergi incelemesi sırasında denetim memurları tarafından ibrazı talep edilen defter ve belgelerin verilen mühlete rağmen daireye getirilmemesinin belirli yaptırımları bulunmaktadır. VUK madde 256’ya göre, bu kanuna göre defter tutma mecburiyeti olan gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257’nci madde ile getirilen zorunluluklara tâbi olanlar, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda buldukları bilgilere ilişkin kayıtları ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmekle zorunlu kılınmışlardır⁶¹. Yine, VUK’un mükerrer

⁵⁸ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı, E. 2010/707, K. 2012/618, T. 26.12.2012 (www.uyap.gov.tr- 21 Mart 2014)

⁵⁹ Gözler, *op.cit.*, s. 352.

⁶⁰ Baykara, “Vergi Cezası Kesme İşleminin Hukuki Analizi”, *op.cit.*, s. 4 .

⁶¹ Torunoğlu, *Vergi İncelemesi*, *op.cit.*, s. 92 (Ulusal Tez Merkezi: tez.yok.gov.tr 15 Mart 2014).

rer 355'inci maddesine göre, belirtilen ibraz yükümlülüğüne uymayanlara özel usulsüzlük cezasının kesileceği hüküm altına alınmıştır. Bu örnekte idari işlemin sebebi, vergi mükellefinin kanunda geçen belgeleri vergi memuruna teslim etmemesi, idari işlemin konusu ise bu teslim etmeme hususuna binaen verilen usulsüzlük cezasıdır.

Vergi inceleme hukukundan bir örnek verecek olursak, inceleme memurlarının mükellef hakkında karar vermeden önce belgeleri üzerinde gerekli incelemeyi yapmaları ve bu incelemeden sonra belgelerde hukuka aykırılık gördüklerinde ceza uygulamaları gerekmektedir. Danıştay söz konusu işlem yerine getirilmeden uygulanan cezaları hukuka uygun görmemektedir. Bu konuda Danıştay 4. Dairesi bir kararında faturaları düzenleyen firmanın adresinde bulunmaması gibi bir nedenle gerekli inceleme yapılmadan faturaların gerçeği yansıtmadığı sonucuna varılmasını hukuka aykırı bulmuştur:

“Dava konusu tarhiyata esas alınan inceleme raporunda, davacının işlemleri ile ilgili olarak ayrıntılı tespitler yapılmayıp, sadece mal alımında bulunduğu firmalar hakkında düzenlenen vergi tekniği raporundan hareketle, bu firmalardan yapılan tüm alımların gerçeği yansıtmadığı sonucuna varılmıştır. Vergi incelemesinin amacı, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğuna göre, davacı adına yapılan tarhiyatta, sadece faturaları düzenleyen firmanın adresinde bulunmaması gibi nedenlerle o firmanın düzenlediği tüm faturaların gerçeği yansıtmadığı sonucuna varılması mümkün değildir.”⁶²

Son olarak belirtmek gerekir ki, iptal davasına konu olacak işlemin İYUK'un 14. maddesine göre, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olması şarttır. Bu şart idari işlemin icraılığı ile ilgilidir. İcrai işlemler muhatabı açısından hukuki sonuç doğuran işlemlerdir. Bilindiği gibi vergi incelemesini yapan memurların inceleme sonunda VUK madde 140'a uygun olarak vergi inceleme raporu hazırlamaları gerekmektedir. Yaygın kanıya göre inceleme raporları idari işlemlerin sınıflandırılması açısından hazırlık işlemi niteliğinde olduklarından ve bu yönleriyle icrai nitelikte olmadıklarından iptal davasına konu olamazlar⁶³. Çünkü vergi inceleme raporları, vergi dairesinin yapacağı tarh işlemleri için hazırlık çalışması niteliğindedirler. Bu yüzden tek başlarına dava edilemezler. Bununla beraber, mükellef aleyhine yeni bir tarh işlemi yaratmayan ama mükellefin gelecekte olması muhtemel vergi yükümlülüklerini etkiler nitelikteki vergi inceleme raporları idari davaya konu ola-

⁶² Danıştay 4. Dairesinin kararı, E. 2006/4226K. 2007/224 T. 6.2.2007 (<http://uyap.gov.tr>-15 Mart 2014).

⁶³ Nas, *op.cit.*, s. 1312.

bilir⁶⁴. Çünkü bu durumda vergi inceleme raporu icrai bir niteliğe bürünmüş, başka bir deyişle icrailik vasfını kazanmış olmaktadır. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu da vergi inceleme raporlarının tek başlarına idari davaya konu olamayacaklarını, lakin inceleme raporuna dayanılarak tarh işleminin gerçekleştirilmesinden sonra dava açılmasının mümkün olabileceğini hükme bağlamıştır:

*“...Tek başına vergi inceleme raporu dava konusu edilemez. Vergi inceleme raporunun mükellefe etkisi, rapor doğrultusunda yapılacak bir tarhiyatla söz konusu olacağından, bu tarhiyatın yapılması ile birlikte, dava açılması söz konusu olabilir. Bu itibarla, rapora istinaden, vergi dairesi müdürlüğünce yazılan ve yatırım indirimi tutarı ile devreden zarar tutarını aşığı çeken yazının, dava konusu edilmesi mümkün değildir.”*⁶⁵

B. Yokluk

Genel olarak, bir hukuki işlemin maddi veya hukuki öğelerinin yokluğu o işlemin yok hükmünde (keenlemyekün) sayılması sonucunu doğurur⁶⁶. Aslında idari işlemlerin unsurlarından birinin eksikliği durumunda uygulanacak temel yaptırım iptaldir. İdari Yargılama Usulü Kanununda sadece iki dava türü düzenlenmiştir. Bunlar iptal ve tam yargı davasıdır. Yokluk ise Fransız idari yargısının aksine Türk idari yargısında bir dava türü olarak düzenlenmemiştir⁶⁷. Bununla beraber, Türkiye’deki idari yargı mercileri yokluk yaptırımını uygulayamazlar da kararın içeriğinde işlemin ağır sakatlıklar barındırması dolayısıyla yok hükmünde olduğunu belirtip iptaline karar verebilirler. Yokluk yaptırımı da zaten ancak istisnai hallerde ve çok ağır sakatlıklar bulunması durumunda uygulama alanı bulabilir. Örneğin, yetki ve fonksiyon gaspının, ağır ve bariz yetki tecavüzünün, fiili yol işlemlerinin (temel hak ve hürriyetlerin idare tarafından açık bir biçimde ihlali), yaş koşuluna uyulmadan yapılan atamaların varlığı halinde yapılan işlemler yok hükmündedir⁶⁸. Ayrıca kurul halinde alınması gereken bir kararın toplantı ve karar nisabına uyulmadan alınması yok hükmünde sayılabilir⁶⁹. Danıştay

64 *Ibid.*

65 Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı E. 1996/371, K. 1998/91, T. 22.05.1998 (Nakleden- Torunoğlu, *op.cit.*, s. 15, 48 no’lu dipnot).

66 Günday, *op.cit.*, s. 162.

67 Gözler, *op.cit.*, s. 374-375

68 Bkz. Gözler, *op.cit.*, s. 372 vd.

69 Günday, *op.cit.*, s. 167.

10. Dairesi de, benzer bir biçimde idari işlemin unsurlarında ağır ve açık sakatlıkları yok hükmünde saymaktadır:

*“İdare hukukunda kurucu unsurlarında derhal fark edilebilir nitelikte ağır ve açık sakatlıkları bulunan işlemler "yok hükmünde" olan işlemler olarak adlandırılmaktadır... İşlemin "varlık koşulları" oluşmamış olduğundan bizzat işlemin yokluğu sonucu doğmakta, işlem hiç doğmamış, var olmamış sayılmaktadır...”*⁷⁰

Vergi hukukunda fonksiyon gaspı dolayısıyla işlemin yok sayılması yüksek ihtimal dahilindedir. Fonksiyon gaspı, yasama, yargı ve idarenin birbirlerinin yetki alanlarına müdahale ederek, diğer bir ifadeyle birbirlerinin yerine geçerek kendi alanlarının dışında bir konuda karar vermeleridir. Bilindiği gibi Anayasanın 73. maddesinde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması öngörülmüştür. Dolayısıyla vergi koyma yetkisi münhasıran yasama organına aittir. Buna aykırı davranılarak, örneğin Bakanlar Kurulu tarafından yönetmelikle vergi konulması, fonksiyon gaspı sayılacak ve işlem hakkında “yok hükmündedir” kararı verilecektir.

İdarenin dışında bir kişinin vergi incelemesi yapması durumunda bu durum yetki gaspı olarak nitelendirilir. Yetki gaspı, idarenin tamamen dışında ve idare adına karar alma yetkisine sahip bulunmayan birisinin idare yerine geçerek onun adına irade açıklaması veya karar vermesidir. Nitekim bazen yazılı ve görsel basında tanık olduğumuz üzere kendini vergi müfettişi, vergi denetim memuru, SSK memuru, savcı, hakim olarak tanıtıp vatandaştan maddi çıkar temin etmeye çalışan kişiler bulunmaktadır⁷¹. Bu kişiler idarenin yetkisini gasp ederek çeşitli işlemler yapmaktadırlar. İşte böyle durumlarda bu gibi kişilerin yaptığı işlemlerin tümü yok hükmündedir. Böyle bir durum da zaten yetki gaspı fiilini icra eden işi suç işlemiş olur ve adli kovuşturmaya tabi tutulur.

SONUÇ

Genel olarak vergi hukukunda tesis edilen idari işlem, mükellefin hukuki statüsünü etkileyen ve bu yöndeki kabulüne ihtiyaç duyulmadan tek taraflı

⁷⁰ Danıştay 10.Dairesinin Kararı, E.2001/4040, K.2005/181, T. 8.6.2000 (Nakleden-Hüseyin Melih Çakır, *Danıştay Kararları Çerçevesinde Yokluk Teorisi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 14 (<http://academia.edu>-15 Mart 2014))

⁷¹ <http://www.haberdar.com/kendisini-vergi-memuru-olarak-tanitan-dolandirici-yakalandi-259935-haberi> (15 Mart 2014).

olarak doğrudan uygulanabilir nitelikteki bir işlemdir. Bu yönüyle bu işlemler mükellefin hak ve yükümlülüklerinde değişiklik ve yenilik yaratarak hukuki sonuçlar doğuran irade açıklamalarıdır.

Vergi incelemesinin bütünsel olarak değerlendirilmesinden şöyle bir çıkarıma varmak mümkün gözükmektedir: Tekil ve çoğul anlamda vergi incelemesini kapsayan bütün süreç, idari işlem ve işlemlerin sürecidir. Zira yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere vergi incelemesi bir idari işlemin barındırması gereken bütün unsurları ihtiva eden bir yapıya sahiptir. Bununla beraber vergi inceleme işlemi tek başına müstakil olarak dava konusu edilebilecek bir işlem değildir. Çünkü vergi inceleme işlemi “lazım-ül icra”, yani icrailik kabiliyetinden mahrumdur. Vergi inceleme işlemleri hazırlık işlemi niteliğinde olduklarından, icrai değildirler. Bu yüzden tek başına vergi inceleme işlemine karşı dava açılamaz, ama yapılan inceleme işlemine dayalı olarak mükellefe ceza verilmesi durumunda, hazırlık işlemi niteliğinde olan inceleme işleminin de hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilir. Yine vergi inceleme işlemi sıradan bir idari işlemin bütün unsurlarını bünyesinde taşımaktadır. Bu yüzden vergi inceleme işleminin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarından doğan sakatlık veya hukuka aykırılıklar da idari işlemin hukuka aykırılık ve sakatlıkları ile örtüşmektedir. Örneğin vergi dairesinin değil de valiliğin bir memurunun vergi incelemesi yapması *yetki tecavüzüne*, vergi inceleme personelinin bir yakınının rakibini sadece bu yüzden incelemeye alması *yetki saptırmasına*, sebep unsuru ile konu unsuru arasında illiyet bağının olmaması yapılan işlemin hukuka aykırılığına vücut verir.

Beyana dayalı vergi sistemlerinin vazgeçilmez kontrol mekanizmasını simgeleyen vergi inceleme işlemi yerine getiren personel de idarenin memurudur. Statü bakımından idari personel ile vergi denetim personelinin birbirlerinden herhangi bir farkları yoktur. Her ikisi de devletin bürokratıdır.

Vergi inceleme işleminin hukuki mahiyeti itibarıyla bir kolluk faaliyeti olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda zikredilen Anayasa Mahkemesi kararında da (bkz. *supra*) vergi daireleri tarafından kesilen para cezaları (mali) kolluk faaliyeti olarak değerlendirilmiştir. Buna mukabil bu faaliyetin adli kolluktan ziyade idari kolluğun özelliklerini taşıdığı belirtilmelidir. Zira, inceleme memurları idari kolluk personeli gibi idari makamların emri altında faaliyet gösterir, faaliyetlerinde idare hukukuna tabidir ve bu personelin işlemlerine karşı adli yargıda değil idari yargıda dava açılır. Buna karşın, adli kolluk Cumhuriyet Savcısının emri altında bir suçun soruşturulması çerçevesinde faaliyet gösterir ve adli kolluğun faaliyetleri idare hukuku değil ceza hukuku çerçevesinde yerine getirilir. Ayrıca idari personel, birçok alanda faaliyet gösterirken, kurallara aykırı işlemler

yapan kişilere para cezası kesmektedir. Örnek olarak, trafik kurallarına aykırılık, izinsiz yakıt satışı, vergi levhasının olmaması yüzünden işyerlerine verilen para cezaları, zabitanın esnafa kestiği cezalar vs. sayılabilir. Vergi inceleme memurlarının raporlarına göre mükellefin beyanı ile ödediği verginin farklı olması durumunda da vergi idaresi para cezası kesmektedir. Bu işleme karşı da yine idare/vergi mahkemelerinde dava açılmaktadır. Bu bakımdan vergi inceleme işlemi idari kolluk faaliyeti olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN Abdurrahman, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gazi Kitabevi, 9. Baskı, Ankara, 2009.
- BAYKARA Bekir, “Vergi Cezası Kesme İşleminin Hukuki Analizi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Ekim 2004, Sayı 278 (baykaraymm.com-15 Mart 2014) .
- BAYKARA Bekir, “Vergi Tarh İşleminin Hukuki Analizi”, *Yaklaşım Dergisi*, Şubat 2004, Sayı 134, (baykaraymm.com-15 Mart 2014) .
- Bilici Nurettin, *Vergi Hukuku*, Genel Hükümler, Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayınları, 24. Bası, Ankara, 2010.
- ÇAKIR Hüseyin Melih, *Danıştay Kararları Çerçevesinde Yokluk Teorisi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010 (<http://:academia.edu-15> Mart 2014)) .
- GÖREN Ömer, “Vergi İncelemesi Hukukunda Yenilikler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 3, ss. 416-427.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin yayınları, 14. Baskı, Bursa, 2013.
- GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, *In Ozan Ergül, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt 1 ve 2, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, 2011.
- KIZILOT Şükrü, ŞENYÜZ Doğan, TAŞ Metin, DÖNMEZ Recai, *Vergi Hukuku*, Yaklaşım Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2008.
- NAS Adil, “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2012, Cilt 61, Sayı 4, ss. 1307-1335.
- OKTAR Ateş, *Vergi Hukuku*, Türkmen Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 2009.
- ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet, ÇAĞAN Nami, *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2010.
- ÖZAY İl Han, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- ÖZKER A. Niyazi, “Vergi Denetiminde Fonksiyonel Yapı ve Denetime Özgü Beklentiler”, *Akdeniz İİBF Dergisi*, Sayı 4, 2002 .
- SABAN Nihal, *Vergi Hukuku*, Beta yayınevi, 4. Baskı, İstanbul, 2006.

ŞEKER Nezh, *Hukuksal Yapısıyla Vergi İncelemesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.

TORUNOĞLU Tahsin, *Vergi İncelemesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2010 (Ulusal Tez Merkezi: tez.yok.gov.tr 15 Mart 2014) .

Servet Uçkan, *Türkiye’de Vergi İncelemesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010 (Ulusal Tez Merkezi: tez.yok.gov.tr – 15 Mart 2014) .

YERLİKAYA Gökhan Kürşat, “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi Yetkisi Kavramı ve 3568 Sayılı Kanun İle İlişkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2011, Cilt XV, Sayı 1-2, ss. 1-24.

Anayasa Mahkemesi, 15.10. 1991, 29/137, *AYMKD*, C.27/93-2 (<http://kazancı.com> - 28 Şubat 2014) .

Danıştay 4. Dairesinin kararı, E. 2006/4226, K. 2007/224, T. 6.2.2007 (<http://uyap.gov.tr>-15 Mart 2014) .

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı, E. 2010/707, K. 2012/618, T. 26.12.2012 (<http://uyap.gov.tr>-15 Mart 2014) .

<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2885545&Language=F&Mode=1&Parl=39&Ses=1> (27 Şubat 2014) .

<http://www.haberdar.com/kendisini-vergi-memuru-olarak-tanitan-dolandirici-yakalandi-259935-haberi> (15 Mart 2014) .

İRAN VE DENİZ HUKUKU: GÜNCEL TARTIŞMALAR¹

*Saeed BAGHERI**

Özet

İran'ın Basra Körfezi'nin kıyısında yer alması açısından stratejik olarak İran'ın konumunu önemli hale getirmiştir. Fakat bir kıyı devleti olmasına rağmen, İran deniz hukukuna ilişkin 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne taraf değildir. Bu da İran'ın gündemindeki önemli ve kritik konulardan biri olarak tartışma konusu oluşturmaktadır.

Basra Körfezi'ne kıyısı olan bir diğer devlet ise Birleşik Arap Emirlikleri'dir (BAE). Kıyıları karşı karşıya olan İran ve BAE'nin ülkeleri arasında yer alan üç önemli ada üzerindeki egemenlik konusu iki taraf arasında yıllardır devam eden anlaşmazlıklara neden olmuştur.

Bu çalışmanın amacı, bir kıyı devleti olan İran'ın 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ni onaylamamasının nedenleri incelemek ve daha spesifik olarak İran ve BAE arasındaki ada anlaşmazlığı konusunu ele almaktır.

Anahtar Sözcükler: *Deniz hukuku, uluslararası hukuk, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İran, Uluslararası Adalet Divanı, Birleşik Arap Emirlikleri (BAE).*

Abstract

Iran is located on the shores of the Persian Gulf and this issue has made the strategic position of Iran important. But despite being a coastal state, Iran is not a party of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea. This is an important and critical issue on the agenda of Iran as one of the discussion topics constitutes.

¹ Bu çalışma TÜBİTAK tarafından "2215" no'lu program kapsamında desteklenmektedir. Desteklerinden dolayı TÜBİTAK'a teşekkür ederim.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Milletlerarası Hukuk Doktora Öğrencisi

One of the other Persian Gulf coast states is United Arab Emirates. The issue of the sovereignty on the three major islands located between Iran and UAE has led to ongoing disputes for many years.

The purpose of this study is to examine the reasons for disapproval of 1982 UN Convention on the Law of the Sea by Iran as a coastal state and more specifically the island disputes between Iran and the UAE in order to address the issue.

Key Words: *Law of the Sea, international law, 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Iran, International Court of Justice, United Arab Emirates (UAE).*

GİRİŞ

İran 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ni² ("BMDHS") imzalamış ama onaylanmamıştır. Bu nedenle Sözleşme'den doğan hiçbir hak ve yükümlülüğe sahip değildir.³ Aslında İran birçok uluslararası sözleşmeye taraf değildir, ancak İran için 1982 Sözleşmesi diğer sözleşmelere göre hem hukuki-siyasi hem de askerî ve iktisadi açıdan önem arz etmektedir. Bu da Basra Körfezi ve Hazar Denizi'ne kıyısı olan devletlerden biri olarak stratejik bir noktada konuma sahip olduğundan kaynaklanır.

Uluslararası sözleşmelerin devletler tarafından onaylanması öncelikle onların çıkarları açısından önemlidir. Bir başka ifadeyle, devletler bir sözleşmeyi onaylamadan önce bu bahse konu sözleşme çerçevesinde kendi menfaatleri ve özellikle milli güvenliğini göz önünde bulundurarak sözleşme hükümlerini değerlendirirler.

Savaş gemilerinin karasularından zararsız geçişi ve gemilerin uluslararası boğazlardan transit geçişi 1982 Sözleşmesi'nin İran tarafından onaylanmasına engel oluşturan en önemli faktörler olarak sayılabilir. Aslında

² Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı çalışmaları neticesinde 10.12.1982 tarihinde imzaya açılan, 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe giren ve başlığını Türkçe'ye yukarıdaki gibi çevirebileceğimiz Sözleşme (*United Nations Convention on the Law of the Sea*, Montego Bay, 10.12.1982 / *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, Montego Bay, 10.12.1982) İngilizce metni için bkz. United Nations, **Treaty Series**, Volume 1834, New York, 1998, s. 4f, erişim için bkz. [http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/ Volume 1834/v1834.pdf](http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201834/v1834.pdf). [12.09.2013].

³ Bu konuyla ilgili olarak bkz. Luke T. LEE, "The Law of the Sea Convention Third States", **American Journal of International Law**, Vol. 77, No. 3, 1983, ss. 451-568.

bahsi geçen iki faktör İran'ın güvenliği ve milli çıkarları açısından önem taşımaktadır. Hürmüz Boğazı'nın İran'ın karasularında yer alması İran'ın konumunu daha da önemli hale getirerek kıyı devleti olarak milli güvenliği her zaman diğer devletler tarafından ihlal edilebilecek durumdadır.

Buradan yola çıkarak çalışmanın birinci bölümünde İran'ın ileri sürdüğü bu iki faktör detaylı şekilde ele alınacaktır.

Basra Körfezi kıyılarında karşı karşıya olan İran ve BAE arasında yer alan Abu Musa, Küçük ve Büyük Tunb Adaları'nın egemenliği konusu da İran'ın gündeminde olan deniz hukuku konularından biridir. İki devlet arasındaki anlaşmazlıklara neden olan adaların kime ait olduğu konusu 1974'ten bugüne kadar devam etmektedir. Uluslararası hukuk çerçevesinde söz konusu anlaşmazlığın halen çözüme ulaşmaması tartışılmalıdır. Çalışmamızın ikinci bölümünde konuyu öncelikle tarihsel açıdan değerlendiren anlaşmazlığın ortaya çıkışı ve tarafların egemenlik iddiaları incelenecektir.

Çalışmanın içeriğini oluşturan konuları değerlendirerek sonuç bölümünde uluslararası hukuk çerçevesinde sorunun çözümü için bazı önerilere yer verilecektir.

I. İran'ın 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ni Onaylamamasının Nedenleri

İran, doktrinde ağırlıklı görüşe dayanarak Sözleşme'nin müzakere sürecinin ve nihai Sözleşme metninin geniş kapsamlı bir paket oluşturduğunu ileri sürmüştür. Başka bir ifadeyle, İran, Sözleşme'ye olan bazı devletlerin Sözleşme'deki bazı uygun hükümlerini seçerek sadece seçtikleri hükümlerle yükümlü kalmaları ve yararına olmayan düzenlemelere çekince koymakla hükümsüz hale getirmesinin mümkün olmadığı kanaatindedir. Ayrıca İran temsilcisinin Deniz Hukuku Konferansı'ndaki açıklamasında Sözleşme hükümlerini tamamen kabullenerek gelişmiş devletlerin görüşlerine karşı çıktığını görebiliriz.

BMDHS geliştirmekte olan devletler açısından bir zafer olarak kabul edilirken, halen Sözleşme'ye taraf olmayan gelişmiş devletler özellikle ABD bakımından tam tersi bir anlam ifade etmektedir.⁴ Geliştirmekte olan devletler

⁴ Amerika Birleşik Devletleri Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nda Sözleşmenin deniz yatağıyla ilgili hükümlerine karşı çıkarak Sözleşmeyi imzalamamıştır; Bkz. NORTON

bakımından kazanım olarak kabul edilen, açık deniz kesimlerinin altına isabet eden deniz yatağı ve toprak altının “*İnsanlığın Ortak Mirası*” olduğu ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından insanlığın adil paylaşımı esasına dayalı olarak kullanımına yönelik Sözleşme hükümleri, gelişmiş ülkeler tarafından olumsuz şekilde karşılanmıştır. Gerçi İran temsilcisi de konuşmalarında deniz yatağı ve toprak altının insanlığın ortak mirası olduğunu ifade ederek Sözleşme’nin uluslararası hukuk prensipleri çerçevesinde ve adil bir şekilde uygulanmasını istemiştir; ama Konferansın savaş gemilerinin karasularından zararsız geçişi ve deniz kaynaklarının işletilmesinde sadece gelişmiş devletlerin çıkarlarının dikkate alındığına ilişkin sonuçlarına karşı itirazda bulunmuştur.

İran temsilcisinin Konferansta ifade ettiği itirazlarının Sözleşme’yi onaylamayacak kadar geniş olmadığını görüyoruz. Buna rağmen, Sözleşme’nin onaylanması aşamasında bazı konuları da vurgulamıştır:

1. Deniz Hukuku Sözleşmesi’nde yapılageliş haline gelmeyen mevcut uluslararası hukuk kuralları sadece Sözleşme’ye taraf olan devletleri kapsamaktadır. Örneğin boğazlardan transit geçiş hakkı, münhasır ekonomik bölge ve deniz yatağının insanlığın ortak mirası olarak tanınması.⁵

2. İran’a göre, Sözleşme’nin 21. maddesi (sahildar devletin zararsız geçişe ilişkin kanun ve kuralları) çerçevesinde iç hukukta karasularından zararsız geçiş hakkının kabul edilmesi, kıyı devletinin karasuları üzerindeki hâkimiyetini ortadan kaldırmamaktadır. Bu yüzden savaş gemileri kıyı devletinin izni ile karasularından geçebilirler.

3. İnsanların oturmasına elverişli olan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunan adalar 121. madde kapsamına girmektedir.⁶ Bu yüzden söz konusu adaların da deniz bölgelerine sahip olduğu kabul edilebilir.⁷

MOORE, John, “United States Adherence to the Law of the Sea Convention a Compelling National Interest”, **Prepared Testimony Before the House Committee on International Relations**, May 12, 2004, erişim için bkz. <<http://www.virginia.edu/colp/pdf/house-testimony.pdf>>. [14.09.2013].

⁵ UN Doc. A/CONF. 62/PV. 191 at 32 (1983); Bkz. United Nations, *Office of the Special Representative of the Secretary General for the Law of the Sea, Law of the Sea Bulletin*, No. 1, December 1983, s. 17.

⁶ Sözleşme’nin 121. maddesine göre “1- Bir ada, sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş bir kara parçasıdır; 2. ve 3. paragraf hükümleri saklı kalmak üzere, bir adanın karasularının, bitişik bölgesinin, münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının sınırlandırılması, işbu Sözleşmenin diğer kara parçalarına uygulanabilir hükümlerine uygun olarak yapılır; 3- İnsanların oturmasına elverişli”

İran, Deniz Hukuku Konferanslarına katılarak 1982 Sözleşmesi'nin hükümlerini bazı açılardan eleştirmiş ve sonuç itibariyle eleştirdiği konular açısından Sözleşme'yi halen onaylamamıştır. İran'ın eleştirdiği en önemli hükümler “savaş gemilerinin karasularından zararsız geçişi” ve “uluslararası boğazlardan transit geçiş hakkı” hususudur.

A. Savaş Gemilerinin Karasularından Zararsız Geçişi (İran ile ABD'nin Karşılaşması)

Aralık 2006'da ABD'nin üç savaş gemisinin Basra Körfezi'nde tereddüt etmesi iki devlet arasında çatışmalara neden olmuştur. ABD'ye göre İran'ın askerî güçleri söz konusu gemileri patlatmakla tehdit etmişlerdir.⁸ Ancak İran yönetimi sadece ABD gemilerinin savaş gemisi olduğu için kontrol etmek istediği iddiasında bulunmuştur. Bu konuda, 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi 17. maddesinde kıyısı bulunsun veya bulunmasın, bütün devletlerin gemilerine karasularından zararsız geçiş hakkı tanımaktadır.

Zararsız geçiş hakkı, bir devletin karasularından yabancı devletlerin gemilerinin geçiş hakkı, iki karşıt çıkarın bağdaştırılmasını gerektiren bir haktır. Uluslararası hukuk, bir yandan geçiş hakkı tanımak suretiyle deniz ulaştırmasının olabildiğince serbestçe gerçekleştirilebilmesini sağlamaya çalışarak yabancı devletlerin çıkarlarını korurken, öte yandan da, bu geçişin kıyı devletine zarar vermemesini sağlamaya çaba göstererek ilgili kıyı devletinin çıkarlarını gözetmek zorundadır.⁹

Ancak bu hakkın savaş gemilerini de içerip içermediğinde şüpheler sürmektedir. Buna göre savaş gemilerinin karasularından geçişi bir hak olduğu veya kıyı devletinin hoşgörüsüne dayandığı meselesi uygulanan uluslararası hukukta bugüne kadar kesin bir çözüme bağlanmış değildir.

rişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıkların münhasır ekonomik bölgeleri veya kıta sahanlıkları olmayacaktır”.

⁶ Robin CHURCHILL & Alan V. LOWE, *The Law of the Sea*, Second ed., Manchester: Manchester University Press, 1988, s. 135.

⁸ Robert FANTINA, “An Ominous Non-Event: The Gulf of Tonkin and the Strait of Hormuz”, *Global Research*, 09 January 2008, erişim için bkz. <http://www.globalresearch.ca/an-ominous-non-event-the-gulf-of-tonkin-and-the-strait-of-hormuz/7760>. [15/09/2013].

⁹ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 320.

1982 Sözleşmesi uyarınca, savaş gemileri bir devletin silahlı kuvvetlerine ait olan, onu diğer gemilerden ayıran dış işaretler taşıyan, hükümet tarafından usulüne uygun şekilde yetkilendirilen ve ismi hizmet listesinde görülen bir subayın komutasında olan silahlı kuvvetlerin düzenli disiplini altındaki bir mürettebatla donatılan gemilerdir.¹⁰

İran Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda (1956) kıyı devletinin güvenlik menfaatlerine değinerek zararsız geçiş hakkına itiraz ederek muhalefeti bildirmiştir. Ayrıca İran, 1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri'ni¹¹ imzalamasına rağmen, özellikle 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nde tüm uluslararası boğazlardan geçiş rejiminin zararsız geçiş olarak tanınması için bu sözleşmeleri onaylamamıştır.¹²

1979'dan itibaren İran ile ABD'nin yüz yüze gelmesi askerî bir çatışma haline gelmese de her zaman iki devlet arasında böyle bir çatışmanın ortaya çıkması pek muhtemelmiş gibi görünmektedir. Bu yüzden İran, ABD gemilerinin kendi karasularında ve hatta Basra Körfezi ve Umman denizinde bulunmasını İran'ın güvenliğine karşı bir tehdit olarak görmektedir.

İran'a göre, ABD'nin 1982 Sözleşmesi'ne taraf olmaması ve Sözleşme'nin 17. maddesinin bu konuda kesin bir çözümü olmadığı için ABD'nin savaş gemileri sürekli İran'ın karasularından geçerek güvenliğini tehdit et-

¹⁰ Bu gemiler iki grupta toplanabilir: Birinci grupta asli anlamda savaş gemileri söz konusudur. Bunlar doğrudan doğruya savaş ve ülke savunmasına katılan gemilerdir. Bu gemiler, düşman filosunu tahrip, kıyıları, şehirleri bombardıman edecek güce sahiptirler. Su yüzünde seyredabilen bütün kruvazör, fırkateyn, uçak gemileri ve denizaltıları bu gruba dahildir. İkinci grup gemiler, deniz savaş filosunun hizmetine tahsis edilmiş gemilerdir. Bu gemiler doğrudan doğruya savaşa katılmazlar; savaş gemilerine yardım ederler. Asker, cephaneye, ilaç, yiyecek vs. taşırlar. Bu gemiler, yardımcı savaş gemileridir. Bkz. Selami KURAN, *Uluslararası Deniz Hukuku*, İstanbul: Türkmen yayınevi, 2009, s. 230.

¹⁰ 1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri dört sözleşmeden oluşuyordu. Açık Deniz Sözleşmesi 1962'de, Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi ile Kıta Sahaneliği Sözleşmesi 1964'te ve Balıkçılık Sözleşmesi de 1966'da yürürlüğe girmiştir. Bkz. *Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone 1958*, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 10 September 1964, United Nations, **Treaty Series**, Vol. 516, s. 205; *Convention on the High Seas 1958*, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 30 September 1962, United Nations, **Treaty Series**, Vol. 450, s. 11, s. 82; *Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas 1958*, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 20 March 1966, United Nations, **Treaty Series**, Vol. 559, s. 285; *Convention on the Continental Shelf 1958*, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 10 June 1964, United Nations, **Treaty Series**, Vol. 499, s. 311, erişim için bkz. http://legal.un.org/ilc/texts/8_1.htm. [17.09.2013].

¹² United Nations Legislative Series (UNLS), *National Legislation and Treaties Relating to the Law of the Sea* (ST/LEG/SER. B/L6), 1974, s. 18.

mektedir.¹³ Bu yüzden İran Sözleşme'nin 21. maddesi çerçevesinde kendi düzenlemelerine dayanarak bu tür gemilerin karasularından geçişlerini ön bildirimde bulunma koşuluna bağlamıştır.¹⁴

Dolayısıyla, 1958-1982 yılları arasında ön bildirim ya da ön izin koşulunu savunan devletlerin artmasıyla, bugün İran, "*İran ve Umman Deniz Alanları Kanunu (1993)*"¹⁵ çerçevesinde savaş gemilerinin karasularından zararsız geçişini sadece ön bildirim ya da ön izin almaları suretiyle uygulamaktadır.¹⁶

Doktrinde, zararsız geçişle ilgili olarak, gerek 1958, gerekse 1982 Sözleşme'sinin "*bütün gemilere uygulanacak kurallar*" başlığı altında yer alan genel nitelikteki düzenlemelerinde "Ticari Gemiler" ile "Savaş Gemileri" arasında bir ayırım yapılmaksızın genel ilkeler öngördükleri hususu gerekçe gösterilerek, zararsız geçişin, savaş gemilerine de bir hak olarak tanıdığı görüşü iddia edilmektedir.¹⁷ Ama Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nda bazı devletlerin bildirim ya da izin koşulu ile karasularından geçmelerini öngören önerilerinin 1982 Sözleşmesi'nde açıkça yer almadığı görülmektedir. Fakat bu, savaş gemileri için izin ya da bildirim koşulunu öngören devletlerin görüşlerinden vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. Zira ilgili devletler Konferans başkanının isteği üzerine önerilerinin oylamaya konulmamasını kabul ederken, kıyı devletinin güvenlik amaçlı yetkilerini kullanabileceğini - dolayısıyla gerekirse bildirim ya da izin koşulu koyabileceğini - öngören haklarından vazgeçmediklerini Konferans başkanının açıklamasını istemişler ve bunu elde etmişlerdir.

Sözleşme'nin hükmüne göre, kıyı devleti karasularından zararsız geçiş yapan savaş gemileri açısından geçişe ilişkin kanun ve düzenlemeler yapabilecektir. Yalnız yapacağı bu kanun ve düzenlemeler Sözleşme'nin 21. mad-

¹³ Mohammad SOTOUDEH, "Iran's Foreign Policy and the Structure of International System", *Iranian Journal of Political Science*, No. 16, 2002, s. 173.

¹⁴ 1959'dan itibaren İran, karasularının genişliğini 12 mile çıkarmıştır. İran'ın taraf olmadığı 1982 tarihli BMDHS'nin "Karasuları Genişliği" başlığını taşıyan üçüncü maddesinde, "Her ülke karasuları genişliğinin işbu Sözleşmeye uygun olarak belirlenen esas çizgilerden başlayarak 12 deniz milini geçmeyecek bir sınıra kadar saptamak hakkına sahiptir" şeklinde ifade edilmektedir.

¹⁵ *Act on the Marine Areas of the Islamic Republic of Iran in the Persian Gulf and the Oman Sea of 2 May 1993*, erişim için bkz. <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/IRN.htm>. [17/09/2013].

¹⁶ CHURCHILL & V. LOWE, s. 74.

¹⁷ Aydoğan ÖZMAN, *Deniz Hukuku*, 1. Kitap, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 320.

desinde belirtilen faaliyetlere ilişkin olacaktır. Bununla birlikte kıyı devletinin 21. madde kapsamında yaptığı kanun ve düzenlemeler zararsız geçiş hakkını ortadan kaldıracak hükümler içermemelidir.¹⁸

Ayrıca BMDHS kabul edildikten sonra, Danimarka, Mısır, Malta, Libya, Endonezya, Hindistan, Güney Kore, Hırvatistan'ın savaş gemilerinden ön bildirimde bulunmalarını istediği. Umman, Çin, Polonya, Yemen, Filipinler, Pakistan, İran, Arnavutluk ve Cezayir gibi devletlerin ise karasularından geçen savaş gemilerin ön izin almaları konusunda iç hukuk düzenlemeleri yaptıkları görülmektedir. Uygulamada bile birçok devletin savaş gemilerinin geçişlerine ilişkin ön izin ve bildirme şartının bulunması yönünde talepleri olduğunu görebiliriz.

Dolayısıyla 1982 Sözleşmesi'nde izin ve ihbar koşulu aranmamış, zararsız geçiş hakkı Sözleşme'nin bütün gemilere uygulanacak kuralı başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak zararsız geçiş hakkının bu başlık altında düzenlenmiş olması savaş gemileri açısından ayrı bir değerlendirme yapılamayacağı anlamına gelmemelidir.

Uygulanan uluslararası hukukta savaş gemilerinin karasularından zararsız geçiş hakkına sahip olup olmadıkları veya o hakka sahip olmaları halinde önceden izin alma veya ihbarda bulunma şartına tabi tutulup tutulmayacakları devletler arasında en çok tartışılan deniz hukuku konularından birisi olmuştur. Bugüne kadar kabul edilen uluslararası sözleşmelerde ticaret gemilerinin herhangi bir tanımı yapılmazken tüm Sözleşme metinlerinde savaş gemilerinin açık bir tanımına rastlanmaktadır. Bunun nedeni, savaş gemilerine ayrı bir önem verilmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁹

Sonuç itibarıyla, bugün yaklaşık 38 devlet savaş gemileri için izin ya da ön bildirim koşulunu uygulamaktadır. Dolayısıyla, karasularından zararsız geçişin savaş gemileri için de bir hak oluşturması henüz evrensel bir örf ve âdet kuralı niteliği kazanmış değildir.²⁰

Her halükarda İran'ın savaş gemilerinin karasularından zararsız geçişini kendi düzenlemeleri çerçevesinde ön izin ya da ön bildirim koşuluna

¹⁸ F. Hakan BAYKAL, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, İstanbul: Alfa Basın Yayım Dağıtım, 1998, s. 315.

¹⁹ BAYKAL, s. 291.

²⁰ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2001, s. 265; Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Başkanı Konuşması için; Bkz. Meeting of December 10, 1982, UN Doc. A/CONF. 62/PV. 193, at 23-25 (1983).

bağlamış olsa da bu koşulun savaş gemilerine uygulanmasının Sözleşme’de yer almamasına itiraz etmiştir.

B. Uluslararası Boğazlardan Transit Geçiş Hakkı

Boğazlardan geçiş hakkı 19. yüzyılın başlarından itibaren karasuları genişliğinin on iki deniz miline ulaşmasıyla birlikte uluslararası hukukun önemli konuları arasında yer almaya başlamıştır.²¹ Günümüz itibariyle boğazlara kıyısı olan devletlerin güvenlik menfaatlerini koruyacak uluslararası düzenlemelerin yapılmadığını söyleyebiliriz. Uluslararası boğazlardan geçiş sadece bir rejime veya Sözleşme’ye tâbi değildir. Hatta 1982 Sözleşmesi’nde farklı özellikleri taşıyan boğazlar, farklı rejimlere tâbi tutulmuşlardır.

Dünya denizlerinde iki yüzden fazla boğaz bulunmaktadır. Bazı boğazlar, kıyı devletinin deniz ve okyanuslara açılması için tek veya en elverişli ulaşım yolunu oluştururlar. Denizlere okyanusları çoğunlukla boğazlar birbirine bağlar. Bu boğazlardan biri de Hürmüz Boğazı’dır. Basra Körfezi’ne kıyısı olan ülkelerin açık denizlere ulaşabilmeleri için tek çıkar yol Hürmüz Boğazı’dır. Söz konusu boğaz 193 km uzunluğunda, 54 km (29 mil) genişliğinde (en dar yeri 34 km genişliğinde (18 mil)) ve 70 –100 metre derinliğindedir. Bu boğaz Hint Okyanusu ve Umman Denizi’ni Basra Körfezi’nin münhasır ekonomik bölgesine bağlamaktadır. Şüphesiz Hürmüz Boğazı bu nitelikleriyle 1982 Sözleşmesi’ndeki uluslararası boğazlar tanımı kapsamında yer almaktadır.²² Boğazın seyrüsefer rotaları İran ve Umman karasuları olarak her iki devletin egemenlik yetkisi altındadır.²³ Tanker trafiği ve de-

21 Boğazlardan geçiş hakkının ehemmiyetini ilk kez 17. yüzyılda uluslararası hukukçular vurgulamışlardır. Bazı hukukçular boğazların yasal konumu konusunu açık deniz serbestisi ilkesinin bir parçası olarak değerlendirmişlerdir. *Brüel’e* göre, bu konu *Grotius* ve *Selden* tarafından ortaya konulmuştur. Bir başka ifadeyle, *Grotius Mare Liberum* eserinde boğazlardan geçiş hakkını tanımlamıştır; ancak *Selden Mare Clausum* eserinde bu hakkın varlığını kabul etmemiştir. *Pufendorf* ise *Grotius’a* karşı olarak boğazlara kıyısı olan devletlerin toprak bütünlüğünü korumak için söz konusu boğazlara hakimiyetleri olduğunu savunmaktadır.” Bkz. Kheng LIAN KOH, *Straits in International Navigation: Contemporary Issues*, New York: Ocena Publications, 1982, s. 12.

22 Morteza NAJAFI, *Statute of the Strait of Hormoz in the Framework of International law*, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance (Iran) Press, 1991, s.12.

23 S. H. AMIN, “The Regime of International Straits: Legal Implications for The Strait of Hormuz”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 12, No. 3, 1981, s. 392; Körfez, özellikle Hürmüz Boğazı genelde her zaman uluslararası seyrüsefere ve diğer devletlerin gemilerinin açık denize ulaşmasına açık olan bir deniz alanı olarak tanınmıştır. Son zamanlarda Boğazın İran ve Umman karasuları içinde yer alarak iki devletin tam yetkisi altında olduğu iddiaları öne sürülmüştür. Bu iddia Boğaza kıyısı olan iki devletin güvenliği açısından önem arz etmektedir. Ne var ki, uluslararası toplumun menfaatleri (boğaz-

nizcilik rotalarının geçiş noktası olan Hürmüz Boğazı Umman Denizi ile Basra Körfezi arasındadır. Dünya petrol ticaretinin %40'ı Hürmüz Boğazı'ndan geçmekte olup gemi trafiği Asya'da, özellikle Japonya, Çin ve Hindistan ve batıda Süveyş Kanalı yoluyla Sumed boru hattına gitmektedir.²⁴

Körfez; İran, komşuları ve dünya devletleri için büyük bir stratejik belirsizlik oluşturmaktadır. Bu 600 mil uzunluğundaki su kütlesi, İran'ı Arap yarımadasından ayırır ve dünya petrol taşımacılığındaki önemi açısından en önemli stratejik su yollarından biri olması sebebiyle bütün nazarları üzerine çekmesine sebep olmaktadır.²⁵

Stratejik öneme haiz olan Hürmüz Boğazı, İran-İrak savaşı sırasında İran'ın Boğaz'a mayın döşenmesi ve sonucunda bir Amerikan savaş gemisinin hasar görmesi ile tehlikeye girmiştir. Buna karşılık ABD, "Praying Mantis" adlı operasyonla İran'ın Körfez'deki otoritesine ciddi darbe vurdu. Bu ufak çarpışma İran'ı savaşı bitirmesi için ikna etmiştir.²⁶

İran, 1980 İran-İrak savaşından itibaren ABD'nin askerî güçlerinin sürekli Basra Körfezi'nde bulunması nedeniyle kendi güvenliği açısından

lardan geçiş hakkı) ile bağdaşmayan bir iddiadır. Geleneksel uluslararası hukukta boğazlardan geçiş hakkı açıkça boğaza kıyısı olan devletin güvenliğini tehlikeye düşürmemek şartıyla kabul edilmiştir. İran ve Umman *karasularının genişliğini 12 deniz mili* olarak tespit etmişlerdir. Bkz. Rudiger WOLFRUM, "Reflagging and Escort Operation in the Persian Gulf: An International Law Perspective", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 29, Issue: 2, 1989, s. 359; *Vattel*'e göre "*İki denizi birbirine bağlayan boğazlara kıyısı olan devletler diğer devletlerin gemilerinin kıyı devletinin güvenliğini tehlikeye düşürmemeleri şartıyla zararsız geçişini engelleyemezler.*" Bkz. G. MACDONALD, Charlers, *Iran, Saudi Arabia and the Law of the Sea: Political Interaction and Legal Development in the Persian Gulf*, London: Greenwood Press, 1980, s. 70.

24 Jale NUR ECE, "Kanal İstanbul ve Montrö Sözleşmesi", *Ortadoğu Analiz*, Cilt: 3, Sayı: 29, 2001, s. 16.

25 Anthony H. CORDESMAN, "Iran, Oil, and the Strait of Hormuz", *Center for Strategic and International Studies Arleigh A. Burke Chair in Strategy*, 2007, s. 2, Hürmüz Boğazı'ndan her on beş dakikada bir tanker ve dolayısıyla yılda on dört bin gemi geçmektedir. Bu boğazdan 2006 yılında günde 16,5 milyon varil petrol taşınmış olup 2007 yılında on altı milyon varile düşmüş ve 2008 yılının ilk yarısında tekrar yükselişe geçerek 16,5 – 17 milyon varil petrol taşınmıştır. Söz konusu Boğaz'dan petrol ve sıvılaştırılmış doğal gaz taşıyan gemiler de geçmektedir. Dolayısıyla Hürmüz Boğazı'ndan transit geçişlerin yoğunluğu onun ne kadar önemli bir nokta olduğunu yansıtmaktadır. Bkz H. CORDESMAN, s. 2.

26 İran-İrak savaşı sekiz yıl sürmüştür. 22 Eylül 1980 de başlayan savaş, Güvenlik Konseyi'nin 598 sayılı kararını, 17 Temmuz 1988 de Irak'ın ve 18 Temmuz 1988'de İran'ın kabul etmesi üzerine, 20 Ağustos 1988 de bütün cephelerde ateşkesin yürürlüğe girmesiyle sona ermiştir.

egemenliğinin sürekli tehlikede olduğunu görmekte idi.²⁷ Buna dayanarak, İran'a göre 1982 BMDHS'nin 38. maddesindeki transit geçiş hakkı sadece ticaret gemilerini kapsamaktadır. Bu yüzden devletlerin, özellikle ABD'nin savaş gemileri Hürmüz Boğazı'ndan geçmek için İran'dan izin almak zorundadırlar. Günümüz itibarıyla İran savaş gemilerinin Hürmüz Boğazı'ndan geçişlerini zararsız geçiş olarak kabul etmektedir. İran'a göre karasularında yer alan boğazlar, karasularının bir parçasıdır. Bu yüzden adı geçen boğazlara kıyısı olan devletlerin güvenliğinin dikkate alınması gerekir.²⁸ Ancak, konuyu uygulanan uluslararası hukuk açısından değerlendirecek, 1982 BMDHS 38 (1) maddesi²⁹ genel olarak bütün gemilere ve uçaklara bir engelleme olmaksızın transit geçiş hakkı öngörmektedir. Dolayısıyla savaş gemileri ve uçakları transit geçiş hakkına sahiptir. Aynı maddenin 2. bendine göre, "Transit geçiş"den, işbu kısma uygun olarak yalnızca açık denizin bir parçasından veya münhasır ekonomik bölgeden, açık denizin veya münhasır ekonomik bölgenin diğer bir parçasına boğazdan devamlı ve hızlı bir geçiş amacıyla seyrüsefer ve bu saha üzerinde uçuş serbestisinin kullanılması anlaşılır.

Günümüzde transit geçiş hakkının bir örf ve âdet kuralı oluşturma niteliği tartışmalıdır. Kaldı ki, 22 Ekim 1946 tarihinde Korfu Boğazı'ndan geçen Arnavutluk tarafından döşenen mayınlara çarpan iki Birleşik Krallık destroyeri ile ilgili 9 Nisan 1949 tarihli kararında Uluslararası Adalet Divanı, uluslararası örf ve âdet kuralını tespit eden bir karar verdi. Divan'a göre, "Uluslararası örf ve âdete göre, savaş gemileri barış zamanında iki açık deniz alanı arasında kalan uluslararası ulaşımda kullanılan boğazlardan zararsız olmak şartıyla, ön izin alınmasına gerek kalmadan geçebilir. Kıyı devletinin barış zamanlarında bu geçişi yasaklama hakkı yoktur."³⁰ Dolayısıyla Divan, söz konusu kararında aksine bir andlaşma yoksa, uluslararası boğazlardan

27 Declaration of Understanding of the Islamic Republic of Iran, **Reprinted in Law of the Sea Bulletin No. 5**, at 13 (July 1985), U.N. Doc. C.N. 348. (1983).

28 Mostafa DOLATYAR, *Statute of the International Straits*, Tehran: Ministry of Foreign Affairs (Iran) Press, 1994, s.18.

29 Sözleşmenin 38 (1) maddesine göre "37. maddede öngörülen boğazlarda bütün gemiler ve uçaklar bir engelleme olmaksızın transit geçiş hakkından yararlanırlar; ancak, transit geçiş hakkı bir devletin kıtası ile bu devlete ait bir ada arasında kalan boğazlarda, eğer adanın açık deniz tarafında veya bir münhasır ekonomik bölgede seyrüsefer ve hidrografik özellikler bakımından eşit uygunlukta başka bir yol mevcutsa uygulanmayacaktır.

30 Case Concerning the Corfu Channel (United Kingdom / Albania), Judgment, I.C.J. Reports, 9 April, 1949. s. 28, erişim için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1569.pdf> [20.09.2013].

barış zamanında savaş gemilerin izinsiz zararsız geçiş yapmasının bile bir yapılageliş niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.

Bu açıdan İran'ın durumunu göz önünde bulundurarak bu konuyu üç farklı açıdan incelemek mümkündür:

1. Sözleşme'nin boğazlarla ilgili hükümlerine göre bütün gemiler ve uçaklar bir engelleme olmaksızın transit geçiş hakkından yararlanırlar.

2. Genelde devlet uygulaması boğazlardan, özellikle Hürmüz Boğazı'ndan transit geçiş hakkını uluslararası örf ve âdet hukukunun kuralı olarak ortaya koymaktadır.

3. Eğer boğazlardan transit geçiş hakkı uluslararası örf ve âdet kuralı değilse, karasularının geniş bir şekilde sınırlandırılması mümkün değildir, çünkü her iki hüküm uluslararası deniz hukuku çerçevesinde bir paket oluşturmaktadır. Bu yüzden İran'ın 12 millik karasuları uluslararası hukuk kurallarına aykırıdır. Dolayısıyla, Hürmüz Boğazı İran karasularının değil, açık denizin bir parçası sayılır.³¹

Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında, İsveç ve Finlandiya, savaş gemilerinden karasularına girişlerinden önce ön bildirimde bulunmalarının istenebileceğini, bunun Sözleşme ile bağdaştığını belirtmiştir. Denizci devletler ise ön bildirimden zararsız geçiş hakkına kabul edilemez bir sınırlama getireceğini ifade etmişlerdir. Daha sonra İsveç ve Finlandiya görüşlerini değiştirip, Sözleşme'yi onaylama aşamasında beyanlarını yenilemediler.³² Ancak, günümüzde zorunlu gemi raporlama usulleri ön bildirim konusunda yeni tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Örneğin Toluner, konferansta verilen oylardan savaş gemileri için devletlerin birçoğunun ön bildirimini uygun bulunduğu anlaşıldığını; ancak ön izin için aynı durumun söz konusu olmadığını belirtmektedir. Ayrıca, kıyı devletleri beyanlarında 19. ve 24. maddeler çerçevesinde güvenliklerini korumak için çeşitli tedbirler alabileceklerini ve teklif getirdikleri ön izin ve ön bildirim konusunda haklarını saklı tuttıklarını ısrarla belirtmişlerdir.³³

³¹ WOLFRUM, ss. 396-397.

³² K. HAKAPAA & E. J. MOLENAAR, "Innocent Passage - Past and Present", **Marine Policy**, Vol. 23, No. 2, 1999, s. 138.

³³ Sevin TOLUNER, *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, İstanbul: Beta Yayınları, 1996, s. 129; Churchill ve Lowe, özellikle o dönemlerde yeni bağımsızlığını kazanan devletlerin ön izin ve ön bildirimini desteklediklerini; ancak Sovyetler Birliği'nin kendisini bir askerî güç olarak görmeye başlamasıyla, sorun bir çözüme ulaşmadan Sözleşme metninin oluştuğunu belirtmektedir. Bkz. CHURCHILL & V. LOWE, ss. 75-76.

Genelde birçok yazara göre 1982 Sözleşmesi'nin 39. maddesi ("**transit geçiş sırasında gemilerin ve uçakların yükümlülükleri**") kıyı devletine düzenleme yetkisi tanımadığını³⁴, bazıları da kıyı devletinin bu yetkiye sahip olduğunu söylemektedirler.³⁵

Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Rusya Federasyonu, İngiltere, ABD büyük denizci devletler olarak savaş gemilerinin karasularından geçişlerde ön izin alınmasına ve ön bildirimlerde bulunmalarına sürekli karşı çıkmıştır.

Uygulamada ise, Danimarka, Mısır, Hindistan, Endonezya, Malta, Libya, Güney Kore, Gine, Hırvatistan savaş gemilerinden ön bildirimde bulunmalarını istemektedir. İran ise, Çin, Umman, Pakistan, Polonya, Yemen, Filipinler, Cezayir, Arnavutluk ile birlikte karasularından geçecek savaş gemilerinin ön izin almaları konusunda iç hukuk düzenlemesi yapmıştır.³⁶

İran 1993'ten itibaren söz konusu deniz alanında güvenliğini ve çıkarlarını korusun diye, kendi düzenlemelerini uygulamaktadır. Dolayısıyla savaş gemilerinin bu boğazdan geçişini ön izin veya ön bildirim koşuluna bağlamaktadır.³⁷ Buna rağmen, Sözleşme'nin boğazlardan transit geçiş konusuyla ilgili hükümlerine karşı olarak bu Sözleşme'ye halen taraf olmamıştır.

II. İRAN İLE BİRLEŞİK ARAP EMİRLİKLERİ ARASINDAKİ ANLAŞMAZLIK

İran ile BAE arasında İngiltere'nin bölgeyi terkettiği dönemde imzalanan bir "**Gelirleri Eşit Olarak Paylaşma Andlaşması**" bulunan Abu Musa³⁸ adasında balıkçılık dışında, tek gelir kaynağı petrol dolum tesisleridir. 12 km² büyüklüğünde olan Abu Musa adası Hürmüz Boğazı'nın ortasında ve

34 LIAN KOH, s.156.

35 W. Michael REISMAN, "The Regime of Straits and National Security: An Appraisal of International Law-Making", **American Journal of International Law**, Vol. 74, No. 1, 1982, ss. 69-70.

36 HAKAPAA & MOLENAAR, s. 143.

37 Ronnie A. WAINWRIGHT, "Navigation Through Three Straits in the Middle East: Effects on the United States of Being a Nonparty to the 1982 Convention on the Law of the Sea", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol. 18, Issue: 3, 1986, s. 387.

38 Abu Musa adası İran'ın güneyinde Hürmüzgan Eyaleti'ne bağlı bir ada ve ada içinde şehir, ama aynı zamanda BAE tarafından iddia edilmektedir. Abu Musa, İran'ın güneyinde Körfez'in doğu kısmında ve Hürmüz Boğazı'nın girişinde yer almaktadır. Yüzölçümü 12 km² olan adada bulunan tek yerleşim olan Abu Musa şehrinde 1.868 kişi yaşamaktadır.

her iki kıyıya eşit uzaklıkta bulunmaktadır. İran'dan gönderilen bir vali tarafından yönetilen Abu Musa adasında tüm yollar ve binaların İran yönetimi tarafından yaptırıldığı belirtilmektedir.

A. Anlaşmazlığın Ortaya Çıkışı

Şah zamanından beri İran ve BAE arasında Hürmüz Boğazı yakınlarında tanker geçişlerinde stratejik öneme haiz olan Abu Musa, Küçük ve Büyük Tunb Adaları üzerinde egemenlik anlaşmazlığı mevcuttu. Bu üç ada Şah tarafından, İngilizlerin 1970'lerin başında Basra Körfezi'nden çekilmesi sonrası ele geçirilmiş ve ardından İran kuvvetleri tarafından işgal edilmiştir. 1995'te İran Dışişleri Bakanlığı adalar için "İran'ın ayrılmaz bir parçası olduğunu" iddia etmiştir.

İki taraf arasında anlaşmazlık konusu olan Abu Musa, Küçük ve Büyük Tunb Adaları³⁹, dünyanın en önemli stratejik bölgelerinden olan Basra Körfezi'nin girişinde, Hürmüz Boğazı'nın hemen ağzında yer almaktadır. Zengin petrol rezervlerine sahip olan adalardan Abu Musa adası, ayrıca, zengin demir oksit rezervleriyle de ünlüdür. Tarihsel kökenleri olan uyumsuzluğun ortaya çıkışı ise, bölgede egemen olan İngiltere'nin 1970'lerde bölgeden çekilmesi ile gerçekleşmiştir.⁴⁰

İran, İngiltere'nin tüm itirazlarına rağmen adaların kendisine ait olduğunu sürekli gündeme getirmiştir. Nihayet İngiltere'nin bölgeden çekilmesinden ve Körfez'deki yedi kent devletin birleşerek BAE'yi kurmasından bir gün önce söz konusu adaların üçünü de işgal etmiştir.

³⁹ Büyük ve Küçük Tunb adaları, Körfez'in doğusunda, Hürmüz Boğazı yakınlarında yer alan iki küçük adadır. Birbirlerinden 12 km uzaklıkta, İran'a bağlı Keşm adasına 20 km uzaktadır. Adalar, İran tarafından Hürmüzgan Eyaleti'nin bir parçası olarak yönetilmektedir. Ancak, BAE'ye bağlı Ras el-Kayme Emirliği de adalar üzerinde hak iddia etmektedir. Büyük Tunb adasının yüzölçümü 10.3 kilometrekaredir. Ada kıvıllı toprağıyla tanınmaktadır. Ada üzerindeki nüfus konusunda çeşitli iddialar vardır. Kimi kaynaklara göre adada birkaç yüz kişi yaşarken, bazı kaynaklara göre adada yaşayan yerli nüfus yoktur. İran'a bağlı bir askerî birlik, donanma üssü, balık hali ve kıvıllı toprak madeni bulunduğu bildirilmektedir. Küçük Tunb adasının yüzölçümü ise 2 kilometrekaredir. Adada yerleşim yoktur ancak İran'a bağlı küçük bir havaalanı, liman ve askerî birim vardır. Tunb sözcüğünün Farsça kökenli "tepe" sözcüğünden geldiği sanılmaktadır.

⁴⁰ 1850'lerde İngiltere savaş gemilerini Basra Körfezi'ne göndererek İran'ın güney bölgesindeki limanlarının kontrolünü ele alıp, daha sonra İran'ın güneybatısında Irak sınırında yer alan Hürremşehr şehrini işgal etmiştir. Bu tarihten itibaren İngiltere Körfez bölgesinin kontrolünü ele almıştır.

1971 yılının sonlarında, İngiliz hükümeti güçlerinin Süveyş Kanalı ve Basra Körfezi'nden çekilmesi için duyuruda bulundu ve aynı zamanda Abu Musa Adası'nın bölgenin güvenliği ve barışı açısından önemli ve stratejik konuma sahip olduğunu değerlendiren İran tekrar söz konusu adaların kontrolünü ele aldı.⁴¹

1971'de söz konusu adaların İran tarafından işgal edilmesine kadar yaşanan gelişmelere baktığımızda, her ne kadar İran'ın adaların kendi egemenliğinde olduğuna dair açıklamaları ve bazı girişimleri olsa da, bölgeyi yöneten İngiltere'nin tüm bunlara karşı çıktığını ve adaların Şarcah ve Ras el-Kayme'ye ait olduğunu savunduğunu görmekteyiz.

İran'ın adaların kendisine ait olduğu yönündeki girişimleri devam etmiş ve İran hem Milletler Camiası döneminde hem de Birleşmiş Milletler döneminde bu örgütler nezdinde girişimlerde bulunmayı denemiştir. Özellikle 1949'da BM'de yapılan girişimlerden ve Küçük Tunb adasına İran bayrağı dikilmesinden sonra İngiliz tepkisi sert olmuş ve İran bayrağı, *İngiliz Kraliyet Donanması*'na bağlı birlikler tarafından indirilmiştir.

İran'ın Tunb adalarıyla ilgili bir diğer girişimi ise, özellikle 1930-1935 tarihleri arasında adaların kendisine kiralanması yönündeki istekleri olmuştur. Bu amaçla yapılacak anlaşmada adadaki Ras el-Kayme Şeyhi'nin egemenliğini kabul ettiğine dair bir ifadenin yer alması ve adaların kira süresi sonrasında verileceğinin garanti edileceği önerilerini bile getiren İran'ın bu yaklaşımı kabul görmemiştir.⁴²

Nitekim, 1903'te Abu Musa adasında bir liman yapılmasının gündeme gelmesi üzerine Şarcah'a ait olan adalarda bu durumu gösteren bir bayrak bulunmadığına dikkat çeken İngiltere, egemenliğin kanıtlanması açısından adaya bayrak ya da benzeri bir egemenlik kanıtının dikilmesinin yerinde olacağı açıklanmış ve aynı durumun Büyük Tunb adası için de geçerli olduğunu eklemiştir. Diğer taraftan, Nisan 1904'te İranlı gümrük memurları Abu Musa ve Tunb adalarına çıkarak dikilen Şarcah bayraklarını indirmenin yanı

41 A. T. WILSON, *The Persian Gulf*, Oxford: Clarendon Press, 1928, ss. 1- 6; İran hakimiyeti Bahreyn sorununun çözümünden hemen sonra Abu Musa ve Küçük ve Büyük Tunb adaları üzerindeki iddialarını öne sürmüştür. Bkz. F. Heard BEY, *From Trucial States to United Arab Emirates*, 2nd edition, Longman, 1984, s. 364; Ayrıca bkz., R. S. ZAHLAN, *The Origins of the United Arab Emirates*, London: The Macmillan Press Ltd, 1978, s. 24.

42 Erdem DENK, "Egemenliği Tartışmalı Adalar: (Kardak, Spratly, Senkaku/Diaouyu, Hawar, Abu Musa ve Tunb Örnekleri)", *Mülkiye Dergisi*, Cilt. XXIV, Sayı: 224, 1996, s. 154.

sıra adaya kolluk kuvvetleri yerleştirmiştir. Ancak, İngiltere'nin bölgeden sorumlu Hindistan Valisi'nin de araya girmesi ve adaya Şarcah Şeyhi'ni de taşıyan bir gambotun gönderilmesi sonucunda İran geri adım atmıştır.⁴³ İran geri çekilirken adaların aslında kendisine ait olduğu iddiasında bulunarak, bu yönde kanıt istenmesine rağmen karşı tarafa herhangi bir yanıt vermemiştir. Bu arada İngiltere, 1912'de, Şarcah egemenliğinin teyidi amacıyla Büyük Tunb adasında bir deniz feneri yapılmasını istemiş ve İran'dan gelen itiraza rağmen fener 1913 yılında tamamlanmıştır.

BAE'nin kurulmasından bir gün önce (2 Aralık 1971) Şarcah ile İran arasında Abu Musa ve Küçük ve Büyük Tunb adalarına ilişkin bir "*Gelirleri Eşit Olarak Paylaşma Andlaşması*" imzalanmıştır. Söz konusu Andlaşma esasında Küçük ve Büyük Tunb adaları tamamen İran hâkimiyeti altına girmiş ve Abu Musa adası ikiye bölünerek iki taraf arasında paylaştırılmıştır. Andlaşma 29 Kasım 1971 tarihinde Şarcah hükümdarı tarafından açıklanmıştır. Ayrıca, iki taraf yurttaşlarına da balıkçılık ve petrol konusunda eşit haklar verilmiştir. Ne var ki, İran, iki gün sonra bu Andlaşmayı ihlâl ederek hem işgal gibi bir yönteme başvurmuş hem de bu eylemini Abu Musa adasının diğer yarısıyla sınırlı tutmak bir yana Küçük ve Büyük Tunb adalarını da işgal etmiştir.⁴⁴

İngiltere daha önce İran'ın girişimlerine sert tepki göstermesine rağmen, bölgeden çekildiği bir dönemde yapılan bu işgali engellememiş ve bütün bu gelişmelere sessiz kalmıştır. Bu nedenle, her ne kadar işgallerin hukuka aykırı olduğunu açıklasa da daha önceki gibi daha kararlı ve sonuç getiren girişimlerde bulunmadığı için İngiltere'nin İran'la gizli bir andlaşmaya vardığı, hatta bunun Şarcah-İran andlaşmasında yer alan gizli bir maddeyle desteklendiği ve en azından Abu Musa adasının bu geçiş döneminde İran'a verildiği yönünde yaygın bir kanaat bulunmaktadır.⁴⁵

Bir süre gerginliğe neden olan sorun, İran Devrimi'nin gerçekleşmesinden ve İran-İrak Savaşı'nın çıkmasından sonra gündemden büyük ölçüde düşmüştür. Savaş sona erince tekrar gündeme gelen anlaşmazlık, Abu Musa adasında BAE'nin parasal desteğiyle eğitim, enerji ve sağlık gibi kimilerde hizmet veren yabancıların İran tarafından Mart 1992'de adadan çıkar-

⁴³ Bu konuyla ilgili olarak fazla bilgi almak için bkz. Foreign Office Confidential Records and Correspondence, London, 416/17, Government of India to Mr. Brodrick, enclosure in telegram, April 1909, s. 143.

⁴⁴ Ali A. EL-HAKIM, *The Middle Eastern States and the Law of the Sea*, Manchester: Manchester University press, 1978, s. 127.

⁴⁵ DENK, s. 155.

ması ve adada tam denetiminin sağlanmasıyla gergin anlara sahne olmuştur. Bu arada, yabancı yolcular taşıyan Şarcah'a ait bir geminin Ağustos 1992'de Abu Musa adasına gelmesi ve İran'ın gemidekilerin adaya inmesine izin vermemesiyle tekrar tırmanan gerginlik sonucunda **Körfez İşbirliği Konseyi** ("KİK")⁴⁶ konuyu kendi toplantılarında ele almıştır. Konsey'in konuyu tekrar gündeme alması üzerine egemenlik iddialarını tekrarlayan İran ve BAE'nin 1971 tarihli Andlaşma'ya bağlı kalacaklarını açıklamıştır. Söz konusu Andlaşma sadece Abu Musa adasıyla ilgilidir ve bu adanın iki taraf arasında paylaşılmasını öngörmektedir.⁴⁷ Bütün bunlara rağmen İran adalardaki varlığını giderek artırmış ve kimi silâhlar yerleştirdiği adalardan Abu Musa adasında da Mart 1996'da bir havaalanı inşa etmiştir.

B. Tarafların Egemenlik İddiaları

Genelde Arap Emirliği 1971 tarihli Andlaşma'ya dayanarak söz konusu adalar üzerinde halen hakka sahip olduğu iddialarını ileri sürmektedir. Ancak İran 1971'de iki taraf arasında imzalanan belgenin sadece "Abu Musa adasının İran'a geri verilmesine dair" bir mutabakat zaptı ("*memorandum of understanding*")⁴⁸ olduğu kanaatindedir.

⁴⁶ Türkçe'ye çevirebileceğimiz *Körfez İşbirliği Konseyi* (*Persian Gulf Cooperation Council* (PGCC)) altı Körfez Arap ülkesinden oluşan, ekonomik ve sosyal hedefleri olan bir ekonomik topluluktur. 25 Mayıs 1981 tarihinde kurulan kurul Bahreyn, Kuveyt, Umman, Katar, Suudi Arabistan ve BAE'den oluşmaktadır. Birleşik ekonomik andlaşma 11 Kasım 1981 tarihinde Riyad'da imzalanmıştır. Bu ülkeler "*Gulf Cooperative Countries*" olarak tanımlanır. Kurulun açıklanmış hedefleri: Ekonomi, finans, ticaret, gümrük, turizm, kanun yapma ve yönetim gibi alanlarda benzer düzenlemeler kurmak; Sanayi, madencilik, tarım, su ve hayvancılık dallarında bilimsel ve teknik ilerleme; Bilimsel araştırma merkezleri kurmak; Ticaret ortaklığı geliştirmek; Özel sektörle beraberlik; İnsanları arasındaki beraberliği kuvvetlendirmek; 2010 yılına kadar "Khaleeji" adı verilen ortak para birimi çıkartmak. Bkz. Abdul Khaleq ABDULLA, "The Gulf Cooperation Council: Nature, Origin, and Process" in *Middle East Dilemma: The Politics and Economics of Arab Integration*, ed. Michael C. Hudson, New York: Columbia University Press, 1999, s. 150; Ayrıca bkz. Rohani RAMAZANI, *The Gulf Cooperation Council: Record and Analysis*, Charlottesville, VA: University Press of Virginia, 1988, s. 4.

⁴⁷ DENK, s. 156.

⁴⁸ Memorandum çerçevesinde taraflar aşağıdaki konular üzerinde anlaşmışlardır:

1. İran askerleri Abu Musa adasına yerleşip, bu memoranduma ek haritalardaki alanları kontrol altına alacaklardır.
2. a) İran askerleri tarafından işgal edilen alanlar İran'a ait olup, İran bayrağı dikilecektir; b) Diğer alanlar Şarcah egemenliği altında olacaktır. Şarcah'ın bayrağı kendi polis karargâhında, aynı şekilde İran bayrağı İran'ın askerî karargâhında dalgalanacaktır.

Tartışılan üç ada, özellikle üzerinde tarihi mezarların bulunduğu Abu Musa adası, 1971 yılında İngiltere bölgeden çekildikten sonra İran tarafından işgal edilmiş, İran'ın atadığı vali tarafından yönetilmektedir. İran 1971 tarihli Andlaşmaya dayanarak adaların kendine ait olduğunu iddia etmektedir. Uluslararası hukuk ve *Devletlerin Andlaşmalara Halef Olmalarına İlişkin 1978 Viyana Sözleşmesi* ışığında her bir halef devlet, selef devletin yaptığı andlaşmalarla doğrudan bağlıdır.⁴⁹

Genelde İran Abu Musa adası üzerindeki egemenlik iddialarını üç temel argümana dayandırmaktadır:

1. Abu Musa adası eskiden İran egemenliği altındaydı ancak İngiltere'nin Basra Körfezi'ne girmesinden sonra Şarcah Emirligi'nin egemenliği altına girmiştir;

2. İran stratejik çıkarlarını üç adaya sahip olmakla temin eder ve sadece bu şekilde Körfez bölgesinin güvenliğini koruyabilecektir;

3. İran'ın bir diğer iddiası adaların tarihsel olarak kendisine ait olduğudur ve bunun en önemli kanıtı da 1886'da bölgeyi yöneten İngiliz yetkilisinin İran Şahı Nasreddin Şah'a hediye ettiği ve adaları İran bayrağı renginde gösteren haritadır.⁵⁰

İran'a göre, sorun ABD'nin Arap devletlerini KİK yoluyla İran'a karşı kışkırtmasıdır. Buna göre, bölgede ABD'ye karşı çıkan tek güç olan ve as-

3. Anlaşmalar esasında Abu Musa adası, karasuları ve deniz yatağında bulunan petrol kaynaklarının işletilmesi Buttes "Gas & Oil Company" tarafından yürütülecektir. Söz konusu şirketin işlettiği kaynakların yarısı İran'a, yarısı da Şarcah'a verilecektir.

4. İran ve Şarcah adanın karasuları genişliğini on iki mil olarak kabul ediyorlar.

5. İran ve Şarcah vatandaşları Abu Musa karasularınad eşit balıkçılık hakkına sahiptir.

6. İran ve Şarcah arasında bir mali yardım anlaşması imzalanacaktır; Memorandum metni için bkz. R. SCHOFIELD & P. TOYE, *The lower Gulf island: Abumusa and the Tunbs, The lower Gulf island: Abumusa and the Tunbs*, Arabian Geopolitics 2, Vol. 6, England: Slough, 1993, Nd: 490.

49 1978 Viyana Devletlerin Andlaşmalara Ardıl Olma Sözleşmesi'nin 34. maddesi bir devletin parçalanması sonucu ortaya çıkan iki ya da daha fazla devlet durumunda selef devletin yapmış olduğu andlaşmaların yeni devletler için doğurduğu hukukî sonuçları düzenlemektedir. Buna göre "Selef devletin yapmış olduğu bir anlaşma ülkesinin sadece bir kısmı için geçerli idiyse, yeni durumda da bu anlaşma eski ülkede anlaşmanın geçerli olduğu topraklar halef devletlerden hangisine dâhilse yalnızca onun için geçerli olacaktır."

50 Ahmad JALINUSI & Vahid B. ARAYEE, "The three Islands: (Abu Musa, the Greater & Lesser Tunb Islands) Integral parts of Iran", *Iranian Journal of International Affairs*, Vol. XIX, No. 4, 2007, s. 13; Ayrıca bkz. A. EL-HAKIM, s. 122.

lında bölgeyi dış güçlere karşı koruyan İran, tarihsel olarak sahip olduğu adalara stratejik açıdan da sahip olmak durumundadır.⁵¹ Dolayısıyla, İran tarafı iki devlet arasında hiçbir inandırıcı anlaşmazlığın bulunmadığını ve BAE'nin İran egemenliğindeki üç ada üzerinde iddialarını temelsiz bir iddia olarak değerlendirmektedir.

C. Değerlendirme

1971 yılında İran ve Şarcah arasında imzalanan mutabakat zaptı resmi ve güvenilir bir belgedir. Adaların İran'a dönüşü, İran'ın bu adalar üzerindeki egemenlik konusunda herhangi bir şüphe olmadığı için 1971 tarihli mutabakat zaptına dayanmaktadır. Şarcah emiri (Şeyh Khaled Ebne Mohamad Al Qasemi) ise 29 Kasım 1971'de bir radyo yayınında, İran'la dostane ilişkilerini iyi tutmak ve bölgenin barış ve güvenliğinin korunması amacıyla bu mutabakat zaptını imzalandığını duyurmuştur.⁵²

Uluslararası hukuk kurallarına göre, bir hükümetin geriye dönük olarak kuruluşundan önce imzalanan anlaşmalara karşı iddiada bulunamaz. Başka bir ifadeyle, iki ya da daha çok devletin birleşmesi durumunda, ister yeni bir devlet ortaya çıksın, ister katılma biçiminde birleşme gerçekleşsin, önceki devletlerin yaptığı sınır anlaşmaları ve ülkesel statüyü ilgilendiren anlaşmaların sonraki devleti bağlayacağı, gerek yapılageliş hukukunda gerekse Devletlerin Anlaşmalara Halef Olmalarına İlişkin 1978 Viyana Sözleşmesi'nde⁵³ (madde 11 ve 12) ilke olarak kabul edilmektedir.⁵⁴

Fakat söz konusu adalar tarihsel olarak yüz yıllarca İran'ın egemenliği altında olduğu kesindir. 1700'lü yıllardan itibaren dünyanın çeşitli ülkelerinde çizilen haritalar bunu kanıtlamaktadır.⁵⁵ 1953'te Uluslararası Adalet Divanı "Maş Adacıkları"na ilişkin kararında tartışılan adacıkların Birleşik Krallığa bağlı olduğuna karar vererek, küçük ve neredeyse ıssız adalar üzerinde bir devlet uygulaması varsa, bahsi geçen devlet söz konusu ada üzerin-

⁵¹ DENK, s. 20.

⁵² JALINUSI & BARARI ARAYEE, s. 6.

⁵³ *Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties Done at Vienna on 23 August 1978*, Done at Vienna on 23 August 1978, Entered into force on 6 November 1996, United Nations, **Treaty Series**, Vol. 1946, s. 3, erişim için bkz. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_2_1978.pdf. [22.09.2013].

⁵⁴ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 28.

⁵⁵ JALINUSI & BARARI ARAYEE, ss. 14-15.

de egemenliğe sahiptir.⁵⁶ Bu açıdan İran'ın yıllar önceden Abu Musa ve Tunb Adaları üzerindeki devlet uygulamaları gerçekleştirdiği için BAE'nin bu adalara ilişkin ülkesel iddialarının hiçbir haklı ve hukuka uygun temeli bulunmamaktadır.

Ancak iki taraf arasındaki anlaşmazlık kimi tarihsel veriler gündeme gelse de, esasen stratejik bir sorundur ve bölge içi ve bölge dışı dengeler bakımından önem taşıyan sorun, öte yandan, paradoksal bir şekilde, bölgedeki Arap - Fars ve Şii - Sünni gerginliklerini beslemektedir.⁵⁷ Buna rağmen İran Dışişleri Bakanlığı'nın açıkladığına göre, bu bir hukuki sorun değildir çünkü söz konusu adalar İran'a aittir. Bu yüzden iki taraf söz konusu bir uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'na götürmeden ikili görüşmeler ile çözebilirler.⁵⁸

1996 yılında KİK, İran'ın Abu Musa ve Tunb adaları üzerindeki egemenlik iddialarının "geçersiz" olduğunu ilan ederek anlaşmazlığın Uluslararası Adalet Divanı tarafından çözülmesini istedi. Ayrıca KİK, İran'ı bu sorunun Uluslararası Adalet Divanı tarafından çözülmesi için defalarca ikna etme teşebbüsünde bulundu. İran ise Eylül 2006'da BAE'nin UAD tarafından yapılacak bir arabuluculuk (hakemlik) teklifini reddetmiştir. Aslında İran'ın 1982 BMDHS'ye taraf olmadığı için BAE'nin Sözleşme'nin 287. maddesindeki yargı mekanizmaları esasında söz konusu sorunu UAD'ye götürmesiyle hiçbir şekilde bir çözüm yolu bulamamaktadır. Ayrıca İran UAD'nin zorunlu yargı yetkisini de kabul etmemiştir.

Bazı hukukçulara göre, İran ile BAE arasındaki sorun gerçek anlamda bir sınırlandırma sorunudur. Sınırların açık olarak belli olmadığı bir coğrafyada hangi adanın hangi ülkeye ait olduğunu bilmek mümkün değildir.

⁵⁶ Bkz. *Case Concerning the Minquiers and Ecrehos Case (France / United Kingdom)*, Judgment, I.C.J. Reports, 17 November 1953, para. 66, 67, 72. Erişim için bkz. <http://www.İcj-Cij.Org/Docket/Files/17/2023.Pdf>. [22.09.2013].

⁵⁷ "Abu Musa: Island Dispute Between Iran and the UAE", <http://www1.american.edu/ted/abumusa.htm>. >. [22.09.2013].

⁵⁸ Mansur PURNURI & Mohammad HABIBI, *International Law os the Sea-Convention on the Law os the Sea*, Tehran: Mahd-e Hukuk Press, 2004, s. 169; İran İslam Cumhuriyeti, UAD önünde birçok uyuşmazlığın tarafı olmuştur. Örneğin, 1951-1952'de Anglo - Iranian Oil Co. Davası (İngiltere - İran); 1979-1981'de Tahran'da ABD'nin Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Dava (ABD - İran); 1989'da 3 Temmuz 1988 Hava Olayı Davası (İran - ABD) ve en önemlisi 6 Kasım 1992'de Petrol Platformları Davası (Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports 6 November 2003).

Komşu kıyıdaş devletler arasında deniz hudutlarının sınırlandırılması konusunda genel olarak kabul edilmiş uluslararası hukuk kuralının olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla devletler bu konuyu aralarında anlaşma yolu ile çözebilirler. UAD bu konuya ilişkin anlaşmazlıklarda, hak kazanımı ve sınırlandırma meselelerinin birbirini tamamlayan ama farklı meseleler olduğuna değinmiştir. Divana göre, uygulanacak sınırlandırma kriteri, hem temel kural olan “hakkaniyet ilkelerinin olayın ilgili koşullarına uygulanması yoluyla hakkaniyete uygun sonuca ulaşılması” kuralına sadık olmalıdır hem de hak kazanım esasına uygun olmalıdır.⁵⁹

Divan’a göre, sınırlandırmanın komşu kıyıdaş devletler arasında tek taraflı olarak tespit edilemeyeceğini; tarafların sınırlandırmayı iyi niyetle yapacak görüşmeler sonucunda hakkaniyete uygun bir andlaşmayla gerçekleştirmeleri gerektiğini belirtmektedir.⁶⁰ Bu konuyla ilgili olarak Sözleşme’den doğabilecek sorunların çözülmesi için öngörülen anlaşmazlıkların barışçı yollardan çözülmesi yolları, Sözleşme’nin XV. bölümünde düzenlenmiştir. Sözleşme’nin 279. maddesine göre, taraf devletler aralarındaki bu Sözleşme’den doğan sorunları barışçı yollarla çözecektir. 280. madde, taraflara barışçı yöntemi seçime hakkı tanımıştır. Ancak bu şekilde sorun çözülemezse, tarallardan birisi sorunu XV. Bölümün 2. Kısım’da belirlenen zorunlu yollardan birisine götürebilir.⁶¹ Fakat BMDHS incelendiğinde deniz hudutlarının sınırlandırılması ile bir anakara parçası veya ada/ada grubu üzerinde egemenlik iddiasına bağlı başka bir uyuşmazlığı birlikte içeren karma anlaşmazlıklar, BMDHS’nin zorunlu yargı mekanizmalarının dışında tutulduğunu görebiliriz.

Bu yaklaşıma göre, İran ve BAE kendi aralarındaki uyuşmazlığı, söz konusu adaların özelliklerini göz önünde bulundurarak, Uluslararası Adalet

⁵⁹ Case Concerning the *Continental Shelf* (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports, 3 June 1985, paras. 27, 61, 62. Ayrıca Bkz. Case Concerning the North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports, 20 February 1969. para. 46, erişim için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf>. [24/09/2013].

⁶⁰ Bkz. Case Concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada/United States of America), Judgement, 12 October 1984, General List No. 67, erişim için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6369.pdf>. [24/02/2013].

⁶¹ Bu konuyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi almak için bkz. Funda KESKİN, “1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi’nden Doğan Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 53 Sayı: 1, 1998, s. 186.

Divanı Statüsü'nün 38. maddesi çerçevesinde hakkaniyete uygun bir anlaşmayla hakça bir sonucu gerçekleştirecek yöntemlerle çözebilirler.

Abu Musa ve Tunb adalarına ilişkin bu anlaşmazlık tarihi alanlardaki egemenlik sorunudur. Bugüne kadar hiçbir devlet İran'ın Büyük Tunb, Küçük Tunb ve Abu Musa adaları üzerindeki hakimiyetini inkar etmemiştir. Bu iddiaya kanıt olarak, söz konusu adalar 1904 yılında İran tarafından işgal ve 1971'de yeniden İran'a iade edilmiştir. BAE ise kuruluşundan sadece iki gün sonra adalar üzerinde iddialarda bulunmuştur.

SONUÇ

İran'ın 1982 Sözleşmesi'ne taraf olmaması İran'ın uluslararası hukuka aykırılık oluşturan Hürmüz Boğazı'nda yetki sahip olma iddiaları onu yabancı gemilerin Körfez bölgesinden, özellikle Hürmüz Boğazı'ndan geçişlerini engelleyeceğini öne sürmesine itebilmiştir.

Uygulamada bugün İran'ın da birçok diğer devletler gibi ön izin veya ön bildirim koşulu ile savaş gemilerinin de karasularından zararsız geçişini sağlamaktadır. Kanaatimizce Sözleşme'nin 39. maddesi (transit geçiş sırasında gemilerin ve uçakların yükümlülükleri) dikkate alınırca, boğazlardan transit geçiş hakkının da uygulanması İran için fazla sorun yaratmayacaktır.

Geleneksel uluslararası hukuk kuralları altında boğazlarda seyrüsefer serbestisinin kapsamı Hürmüz Boğazı ve Boğazı oluşturan suların durumuna bağlıdır. Dolayısıyla, Boğazın genişliği kıyı devletinin karasularının iki katıysa, gemilerin söz konusu Boğazdan geçişi hiçbir şekilde engelenemez, çünkü bu sular uluslararası suların bir parçasını oluşturur. Sonuç olarak bu durumdaki boğazlar uluslararası boğazlar niteliğinde olarak bütün gemiler için açık bir bölge niteliğindedir. Ancak seyrüsefere açık boğazın geçiş bölgesi kıyı devletinin iç suları veya karasularında yer almaktaysa; bu durumda geçiş sebestisi kıyı devletinin iç suları veya karasularına ilişkin özel düzenlemeleri çerçevesinde uygulanacaktır.⁶² Bu açıdan İran devleti 1993 tarihli düzenlemesine dayanarak kendi yasaları çerçevesinde gemilerin Hürmüz boğazından geçişini kontrol edebilme hakkına sahiptir. Fakat bu kontrolden kastedilen söz konusu boğazın kapatılmasını değil, kıyı devletinin güvenliği açısından bazı durumlarda geçişlerin geçici olarak askıya alınmasıdır. Başka

⁶² LIAN KOH, s. 22.

bir ifadeyle, İran 1982 Sözleşmesi'ne taraf olmasa da Sözleşme'nin konu ve amacına aykırı olan herhangi bir girişimde bulunamaz.⁶³

İran ile BAE arasındaki anlaşmazlık ise, esasen stratejik bir sorun olsa da bölge içi ve bölge dışı dengeler bakımından önem taşıyan bir sorundur. Sorunun görüşmeler yoluyla hala çözüme ulaşmaması ve İran'ın söz konusu anlaşmazlığın UAD'ye götürülmesine karşı çıkması uluslararası hukuk açısından aşağıdaki gibi sorunların ortaya çıkabileceğini bir şekilde engelleyemeyecektir:

Her iki taraf da dikkat etmelidir ki söz konusu adalarla ilgili alınacak karar ne olursa olsun iki devletin diğer ülkesel anlaşmazlıklarını da ister istemez etkileyecektir. Örneğin, Japonya'nın Kore ve Rusya ile anlaşmazlığı veya Güney Çin Denizi'ndeki ülkesel anlaşmazlıklar.

Sonuç olarak, her iki taraf da uluslararası deniz hukuku rejimine uymak zorundadır. Kanaatimizce egemenliği tartışılan adalara ilişkin anlaşmazlığın çözümü ancak iki tarafın da üzerinde mutabakata vardıkları, meşru hak ve çıkarlarına karşılıklı saygı gösteren bir ortak payda üzerine inşa edildiği takdirde işlevsel ve kalıcı olacaktır.

⁶³ 1969 tarihli *Viyana Sözleşmesi*'nin 18. maddesi uyarınca, "Bir devlet, aşağıdaki hallerde bir anlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmak mecburiyetindedir: A. Onaya, kabule veya tasvibe bağlı olarak anlaşmayı imzaladığı zaman veya anlaşma teşkil eden belgeleri teati (değiş-tokuş) ettiği zaman, anlaşmaya taraf olmak niyetini açıklığa kavuşturmuş oluncaya kadar veya; B. Anlaşma yürürlüğe girinceye kadar veya bu yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla, anlaşmayla bağlanma rızasını açıkladıktan sonra."

KAYNAKÇA**KİTAPLAR**

A. EL-HAKIM, Ali, *The Middle Eastern States and the Law of the Sea*, Manchester: Manchester University press, 1978.

ABDULLA, Abdul Khaleq, “The Gulf Cooperation Council: Nature, Origin, and Process” in *Middle East Dilemma: The Politics and Economics of Arab Integration*, ed. Michael C. Hudson, New York: Columbia University Press, 1999.

BAYKAL, F. Hakan, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, İstanbul: Alfa Basın Yayım Dağıtım, 1998.

BEY, F. Heard, *From Trucial States to United Arab Emirates*, 2nd edition, Longman, 1984.

CHURCHILL, Robin & LOWE, Alan Vaughan, *The Law of the Sea*, Second ed, Manchester: Manchester University Press, 1988.

DOLATYAR, Mostafa, *Statute of the International Straits*, Tehran: Ministry of Foreign Affairs (Iran) Press, 1994.

G. MACDONALD, Charlers, *Iran, Saudi Arabia and the Law of the Sea: Political Interaction and Legal Development in the Persian Gulf*, London: Greenwood Press, 1980.

LIAN KOH, Kheng, *Straits in International Navigation: Contemporary Issues*, London: Oceana Publications, 1982.

NAJAFI, Morteza, *Statute of the Strait of Hormoz in the Framework of International law*, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance (Iran) Press, 1991.

ÖZMAN, Aydoğan (çeviren), *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul: İstanbul Deniz Ticaret Odası Yayınları, 1984.

ÖZMAN, Aydoğan, *Deniz Hukuku*, 1. Kitap, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Kitap, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- PURNURI, Mansur & HABIBI, Mohammad, *International Law os the Sea-Convention on the Law os the Sea*, Tehran: Mahd-e Hukuk Press, 2004.
- RAMAZANI, Rohani, *The Gulf Cooperation Council: Record and Analysis*, Charlottesville, VA: University Press of Virginia, 1988.
- SCHOFIELD, R. & TOYE, P., *The lower Gulf island: Abumusa and the Tunbs*, Arabian Geopolitics 2, Vol. 6, England: Slough, 1993.
- TOLUNER, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi*, İstanbul: Beta Yayınları, 1996.
- WILSON, A. T., *The Persian Gulf*, Oxford: Clarendon Press, 1928.
- ZAHLAN, R. S., *The Origins of the United Arab Emirates*, London: The Macmillan Press Ltd., 1978.

MAKALELER

- AMIN, S. H., “The Regime of International Straits: Legal Implications for the Strait of Hormuz”, **Journal of Maritime Law and Commerce**, Vol. 12, No. 3, 1981, ss. 387-405.
- DENK, Erdem, “Egemenliği Tartışmalı Adalar: (Kardak, Spratly, Senkaku/Diaouyu, Hawar, Abu Musa ve Tunb Örnekleri)”, **Mülkiye Dergisi**, Cilt. XXIV, Sayı: 224, 1996, ss. 137-160.
- FANTINA, Robert , “An Ominous Non-Event: The Gulf of Tonkin and the Strait of Hormuz”, **Global Research**, 09 January 2008, erişim için bkz. <http://www.globalresearch.ca/an-ominous-non-event-the-gulf-of-tonkin-and-the-strait-of-hormuz/7760>. [13/09/2013].
- H. CORDESMAN, Anthony, “Iran, Oil, and the Strait of Hormuz”, **Center for Strategic and International Studies Arleigh A. Burke Chair in Strategy**, 2007, ss. 2-7.
- HAKAPAA, K. & MOLENAAR, E.J., “Innocent Passage - Past and Present”, **Marine Policy**, Vol. 23, No. 2, 1999, ss. 131-145.
- JALINUSI, Ahmad & BARARI ARAYEE, Vahid, “The three Islands: (Abu Musa, the Greater & Lesser Tunb Islands) Integral parts of Iran”, **Iranian Review of International Affairs**, Vol. XIX, No. 4, 2007, ss. 1-23.

LUKE, T. LEE., "The Law of the Sea Convention Third States", **American Journal of International Law**, Vol. 77, No. 3, 1093, ss. 541-568.

KESKİN, Funda, "1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nden Doğan Sorunların Çözülmesinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 53 Sayı: 1, 1998, ss. 186-205.

N. MOORE, John, "United States Adherence to the Law of the Sea Convention a Compelling National Interest", **Prepared Testimony Before the House Committee on International Relations**, May 12, 2004, erişim için bkz. <<http://www.virginia.edu/colp/pdf/house-testimony.pdf>>. [13.09.2013].

NUR ECE, Jale, "Kanal İstanbul ve Montrö Sözleşmesi", **Orta Doğu Analiz**, Cilt: 3, Sayı: 29, 2011, ss. 48-64.

REISMAN, W. Michael, "The Regime of Straits and National Security: An Appraisal of International Law-Making", **American Journal of International Law**, Vol. 74, No. 1, 1982, ss. 48-76.

SOTOUDEH, Mohammad, "Iran's Foreign Policy and the Structure of International System", **Iranian Journal of Political Science**, No. 16, 2002, ss. 161-180.

WAINWRIGHT, Ronnie Ann, "Navigation Through Three Straits in the Middle East: Effects on the United States of Being a Nonparty to the 1982 Convention on the Law of the Sea", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Vol. 18, Issue: 3, 1986, ss. 361-414.

WOLFRUM, Rudiger, "Reflagging and Escort Operation in the Persian Gulf: An International Law Perspective", **Virginia Journal of International Law**, Vol. 29, Issue: 2, 1989, ss. 387-399.

MAHKEME KARARLARI

Case Concerning the *Corfu Channel* (United Kingdom / Albania), Judgment, I.C.J. Reports, 9 April, 1949.

Case Concerning the *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports, 20 February 1969.

Case Concerning *Delimitation of The Maritime Boundary in The Gulf of Maine Area* (Canada/United States of America), Judgement, I.C.J. Reports, 12 October, 1984.

Case Concerning the *Continental Shelf* (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta), , I.C.J. Reports, 3 June 1985.

Case Concerning the Minquiers and Ecrehos (France / United Kingdom), Judgment, I.C.J. Reports, 17 November 1953.

BELGELER

Convention on the High Seas 1958, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 30 September 1962, United Nations, **Treaty Series**, Vol. 450, ss. 11, 82.

Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone 1958, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 10 September 1964, United Nations, **Treaty Series**, Vol. 516, s. 205.

Convention on the Continental Shelf 1958, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 10 June 1964, United Nations, **Treaty Series**, Vol. 499, s. 311.

Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas 1958, Done at Geneva on 29 April 1958. Entered into force on 20 March 1966, United Nations, **Treaty Series**, Vol. 559, s. 285.

Declaration of Understanding of the Islamic Republic of Iran, **Reprinted in Law of the Sea Bulletin No. 5**, at 13 (July 1985), U.N. Doc. C.N. 348. (1983).

Foreign Office Confidential Records and Correspondence, London, 416/17, Government of India to Mr. Brodrick, enclosure in telegram, April 1909.

Meeting of December 10, 1982, UN Doc. A/CONF. 62/PV. 193, at 23-25 (1983).

UN Doc. A/CONF. 62/PV. 191 at 32 (1983); Bkz. United Nations, *Office of the Special Representative of the Secretary General for the Law of the Sea*, *Law of the Sea Bulletin*, No. 1, December 1983.

United Nations Legislative Series (UNLS), *National Legislation and Treaties Relating to the Law of the Sea* (ST/LEG/SER. B/L6), 1974.

Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties Done at Vienna on 23 August 1978, Done at Vienna on 23 August 1978, Entered into force on 6 November 1996, United Nations, Treaty Series, Vol. 1946, s. 3.

Özel Hukuk

6098 SAYILI BORÇLAR KANUNU M.58'E GÖRE MANEVÎ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE, 818 SAYILI BORÇLAR KANUNU M. 49/II'NİN KALDIRILMASININ ETKİSİ

*Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARAT**

ÖZET

6098 sayılı Borçlar Kanunu, 818 sayılı BK.m.49/II'de düzenlenmiş olan “Hâkim manevî tazminatın miktarını tayin ederken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alır” hükmünü kaldırmıştır. 6098 sayılı kanununun manevî tazminatı düzenleyen 58. maddesinde artık söz konusu hüküm yer almamaktadır. Manevî tazminatın miktarının belirlenmesinde önemli bir dayanak teşkil eden ve bu konudaki mahkeme kararlarında sıkça başvurulan bu hükmün kaldırılmasının nasıl sonuçlar doğuracağı doktrinde tartışılmaktadır. Hâkimler manevî tazminata hükmederken yine tarafların, sıfatını, işgal ettiği makamı, sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate almaya devam mı edeceklerdir yoksa hükmün kaldırılması doğrultusunda yeni bir yaklaşım mı sergileyeceklerdir? Elbette sorunun cevabı uygulama ile ortaya çıkacaktır, ancak makalemizde bu ihtimaller çerçevesinde bir değerlendirilme yapılmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Manevî tazminat, manevî zarar, tarafların sıfatı, tarafların sosyal ve ekonomik durumları

ABSTRACT

Turkish Code of Obligations No. 6098 has removed the provision arranged in the Article 49/II in Code of Obligations No. 818. In the Article 58 of Code of Obligations No 6098 regulating non-pecuniary damage, there are no provisions about this item and it's no longer the case. The consequences of removal of this provision which constitutes an important basis determining the amount of the compensation and is frequently referred to in the court's decision on this issue is discussed in the doctrine. While ruling in non-pecuniary damage, do the judges continue to consider the title of people, the authority they occupy or their economic condition or are they going to

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

show a new approach in line with the removal of the provision? Of course, the answer will emerge with the application, but our article has evaluated these possibilities that have been studied within the frame.

KEY WORDS: non-pecuniary damages, immaterial damages, title of parties, social and economic conditions of parties

I. GİRİŞ

Özel olarak manevî tazminatın düzenlendiği haller dışında genel manada kişilik haklarının ihlali halinde uygulama alanı bulan hüküm TBK. m. 58'dir. TBK. m. 58'in 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı m. 49'dur. 818 sayılı Borçlar Kanunda yer alan, manevî tazminatın belirlenmesine ilişkin BK. m. 49/II hükmü, 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununda yer almamaktadır. Çalışmanın konusunu BK. 49/II ve bu hükmün TBK. m. 58'e alınmamasının sonuçları teşkil etmektedir. Bu çerçevede hâkimin manevî tazminatı nasıl belirleyeceği değerlendirilmektedir. Bu sebeple para dışındaki tazminat ifası incelenmemiştir. Aynı şekilde manevî tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulacak davanın genel şartları (zarar, hukuka aykırılık, kusur, illiyet bağı) ve diğer hususlar (somut olayın özellikleri gibi) çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

II. MANEVİ ZARAR

1. Genel Olarak

6098 sayılı TBK. m. 58, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören kişinin, uğradığı manevî zarara karşılık talep edebileceği manevî tazminattan söz etmektedir¹. Gerçi Art. 47 OR ve Art. 49 OR'de manevî zarar ifadesi yer almasa da, manevî tazminatın, manevî, ruhsal bir acıya dayanması ile manevî zararın varlığına dolaylı olarak bağlandığı kabul edilebilir². O halde manevî zararın ne olduğunun açıklanması gerekir.

¹ 818 sayılı BK.m. 49, kişilik hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan kişinin uğradığı manevî zarara karşılık, talep edebileceği manevî tazminattan söz etmekteydi. Keza BK. m. 47'de, hakim manevî zarar namıyla adalete uygun tazminat verilmesine karar verilebilir, düzenlemesi yer almaktaydı. Ancak 6098 sayılı kanunun m. 47'yi karşılayan 56. Maddesinde manevî zarar ifadesi kullanılmamaktadır.

² Basler Kommentar OR, Art. 47, N.13; OR, Art. 49, N. 6; Brehm, Berner Kommentar, Art. 47, N. 21; Art. 49, N. 6; Schwenzler, 106, N. 17.02, 17.02.

2. Manevî Zararı Açıklayan Teoriler

Manevî zarar, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Ancak genel olarak kişilik hakkı ihlal edilen kişinin, bu ihlal sonucunda kişiliği üzerindeki söz konusu etkiden ne anlaşılması gerektiği hususu, manevî zararı açıklayan teorilerin temelini teşkil eder³.

a) Sübjektif Teori

Kişilik hakkı ihlali, kişide fiziki ve manevî acılar oluşturuyor, ruhsal dengeyi bozuyor, yaşama sevincini kaybettiriyorsa, sübjektif teoriye göre manevî zarar doğmuştur. Burada zarar dolaylı bir sonuçtur. Zira önce hukuka aykırı fiil ile kişilik hakkı ihlal edilir. Bu ihlale bağlı olarak kişinin, kişilik haklarında bunun yansımaları olarak manevî zarar ortaya çıkar⁴.

b) Objektif Teori

Yaşanan olaylardaki acı, üzüntü, keder kişiden kişiye değişir. Bu durumda kesin olarak belirlenemeyecek bir zarar, manevî tazminatın dayanağı olamaz. Bu yüzden manevî zarar kişilik haklarında meydana gelen objektif eksilmedir. İhlal kişide ruhsal ya da fiziksel zararlar ortaya çıkarabilir. Bu durumda her bir zarar, tüm manevî zararın bir parçasıdır. Bunların ayrı ayrı hesaplanıp manevî zararın bir bütün olarak belirlenmesi gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre eğer sübjektif teori benimsenirse acıyı, kederi hissedemeyecek olan ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler ve tüzel kişiler manevî tazminat talep edemezler⁵.

c) Karma Teori

Manevî zarar, iki unsurdan oluşur. Bunlardan ilki, “kişilikte objektif olarak gerçekleşen azalma”dır. Ancak bu unsur manevî zararın ortaya çıkması için yeterli değildir. Buna sübjektif nitelikte ikinci unsurun eklenmesi gerekir. Sübjektif nitelikteki bu unsur ise kişilik değerlerindeki objektif eksilmenin; acı çekerek, ruhsal huzuru kaybederek bilincine varılması suretiyle olur. Bir başka deyişle manevî zarar, kişilik değerlerindeki objektif azalma ile

³ Kocayusufpaşaoğlu, 144.

⁴ Sübjektif teori hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, 532; Kocayusufpaşaoğlu, 145; Arıdemir, 177 vd. İsviçre Hukuku'nda ruhen acı çekilmesinin manevî tazminat için arandığı konusunda bkz. Basler Kommentar, OR. Art. 49, N. 11; Brehm, Berner Kommentar Art. 47, N.6, 14. Schwenzer, 107, N. 17.02; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, 64, N. 7.

⁵ Objektif teori hakkında geniş bilgi için bkz. Eren, 533; Kocayusufpaşaoğlu, 145; Arıdemir, 179 vd.

kişinin bu azalmanın bilincine vararak acı çekmesi ile ortaya çıkar⁶. Bu görüş, kişinin ruhsal dengesinin bozulmasına bağlı olarak acı çekmeyi aradığı için sübjektif teoriden pek de farklı bir sonuca varmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷.

d) Değerlendirme

Kanaatimizce objektif teori, manevî zararın belirlenmesi bakımından isabetli bir yoldur. Zira sübjektif açıdan değerlendirme yapmak zordur. Kişinin duygularının, ne tür bir acı veya üzüntü hissettiğinin ispatı, bunu somut olarak ölçen bir kriter olmadığı için mümkün değildir. Ancak objektif olarak kişilik hakkını ihlal eden bir hukuka aykırı davranışın, manevî zarara yol açacağı kabul edilir. Bu davranış sonucunda kişinin duyduğu acı, ruhsal çöküntü doğrudan doğruya tespit edilemez. Bu yüzden hâkimin, hayatın normal akışı ve yaşam tecrübeleri çerçevesinde kişinin ne ölçüde etkilenmiş ve zarar görmüş olabileceğini takdir etmesi gerekir⁸. Öte yandan objektif teorinin yetersiz kaldığı bazı durumlar da ortaya çıkabilir. Böyle bir hal, çarpıcı bir şekilde ölüm sebebiyle ölenin yakınlarının BK. m. 56 uyarınca isteyebileceği manevî tazminat taleplerinde söz konusu olabilir. Örneğin, babasından nefret eden, onun ölmesini istediğini, ölürsa çok sevineceğini gerek babasına gerekse yakınlarına söyleyen bir kişinin, babasının haksız fiil sonucunda vefat etmesi halinde objektif teoriye göre manevî tazminat talep etmesi mümkündür. Zira objektif teoriye göre burada oğul açısından bir ihlal oluşmuştur. Ancak oğul için bir zarar oluştuğunu söylemek, hakkaniyete aykırı olur. Nitekim objektif görüşü savunanlar, bu tarz katı durumları yumuşatmak için duygusal zarar kavramını kabul etmekte, duygusal zararların da tazminini gerekli bulmakta, günlük hayatta her zaman karşılaşılabilecek olağan, hafif acı ve ızdırapları kapsam dışında tutmaktadırlar⁹. O halde esas, objektif olarak kişilik haklarının ihlali olmakla birlikte, somut olay bakımından bu ihlalden etkilenmenin de göz önünde bulundurulması gerekebilir.

6 Karma teori için geniş bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, 147; Arıdemir, 181.

7 Kocayusufpaşaoğlu, 148.

8 Kocayusufpaşaoğlu, 148.

9 Eren, 534.

Manevî zararın niteliği hususunda doktrinde ağırlıklı olarak sübjektif teori benimsenmektedir¹⁰. Yargıtay'ın kararlarında da aynı eğilim gözlenmektedir. Söz konusu kararlarda, manevî zararın kişilik hakkının ihlali sebebiyle kişide oluşan acı, keder, elem ile yaşama zevkinde azalmayı ifade edeceği belirtilmiştir¹¹. Bununla birlikte Yargıtay'ın objektif teoriye yakın görünen kararları da mevcuttur¹². Öte yandan Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan 2005 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da manevî zarar, objektif teoriye yakın biçimde tanımlanmıştır¹³.

Eklemek gerekir ki kanaatimizce; tarafların sıfatı, işgal ettiği makam ve ekonomik durum gibi sübjektif olarak da nitelendirilebilecek unsurların zararın belirlenmesindeki etkisi gerçekte objektif nitelik taşır. Zira kişilik haklarının ihlalinin tespitinde, zarar görenle aynı durumdaki, ortalama kişinin özellikleri göz önünde bulundurulur¹⁴. Örneğin hakarete uğrayan kişi, kadınsa, öğrenciyse ve gençse, hâkim bu nitelikleri taşıyan ortalama kişinin bu davranıştan zarar görüp görmediğini araştırarak somut olaydaki kişi hakkında bir tazminata hükmeder. Böylece söz konusu niteliklerin objektif birer kriter olma özelliği devam eder.

¹⁰ Kocayusufoğlu, 146; Oğuzman/Öz, 253; Ertaş, 65; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 179; Dural/Öğüz, 147. Keza Anayasa Mahkemesi'nin 11.02.1969 tarih ve E.968/33, K. 12 sayılı kararında da bu düşünce ifade edilmiştir.

¹¹ “Manevî zarar, malvarlığında bir azalmayı değil ve fakat kişilik haklarına vaki tecavüz nedeniyle bir kimsenin duyduğu cismani ve manevî acı ve ızdırabı, elem ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder.” Y. 3HD., 03.05.1999, E. 3968, K. 4509; “Eli çizilen bir kimseye cismani zarar uğradı diye kural olarak manevî tazminat hükmedilmesi icap etmez. demek ki, cismani zarara uğruyan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevî zarar (elem, ızdırap) husule gelmelidir.” YİBGK. 22.06.1966, E. 7, K. 7 (kararlar için bkz. (<http://www.kazancihukuk.com/>)).

¹² “Manevî tazminata hükmedilebilmesi için davaya konu olan olayın, özellikle manevî zararın esaslı unsurunu teşkil eden kişilik değerlerindeki objektif eksilme noktasına ulaştığının saptanması gerekir.” Y.1.HD., 08.04.1996, E.3713/K.4111 (naklen Arıdemir, 180, dpn. 561). Daha yeni bir tarihli kararda da objektif teoriye yakın bir tanımlama yapılmıştır: “Manevî tazminat, zarar görenin fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerlerinde, bédensel bütünlüğünün iradesi dışında ihlali hallerinde meydana gelen eksilmenin (manevî zararın) giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir.” YHGK. E. 2012/4-179, K. 2012/412, T. 27.06.2012 ((<http://www.kazancihukuk.com/>)).

¹³ Türk Borçlar Kanunu 2005 Tasarısı M.50/IV: “Manevî zarar, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz etkilenmedir.” Kanun içersinde kavramların tanımının yapılmasının doğru olmadığı yönünde yapılan eleştiriler sonucunda tasarıdan bu tanım çıkarılmıştır.

¹⁴ Ortalama bir kişinin dikkate alınarak, kişilik haklarında bir ihlalin oluşup oluşmadığının tespit edileceği konusunda bkz. Basler Kommentar, OR. Art. 49, N. 11.

3. Manevî Zarar Kavramı

Manevî zarar kavramının tanımı aslında benimsenen teoriye göre değişmektedir. Sübjektif teori benimsendiğinde “kişilik değerlerine yapılan tecavüzden duyulan acı, elem ve ızdırıp”¹⁵ şeklinde tanımlanan manevî zarar, objektif teori benimsendiğinde, “kişinin, kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilme” olarak tanımlanır¹⁶. Bu eksilme “fiziki ve moral bir acı”, üzüntü, sıkıntı ve yaşama zevkinde azalma meydana getirir¹⁷. Manevî zarar, kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı müdahalelerde ortaya çıkar. Ancak kişilik haklarını maddi olarak temsil eden şeylere yönelik ya da vücut bütünlüğü, hayat, sağlık gibi değerlere yönelik zararlar da manevî tazminatı doğurabilir¹⁸. Bir başka deyişle manevî zarar bağımsız bir şekilde ortaya çıkabileceği gibi maddi bir zararla birlikte de ortaya çıkabilir¹⁹.

Manevî zarar, zarara uğrayan kimsenin malvarlığında bir azalmaya sebep olmaz. Ancak kişinin sosyal ve ruhsal açıdan sarsılmasına yol açar. Bu sarsıntının önemli olması gerekir, önemsiz ve geçici sarsıntılar tazminat doğurmaz²⁰.

Manevî zararların telafi edilmesindeki güçlükler aynen tazmini mümkün kılmasa da paranın bozulan dengeyi sağlamakta en iyi araç olduğunda şüphe yoktur²¹. Zira paranın acının hafiflemesine, manevî dengenin yeniden kurulmasına katkı sağlayacağı şüphesizdir²². Şu da bir gerçektir ki, manevî zararın tam tespitinin mümkün olmaması sebebiyle zararı hiç tazmin etmemek, tamamen zarar görenin katlanmasını beklemek sonucunu doğurur²³ ki bunun adil olmadığı şüphesizdir.

15 Oğuzman/Öz, 40; Kocayusufpaşaoğlu, 144.

16 Ünal, 399; Eren, 531; Akıncı, 181; Kılıçoğlu, Borçlar, 292; Öztan, 159.

17 Ünal, 399; Oğuzman, 39; Oğuzman/Öz, 264.

18 Ünal, 400; İşgüzar, 873; manevi zararın doğmasına sebep olabilecek çeşitli kişilik değeri ihlalleri hakkında geniş bilgi için bkz. Brehm, Berner Kommentar Art. 49 OR. N.45 vd.

19 Ünal, 400; Eren, 781; Karayalçın, 266; Brehm, Berner Kommentar Art. 49, N. 36.

20 Ünal, 420; Gürsoy, 12,13; Kocayusufpaşaoğlu, 158; Basler Kommentar, OR. Art. 49, N. 11; Schwenger, 107, N. 17.05.

21 Ünal, 401.

22 Schwenger, 106, N. 17.02; Akıncı, 181.

23 Akıncı, 181.

Kişi varlığı, maddi nitelikteki (hayat, sağlık ve vücut tamlığı) değerler ile maddi nitelik taşımayan şeref ve haysiyet, özel alan, gizli alan, isim ve resim gibi değerlerden oluşur. Bu değerler elbette sınırlı sayıda değildir. Zira insanı insan yapan, kişiler arasındaki ihtiyaçlara ve zamanın gereklerine göre ortaya çıkan unsurlar da kişilik hakkına dâhildir²⁴.

Manevî zararın hangi nitelikteki kişi varlığı değerinin ihlalden kaynaklandığı, manevî tazminatın hangi kanun hükmüne istinaden talep edilebileceği hususunda önem arz eder. Hakkında özel hüküm bulunan hallerde ilgili hüküm uygulanır. Örneğin, vücut bütünlüğünün ihlali, ölüm, nişanlanma ve boşanmada hallerinde olduğu gibi. BK. m. 58 (BK. m. 49) ise bunların dışındaki kişi varlığı ihlalden doğan manevî tazminat taleplerine ilişkindir.

III. MANEVİ TAZMİNAT

1. Genel Olarak

Manevî tazminat, kişilik değerlerinin ihlaliyle ortaya çıkan manevî zararın tazminini sağlar. Bir başka deyişle manevî zararın telafisi manevî tazminatla olur. Doktrinde manevî tazminatın hukuki niteliğini açıklayan çeşitli görüşler vardır.

2. Manevî Tazminatı Açıklayan Görüşler

a) Tatmin Görüşü

Bu görüşe göre manevî tazminat, kişinin acısını dindirecek veya hafifletecek bir tatmin fonksiyonuna sahiptir. Manevî tazminat adı altında bir miktar paranın ödenmesi bir tatmin duygusu oluşturur. Kişilik değerlerindeki eksilme para ile ölçülemezse de para sakinleştirme ve rahatlatma gücü ile kötü etkileri hafifletebilir. Böylece kişinin şahıs varlığındaki azalma, malvarlığındaki artma sayesinde bir rahatlamaya kavuşur²⁵.

Bu görüş, sadece subjektif manevî zarar teorisi kabul edildiğinde savunulabilmesi, temyiz gücünden yoksun olanlar için tatmin duygusunun bulunmaması ve yine sadece kusur sorumluluğu halleri açısından açıklayıcı

²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 118; Ünal, 413; Öztan, 112; Dural/Öğüz, 92; Hatemi, 66.

²⁵ Bu görüş hakkındaki geniş bilgi için bkz. Eren, 784; Arıdemir, 9.

olup, sebep sorumluluğu halleri bakımından yetersiz kalması hususlarından eleştirilmiştir²⁶.

b) Ceza Görüşü

Bu görüşe göre manevî tazminat zarar vereni cezalandırma fonksiyonuna sahiptir. Manevî tazminatla zarar görenin intikam duygusu tatmin edilmektedir²⁷.

Günümüzde manevî tazminatın cezai niteliğinden ziyade özel hukuk kurumu olarak görülmesi ve görüşün sebep sorumluluğu hallerinde yetersiz kalması bakımından eleştirilmektedir.

c) Telafi Görüşü

Bu görüşe göre manevî tazminat manevî zararı telafi etmeyi amaçlar. Bu işin niteliği gereği daha ziyade nakden bir telafidir. Her ne kadar kişilik değerlerinin ihlalden doğan eksilmenin zarar görene ödenecek bir miktar para ile tam olarak telafisi mümkün değilse de, bu durum manevî tazminatın para ile tazmini fikrinden vazgeçmek için yeterli sebep teşkil etmez. Aksi hal zarar görenin, hukuki korumadan yararlanamaması sonucunu doğurur. Telafi görüşünde zarar ve tazminat, zarar görenin subjektif durumu ve niteliklerinden bağımsızdır. Bu sebeple hem tüzel kişiler hem de ayırt etme gücüne sahip olmayanlar manevî tazminat talep edebilirler²⁸.

d) Denkleştirme Görüşü

Bu görüşe göre, manevî zarar maddi zarardan farklı olarak para ile ölçülemez, hesaplanamaz. Bu yüzden manevî zarara karşılık verilen para, zarar görenin acısını ve ızdırabını ortadan kaldıramaz. Teknik anlamda tazminat, maddi bir zararın telafisini amaçlar, oysa burada tam olarak telafi söz konusu değildir. Dolayısıyla bir tazminat niteliği taşımaz. Zarar görene verilen para, ortaya çıkan zarar ile eşdeğerde değildir, sadece mutluluk sağlar. Ancak acıları dindirmede en iyi yol olduğunu da kabul etmek gerekir. Böy-

²⁶ Bu görüş hakkındaki eleştiriler için bkz. Eren, 785; Kılıçoğlu, 18; Ertaş, 73 vd.; Serozan, Tazminat, 85; Arıdemir, 9.

²⁷ Bu görüş hakkındaki geniş bilgi için bkz Eren, 785; Kılıçoğlu, 15; Karayalçın, 268 vd.; Arıdemir, 8; Brehm, Berner Kommentar, Art. 49 OR, N. 18, 19.

²⁸ Bu görüş hakkındaki geniş bilgi için bkz Eren, 768,787; Kılıçoğlu, 19; Arıdemir, 7.

lece zarar görenin, zarar meydana gelmeden içinde bulunduğu durumu sağlamak için uğradığı acıyı ortadan kaldırarak bir denge sağlanmış olur²⁹.

3. Değerlendirme

Hukukumuzda özellikle Yargıtay kararlarında manevî tazminatın bir ceza ya da gerçek anlamıyla bir tazminat olmadığı kabul edilmektedir. Ceza olmaması, sorumluya karşı mağdurun menfaatini dikkate almaksızın hukuk kuralını ihlal etmesinden kaynaklanan bir yaptırım teşkil etmemesi ile açıklanırken, malvarlığına yönelik bir zararın karşılanmasını amaçlamadığı için de gerçek anlamda bir tazminat olarak değerlendirilmemektedir³⁰. Bu sebeple manevî tazminat, tazminata benzeyen ancak kendine özgü nitelik taşıyan bir yaptırım olarak nitelendirilmektedir³¹. Söz konusu kararlarda, manevî tazminatın amacı ise mağdurda bir tatmin ve huzur duygusu oluşturmak, onu ruhen hafifletip, ızdırabını dindirmek olarak ifade edilmekte³² ve bu tür tazminatta denkleştirme ve manevî tatmin sağlama görevinin ağır bastığı belirtilmektedir³³. Kanaatimizce telafi görüşü, manevî zararı kişilik değerlerindeki objektif eksilmeye dayandırması sebebiyle isabetli bir görüştür.

²⁹ Bu görüş hakkındaki geniş bilgi için bkz. Ertaş, 70; Arıdemir, 12.

³⁰ Nitekim Kocayusufopaşaoğlu, İsviçre hukukunda bu konuda zarar ve tazminat kelimelerinin kullanılmasından kaçınıldığı ancak Türk hukukunda bu deyimlerin yerleştiğinden bahsetmektedir. Kocayusufopaşaoğlu, 142, dpn.3.

³¹ “Esasen manevî tazminat ne bir ceza ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir, çünkü davacının menfaati düşünülmezsizin sorumlu olana hukukun ihlalden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmediği için de gerçek manasında bir tazminat, mağdurda veya zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu tevliht etmelidir.” YİBK. 22.06.1966, E. 1966/7, K. 1966/7 (<http://www.kazancihukuk.com/>).

³² “Manevî tazminatın takdirinde amaç, kişisel değerleri saldırıya uğrayan kimsede bir huzur duygusu doğurmak ve onun ruhi ızdırabının dindirilmesini sağlamaktır.” YHGK. 13.02.1990, E. 1990/4-615, K. 1990/62. (<http://www.kazancihukuk.com/>).

³³ “Tazminat davalarının yargı denetimiyle amaçlanan sonuca ulaşabilmesi ilgililerin sübjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan hak ihlallerinin tam olarak giderilmesi, adil bir doyum sağlanabilmesi... ile mümkündür.” YHGK. 30.05.2001, E.4-410, K. 466. “Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.” Y3HD. 07.06.2012, E. 11299, K. 14561 (<http://www.kazancihukuk.com/>). Bu görüşlerin değerlendirme ve eleştirileri için bkz. Ertaş, 67 vd.; Eren, 784 vd.; Kılıçoğlu, Tazminat, 15 vd.; Serozan, Tazminat, 82 vd.

4. Manevî Tazminat Kavramı

Manevî tazminat, gerek Borçlar Kanunu'nda gerekse Medeni Kanunu'nda çeşitli ilişkilere bağlı olarak düzenlenmiştir (TBK. m. 56; TMK. m.121; TMK. m. 26/II gibi). Ancak kişilik hakkının ihlaline bağlı olarak en genel ve saf düzenlemesi TBK. m. 58'de yer almaktadır³⁴.

Manevi tazminat, kişilik değerlerinin (sosyal, fiziki, duygusal değerlerin) ihlal edilmesine dayanan bir tazminattır. Amacı ise kişinin, hukuka aykırı olarak bozulan manevi dengesini eski haline getirebilmek ve bir tatmin duygusu oluşturabilmektir. Temel bir unsur teşkil etmemekle birlikte, zarar veren açısından caydırıcılık yönü de bulunduğu kabul edilmektedir³⁵.

Yargı kararlarında ve doktrinde yer alan tüm görüşlerdeki temel amaç kişilik haklarını yeterince koruyabilmektir. Kişilik hakları ihlal edildiğinde ise en iyi tazmin yolu zarar görene (mağdura) bir miktar para ödenmesidir³⁶.

Manevî tazminat kişilik haklarının ihlalinden kaynaklandığı için malvarlığı zararları arasında yer almaz ve aslında para ile ölçülemez. Para ile ölçülemeyecek değerlere yönelik bir hukuka aykırı müdahalenin sonucunda ortaya çıkan zararın, manevî tazminat olarak para ile telafi edilmesi, kavramın mantığına ters görünse de en iyi tazmin yolunun bir miktar para olduğu göz ardı edilemez bir gerçektir³⁷. Bu sebeple maddi tazminatın hesap edileceği, manevî tazminatın takdir edileceği söylenebilir³⁸. Manevî zararın, para ola-

³⁴ Basler Kommentar, OR. Art. 49, N. 1, 2; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, 65; Schwenger, 106, N. 17.03.

³⁵ “(Manevi tazminat) Kişinin sosyal, fiziksel ve duygusal kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda öngörülen bir tazminat türüdür. Kişinin hukuka aykırı olan eylemden dolayı bozulan manevi dengesinin eski haline dönüşmesi, duygusal olarak tatmin edilmesi, zarar verenin de bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkonulması amacını güder.” YHGK. E. 2012/4-179, K. 2012/412, T. 27.06.2012.

³⁶ Kişilik haklarının ihlalinden doğan tazminat taleplerinin Roma Hukuku'nda da kabul edildiği görülür. Buna göre, başlangıçta Inuria, vücut bütünlüğüne yönelik saldırıyı ifade etmek için kullanılan bir kavramdı. Vücut bütünlüğünü ihlal eden davranışın niteliğine göre zarar görene, faili cezalandırmak adına bir miktar para ödeniyordu. Zamanla paranın değeri düşüp, bu cezalar anlamını yitirince, cezanın hâkim tarafından belirlenmesi esası benimsendi. Böylece kişinin toplumdaki durumunu aşağılayan, saygınlığına zarar veren söz, fiil ve davranışlar da bu çerçevede değerlendirildi. Bu tarz ihlallerde açılacak dava actio iniuratum'du. Hâkim ceza miktarını belirlerken kim tarafından, kime, nerede yapıldığını dikkate alıyordu. Ayrıntılı bilgi için Tahiroğlu, 19, 25; Erdoğan, 130,131; Akıncı, Roma, 46.

³⁷ Serozan, Tazminat, 78.

³⁸ Serozan, Tazminat, 71.

rak kesin şekilde hesaplanamaması onun maddi bir hesaplama konu olmayacağı anlamına gelmez³⁹. Zira aynı zorluk maddi zarar türü olan yoksun kalınan kârın ve ekonomik geleceğin sarsılmasına ilişkin zararların hesaplanmasında da söz konusudur⁴⁰.

Manevî tazminat, manevi zararın ispatına dayanır. Manevî zararın ispatı ise kişilik değerlerine saldırı teşkil eden fiilin hayatın normal akışına göre zararı meydana getirmeye uygun olduğu konusunda hâkimde bir kanaat oluşturulması suretiyle gerçekleşir⁴¹. Bu kanaat, kişinin iç âlemindeki acıyı, üzüntüyü tespit mümkün olmadığından sübjektif değer yargılarıyla değil, objektif değerlerle örneğin ekonomik ve sosyal kriterlerle oluşturulacaktır⁴². Bir başka deyişle tazminat talep eden kişi kişilik değerlerinde objektif bir azalma meydana geldiğini, karşı taraf ise böyle bir ihlalin gerçekleşmediğini veya tazminat talep eden nezdinde herhangi bir zararın ortaya çıkmadığını ispata çalışır. Örneğin hakaret suretiyle kişilik haklarının ihlalinde sarf edilen sözün muhatapta oluşturduğu zarar onun kişiliğine, işgal ettiği makama ya da bulunduğu ortama göre değişebilir. Bu hususların Yargıtay kararlarında göz önünde tutulduğu görülmektedir⁴³.

Manevî tazminat olarak bir miktar paraya hükmedilmesi esas⁴⁴ olmakla birlikte, BK. m. 58/II (BK. m. 49/III) hâkime, paradan başka bir tazminata⁴⁵ ya da para yanında böyle bir tazminata hükmedebilme imkânı tanımaktadır.

39 “Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevî tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir.” YHGK. 30.05.2001, E. 2001/4-410, K. 2001/466. (<http://www.kazancihukuk.com/>)

40 Serozan, Tazminat, 86.

41 Oğuzman, 48; Oğuzman/Öz, 272; İşgüzar, 874.

42 Serozan, Tazminat, 83; Kocayusufoğlu, 148; Arıdemir, 183.

43 “Hakim, manevî tazminatın miktarını belirlerken, saldırı oluşturan eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır.” Y. 3. HD. 07.06.2012, E. 2012/11299, K. 2012/14561. (<http://www.kazancihukuk.com/>)

44 “Borçlar Yasasının 49. Maddesinde kişilik hakları hukuka aykırı bir biçimde saldırıya uğrayan kişi uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat olarak bir miktar para ödenmesini dava edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar verebileceği ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedilebileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca hakim istem dışındaki yaptırma hükmederken somut olayın özelliğini belirlemesi ve buna göre yaptırım türünü tespit etmesi gerekir. Yargıca tanınan takdir hakkının doğru ve uygun bir nedene dayanması ve gerekçelendirilmesi gerekir. Yasada yer alan bu düzenleme ile amaç eylemin hukuka aykırı olmasının belirlenmesinden sonra madde de öngörülen

IV. 818 SAYILI BK. M. 49/II HÜKMÜNÜN NİTELİĞİ

818 sayılı BK. m. 49/II'nin lafzı “manevî tazminat miktarını” tayin etmekten bahsetmektedir. Tazminat miktarının tayini, öncelikle zararın belirlenmesine bağlıdır⁴⁶. Zararın miktarı belirlendikten sonra tazminatın tayini aşaması gelir⁴⁷. Tazminatın tayininde ise zarar verenin kusurunun ağırlığı, somut olayın özellikleri (BK. m. 43), zarar görenin kusuru, rızası gibi unsurlar da göz önünde bulundurulur⁴⁸ (BK. m. 44).

BK. m. 49/II, 818 sayılı Borçlar Kanununda 3444 sayılı kanunla BK. m. 49'da yapılan değişiklik⁴⁹ sonucunda hukukumuzda girmiş bir hükümdür⁵⁰. Ancak söz konusu düzenlemeden önce de gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında BK. m. 49/II'de sayılan unsurların tazminatın belirlenmesinde

yaptırımlardan en uygununu uygulamaktır.” Y. 4. HD, E. 2002/3829, K. 2002/9940, T. 24.09.2002 (<http://www.kazancihukuk.com/>); Schwenger, 110, N. 17.16.

- 45 Para dışındaki yaptırımların manevî tazminat teşkil etmeyeceği bir tespit ya da durdurma davası niteliği taşıyacağı konusunda bkz. Kocayusufoğlu, 178.
- 46 Maddi tazminat davasından farklı olarak, manevî tazminatta önce zararın tespiti sonra tazminat miktarının tayini tarzında iki safha olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. Oğuzman, 49; Oğuzman/Öz, 274.
- 47 BK. m. 49/II'nin manevî tazminatın belirlenmesi konusundaki fonksiyonunu Oğuzman şöyle ifade etmektedir: “BK. m. 49/II'de öngörülen unsurlar, manevî zararın derecesinden başka, failin kusur veya mağdurun müterafik kusurunun varlığının veya derecesinin tespiti ile ilgili olabileceği gibi failin müzayakaya düşmesine yol açacak bir para ödemeye mahkum edilmemesinde veya mağduru özendirerek bir manevî tazminat miktarına hükmedilmemesinde etkili olabilir.” Oğuzman, 50; aynı görüş, Dural/Öğüz, 150.
- 48 İsviçre hukukunda da aynı esaslar hakimdir. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, 6, N. 12; Schwenger, 109, N. 17.12.
- 49 3444 sayılı kanunla 4.5.1988 tarihinde yapılan değişiklikten önce BK. m. 49 hükmü şöyle idi: “Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hukuki ağırlığı icap ettiği surette manevî zarar namiyle bir meblağ itasını dava edebilir. Hakim bu tazminatın itası yerine diğer bir tazmin sureti ikame yahut ilave edebilir.”
- 50 3444 sayılı Kanunla 4.5.1988 tarihinde BK. m. 49'da yapılan değişikliğin gerekçesinde, hükmün II. Fıkrası ile ilgili olarak şu ifadeler yer almaktadır: “Diğer taraftan hakimin manevî tazminatı belirlerken BK. m. 42, 43 ve 44. maddelerinde öngörülen ilke ve kural-ları göz önünde tutmakla birlikte ayrıca tarafların sıfatlarını, işgal ettikleri makamları ve diğer sosyal durumları ile ekonomik vaziyetlerini de dikkate almak suretiyle hareket etmesini mümkün kılacak bir hüküm de maddeye eklenmiş, böylece bir ölçü verilerek uygulamacıya kolaylık sağlanmış ve bu konudaki Yargıtay İçtihatlarında zaman zaman işa-ret edilen boşluğun yasal yolla giderilmesi amaçlanmıştır.” TBMM Tutanak Dergisi, Dö-nem 18, Cilt 10, Yasama Yılı 1, Sayı 25, 7.

daha doğru bir ifade ile zararın belirlenmesinde dikkate alındığı görülmektedir⁵¹.

Tarafların sıfatı, zararın belirlenmesinde önemli bir unsurdur. Kadın, erkek, öğrenci, yaşlı, genç olmak kişilik haklarının ihlali dolayısıyla ortaya çıkan zararın boyutunu etkiler. İki erkek arasında tolere edilebilecek bir söz, kadın için hakaret teşkil edebilir. Yaşlı bir insanın olgunlukla karşılayacağı, üstünde durmayacağı sözü, genç bir insan hakaret kabul edebilir. Bir başka deyişle kişilik haklarının ihlali farklı kişilerde farklı zararların doğmasına⁵² veya hiç doğmamasına sebep olabilir.

Kişinin sıfatı aynı zamanda topluma karşı kendini tanıtan nitelemeyi de ifade eder⁵³. Örneğin sanatçı, gazeteci, politikacı gibi. Bu sıfat bir bakıma toplum tarafından kişiye verilen değeri belirler. Kişiye saygı duyulması, güven duyulması tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşır⁵⁴. Aynı durum fail açısından da önemlidir. Bir başka deyişle hem kişilik hakkı ihlal edilenin hem de kişilik hakkını ihlal edenin sıfatı tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmuş unsurlardır⁵⁵.

İşgal edilen makam, zararın belirlenmesinde gözönünde bulundurulur. Bu durum kişilerin işgal ettiği makam sebebiyle daha fazla korunmasından kaynaklanmaz. İşgal edilen makamın kişiye normalden daha fazla zarar vermesini önlemeye yardımcı olur. Bir başka deyişle bir makamın işgal etmesi sebebiyle ya da bu makamdaki kişilik haklarının kolayca ihlal edilebilmenin önüne geçebilmek amaçlanır⁵⁶. Makamlar, insanların daha

51 Oğuzman, 51; Oğuzman/Öz, 275. “Manevî tazminat miktarı davacının duyduğu elem ve ızdırap, tarafların içtimai ve mali durumları nazara alınarak re’sen takdir olunmak lazım gelir.” Y4.HD. 24.2.1965 K. 1449, Gürsoy, 47; “Manevî tazminat miktarının takdirinde istek sahibinin özel durumu önem taşır. Bu itibarla istek sahibinin sosyal, ekonomik ve ailevi durumun göz önünde bulundurulması gerekir.” YHGK. 18.10.1967 K. 655, Gürsoy, 49; “Manevî tazminata temel olan düşünce bozulmuş olan ruhi ve bedeni zararın kısmen ve imkan derecesinde yeniden elde edilmesini sağlamaktır. Tazminatın takdirinde istek sahibinin özel durumu önem taşır. Bu itibarla istek sahibinin sosyal, ekonomik ve ailevi şartları ve duygulanma gücü araştırılmalıdır.” YHGK. 25.11.1967, 375/567, Gürsoy, 54. Bu hususların haksız fiilden doğan maddi tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulabileceği konusunda bkz. Nomer, 151; Schwenzler, 104, N. 16.26.

52 Akıncı, 184.

53 Ayrancı (<http://www.e-akademi.org>) (Erişim tarihi: 30.11.2013).

54 Ayrancı (<http://www.e-akademi.org>) (Erişim tarihi: 30.11.2013).

55 Ayrancı (<http://www.e-akademi.org>) (Erişim tarihi: 30.11.2013).

56 Aynı görüş, Kılıçoğlu, Borçlar, 443.

fazla göz önünde bulunmasına yol açabilir. Özellikle politikacılar açısından durum böyledir. Bu durumdaki kişiler için elbette daha dar bir özel alan oluşur⁵⁷. Ancak bu alan hiçbir zaman kişilik haklarının daha az korunmasını gerektirmez. O halde kişilik haklarının ihlali işgal edilen makamdan kaynaklanıyorsa veya bu sebeple ağırlaşıyorsa bu hususun tazminat miktarında göz önünde bulundurulması tâbidir. Bu kriter aynı ölçüde, failin sahip olduğu makam sebebiyle kişilik haklarını ihlal etmesi halinde de karşımıza çıkar. Zira bu sıfatı taşıyan bir kişinin zarar verici davranışının, mağduru herhangi birinin davranışına göre daha çok etkilemesi kuvvetle muhtemeldir.

Sosyal durum, tarafların sıfatı ve işgal ettikleri makam dışında kalan diğer sosyal durumları, örneğin öğrenim durumu, yaşanılan yer gibi unsurları ifade eder ve manevî zararın, dolayısıyla da manevî tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulur⁵⁸.

Ekonomik durum, kişinin geliri, hayat standardı kısaca ekonomik durumu yine manevî zararın ve buna bağlı olarak manevî tazminatın miktarının belirlenmesinde önem taşır⁵⁹. Hükmedilecek tazminat “felaketin özenilir hale getirilmesini” sağlayacak miktarda değil, kişinin manevî zararını telafi edecek ölçüde olmalıdır. Bu çerçevede kişilik hakları ihlal edilen kişinin zenginliğini mutlaka onun için yüksek bir miktara hükmetmek şeklinde değil, sembolik bile olsa haklılığını ispat etme imkânı verdiği için tatmin edicidir. Zira hükmedilecek tazminat miktarı, faili zor duruma düşürecek nitelikte olmaz⁶⁰. Öte yandan failin fakir olması kusuru da ağır değilse zaten bir indirim sebebi teşkil eder. Hatta para yerine BK. m. 49/III uyarınca başka bir

57 “Somut olaya gelince; davacı iktidar partisinin genel başkanı ve başbakan, davalı ise dava konusu konuşmanın yapıldığı dönemde ana muhalefet partisi genel başkanıdır. Tarafların mevcut konumları nedeni ile sürekli ülke gündeminde yer alan kişiler oldukları, üstlendikleri görevlerden dolayı da diğer kişilere göre eleştiriye daha açık olmaları gerektiği açıktır. ...anılan ilkeler gözetildiğinde mahkemece davacı yararına takdir edilen manevî tazminat fazladır. Daha alt düzeyde manevî tazminat takdir edilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.” Y. 4. HD, E. 2012/6050, K. 2012/10402, T. 14.06.2012 ((<http://www.kazancihukuk.com/>)).

58 “...yargıcın, yasa maddesinde yer alan tüm koşulları bu bağlamda yanların sosyal ve ekonomik durumlarını...gözönünde tutması zorunludur.” Y4.HD. 24.09.2002, E. 2002/3829, K. 2002/9940 (<http://www.kazancihukuk.com/>)

59 İsviçre hukukunda manevî tazminat belirlenirken ekonomik durumun dikkate alınmasını savunan görüşler vardır. Basler Kommentar, OR. Art. 47, N. 22; OR. Art. 49, N. 11.

60 Ertaş, 197; Ayrancı (<http://www.e-akademi.org/>) (30.11.2013).

tazminat yolu benimsenmesine yol açabilir. Buna karşılık failin zengin olması tazminat miktarının artmasına sebep olabilir⁶¹.

V. 6098 SAYILI BK. M. 58'İN DEĞERLENDİRİLMESİ

6098 sayılı Borçlar Kanunu ise manevî tazminatı düzenleyen 58. maddesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu m.49/II'ye denk gelen hükmü tamamen kaldırmıştır. Gerekçe olarak, bu hükmün gereksiz ve herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine aykırılık⁶² teşkil ettiği belirtilmiştir⁶³. Bu durumda 6098 sayılı Borçlar Kanunu uygulaması daha eşitlikçi bir yaklaşım mı gerçekleştirecekti yoksa söz konusu hüküm yine fiilen geçerliliğini koruyacak mıdır?

Kanaatimizce 818 sayılı BK. m. 49/II hükmünün kanun önünde herkesin eşit olduğu ilkesini ihlal ettiği düşüncesi⁶⁴ hükmün niteliğini tespit farklılığından kaynaklanmaktadır. Buradaki asıl önemli husus, BK. m. 49/II'nin manevî zararı belirlemeye yönelik bir hüküm mü, yoksa manevî tazminatı belirlemeye yönelik bir hüküm mü olduğu noktasında düğümlenmektedir. BK. m. 49/II'nin lafzı, düzenlemenin tazminatı belirlemeye yönelik olduğu şeklinde anlaşılmaya uygundur. Bu açıdan bakıldığında ihlal edilen aynı kişilik hakkı olmasına rağmen zengine daha fazla fakire daha az tazminata hükmedildiği düşünülebilir. Oysa BK. m. 49/II zararın belirlenmesine yöne-

⁶¹ Ertaş, 102.

⁶² Aslında hükmün bir eşitsizlik doğurmadığı yönündeki görüşler için bkz. Oğuzman/Öz, 275; Kılıçoğlu, Borçlar, 443; Akıncı, 181; hükmün eşitsizlik doğurduğu yönündeki aksi fikir için bkz., Serozan, Sorumluluk, 176; Dural/Öğüz, 149.

⁶³ Hükmün gerekçesi şöyledir: "818 sayılı Borçlar Kanununun 49'uncu maddesine, 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkrası gereksiz görülerek, Tasarının 57. Maddesine alınmamıştır. Gerçekten, 818 sayılı Borçlar Kanununun 43'üncü ve tasarının 51'inci maddeleri uyarınca, hakim tazminat miktarını belirlerken, "hal ve mevkiin icabını/durumun gereğini", yani saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevî kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış olur. Bu nedenle Tasarının 57'nci maddesinde, hakim manevî tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirlenmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür."

⁶⁴ BK. m. 49/II'deki hususların araştırılmasının uygulamada hükümde öngörülen amaca hizmet etmediği, yapılan gelişigüzel araştırmaların davaların uzamasına sebep olduğu, özellikle sosyal ve ekonomik durumlarla ilgili yapılan araştırmaların gerçeğe uygun sonuçlar vermediği, gerekçede belirtilmemesine rağmen hükmün BK.m 58'e alınmamasındaki asıl amacın bu olduğu yönündeki görüş için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, 443.

lik bir hüküm olarak yorumlanırsa⁶⁵ tarafların sıfatı, işgal ettikleri makam, ekonomik ve sosyal durum gibi unsurlar eşitsizlik doğuran hususlar haline gelmezler. Bilakis zararın belirlenmesinde hâkime yol gösteren unsurlar olurlar. Manevî zarar, maddi zarar gibi somut bir şey değildir ki kolayca tespit edilebilsin. Nitekim BK. m. 49/II, zararı belirlemede hâkime tanınan takdir yetkisinin çerçevesini belirliyordu⁶⁶. Zarar tespit edildikten sonra tazminatın nasıl belirleneceği ve hangi hususların göz önünde bulundurulacağı ise TBK. m. 51 ve 52 (BK. m. 43, 44) de yer almaktadır.

Tazminat, zararın tespit edilmesinden sonra belirlenir. Manevî tazminatta zarar, farklı sosyal ve ekonomik durumlarda, farklı sıfatlarda, farklı biçimde ortaya çıkar. Farklı zararın aynı tazminatla belirlenmesi⁶⁷ her şeyden önce manevî tazminatın amacına aykırıdır. Zira bu halde, kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmeye yönelik telafi etme, tatmin sağlama ve denkleştirme amacı gerçekleşmez.

Kişilik hakkının ne derece ihlal edildiği, mağdur olan kişide bu ihlalin nasıl bir acı ve üzüntü doğurduğunu tespit etmek için hâkime yol göstermek bu unsurların dikkate alınmasıyla mümkün olur. Hakaret niteliğindeki bir kişilik hakkı ihlalinin bir kadın bir erkekten, meslek sahibi işsizden daha fazla etkilebilir ya da kişinin bulunduğu, yaşadığı ortam etkiyi artırabilir veya azaltabilir. Bir kahvehanede, bir futbol maçında söylenen hakaret içeren sözler muhatabını etkilemezken, aynı söz iş yerinde veya dışarıda söylendiğinde bu kişi kendisini hakarete uğramış hissedebilir. Ekonomik durumu da bu açıdan değerlendirmek gerekir. Özellikle verilen örneklerde, zengin bir kişinin kişilik hakları, fakir bir kişi tarafından ihlal edildiğinde tazminatın daha yüksek olabileceği yönündedir. Oysa hükmedilecek tazminat miktarı her zaman uğranılan zarar kadardır⁶⁸. Dolayısıyla kişi zengin olduğu için daha fazla tazminata hükmedilmemekte, uğranılan zarar bu miktarın takdirinde esas alınmaktadır. Hatta böyle bir durumda fakirlik, kişinin kusuru hafifse hükmedilecek tazminatta bir indirim sebebi olabilmektedir (TBK.

⁶⁵ Aynı görüş, Akıncı, 181, dpn. 197.

⁶⁶ BK. m. 49/II'nin gerekçesinde, tazminatın belirlenmesinde BK. m. 42, 43 ve 44 kurallarının zaten kullanılacağı, bu hükümle ise hâkime "bir ölçü verilmesi" amaçlandığı ifade edilmektedir. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, Cilt 10, Yasama Yılı 1, Sayı 25, 7.

⁶⁷ Oğuzman/Öz, 275; Akıncı, 181, dpn.197.

⁶⁸ "O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadardır." Y.3.HD. 07.06.2012, E. 2012/11299, K. 2012/14561 (<http://www.kazancihukuk.com/>).

m. 52/II). Ayrıca hâkim manevî tazminat olarak mutlaka para ödenmesine karar vermek zorunda değildir⁶⁹. Özellikle tazminatın zengin mağduru tatmin etmeyeceği durumda para yerine başka bir tazmin şekli ikame edebilir (BK. m. 49/III; TBK. m. 58/II). Şu husus da göz önünde tutulmalıdır ki ekonomik durum sadece zengin ile fakir arasındaki değil, iki zengin veya iki fakir kişi arasındaki manevî tazminat davasında da önemlidir. Öte yandan hâkime zararın tespiti için bu tür dayanak noktaları verilmemesi, manevî tazminat miktarlarının standartlaştırılması sonucunu ortaya çıkarabilir. Örneğin hafif bir hakarete bin lira, ağır hakarete üç bin lira manevî tazminat miktarı belirlenmesi gibi. Böyle bir durum ise insanların bunu göze alarak kişilik hakkı ihlaline gitmeleri sonucunu doğurabilir. Hatta Roma Hukuku'nda bunun sakıncaları -paranın değer kaybetmesi ile cezaların anlamını yitirmesi sonucunda; insanları tokatlayıp bu fiilin 25 aslık cezasını, onun arkasından kesesini taşıyan kölesinin ödediği Lucius Veratius⁷⁰ olayında olduğu gibi- bizzat yaşandığı için bu konuda kanunla standart tazminat belirlemek yönteminden vazgeçilmiştir.

Adil bir tazminat miktarı belirlemek, olayları standartlaştırma ile değil, somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle olur. 818 sayılı BK. m. 49/II'nin kaldırılması kanaatimizce hâkimlerin bu unsurları gözönünde tutmasının önüne geçmez⁷¹. Dayanak artık bu hüküm olmayabilir ama hiç değilse somut olayın özellikleri kavramı altında yine tarafların sıfatı, işgal ettikleri makam, sosyal ve ekonomik durumlar dikkate alınacağı düşünülmektedir. Nitekim Yargıtay'ın 6098 sayılı TBK. yürürlüğe girdikten sonraki kararlarında da aynı eğilim gözlenmektedir. Söz konusu kararlarda, TBK. m. 58'e atfen tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği hususu sık sık ifade edilmektedir⁷².

⁶⁹ Oğuzman/Öz, 275.

⁷⁰ Antik Roma'da paranın değer kaybetmesi ile kemik kırılmasına 300 As, tokat atmaya 25 As gibi cezalar anlamını yitirmiştir. Lucius Veratius isimli Romalı, pazarda insanları tokatlayıp bu fiilin 25 aslık cezasını, arkasında kesesini taşıyan kölesine ödetmiştir. Bu hikaye için bkz. Tahiroğlu, 38; Erdoğan, 131.

⁷¹ Aynı görüş Oğuzman/Öz, 273; Akıncı, 181.

⁷² Y. 3. HD, E. 2013/12126, K. 2013/13000, T. 19.09.2013 "Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate almalıdır."; Y. 2. HD, E. 2012/17780, K. 2012/4499, T. 21.03.2013 "Toplanan delillerden davalı kocanın eşini ailesiyle birlikte şişko, tombul demek suretiyle aşağıladığı anlaşılmaktadır. Tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece tarafların sosyal

Kısacası BK. m. 49/II hükmü lafzen eşitlik ilkesini ihlal eder görünse de manevî zararın varlığını ve büyüklüğünü belirleyen bir hükümdü. Ülkemizde mahkeme kararlarında bazen miktar olarak adaletsiz görünen sonuçların ortaya çıkması, esas itibariyle düşük miktarda tazminata hükmedilmesi eğiliminin sonucudur. Yoksa BK. m. 49/II hükmün eşitsizlik doğurmasının bir sonucu olmadığı kanaatindeyiz. Miktar olarak yüksek takdir edilecek manevî zararın, toplumda bir caydırıcılık unsuru taşıyacağı da bir gerçektir. Ancak uygulamamızda zarar görende zenginleşmeye yol açmamak, felaketi özlenir hale getirmemek amacıyla düşük hükmedilen tazminatlar maalesef çoğu zaman insanların gerçek zararlarını bile telafi edememektedir.

VI. SONUÇ

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 49/II'nin tarafların sıfatı, işgal ettiği makam, sosyal ve ekonomik durumlarının manevî tazminatın tayininde esas alınması kuralı 3444 sayılı kanunla 1988 yılında Borçlar Kanunumuza eklendiğinden beri insanların kişilik haklarında bir eşitsizlik oluşturduğu eleştirisi ile karşılaşmıştır. İlk bakışta böyle bir eşitsizliğe yol açan bir hüküm gibi görünse de aslında uğranılan manevî zararı tespit etmeye yönelik bir hükümdür. Manevî zarar, maddi zararlar gibi malvarlığı üzerinden belirlenmesi mümkün olmadığından, kişilik hakkı ihlalinin kişinin manevî bütünlüğünü ne kadar bozduğu ya da eksilttiğini belirleyebilmek için hâkime yol gösteren kriterlere ihtiyaç vardır. Ölüm, vücut bütünlüğünün ihlali, nişanlanma, boşanma gibi kanundan doğan manevî tazminat talepleri dışında genel olarak kişilik haklarının ihlali sebebiyle orta çıkan manevî zararın tazmininde hareket noktası olarak belirli kriterlerin tespiti gereklidir. Tarafların sıfatı, işgal ettiği makam, sosyal ve ekonomik durumları bu hareket noktalarını oluşturur. Hâkim buradan yola çıkarak ve diğer unsurlarla (tarafların kusuru, olaya

ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (MK. m. 4, TBK. m. 50, 52, 58) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.”; Y. 2. HD, E. 2013/21542, K. 2014/11957, T.30.05.2014 “O halde mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları dikkate alınarak davalı koca yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.”; Y. 2. HD. E. 2012/7130, K. 2012/26366, T. 07.11.2012 “...bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK. m. 4, TBK. m. 50, 51, 52, 58) dikkate alınarak davacı yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.” Aynı gerekçeye dayanan diğer kararlar:Y. 2. HD, E. 2013/21556, K. 2014/4171, T. 27.02.2014; Y. 2. HD, E. 2013/25004, K. 2013/10440, T. 15.04.2013; Y. 2. HD, E. 2012/13122, K. 2013/241, T. 14.01.2013; Y. 2. HD, E. 2012/3565, K. 2012/23541, T. 04.10.2012; Y. 2. HD, E. 2013/18440, K. 2014/42, T. 13.01.2014; Y. 2. HD, E. 2013/808, K. 2013/13707, T. 14.05.2013 (<http://www.kazancihukuk.com/>).

özgü özel durumlar gibi) tamamlayarak bir tazminat miktarına hükmedecektir. Manevî zararın, maddi zarar gibi somut kriterlerle hesaplanamayacağı gerçeği karşısında başka bir kriter de gözükmemektedir.

6098 sayılı TBK.'nun, 818 sayılı BK. m. 49/II'yi karşılayan 58. maddesinde, tarafların sıfatı, işgal ettiği makam, sosyal ve ekonomik durumun tazminat belirlenirken dikkate alınacağı hükmü kaldırılmıştır. Hükmün kaldırılması gerekçesinde belirtildiği üzere eşitlik mülahazasıyla yapılmıştır. Ancak böylece hâkimlerin manevî tazminatı belirlerken, zararı tespit etmelerine yönelik çıkış noktası ortadan kaldırılmıştır. Bu durum manevî tazminat miktarlarının standartlaşması hatta cetveller halinde belirlenmesi ve belki de buna bakılarak miktarı çok yüksek olmayan kişilik hakkı ihlali çeşidine göre insanların bu ihlalleri bilerek, isteyerek ve göze alarak gerçekleştirmeleri sonucunu bile doğurabilir. Böyle bir durumun adil olmadığına ise şüphe yoktur. Kanaatimiz hükmün kaldırılmasına rağmen, somut olayın şartları uyarınca mahkemelerin verecekleri tazminat kararlarında yine bu kriterleri gözönünde tutacakları yönündedir. Yargıtay'ın 6098 sayılı TBK. yürürlüğe girdikten sonraki pek çok manevi tazminat kararında TBK. m. 58 uyarınca bu esaslara dayandığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

AKINCI Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2013.

AKINCI Şahin: Roma Borçlar Hukuku, Konya 2014. (Kısaltılışı: Akıncı, Roma).

ARIDEMİR Arzu Genç: Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevî Tazminat, İstanbul 2008.

AYRANCI Hasan: Yargıtay Uygulaması Işığında Manevî Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Tarafların Sıfatı, işgal Ettikleri Makam, diğer Sosyal ve Ekonomik Durumlar, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Nisan 2006, sayı: 50 (<http://www.e-akademi.org>) (Erişim Tarihi: 30.11.2013).

BREHM Roland: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Bern 2006.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan: Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, Cilt II, İstanbul 2004.

ERDOĞMUŞ Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2006.

EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

ERTAŞ Şeref: Manevî Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan 1990, sayfa: 65-111.

GUHL Teo/ KOLLER Alfred/ SCHNYDER Anton K./ DRUEY Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.

GÜRSOY Kemal Tahir: Manevî Zarar ve Tazmini, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXX, Yıl: 1973, sayı: 1-4, sayfa: 8.

HATEMİ Hüseyin: Gerçek Kişiler Hukuku, Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2005.

HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage 2011 Basel. (Basler Kommentar).

İŞGÜZAR Hasan: 3444 sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanununun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevî Tazminat Davasının Şartları, Ankara Barosu Dergisi 1990, Sayı:1-6, sayfa 855-876.

KARAYALÇIN, Yaşar: Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, [http:// dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/340/3584.pdf](http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/340/3584.pdf) (erişim tarihi: 21.Ağustos.2014)

KILIÇOĞLU Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

KILIÇOĞLU Ahmet: Manevî Tazminatın Hukuksal Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, Sayı, Yıl: 1984, sayfa: 15-21.(Kısaltılışı: Tazminat)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: Kişilik Haklarını Koruyan Manevî Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. m. 24, BK. m. 49), Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, sayfa:141-180.

NOMER Haluk: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

OĞUZMAN Kemal: İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevî Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan 1990, sayfa: 7-53.

OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2013.

OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2002.

ÖZTAN Bilge: Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara 2000.

SCHWENZER Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2006.

SEROZAN Rona: Manevî Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan 1990, sayfa: 67-101. (Kısaltılışı: Serozan, Tazminat).

SEROZAN Rona: Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, sayfa: 171-176. (Kısaltılışı: Serozan, Sorumluluk)

TAHİROĞLU Bülent: Roma Hukukunda Inuria, İstanbul 1969.

ÜNAL Mehmet: Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1978, Cilt 35, Sayı 1-4, sayfa 397-437.

6331 SAYILI İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU'NA GÖRE ÇALIŞANLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

*Yrd. Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER**

I. Giriş

İş sağlığı ve güvenliği konusunda amaca ulaşmak için çok disiplinli bir gayret gösterme zorunluluğunun yanı sıra, çalışma hayatının tarafları olan devlet, işveren ve çalışanların kendi üzerlerine düşen rolü yerine getirmesi de beklenilmektedir.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda politika, program ve yasal düzenleme belirleme noktasında devletin rolünün en üst seviyede olduğu şüphesizdir. Son dönemde kabul edilen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşması süreci hız kazanmış, çalışma hayatı bu mevzuat doğrultusunda üzerine düşeni yapma gayretine girmiştir.

Devletin oluşturmuş olduğu bu politikaya yön veren en önemli güç olarak işveren tarafını görmekteyiz. Gerçekten de mevzuatın uygulanmasında büyük çoğunlukla işveren tarafına getirilen yükümlülükler dikkati çekmektedir. Hatta 6331 sayılı Kanun'a getirilen en önemli eleştirilerden biri de bu kanunda yer alan işveren yükümlülüklerinin işverenlere ekonomik açıdan oldukça fazla yük yüklemiş olduğudur. Ancak işverenlerin istihdam etmenin sorumluluğunu taşımak zorunda olmaları hukuk sisteminin vardığı kaçınılmaz sonuçlardan biridir. Bu aşamada işverenlerin yükünü hafifletmek için ilk yapılacak şey bazı noktalarda devlet desteğinin işin içine girmesidir. İkincisi ise, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği prosedürüne dahil edilerek sahip oldukları haklar ve üstlenecekleri görevleri artırmak suretiyle sistemdeki rollerini daha aktif hale getirmektir¹.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Avrupa Birliği mevzuatında, hukuk sistemimize de aktarılmış olan çalışan yükümlülükleri yer almaktadır. Bu yükümlülükleri daha aktif hale getirebilmek için ise, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili faaliyetlerde çalışma grubu gibi gönüllü oluşumlarda yer almak, kişisel koruyucu donanım seçimi sürecinde görüş bildirmek, işyerinde çıkarılan dergi, yayın gibi faaliyetlerde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili katkıda bulunmak gibi çalışandan beklenen faaliyetler örnek olarak sayılmıştır. (Worker Participation in Occupational Safety and

Bu çalışmada inceleme konusu yapılacak husus da, iş sağlığı ve güvenliği hukukunda çalışana verilen rolün kapsamı olacaktır. Bu bağlamda, mevzuatın çalışana verdiği haklar mevzuatta çok geniş bir biçimde ele alınmış olduğundan, gerek bu haklar gerekse işveren tarafından çalışanın bu haklardan yoksun bırakılmasının hukuki sonuçları çalışmamızın konusunu oluşturmayacak, sadece hakların neler olduğuna değinilmekle yetinilecektir². Çalışmamızda ayrıntılı olarak, iş sağlığı ve güvenliği politikalarından en etkin sonucu alabilmek için çalışana düşen görevler ve çalışanın bu görevleri yerine getirmemesinin hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

II. Çalışanların hakları

Kanun koyucu tarafından İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun işlerliğini sağlayabilmek için esas itibariyle işverene yükümlülükler getirilmiş ve kanundaki düzenlemelerin büyük kısmı işverenin görevleri olarak sayılmıştır. İşveren için getirilen bu görevleri aslında çalışanlar bakımından da haklar olarak kabul etmemiz mümkündür. Bunlardan en önemlilerinden birkaçını sayacak olursak, ilk olarak; “eğitim alma ve bilgilendirilme hakkı”nı sayabiliriz. Bu hak, en temel hak olarak kabul edilmelidir. Zira bu konuda eğitim verilmemiş ve bilinçlendirilmemiş bir çalışanın iş sağlığı ve güvenliğini sağlamada rol alması mümkün değildir. İkinci olarak “çalışmaktan kaçınma hakkı” kabul edilmiştir ki, 6331 sayılı Kanun m.13’de, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşan çalışanlara işveren veya kurul kararıyla tehlike giderilinceye kadar iş görmekten kaçınma hakkı tanımıştır. Bir başka temel hak ise, işçinin sözleşmesini derhal fesih hakkıdır³. Çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlendiği maddenin devamında, bu hak sadece iş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından tanınmış ve “...talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmeleri feshedilebilir.” ifadesine yer verilmiştir.

Bunlardan başka, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin alınmasında katılım hakkı, idari makamlara başvuru hakkı gibi haklarının da var olduğunu söylemek mümkündür.

Health, European Agency For Safety And Health At Work Publication, 2012, s.11, <https://osha.europa.eu/.../workers-participation>, erişim tarihi, 01.11.2014).

2 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Baycık**, Gaye: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2013, S.3, s.105-170.

3 İşçinin fesih hakkına ilişkin olarak bkz. **Oğuz**, Özgür: AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011, s.151-154.

III. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Alanındaki Yükümlülükleri

A. Genel Yükümlülükler

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu esasen işverenlere yükümlülük yüklemiş olsa da, daha önce de bahsedilmiş olduğu gibi bu konu çalışma hayatının tüm sosyal taraflarının birlikte hareket etmesini gerektirmekte, diğer bir ifade ile kanun tarafların tümüne yükümlülükler yüklemektedir. İşte bu noktada 6331 sayılı Kanun çalışanların yükümlülükleri başlıklı 19. maddesinde çalışanlar için getirilen yükümlülükleri düzenlemiştir⁴.

Maddenin ilk kısmında genel olarak çalışanların kendilerini ve diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemesi yükümlülüğünden söz edilmiştir. İş hukuku açısından bakıldığında, bu konunun işçinin sadakat borcunun kaçınılmaz bir sonucu olduğu görülecektir. Bilindiği gibi sadakat borcu, işçinin işverenine karşı doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmamasıdır⁵. Zira bu borç işçiye işletme içindeki fonksiyonu ve iyiniyet kurallarına göre kendisinden beklenen güvenin derecesiyle orantılı olarak işverenin çıkarlarına hizmet eden tüm tedbirleri almayı yüklemektedir⁶. Somutlaştıracak olursak, sadakat borcu kapsamında işçiden beklenen, işyerindeki zararlı her tehlikeden işvereni zamanında haberdar etmesi ve önlenmesi işçinin elinde olan tehlikelere engel olmasıdır⁷.

Ancak çalışanların kendilerini veya başkalarını tehlikeye düşürmeme yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi de yine başka bir işveren yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasına bağlıdır. Bu da kanunda şu şekilde ifade edilmiştir. Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin talimatları doğrultusunda sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdürler (İSGK.m.19).

⁴ Bu konuda, **Laçiner**, Vedat: Teknik ve Tıbbi İş Güvenliğinin Hukuksal Boyutu, İstanbul 2013, s.101-104.

⁵ **Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, s.144; **Ertürk Arslan**, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010, s.140; **Narmanhoğlu**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012, s.274.

⁶ **Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin: İş Hukuku, Ankara 2012, s.539.

⁷ **Narmanhoğlu**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012, s.274.

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak çalışanlarını nasıl eğiteceği ise 6331 sayılı Kanun'un 17. maddesinde açıklanmış ve bu konuya ilişkin olarak bir de yönetmelik çıkarılmıştır⁸.

Çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak aldıkları eğitim doğrultusunda kendilerini ve başkalarını tehlikeye düşürmemekle yükümlü tutulmuştur. Bu noktada akla şu soru gelmektedir. İşveren üzerine düşen eğitim yükümlülüğünü yerine getirmediyse çalışanın iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüğü hiç doğmamakta mıdır? Kanunun lafzından anlaşılan kanun koyucunun bu konuda bilgisi olmayan ve eğitilmemiş bir kişinin tehlikeye yol açtığını bilmeksizin işyerinde tehlikeye neden olması durumunda bu kanun kapsamında bir sorumluluğunun olmayacağıdır. Ancak ortaya bir zarar çıktığında, genel hükümler çerçevesinde çalışana kusuru oranında sorumlu tutabilme imkânının mevcut olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan bir de şu hususu ele almak gerekmektedir. İşveren tarafından herhangi bir şekilde eğitilmese de daha önceden bu konuda bilgisi olan ya da hayatın olağan akışı gereği eğitime tabi tutulmamış olsa da, tehlikeye yol açtığını takdir eden çalışan açısından sorumluluğun doğabilmesi için yine de eğitim ve talimat alma koşulu aranacak mıdır? Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen işçinin özen borcunun tespitinde kullanılan "işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur." kriterine göre, işverenin işçisinde var olduğunu bildiği genel bir iş sağlığı ve güvenliği bilgisi ve hatta hayatın olağan akışı gereği sıradan ya da eğitilmiş bir kişinin dahi tehlikeye neden olabileceğini öngörebileceği bir durumda eğitim almaya da kişinin sorumlu tutulması gerekebilir. Örneğin şoför olarak görev yapan bir çalışanın emniyet kemeri takma konusunda iş sağlığı ve güvenliği eğitimi almamış olsa da bunu yapması gerektiğini bilmesi artık işverence kendisinden beklenilecek bir durumdur.

Kanunun 19. maddesinde, çalışanların yükümlülüklerini somutlaştırmak için bir açıklamaya yer verilmiştir. Anılan maddeye göre, çalışanların, işveren tarafından verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda yükümlülükleri beş ana başlık altında ele alınmıştır. Anılan hükümler, 89/391 sayılı Çerçeve Direktif'e paralel biçimde düzenlenmiştir⁹.

⁸ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 15.05.2013, RG.28648.

⁹ İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 12.06.1989 tarih ve 89/391 EEC sayılı Konsey Direktifi, OJ. L 183, 29.06.1989. Anılan Direktifin "çalışanların yükümlülükleri" başlıklı 13. maddesindeki düzenlemeler 6331 sayılı Kanuna aynen alınmıştır.

Yükümlülükleri ele almadan önce üzerinde durulması gereken husus, kanun koyucunun bu ifadeleri sınırlı sayı esasına göre düzenleyip düzenlemediğidir. Maddede bunların örnek olarak verildiğine dair bir ifade yer almadığından, bu yükümlülüklerle benzer nitelikteki yükümlülükleri de örneğe yoluya çoğaltmak mümkün görünmemektedir. Ancak yükümlülükleri bu kadar sınırlamak kanunun ruhuna aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle kanaatimizce, 6331 sayılı Kanun'un diğer maddeleri ve bunlar esas alınarak çıkarılan yönetmeliklerde sayılan çalışan yükümlülüklerini de göz ardı etmemeliyiz.

1. İşyerindeki Ekipmanı Uygun Bir Biçimde Kullanmak

6331 sayılı Kanun'un 19/2. maddesinde sayılan yükümlülükleri şu şekilde sıralayarak inceleyebiliriz; ilk inceleyeceğimiz yükümlülük, "İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını kurallara uygun şekilde kullanmak, bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmek."(19/2-a) hükmüdür. Anılan hüküm, ilgili yönetmelikte de şu şekilde ifade edilmiştir; "Makine, tesisat ve kişisel koruyucu donanımı verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda ve amacına uygun olarak kullanır."(İSGHY.m.18/3-ç). Benzer düzenlemeye, TBK.m.396/II'de de yer verilmiştir¹⁰.

2. Kişisel Koruyucu Donanımı Uygun Şekilde Kullanmak

İSGK.m.19/2-b'de ikinci yükümlülük olarak, "Kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak" hükmüne yer verilmiştir .

Kişisel koruyucu donanım, Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin¹¹, 3. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır.

"1) Çalışan tarafından giyilen, takılan veya tutulan, bu amaca uygun olarak tasarımı yapılmış tüm alet, araç, gereç ve cihazları,

¹⁰ "İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür."(TBK.m.396/2).

¹¹ RG. 28895, 02.07.2013.

2) Kişiyi bir veya birden fazla riske karşı korumak amacıyla üretici tarafından bir bütün haline getirilmiş cihaz, alet veya malzemedan oluşmuş donanımı,

3) Belirli bir faaliyette bulunmak için korunma amacı olmaksızın taşınan veya giyilen donanımla birlikte kullanılan, ayrılabilir veya ayrılamaz nitelikteki koruyucu cihaz, alet veya malzemeyi,

4) Kişisel koruyucu donanımın rahat ve işlevsel bir şekilde çalışması için gerekli olan ve sadece bu tür donanımlarla kullanılan değiştirilebilir parçalarını ifade eder.” Kişisel koruyucu donanım, risklerin, toplu korunmayı sağlayacak teknik önlemlerle veya iş organizasyonu ve çalışma yöntemleriyle önlenemediği, tam olarak sınırlandırılmadığı durumlarda kullanılır. İlgili yönetmelikte, çalışanın kişisel koruyucu donanımı doğru kullanma ve koruma yükümlülüğüne ilaveten, çalışanlara kişisel koruyucu donanımda gördükleri herhangi bir arıza veya eksikliği işverene bildirme yükümlülüğüne de yer verilmiştir(KKDY.m.8/3).

3. Ciddi ve Yakın Bir Tehlike ile Karşılaştıklarında Derhal Haber Vermek

Çalışana getirilen bir başka yükümlülük ise, “İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işveren veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek” yükümlülüğüdür. Bu hüküm ayrıca İSGH Yön.m.8/e’de “İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber verir.” şeklinde düzenlenmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesinde çalışanlara ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında iş görmekten kaçınma hakkı tanınmıştır. Bu hakkın kullanılabilmesi için öncelikle çalışanların İSG kuruluna veya işverene başvurmaları gerekir. Şayet ciddi ve yakın tehlike bir de önlenemez durumda ise, çalışanlar kendi kararlarıyla da iş görmekten kaçınabilirler. Belirtmek gerekir ki, çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılabilmesi için sadece ciddi ve yakın bir tehlikenin oluşması gerekirken, çalışanların haber verme yükümlülüğünde ciddi ve yakın bir tehlikeye ek olarak “koruma tedbirlerinde eksiklik görmelerinin de” bildirim yükümlülüğüne dahil edilmiş olduğudur. Bir başka deyişle, koruma tedbirlerinde

eksiklik olması durumu ciddi ve yakın bir tehlike oluşturmasa da çalışan yine de bu eksikliği haber vermelidir. Bunun mümkün olabilmesi için ise, her şeyden önce çalışanların koruma tedbirleri hakkında tam bilgi ve eğitimlerinin olması gerekir.

Öte yandan çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için çalışanın İSG Kuruluna veya işverene bildirimde bulunması aranırken, incelediğimiz yükümlülükte bildirim yapılacak kişiler, işveren veya çalışan temsilcisi olarak ifade edilmiştir. Ancak kanaatimizce, çalışanın iş sağlığı ve güvenliği kuruluna yapacağı başvuru da bu bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması anlamını taşır.

4. Tespit Edilen Noksanlık ve Mevzuata Aykırılıkların Giderilmesi Konusunda İşbirliği Yapmak

Çalışanın bir başka yükümlülüğü de, “Teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen noksanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmaktır” (m.19/2-ç).

Anılan hükümde, çalışanlara işyerinde yapılan teftiş sonrasında tespit edilen eksikliklerin giderilmesi sürecinde işverenle işbirliği yapması yükümlülüğü getirilmiştir. Maddede ifade edilen teftişe yetkili makam, İSGK.m.24’de, “Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişi, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerince yapılır” hükmü gereği iş müfettişleridir.

89/391 sayılı Direktifte yer almayan çalışanların teftişe yetkili makam tarafından tespit edilen eksiklikleri gidermede işverenle işbirliği yapma yükümlülüğü, kanaatimizce, aşağıda belirtilecek olan “Kendi görev alanında iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmak” yükümlülüğünün içinde yer alabilecek bir düzenlemedir. Bu nedenle ayrı bir yükümlülük olarak ifade edilmesine gerek olmadığı kanaatindeyim. Bunun yerine çalışanlara teftiş esnasında gerek işverene gerekse teftişe yetkili personele yardımcı olma yükümlülüğü burada bir kez daha ifade edilebilirdi. Gerçekten, İSGK. m.24’de, “Bu Kanun kapsamında yapılacak teftiş ve incelemelerde, 4857 sayılı Kanun’un 92, 93, 96, 97 ve 107 nci maddeleri uygulanır” hükmüne yer verildiğini görüyoruz. Anılan maddelerde, “Teftiş, denetleme ve incelemeler sırasında ...işçiler ...izleme, denetleme ve teftişle görevli iş müfettişleri ve işçi şikayetlerini inceleyen bölge müdürlüğü memurları tarafından çağrıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek; iş müfettişlerinin birinci fıkrada yazılı görevlerini yapmaları için kendilerine her çeşit kolaylığı göstermek, bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine ge-

tirmekle yükümlüdürler” (İş K.m.92/2) ve “İşçilerin... iş müfettişlerince kendilerinden sorulan hususlar için doğru olmayan cevaplar vererek denetim ve teftişin yapılmasını güçleştirmek veya yanlış bir sonuca vardırarak gibi kötü niyetli davranışlarda bulunmaları yasaktır.” (İş K.m.96/2) hükümleri yer almaktadır.

5. Kendi Görev Alanında İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanması İçin İşveren ve Çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmak

İSGK.m.19/2-son’da yer alan, “Kendi görev alanında iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmak”, yükümlülüğü yukarıda açıkça sayılmayan ve sadakat borcu gereği çalışandan beklenebilecek tüm yükümlülükleri içine alacak biçimde kaleme alınmış torba bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddede sadece işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmaktan söz edilse de, “İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yerine getirmek üzere işveren tarafından görevlendirilen kişi veya OSGB’lerin yapacağı çalışmalarda işbirliği yapar.” (İSGHY.m.8/3-b) denilerek, yönetmelikte bunlar dışındaki kişilerle de işbirliği yapması gerektiği ifade edilmiştir. Esasen çalışandan beklenecek tüm bu işbirliği yükümlülüğü, iş ilişkisinde mevcut olan sadakat borcunun bir sonucudur.

B. Kanunda Yer Alan Diğer Yükümlülükler

1. İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Oluşumlarda Görev Alma

Kanun işverene işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlayabilmek için bazı oluşumları gerçekleştirme görevi vermiştir ki, buna en önemli örnek belli niteliği haiz işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulmasıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik’e göre, bu kurul işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere işveren tarafından oluşturulur. Kurula iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi gibi iş sağlığı ve güvenliği profesyonellerinin yanı sıra, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli çalışan, sivil savunma uzmanı, formen, ustabaşı veya usta gibi işyeri çalışanlarının da katılımı söz konusudur.

Burada tartışılması gereken ilk husus, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı dışında işyerinin çalışanlarının (formen, ustabaşı gibi) bu kurulda görev almalarının zorunlu olup olmadığının belirlenmesidir. Bir başka ifade ile bu kurullarda görev yapmak çalışanlar açısından bir hak mı yoksa yükümlü-

lük müdür? İlgili yönetmelikte¹², formen, ustabaşı veya ustanın, “o işyerindeki formen, ustabaşı veya ustaların yarısından fazlasının katılacağı toplantıda açık oyla seçileceği, seçimle belirlenememesi halinde işveren tarafından atanacağı hükmü yer almaktadır (Y.m.6/5). Bu da göstermektedir ki bu kurullarda anılan vasıflarla yer alma, öncelikle çalışanın tercihine bırakılmışken, isteklinin bulunamaması olasılığında anılan statülerde görev almanın çalışanın tercihine bırakılmayıp, bir zorunluluk haline gelmiştir.

Formen, ustabaşı ve usta dışında kalan diğer kurul üyeleri açısından ise, yönetmeliğin 6/3. maddesinde yer alan, “işveren veya işveren vekili tarafından atanırlar” hükmü gereği kurulda yer almak bir zorunluluktur.

İkinci olarak çalışanın destek elemanı ve bazı durumlarda çalışan temsilcisi olarak görev alma olasılığını ele almak gerekir. Destek elemanı, 6331 sayılı Kanun’un 3/ç maddesinde, “Asli görevinin yanında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda özel olarak görevlendirilmiş uygun donanım ve yeterli eğitime sahip kişi” olarak tanımlanmıştır. Destek elemanı, kanunda açıkça sayılan önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım gibi konularda görev yapacağı gibi benzeri konularda da görev yapacağından bahsedilmektedir. Benzeri konulara örnek vermek gerekirse, risk değerlendirmesi yapacak ekipte destek elemanlarının da bulunması gerektiği ilgili yönetmeliğin 6/ç bendinde yer almıştır¹³. Bunun dışında daha önce de değinildiği gibi Kanun’un 18. maddesi gereği destek elemanı bazı konularda işverene görüş bildirmekle görevlidir.

Yukarıda sayılan görevleri yerine getirmek üzere destek elemanının nasıl belirleneceği ise, işverene bırakılmıştır. İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik¹⁴’in 11. maddesine göre, “İşveren; işyerlerinde tehlike sınıflarını tespit eden Tebliğ’de belirlenmiş olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde 30 çalışana, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde 40 çalışana ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde 50 çalışana kadar; Arama, kurtarma ve tahliye ve yangınla mücadele, konularının her biri için uygun donanıma sahip ve özel eğitilmiş en az birer çalışanın destek elemanı olarak görevlendirir. İşyerinde bunları aşan sayılarda çalışanın bulunması halinde, tehlike sınıfına göre her 30, 40 ve 50’ye kadar çalışan için birer destek elemanı daha

12 İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik, RG. 28532, 18.01.2013.

13 İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği, RG, 29.12.2012, 28512.

14 RG.28681, 18.06.2013.

görevlendirir. İşveren, ilkyardım konusunda da İlkyardım Yönetmeliği¹⁵ esaslarına göre destek elemanı görevlendirir.” Maddede bahsedilen ilk yardım yönetmeliğine göre, Sağlık Bakanlığı’na belirlenen kriterlere göre eğitim almış ve sınavda başarılı olarak sertifika almış kişiler ilk yardım görevlisi olur.

O halde destek elemanı, yukarıda belirtilen koşullara sahip çalışanlar arasından işveren tarafından belirlenir. Burada da tartışılması gereken, çalışanların işverenden gelen destek elemanı olma talebini reddetme haklarının bulunup bulunmadığıdır. Kanaatimizce destek elemanında aranan nitelikleri haiz bir çalışanın görevi reddetmek için sağlık vb. gibi haklı bir nedeni bulunmadıkça görevi kabul zorunluluğu vardır.

Çalışan temsilcisi açısından konuyu ele aldığımızda ise, öncelikle şu tespitleri yapmak gerekir. İSGK.m.20’ye göre, işveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, çalışan temsilcisini görevlendirir.” Görülüyor ki, çalışan temsilcisi açısından da öncelikle çalışanın talebi, eğer yoksa işverenin ataması durumu söz konusudur. Bu durumda, çalışan temsilcisi olabilmek için aranan şartları taşıyan çalışanlar bakımından, işverenin atamasını kabul zorunluluğu söz konusudur.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Alma

6331 sayılı Kanun’un 17. maddesi çalışanların eğitimini düzenlemektedir. Konunun maddede ele alınış biçimi eğitim vermenin işverenlere getirilmiş bir yükümlülük olduğu yönündedir. Söz konusu eğitim tüm çalışanları kapsayan genel nitelikte bir eğitim olabileceği gibi bazı çalışanlar (ör; çalışan temsilcisi, destek elemanı) için özel nitelikli eğitim şeklinde de olabilir.

İş sağlığı ve güvenliğini tam olarak sağlamanın ilk koşulu bu konuda eğitilmiş ve bilinçli olmak olduğuna göre, eğitim vermek her ne kadar işveren için yükümlülük olsa da çalışanlar açısından da eğitimi gerektiği gibi almak bir yükümlülük olarak kabul edilmelidir¹⁶. Zira bu husus, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁷’in 9. maddesinde, “Çalışanlar, uygulamaya konulan eğitim programları

¹⁵ RG.24762, 22.05.2002.

¹⁶ Aynı yönde, **Ertan İren**, “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacağı Müeyyideler”, Sicil Dergisi, Eylül 2006, S.3, s.95.

¹⁷ RG.28648, 15.05.2013.

çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılır, eğitimlerde edindiği bilgileri yaptığı iş ve işlemlerde uygular ve bu konudaki talimatlara uyarlar” hükmü yer almaktadır. Maddedeki açık ifadeden anlaşılıyor ki, çalışanlar işyerinde verilen eğitime haklı bir gerekçeleri olmadıkça katılmak zorundadır. Eğitim sürecinde geçen zaman da çalışma süresinden sayıldığı için çalışanlar çalışma süreleri içinde işverence verilen talimatlara uymakla yükümlüdürler¹⁸. Bu eğitime katılmanın da bir işveren talimatı olduğu şüphesizdir.

3. Bağımlılık Yapan Maddeleri Kullanmama

6331 sayılı Kanun'un 28. maddesi çalışanların işyerine sarhoş ve uyuşturucu madde alarak gelmelerini ve işyerinde bu maddeleri kullanmalarını kesin olarak yasaklamıştır¹⁹. Bu nedenle söz konusu yasak hükmünü çalışanlar açısından bir yükümlülük olarak kabul etmek gerekir. Söz konusu hüküm ne mehz AB Direktifinde ne de 155 sayılı ILO sözleşmesinde yer almaktadır²⁰. Bu hüküm 4857 sayılı Kanun'un 84. maddesinde de yer almaktaydı. İSGK'da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüm hükümler yürürlükten kaldırılınca bu madde de yürürlükten kalkmıştır. Böylece 4857 sayılı Kanunda ortaya çıkan bu eksikliğin giderilmesi için aynı hüküm 6331 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Böylece içki ve uyuşturucu yasağı sadece 4857 sayılı Kanuna tabi olan çalışanlara değil daha geniş bir çalışan grubuna uygulanacaktır.

4. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu, İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Tarafından Verilen Talimatlara Uyuma

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları hakkındaki Yönetmeliğin 12. maddesine göre, kurulun almış olduğu kararlarla ilgili çalışanların uyması gereken yükümlülükler düzenlenmiştir. Maddede, genel bir ifade ile öncelikle, “Çalışanlar sağlık ve güvenliğin korunması ve geliştirilmesi amacıyla iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca konulan kurallar, yasaklar ile alınan karar ve tedbirlere uymak zorundadırlar” denilmektedir (Y.m.12/1). Ardından çalışanların kurulla işbirliği yapma yükümlülüğü açıkça şu şekilde ifade edilmiştir; “İş-

¹⁸ 6331 sayılı Kanun m.18/7'ye göre, “...Eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılır. Eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması hâlinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir.”

¹⁹ İşyerine, sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır (İSGK m.28/1).

²⁰ İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşme, 03.06.1981, TBMM'nin uygun bulma kararı ise, RG., 25345, 13.01.2004.

yerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin belirlenmesi, uygulanması ve alınan tedbirlere uyulması hususunda çalışanlar kurullarla işbirliği yaparlar (Y.m.12/2).”

Yönetmelikte çalışanlar için getirilmiş son yükümlülük ise, “Kurullar tarafından alınan kararlar veya uygulamada karşılaştıkları güçlükler hakkında çalışan temsilcileri aracılığı ile kurula bilgi verme” yükümlülüğüdür.(Y.m.12/3)

Bu yükümlülükler gösteriyor ki, Kurulun çalışmalarında amaca ulaşabilmesinin en önemli koşulu çalışan ile ortak hareket etmesidir. Çalışana bu bilincin kazandırılması için ise eğitilmiş olma ve bilgilendirilmiş olması kadar kanaatimizce, yükümlülüklerinin ihlali sonucu kendisine bazı yaptırımlar uygulanması da gerekir.

Çalışan bakımından ayrıca yerine getirilmesi gereken yükümlülük, İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı tarafından verilen iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili mevzuata uygun talimatlara uymaktır (İSG Hizmetleri Y.m.8/3-a). İşyeri hekiminin vereceği talimatlara örnek olarak, ilk akla gelen, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sağlık muayenelerine katılmaktır (İSG Hiz. Y.m.8/3-c). Ayrıca İşyeri Hekimlerine İlişkin Yönetmelikte²¹ işyeri hekiminin görevleri arasında belirtilen, işyerindeki sağlık riskleri ve sağlık gözetimi konularında hekim tarafından yapılan uyarılara uyma yükümlülüğü söz konusudur (İşyeri Hek. Y.m.9).

İş güvenliği uzmanıyla ilgili olarak da, işyeri hekimiyle benzer biçimde, talimatlarına uyma yükümlülüğü söz konusudur. Örneğin; ilgili yönetmelikte²² bahsedilen iş güvenliği uzmanının görevleri arasında yer alan çalışma ortamı gözetimi, risk değerlendirmesi gibi konularda çalışan, iş güvenliği uzmanının talimatlarını yerine getirmelidir (İş Güv. Y.m.9).

Esasen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının hukuki statüsü her ne kadar o işyerinin bir çalışanı (işçi) olsa da, bu kişilerin aynı zamanda yapmakta oldukları iş açısından işveren vekili oldukları unutulmamalıdır. İş Kanunu’nda işveren vekiline işvereni emir ve talimat vermede temsil etme yetkisi tanındığından, çalışanların bu emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü söz konusudur²³. Bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı da, iş hukukunun genel

21 İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, 20.07.2013, RG., 28713.

22 İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk Ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik, 29.12.2012, RG., 28512.

23 **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2014, s.167.

esasları doğrultusunda belirlenmektedir. Öte yandan, yukarıda sayılan iş sağlığı ve güvenliği profesyonellerinin yanı sıra, destek elemanı, çalışan temsilcisi gibi kişilerce verilen talimatlara uymak da çalışanın bir yükümlülüğüdür. Nitekim bu husus, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin 8/3-b maddesinde, "İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yerine getirmek üzere işveren tarafından görevlendirilen kişi veya OSGB'lerin yapacağı çalışmalarda işbirliği yapar." şeklinde ifade edilmiştir.

IV. Yükümlülükler Aykırılığın Hukuki Sonuçları

İş sağlığı ve güvenliği kurallarının tam olarak uygulanabilmesi için söz konusu yükümlülüklerin ihlali halinde çalışanın hukuki sorumluluğunun ne olacağı diğer bir ifade ile çalışana verilecek yaptırımların belirlenmesi gereklidir. 6331 sayılı Kanunda çalışanların yükümlülüklerini düzenleyen maddeler incelendiğinde, bu yükümlülükler aykırılığın yaptırımının ne olacağı konusunun düzenlenmediği olduğu görülmektedir. Hatta kanundaki pek çok hükmün yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak idari para cezalarını düzenleyen 26. maddede de çalışanlara yönelik bir idari para cezası tespit edilmemiştir. İdari para cezası dışında kalan diğer yaptırımlar ise aşağıda çalışan statüsü göz önünde tutularak incelenecektir.

A. İşçiler Bakımından

Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüklerine aykırılığı sonucu işveren tarafından kendilerine şu temel yaptırımlar uygulanabilir;

1. Disiplin cezası, 2. Tazminat ve 3. İş sözleşmesinin feshi. Öte yandan işçinin bu yükümlülüğüne aykırılık sonucu üçüncü kişiler zarar görmüşse, bu zarar da genel hükümlere göre işçi tarafından tazmin edilip, işçi bazı rücu davalarına da maruz kalabilir. Bu yaptırımların hangilerinin yukarıda sayılan yükümlülüklerin ihlali sonucu ortaya çıkacağını tek tek ele almak gerekmektedir.

1. Disiplin Cezası

İş hukukunda işverenlerin bazı durumlarda işçilere disiplin cezası verme yetkisi, işverenin yönetim hakkına dayanmaktadır. Disiplin cezasının uygulanma esaslarına ilişkin iş mevzuatımızda açık bir düzenleme olmasa da gerek genel hukuk kuralları gerek işyeri iç yönetmelikleri ve öğreti görüşü-yargı kararlarıyla şekillenmiş bazı esaslar mevcuttur²⁴. Buna göre iş sağlığı

²⁴ Disiplin cezasının işverence keyfi bir şekilde verilemeyeceği yönünde, Y.22. HD., 07.02.2014, E.2013/19399, K.2014/1630, Çalışma ve Toplum Dergisi 2014/2, s.455-456;

ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal eden bir işçiye disiplin cezası verilebilmesi için ilk koşul ceza verilmesine ilişkin hukuki bir dayanağın olmasıdır²⁵. 6331 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta işçiye disiplin cezası verileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmasa da, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan ve özellikle ücret kesme cezasını düzenleyen hükümlerde yer alan ve bu cezanın toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde belirtilmesi şartına bağlayan hükümler burada kullanılabilir²⁶. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine uymamanın disiplin yaptırımına tabi olduğu işverence önceden belirlenip işçiye bildirilmiş olmalıdır²⁷. Bu noktada anılan koşula şu yönde bir ekleme yapılabilir. 19. maddede çalışanların yükümlülüğünün ön koşulu olarak bu konuda eğitim ve talimat almış olmalarından bahsedilmektedir. O halde, disiplin cezası uygulanabilmesi de işçilere işverence eğitim ve talimat verilmiş olmasını gerektirir.

İkinci koşul, verilecek cezanın amacıyla sınırlı olması gerektiğidir. İşçiler kendileri veya diğer çalışanların sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürecek bir duruma neden oldukları için disiplin cezasına maruz kalmalıdır. 19. maddede yer alan bu ifadede kanunkoyucu özellikle kendi ve diğer çalışanları tehlikeye düşürme biçiminde bir sınır koymuştur. Bu anlatımdan işvereni, işyerindeki üçüncü kişileri ve işyeri ekipmanını tehlikeye düşürmeme yükümlülüğü olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Kanaatimizce iş güvenliği bir bütün olarak algılanması gerektiği için işverenin söz konusu kişileri tehlikeye düşüren çalışanına da disiplin yaptırımını uygulaması mümkün olmalıdır.

Üçüncü olarak aranması gereken koşul, işçinin kusurlu olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile yükümlülüklerini yerine getirmemesi olasılığında sorumlu tutulabilmesi için kusur sorumluluğunun mu yoksa kusursuz sorumluluğunun mu esas alınacağı tartışması işçiler bakımından söz konusu değildir²⁸. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlü-

toplu iş sözleşmesinde düzenlenmeyen bir cezanın iptal edilmesi gerektiği yönünde, Y.9. HD., 06.12.2010, E.2010/33308, K.2010/36162, Kazancı İçtihat Programı.

25 **Süzek**, Sarper: "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2011, S.1, s.10.

26 Bkz. İş K.m.38, İş K.m.102.

27 **Süzek**, s.11.

28 Bu husus işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda sorumlu tutulabilmesi için tartışılmıştır. İşveren bakımından önem taşıyan bu tartışmalar için bkz. **Baycık**, s.131 vd.; Yargıtay'ın kusur sorumluluğunu kabul ettiği yönündeki görüşü için bkz. YHGK., 03.02.2010, 21-36/67; Y.21. HD. 05.04.2012, 4196/5289, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

lüklerini yerine getirmeyen işçi görevini özenli bir biçimde ifa etmemiş sayılacağından, burada daima kusurlu olarak kabul edilmelidir.

İş hukukunda uygulanan disiplin yaptırımları ise, uyarı, kınama, ücret kesintisi, işin veya işyerinin değiştirilmesi, rütbe indirimi, iş sözleşmesinin askıya alınması, geçici olarak işten uzaklaştırma ve işten çıkarmadır²⁹. İşçinin ihlal ettiği yükümlülüğün tehlikeye neden olma olasılığı derecesine uygun olarak işverence bu yaptırımlardan biri veya tekrarı halinde bir kaç uygulanabilecektir.

Disiplin yaptırımının uygulanmasıyla ilgili olarak iş mevzuatında cezanın mutlaka disiplin kurulu kararıyla verilmesi ya da ceza verilmeden önce mutlaka işçinin savunmasının alınması gibi koşullar aranmamaktadır. Ancak kanaatimizce özellikle büyük işyerleri açısından iş sağlığı ve güvenliği kurulunu konuya dahil etmek isabetli olacaktır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu yönetmeliğinde, kurula işyerinin niteliğine uygun bir iş sağlığı ve güvenliği iç yönerge taslağı hazırlama görevi verilmiştir (Yön.m.8/a). Bu yönergeye iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini ihlal edenler için verilecek disiplin cezaları ve uygulanış biçimi de eklenebilir. Hatta cezanın verilmesinin kurul kararına bağlanması da çalışanların iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili yönetime katılmalarına bir başka olumlu örnek teşkil edecektir.

2. İş Sözleşmesinin Feshi

İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemesinin yaptırımı olarak ilk akla gelen disiplin yaptırımı uygulamak olmalıdır. Bu yaptırımlardan en sonuncusu olarak işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi yolu tercih edilmelidir³⁰.

İş sözleşmesinin feshi ile ilgili olarak ise, 4857 sayılı Kanun'un 25/II-(1) bendinde, "işçinin kendi isteği ve savsaması yüzünden iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi" durumunda işverenin derhal fesih hakkının doğduğu kabul edilmiştir. İş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ifadesinde mutlak olan işçinin bu davranışı sonucu herhangi bir zararın ortaya çıkmasının aranma-

²⁹ **Süzek**, s.10.; **Başbuğ**, Aydın:Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s.147-180.

³⁰ Bu yönde, Y. 22. HD., 03.02.2014, E. 2013/2432, K.2014/130 sayılı kararı, "Davacı işçinin, iş sağlığı ve güvenliğine aykırı davranışlarından dolayı çok sayıda disiplin cezası aldığı, son olarak da yine iş güvenliğine risk oluşturan işyerinde uyuma eylemi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği sabittir. Bu durumda işverence yapılan fesih haklı sayılmaktadır.", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.43, Y.2014/4, <http://calismatoplum.org/yargitay/yargitay43.htm>, erişim tarihi 30.10.2014.

masıdır. Zararın ortaya çıkma olasılığı dahi yeterli görülmüştür. Zarara uğrayan kişinin işçinin kendisinin dahi olması işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmayacaktır³¹.

Ancak zararın aranmaması ve kavramın çok soyut olarak belirlenmiş olması nedeniyle bu hükmün işverenler tarafından kötüye kullanılabilmesi olasılığı göz ardı edilmemelidir. Zira iş güvenliğine ilişkin işçilerin uyması gereken yükümlülükler aykırılıkların tümünde iş güvenliği tehlikeye düşmüş kabul edilirse, bu olasılık daha da artacaktır. Ayrıca pek çok olayda hangi davranışın iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü tespit etmek teknik bir konu olduğundan, bunun işçi ya da işveren tarafından belirlenebilmesi de mümkün olmayabilir. Bu noktada işverenin yapması gereken feshe karar vermeden önce iş güvenliği uzmanı veya işyeri hekimi gibi çalışanlarından görüş almak olmalıdır.

Bu madde hükmüne göre, işçinin sözleşmesinin feshedilmesi için aranan bir başka koşul da, işçinin kendi ihmali veya savsaması yüzünden iş güvenliğini tehlikeye düşürmesidir³². Bir başka deyişle, işçinin bu davranışında kastı ya da ihmali olmalıdır³³.

Soyut ve genel nitelikli bu madde hükmünün yanı sıra, 25/II-(h) hükmü de işverene derhal fesih hakkı verebilecektir. Bu maddeye göre, “işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaktan ısrar etmesi”, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemekte ısrar eden bir işçi açısından derhal feshi gerektirir. İşçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemesi aslında onun doğrudan işyerinde yapmakla görevli olduğu iş tanımına girmese de, maddede geçen yapmakla görevli olduğu görevler” ifadesi, işçinin iş sözleşmesinde belirlenmiş bir görevi biçiminde anlaşılabilmesi gibi, kanundan doğan bir yükümlülük biçiminde de anlaşılabilmesinden, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemek de yapmakla görevli bulunan iş olarak kabul edilebilir³⁴. Örneğin işçinin koruyucu donanımı kullanmamakta ısrar etmesi, eğitim

31 **Süzek**, s.922.

32 “Güvenlik görevlisi olan işçinin mesai sırasında uyması, işin güvenliğini tehlikeye düşürür” şeklinde verilen Yargıtay kararında, iş güvenliğinin bu şekilde tehlikeye düşürülmesi işveren açısından haklı bir fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Y.9. HD., 02.04.2012, E.2010/3023, K.2012/11014, **Çil**, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012), Ankara 2012, s.531.

33 **Narmanhoğlu**, s.459.

34 İşçinin görevinin kanundan doğabileceği yönünde, **Odaman**, Serkan: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Yapmakla Ödevli

programına düzenli olarak katılmaması gibi durumlar bu şekilde değerlendirilebilir.

Maddede altı çizilen husus, işçinin görevini yapması kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesidir. İsrar etme kavramını işverenin mutlaka birkaç kez işçisini ikaz etmiş olması gerektiği, fakat buna rağmen işçinin davranışında değişiklik olmaması biçiminde anlamak gerekir.

Eğitime katılma yükümlülüğünü ele almaya devam edecek olursak, acaba işçinin eğitime katılmış olmasına rağmen eğitim sonrası yapılan değerlendirme sınavında başarısız olması ve eğitimin yenilenmek zorunda kalması olasılığını görevini yerine getirmemekte ısrar etmek biçiminde anlayabilir miyiz? Çalışanların eğitime ilişkin yönetmelikte, “Verilen eğitimin sonunda ölçme ve değerlendirme yapılır. Değerlendirme sonuçlarına göre eğitimin etkin olup olmadığı belirlenerek ihtiyaç duyulması halinde, ... eğitim tekrarlanır (Y.m.12/6).” denilmektedir. O halde işverenin eğitim verme yükümlülüğü bir defa ile sınırlı değildir. Zira aynı yönetmelikte eğitimin amacı “çalışanlarda iş sağlığı ve güvenliğine yönelik davranış değişikliği sağlama ve eğitimlerde aktarılan bilgilerin önemini çalışanlarca kavranması” olarak belirlenmiştir (Y.m.12/5). Şayet, çalışan bu amaçlara ulaşamadıysa işverenin yükümlülüğü de tamamlanmış değildir. Eğitim hususunda çalışan üzerine düşen özeni yerine getirmediği için eğitimde başarısız olduğunda ise, kanaatimizce, işverene işçisinin bu özensiz davranışını cezalandırma hakkı tanınmalıdır. Zira eğitim sürecinde tüm maddi külfet işverenin üzerindedir ve eğitimin hedeflendiği gibi tamamlanmamış olması durumunda zarara ilk uğrayan kişi işverendir. Bu noktada uygulanacak yaptırım olarak ilk akla gelecek olan bir disiplin yaptırımı olabilir. Bunun yetersiz olduğu durumda artık son çare olarak, işçinin sözleşmesinin feshi gündeme gelebilir.

İşçinin görevlerini kendisine hatırlatıldığı halde yapmaması kavramı sadece hiç yapmaması değil, gerektiği gibi yapılmaması biçimde de anlaşılabilirse, işçinin sözleşmesi de eğitim sonucu yapılan sınavda üst üste başarısız olması durumunda 25/II-(h) bendine göre haklı nedenle feshedilebilir. Ancak geçerli nedenle fesih sebepleri olarak kanun gerekçesinde belirlenmiş olan “işçinin yetersizliği” durumu kanaatimizce bu duruma daha uygun düşmektedir. Gerekçede “Öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği” işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli feshe neden olabilecek durumlara örnek gösterilmiştir. O halde sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, aldığı eğitim sonucu dahi gerekli iş sağlığı ve güvenliği bilinci kazanamamış bir işçinin sözleşmesi son

çare olarak işveren tarafından geçerli nedenle feshedilebilir. Diğer çalışanlar bakımından ise uygun bir disiplin cezası verilmesi söz konusu olacaktır.

İşverene haklı nedenle fesih olanağı getiren bir başka madde ise, 25/II-(d) hükmüdür. Bu maddeye göre, işçinin işyerine sarhoş ya da uyuşturucu madde almış olarak gelmesi, bir fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. 6331 sayılı Kanun'un 28. maddesinde konu benzer bir biçimde bağımlılık yapan madde kullanma yasağı olarak ifade edilmiştir.

Yukarıda sayılan haklı nedenle fesih hallerinden başka, bu konuda İş K.m.18'e dayanılarak işveren tarafından işçinin sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesi de mümkün olabilir. Şöyle ki, işçinin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili ihmali İş Kanunu'nun 25/II-(1) maddesinde öngörülen kadar ağır olmamakla birlikte işin ve işyerinin normal düzenini olumsuz etkiliyorsa, İş Kanunu'nun 18/I maddesi uyarınca işçinin davranışlarından kaynaklanan "geçerli nedenle" fesih yoluna gidilebilir³⁵. Bu konuda Yargıtay tarafından verilen bir karara değinmek gerekir. Kararda, işçinin bulunduğu yerde o esnada yanıcı bir tehlikeli madde bulunmasa da, sigara içmemesi gerektiği yönünde verilen işveren talimatına aykırı davranmasını işveren açısından geçerli bir neden sayılmıştır³⁶.

Yukarıda sayılan fesih halleri 4857 sayılı Kanuna tabi işçiler açısından dır. TBK kapsamındaki işçiler açısından olaya baktığımızda, TBK.m.417/2'de yer alan hükmün incelenmesi gerekir. Maddede, "...işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür." denilerek işçilerin yükümlülükleri genel bir biçimde ifade edilmiştir. Bu kanun kapsamındaki işçiler de 6331 sayılı Kanun kapsamında yer aldıkları için bu kanunda özel olarak sayılan tüm yükümlülükler TBK kapsamındaki işçiler için de geçerlidir. Şayet işçi bu yükümlülüğüne aykırı davranırsa, işveren tarafından her somut olaya göre değerlendirilmek koşulu ile sözleşmesi derhal feshedilebilir. Borçlar Kanunu'nda, dürüstlük kurallarına göre, hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen/beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılmaktadır (TBK.m.435/2)³⁷. Bu hükme göre, iş güvenliğini tehlikeye düşürmek veya iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri-

³⁵ İnciroğlu, Lütfü: "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümlerine Aykırı Davranışının Hukuki Sonuçları", <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/123/19/>; Ertan, s.100.

³⁶ Y.9.HD., 21.03.2006,E.2006/ 4640, K.2006/7155, Kazancı İçtihat Programı.

³⁷ TBK'daki haklı fesih nedenlerinin İş Kanunu'ndaki gibi açıkça sayılmadığından, somut olaya göre ve TBK'daki diğer hükümler dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Yürekli, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2014, s.244-248.

ni yerine getirmemek TBK açısından işverene haklı nedenle fesih olanağı sağlayabilecektir.

3. Tazminat

a. Genel Hükümlere Göre Tazminat

İşçinin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirirken iş hukukunun genel ilkelerine göre özenli bir biçimde davranması gerekir. Gereklî özeni göstermediği için ortaya çıkan zarardan sorumludur. Bu husus, TBK. m.400/1'de şu şekilde ifade edilmiştir; “ işçi işverene kusuru ile verdiği her türlü zarardan sorumludur.”

Yukarıdaki açıklamalarımızda haklı nedenle fesih hakkının ortaya çıkabilmesi için iş güvenliğini tehlikeye düşürmüş olmanın yeterli olduğundan bahsettik. Ancak yükümlülüğün ihlali soncunda işçiye tazminat yaptırımını uygulayabilmek için mutlaka bir zararın ortaya çıkması gerekir. Bu zarar, genellikle meydana gelen bir iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ortaya çıkan, zarara sebep olan işçinin veya işyerindeki diğer kişilerin bedensel zararı olabileceği gibi bu kişiler ve işyeri açısından ortaya çıkabilecek malvarlığı zararı da olabilir.

Tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi açısından da TBK. m.400'de şu hususlar kabul edilmiştir; “bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur.”

İşçinin vermiş olduğu zararın tazminine ilişkin olarak 4857 sayılı kanuna tabi olanlar bakımından ise, İş K.m.26/2 hükmü uygulanır. Anılan maddeyi konumuza uyarladığımızda, işçinin iş sözleşmesini iş güvenliği yükümlülüklerine uymadığı için haklı nedenle fesheden işverenin, işçiden tazminat isteme hakkına da sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hüküm fesihle birlikte kullanılan bir haktır. Şayet işveren işçinin sözleşmesini feshetmeden uğradığı zararı talep etmek istiyorsa TBK'nın genel hükümlerine göre tazminat talebinde bulunmalıdır.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorumluluğunun belirlenmesinde, işverende olduğu gibi hukuki tartışmalar söz konusu olamaz³⁸. Zira burada

38 İşverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak sorumluluğunun türü konusunda önceleri kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmişken, son dönemde gerek öğreti ve gerekse Yargıtay kararlarında kusur sorumluluğu ilkesinin hakim olduğu görülmektedir. Bu konu hakkında bkz. **Bayıcık**, s.131-137.

işçinin kusurlu olması gerekmektedir. Ancak kusur kavramına kasıt girdiği gibi işçinin ağır veya hafif ihmali de girmektedir³⁹. Bu noktada, sorumluluğun belirlenmesinde kullanılan ve mevzuatımıza yeni giren “işin tehlikeli olup olmaması” durumu, hafif ihmalin sorumluluğa yol açmayacağı sonucuna götürebilir⁴⁰. Şöyle ki, işin tehlikeli olması, İsviçre Borçlar Kanunda yer alan meslek rizikosunu taşıması olarak değerlendirilebilir. Bu tür işlerde de zarara yatkın olacağından, tehlikeli olmayan bir işe göre sorumluluğun daha farklı belirlenmesi gerekir⁴¹. Maddede ifade edilen “işin tehlikeli olması” kavramı ise kanaatimizce, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı açısından çok tehlike ve tehlikeli sınıfa giren işler olarak anlaşılmalıdır. Öte yandan, Yargıtay kararlarında, hafif-ağır olup olmadığına bakılmaksızın işçinin ihmali hareketinin de işverence iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle haklı feshe olanak tanıdığı kabul edilmiştir⁴².

Bir başka husus, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymayan işçi aleyhine işverenin tazminat yerine cezai şart uygulamasının mümkün olup olmayacağıdır. Cezai şart, iş sözleşmesinde tarafların yükümlülüklerini ifa etmelerini güvence altına almak amacıyla getirilen hukuki yollardan birisidir⁴³. Cezai şartın geçerli olabilmesi için borçlunun asıl borca aykırı davranışının kusurlu olması benimsenmekle birlikte, TBK’da aksinin sözleşmelerle kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. İş sözleşmelerine cezai şart konulmasının

39 **Makas**, Recep: Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 4, s.169. Öğretide **Savaş** ise, İş K.m.26/2’ye dayanılarak yapılan fesih ve ardından istenilecek tazminatla ilgili olarak, işçinin hafif ihmalle zarara yol açmasının onun tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldıracığı görüşündedir. Yazara göre, TBK m.400’de yer alan ve işçinin sorumluluğunu belirleyen kriterler arasında yer alan “işin tehlikeli olup olmaması” ibaresinin tehlikeli işte çalışan bir işçinin hafif ihmalden sorumlu tutulmasını önlemek için getirilmiştir. Yazarın bu görüşüne ilişkin açıklamalar için bkz. **Savaş**, Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, s.123.

40 **Senyen-Kaplan**, E.Tuncay: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanların Yükümlülükleri ve Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2014, S.31, s.43.(Yükümlülük)

41 Masa başı işi yapan bir sekreter ile, tehlikeli hastalıkların tedavi edilmesi içinde çalışan bir kişinin her ikisinin de hafif ihmalden dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Bu yönde, **Senyen-Kaplan**, Yükümlülük, s.43, dn. 25-26, Brühwiler’den naklen.

42 **Arslan Seda**: “Yargıtay kararları Işığında İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi veya İşyerindeki Malları Zarara Uğratması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, Berin Ergin’e Armağan, İstanbul 2014, s.51.

43 **Karagöz**, Veli: “İş Sözleşmesinde Cezai Şart”, Ankara 2006, s.73.

amacı, uygulamada daha çok işçinin fesih hakkını sınırlamak veya işçiye yapılan eğitim giderini garanti altına almak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak cezai şart genel bir ifade ile sözleşmenin ihlaline karşı tarafların sözleşmede belirledikleri özel müeyyidelerden birisidir⁴⁴. Cezai şartın amaçlarından biri de borçlu üzerinde bir baskı unsuru oluşturarak borçluyu ifaya zorlamaktır. Bu zorlama ifayı gerektiği gibi yerine getirmeyi de kapsayacak biçimdedir⁴⁵. Bu durumda kanaatimizce, işçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmesini garanti altına almak için de cezai şart konulabilir⁴⁶. Örneğin kendisine sağlanan koruyucu donanımı kullanmayan işçiye bir cezai şart konulması söz konusu olabilir. İş sözleşmesine konulacak cezai şartın geçerli olabilmesi için Yargıtay, ölçülülük esasını kabul etmektedir. Daha açık bir ifade ile bazı kararlarında hem işçi hem de işveren için cezai şart öngörülmüş olmalı ve cezai şartın miktarının da her iki taraf için dengeli bir miktarda belirlenmiş olması gerektiği yönünde karar vermiştir⁴⁷.

Öğretide de TBK.m.420'de ifade edilen açık hüküm gereği, eğitim giderleri dışında işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılmayacağından bahsedilmiştir⁴⁸. Gerçekten de uygulamada eğitim giderine karşılık olarak cezai şart uygulamasına sıkça rastlanılmaktadır. Söz konusu durumda işçi için yapılan eğitim giderlerinin iş sözleşmesinin feshi halinde işverene ödenmesi kararlaştırılmaktadır. Burada bahsedilen eğitim ise meslek içi eğitimidir. İş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini de meslek içi eğitim kapsamına almak mümkündür. Ancak burada tartışılacak konu şudur ki; 6331 sayılı Kanun'un çalışanların eğitimi başlıklı 17/7. maddesinde, işverenin eğitim maliyetini çalışanlara yansıtamayacağı düzenlenmiştir. Bu ifadeden, iş söz-

44 **Arıcı**, Kadir: "Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması", GÜHFD. C.1, S.1, Haziran 1997, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_1_4.pdf, erişim tarihi, 04.11.2014.

45 **Günay**, C.İlhan: Cezai Şart, Ankara 2002, s.74.

46 Bu noktada konulan cezai şartın disiplin cezasına benzer bir nitelik taşıdığı kabul edilebilir. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi, iş sözleşmesinde kararlaştırılan disiplin cezalarını cezai şart olarak kabul etmiştir, **Doğan Yenisey**, Kübra: İş Hukukunda Cezai Şart, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar-1 Semineri, İstanbul 2012, s.26.

47 Y.9. HD., 07.05.2002, E.2002/2161, K.2002/7195 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Programı.

48 TBK.m.420 ile mevzuata getirilen yeni düzenleme, "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir." hükmüne yer vermiştir. Her ne kadar öğretide bu hükme sadece eğitim giderlerinin karşılanması amacıyla konulan cezai şart için istisna getirilebileceği kabul edilse de, kanaatimizce iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünü yerine getirmeyen işçiler için de cezai şart konulabilir.

leşmesini fesheden işçiye iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bir cezai şart da kararlaştırılmayacağı çıkarılabilir. İşçinin iş sağlığı ve güvenliği eğitiminde olduğu gibi özel bir eğitimden geçmeksizin iş sözleşmesinden kaynaklanan asıl borcunu ifa etmesi mümkün değilse, eğitim giderlerinin geri ödenmesinin kararlaştırılmayacağı kabul edilmelidir⁴⁹. Zira bu eğitimin işçinin mesleki ilerlemesine doğrudan bir katkısı da bulunmamaktadır ve eğitim verilmesi işveren açısından bir zorunluluktur.

b. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Rücu Alacağı

Bu başlık altında ise kısaca iş kazası ve meslek hastalığı sonucu SGK tarafından zarar gören sigortalıya yapılacak yardımlarda Kurumun rücu alacağı nasıl gerçekleşeceğinden bahsedilecektir. Kurumun rücu hakkının gerekliliği ile ilgili şu söylenebilir; bu yolla hem Kurum yapmış olduğu harcamalar neticesinde malvarlığında oluşan eksilmeyi giderecek hem de rücu borçlusu olacak kişiler de sigortalının sağlık ve güvenliğini korumak hususunda daha özenli davranacaktır⁵⁰. Sosyal güvenlik sistemimizde uygulanan rücu, temel olarak Kurumun işverenden veya zarara sebep olan 3. kişilerden zararını talep etmesidir. Zarara sebep olan sigortalı açısından ise, rücu olarak ifade edilemese de kendisine Kurumca yapılacak parasal yardımların verilmemesi veya geri alınması gibi yaptırımlar söz konusu olacaktır.

İnceleme konumuz çalışan yükümlülükleri olduğundan, sadece çalışanın iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu kendine vermiş olduğu zarar, diğer işçilere vermiş olduğu zarar ve nihayet kurumun işverene rücu hakkında işçinin kusurlu davranışının sonuçları üzerinde durulacaktır.

SSGSSK.m.21/4'de, "İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir." denilmektedir. Maddede ifade edilen üçüncü kişi, işverenin zarara sebep olan bir diğer işçisi de olabilir. Bu olasılık, 6331 sayılı Kanununun 19/1.maddesinde, "Çalışanlar, yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür." biçiminde ifade edilmiştir. Örneğin, işyerindeki çalışanlardan birinin makineleri talimatlara uygun kullanmama-

⁴⁹ **Soyer**, Polat: Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Kamu-İş Dergisi, C.5,S.3, Nisan 2000, s.374.

⁵⁰ **Tuncay**, C./**Ekmekçi**,Ö.: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, s.370.

sından ötürü diğer bir çalışan iş kazası geçirdiğinde, zarara uğrayan işçinin tedavi giderleri ve işçiye bağlanacak geçici iş göremezlik ödeneği ile sürekli iş göremezlik geliri ile ilgili olarak, Kurum zarara kusuru ile sebep olan işçiden ilk peşin sermaye değerinin yarısı oranında talepte bulunur.

Kurumun üçüncü kişilere rücu hakkının bulunduğu bir başka durum ise, 5510 sayılı kanunun 39. maddesinde düzenlenmiş olan ve malullük veya vazife malullüğünün üçüncü kişinin kastı ile ortaya çıkması halidir. Bu durumda, sigortalıya bağlanacak malullük aylığının başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı rücu edilecektir⁵¹.

İkinci olarak, kurumun işverene rücu hakkında işçinin kusurlu davranışının varlığı olasılığı ise şu şekilde gerçekleşir. SSGSSK.m.21'e göre, Kurumun rücu hakkının doğabilmesi için öncelikle işverenin kastı veya iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu bir zararın meydana gelmesi gerekir. Ancak işverenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran durumlar gündeme geldiğinde Kurum işverene rücu edemez. Sigortalının müterafik kusuru, diğer bir ifade ile işçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu zarar meydana gelmişse, işçinin kusuru oranında Kurumun rücu alacağından müterafik kusur indirimi yapılır⁵². Böylece işveren büyük bir oranda borçtan kurtulmuş olur⁵³. Ancak kurumun yapmış olduğu bir harcamaya vardır ve bu harcamayı işçinin kusuru nedeniyle işverenden talep edememiştir. Akla gelen soru, Kurumun işverenden karşılamadığı bu zararını işçiden rücu edip edemeyeceğidir. Belirtmek gerekir ki, 5510 sayılı Kanunda Kurumun sigortalıdan rücu hakkı düzenlenmemiştir. Onun yerine sigortalıya Kurumca sağlanacak parasal yardımlarda kesinti yapılır. Bu konuyu düzenleyen 22. maddede tüm kısa vadeli sigorta kollarından sigortalıya yapılacak parasal yardımlarda, yarısından, dörtte birine kadar bir eksiltme yapılacağı düzenlenmiştir. Eksiltmeye neden olacak durumlara örnek olarak, "ağır kusuru yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan veya hastalanan sigortalının kusur derecesi esas alınarak üçte birine kadarı Kurumca eksiltir ve kasdî bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan, hastalanan sigortalıya, yarısı tutarında ödenir." hükümleri gösterilebilir. Sigortalının iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri-

51 **Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu**, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2014, s.568.

52 Bu durum, TBK m.52'de, "Zarar gören, ...zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuşsa... hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir." biçiminde ifade edilmiştir.

53 **Çelik, Nuri**: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s.226.

ni yerine getirmemesini ise “sigortalının ağır kusuru” olarak kabul etmek gerekir⁵⁴.

B. Diğer Çalışanlar Bakımından

1. Genel olarak

İşçiler dışındaki diğer çalışanlar bakımından iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemenin de yaptırımları uygulama alanı bulmalıdır. Bunlar disiplin cezaları ve tazminat yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle, memurların iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışları nedeniyle işten çıkarılmalarının mümkün olmayacağını belirtmek gerekir. Zira devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller, 657 sayılı DMK’nun 125/E bendinde on bir başlık altında sayılmış olup, genellikle devlet yapılanmasına zarar verecek nitelikteki ağır fiillerden ibarettir.

Memurlar dışında kalan sözleşmeli personel ve geçici personele ilişkin olarak da şunları söylemek mümkündür. Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar⁵⁵a göre, sözleşmeli personelin, idari hizmet sözleşmesi⁵⁶ esaslarına aykırı hareket etmesi durumunda, sözleşmelerinin tazminatsız feshedilmesi mümkün olabileceği gibi kamu işverenince sözleşmelerinde belirlenen disiplin hükümleri de uygulanabilecektir⁵⁷.

Geçici personelle ilgili olarak da şu sonuçlara ulaşılabilmektedir⁵⁸. Bu grupta yer alan çalışanlar, “Özelleştirme Uygulamaları Sonucunda İşsiz Kalan ve Bilahare İşsiz Kalacak Olan İşçilerin Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Geçici Personel Statüsünde İstihdam Edilmelerine İlişkin Esaslar”a göre istihdam edilirler⁵⁹. Bakanlar Kurulu’nca alınan 2011/2543 sayılı Karar

⁵⁴ **Olgaç**, Cüneyt/**Bulut**, Mehmet: İş Kazaları Meslek Hastalıkları Uygulamalar ve Rücu Davaları”, Ankara 2013, s.123.

⁵⁵ 6/6/1978-7/15754, RG.16330, 28/6/1978 .

⁵⁶ Sözleşmeli personel ile devlet arasında yapılan sözleşmenin idari bir hizmet sözleşmesi olduğu yönünde, **Günday**, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2013, s.192.

⁵⁷ **İnciroğlu**, Lütfü: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümlerine Aykırı Davranışının Hukuki Sonuçları, Lütfü İnciroğlu Resmi Web Sitesi, <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/123/19/>, erişim tarihi, 08.11.2014.

⁵⁸ Geçici personel bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmetlerde ihtiyaç duyulan belli dönemlerde yoğunluk kazanan fakat süreklilik göstermeyen işlerde çalışan personeldir, (**Sancakdar**, Oğuz: İdare Hukuku, Ankara 2012, s.406).

⁵⁹ 03.05.2004 T., 2004/7898 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

1.1.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan kararın 13'üncü maddesine göre, işlediği suç ve fiillerden dolayı çeşitli Kanun, tüzük ve Yönetmeliklerde devlet memurları için suç sayılan fiil ve hareketler ile yaptırımlar geçici personel için de geçerlidir. O halde, memur için bahsedilen disiplin yaptırımları iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen geçici personel için de uygulanacaktır. Ayrıca bu statüde çalışanlar bakımından ilgili yasal düzenlemenin ek m.6/ç bendine göre, "Hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle bağlı buldukları yöneticileri tarafından yazılı olarak uyarılmasına rağmen söz konusu koşullara uymama halinin tekrarlanması" durumunda hizmet sözleşmesi ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca sözleşmesi tek taraflı feshedilir hükmü yer almaktadır. Görülüyor ki, geçici personel bakımından, İş K.m.25/II-(h)'de yer alan düzenlemeye benzer bir şekilde iş sözleşmesinin feshi yaptırımı uygulanabilmektedir.

2. Disiplin Cezası

Memurların yerine getirmesi gereken ödevlerini düzenleyen DMK'm.11'de, "kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar." hükmü yer amaktadır. Ayrıca DMK'nın 125. maddesinde görevini gerektiği gibi yerine getirmeyen memura verilecek disiplin cezaları düzenlenmiştir. Buna göre, en hafif ceza "uyarma" olarak belirlenmiştir. Uyarma cezasını gerektiren fiil ve hallerden sayılan, "Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak" olarak belirlenmiştir (m.125/A-a). O halde hafif nitelikli iş güvenliği yükümlülüklerinin ihlali durumunda bu hükme dayanılarak uyarı cezası verilebilecektir. Aynı davranışların memurca kusurlu bir biçimde yapılması kınama (m.125/B-a), kasten yapılması durumunda ise aylıktan kesme (m.125/C-a) cezası uygulanacaktır. Göreve sarhoş gelmek, görev yerinde alkollü içki içmek ise, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren bir durum olarak belirlenmiştir⁶⁰ (m.125/D-a). Ancak memurların görevden çıkarılmasını gerektiren durumlar daha farklı konularda düzenlenmiş olduğu için iş güvenliğini tehlikeye düşüren bir memurun görevine son verilmesi statü hukuku açısından mümkün değildir. O halde, görevli memur-

⁶⁰ Görüldüğü gibi aynı fiilden dolayı işçinin sözleşmesi İş K.m.25/II-(d)'ye göre feshedilebilirken, memur açısından sadece kademe ilerlemesinin durdurulması cezası öngörülmüştür.

ların, iş güvenliğini tehlikeye düşürecek davranışları sonucu doğabilecek muhtemel zarar, üçüncü kişilere değil de kendisine yönelik olduğu durumlarda da haklarında disiplin cezası uygulanabileceği göz ardı edilmemelidir. Burada sayılan ve disiplin cezasını gerektiren hususlar “görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek” hükmü kapsamında değerlendirilerek, suçun ağırlık derecesine göre memurun uyarıdan aylıktan kesmeye kadar bir ceza ile tecziye edilmesine sebep olabilecektir⁶¹.

Ayrıca DMK.m.125’de, bu maddede belirlenen disiplin cezasının verilmesini gerektiren fiil ve hallerle nitelikleri ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara aynı türden disiplin cezası verileceği ifade edilmiştir. O halde bu hükme göre, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri yerine getirmeyen memura verilecek disiplin cezası tespit edilirken, memurun aykırı davranışının 125. maddede sayılan hükümlerden hiçbirine girmediği kanaatinde olan idare, anılan bu genel hükme göre dahi disiplin cezasını belirleyebilecektir.⁶²

3. Tazminat

Memurun yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu bir zarar da ortaya çıkmışsa, bu kez tazminat borcu gündeme gelebilecektir. Kişilerin uğradıkları zararlar başlıklı DMK.m.13’e göre, “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır” hükmü düzenlenmiştir. Aynı kanunun 12. maddesinde ise, devlete vermiş olduğu zararın nasıl giderileceği düzenlenmiştir. Maddeye göre, “Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.” hükmü yer almaktadır. Diğer bir ifade ile memurun vatandaşa vermiş olduğu zarar nedeniyle idare aleyhine açılan tazminat davasının memura rücu edilmesi ile idarenin zararı karşılanmış olur⁶³.

61 İnciroğlu, s.2.

62 Bu hükmün kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı olduğu ve kıyas yasağını ihlal ettiği yönündeki haklı eleştirisi için bkz. **Durmuş**, Alper: Memur Disiplin Hukuku, Ankara 2014, s.248.

63 **Günday**, s.627.

VI. Sonuç

İş sağlığı ve güvenliği alanında hedeflenen noktaya ulaşabilmek için işveren çalışan ve devletin işbirliği içinde hareket etmesi gerektiği tartışmasızdır. İstihdam etmenin bir getirisi olarak ve de çalışma ilişkisinin güçlü tarafı olması nedeniyle iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin büyük bir kısmının işveren üzerinde olduğu bir sistem uygulanmaktadır. Ancak bu durumun çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini sağlamadaki rolünü etkisiz hale getirecek boyuta taşınmaması için de 6331 sayılı Kanunda çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülükleri düzenlenmiştir. Zira çalışanları sistemde etkin hale getirmek sadece onlara bazı hakları vermekle gerçekleşmeyecektir.

Genel nitelikli yükümlülüklerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 19. maddesinde sayılmış olduğu görülmektedir. Bu yükümlülükler kanunun kapsamına giren tüm çalışanlar için kendi statüleriyle çalışmamak kaydıyla uygulama alanı bulacaktır. Çalışanlara yükümlülük verilmesi ise ön koşul olarak iş sağlığı ve güvenliği alanında işveren tarafından eğitilmiş olmaları ve talimat almış olmalarına bağlanmıştır. Yükümlülüğün özünü oluşturan husus ise, kendilerinin veya başka çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemek olmaktadır. Bunu gerçekleştirebilmek adına üretim araçlarını doğru biçimde kullanmak, kişisel koruyucu donanımı doğru biçimde kullanmak, ortaya çıkan tehlikelerden yetkilileri haberdar etmek, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili görevli kişilerle işbirliği içinde olmak gibi somut yükümlülükler tespit edilmiştir.

Çalışanın bu madde hükmünden başka kanunda ve ilgili mevzuatta yer alan başka yükümlülükleri de söz konusudur. Bağımlılık yapan madde kullanmama yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun, iş güvenliği uzmanının talimatlarına uyma yükümlülüğü gibi. Öte yandan bir adım daha ileri gidilerek, çalışan bakımından bir hak olarak düzenlenmiş hususların aynı zamanda onlar için yerine getirilmesi gereken yükümlülükler biçiminde kabul edilerek uygulanmasına işlerlik kazandırılabilir. İş sağlığı ve güvenliği alanında eğitim alma hakkını eğitime katılma yükümlülüğü biçimde algılamak, iş sağlığı ve güvenliği alanında yönetime katılma hakkını kurula üye olma, destek elemanı olma gibi konularda yönetime katılma yükümlülüğü olarak değerlendirmek mümkündür. Böylece iş sağlığı ve güvenliği konusunda işveren ve çalışanın hak ve yükümlülükleri karşılıklı hale getirilmiş olacaktır.

Çalışan yükümlülüklerinin tam olarak yerine getirilmesinin sağlanması için, şüphesiz bu yükümlülüğe aykırı davranan çalışanlara yaptırım uygulanması gerekecektir. Ancak kanun koyucu işverenin yükümlülüklerine aykırı-

rı davranması durumunda karşılaşacağı hukuki, idari yaptırımları 6331 sayılı Kanun'da açıkça düzenlemiş olmasına karşın çalışanın yükümlülüklerini yerine getirmemesinin yaptırımından söz etmemiştir. Bu durumda yapılacak şey, çalışanın tabi olduğu hukuki rejimde yer alan yaptırımların uygulanması olacaktır. Ancak bu da aynı ihlal için farklı statüdeki çalışanlara farklı yaptırımların uygulanması gibi eşitlik ilkesine aykırı bir sonucu ortaya çıkaracaktır.

Bundan başka, yaptırımların 6331 sayılı Kanunla belirlenmemesi işverenler bakımından yaptırım uygulama hakkını kullanma yetkisinin keyfi olarak gerçekleştirilmesine yol açabilecektir. Anılan sebeplerden dolayı iş sağlığı ve güvenliği mevzuatımıza çalışan yükümlülüklerini ihlalin yaptırımının nasıl olacağını belirleyen açık, genel ve somut hükümlerin konulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Arıcı**, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, GÜHFD. C.1, S.1, Haziran 1997, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_1_4.pdf, erişim tarihi, 04.11.2014.
- Başbuğ**, Aydın:”Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, Ankara 1999.
- Baycık**, Gaye: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2013, S.3.
- Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014.
- Çil**, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012), Ankara 2012.
- Durmuş**, Alper: Memur Disiplin Hukuku, Ankara 2014.
- Ertan** İren: “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyuma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacağı Müeyyideler”, Sicil Dergisi, Eylül 2006.
- Ertürk** Arslan, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.
- Günay**, Cevdet İlhan: Cezai Şart, Ankara 2002.
- Günday**, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2013.
- Güzel**, A./**Okur**, Ali R./**Caniklioğlu**, N.: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2014.
- İnciroğlu**, Lütfü: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümlerine Aykırı Davranışının Hukuki Sonuçları, Lütfü İnciroğlu Resmi Web Sitesi, <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/123/19/>, erişim tarihi, 08.11.2014.
- Makas**, Recep: ”Türk Borçlar Kanunu Ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları” Gazi Üniversitesi Hukuk Fak. Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 4.
- Karagöz**, Veli: “İş Sözleşmesinde Cezai Şart”, Ankara 2006.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin: İş Hukuku, Ankara 2012.
- Narmanlıoğlu**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012.
- Odaman**, Serkan: “4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin; Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, Tühis Dergisi, C.19, Ağustos-Kasım 2004, S.1-2.

Oğuz, Özgür: AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, İstanbul 2011.

Olgaç, Cüneyt/Bulut, Mehmet: İş Kazaları Meslek Hastalıkları Uygulamalar ve Rücu Davaları”, Ankara 2013.

Sancakdar, Oğuz: İdare Hukuku, Ankara 2012.

Savaş, Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.

Senyen-Kaplan, E.Tuncay: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanların Yükümlülükleri ve Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2014, S.31.

Soyer, Polat: “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, Kamu-İş Dergisi, C.5,S.3, Nisan 2000.

Süzek, Sarper: “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2011, S.1.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2014.

Tuncay, C./Ekmekçi,Ö.: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2013.

Yürekli, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2014.

5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA ATIF (RENVOİ) PRENSİBİNİN UYGULANMASI

*Arş. Gör. Merve ACUN MEKENGEÇ**

ÖZET

Atıf (renvoi) MÖHUK.'da düzenlenen konulardan biridir. Türk Hukuku'nda sadece kişi ve aile hukuku kapsamında ve bir defa uygulanmaktadır. Ancak bu durumun bazı istisnaları vardır.

Hâkim uygulanacak hukuku re'sen tespit etmek ve uygulamak zorundadır. Atfın uygulanması gerekirken uygulanmaması, hukukun yanlış uygulanması anlamına gelir. Bu durum bazı sorunlar yaşanmasına neden olabilir.

Makalede atıf konusu incelenmiş, istisnalarına yer verilmiş, Yargıtay kararlarına değinilmiş, karşılaştırmalı hukukta, milletlerarası sözleşmelerde konunun düzenlenişi ve önerilerimizle birlikte çalışmamız tamamlanmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Atıf (renvoi), kişi ve aile hukuku, milletlerarası özel hukuk

ABSTRACT

Renvoi is a subject that regulated in MÖHUK. It can be applied only on scope of personal and family law and it may be taken into consideration for once, however, this situation has some exceptions.

Judge should determine and apply the applicable law ex-officio. To not to apply the renvoi when it is required means that law does not apply correctly. It may cause some complications.

In this study, the subject of renvoi and it's exceptions are analyzed, related supreme court decisions are mentioned and concluded by mentioning the regulations in the comparative law, international contract and with some suggestions.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı.

KEY WORDS: Renvoi, personal and family law, private international law.

GİRİŞ

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹ (MÖHUK) ile düzenlenmiştir (MÖHUK. m.1/1). Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde Türk hâkimi MÖHUK. hükümlerinden hareket ederek yetkili hukuku tespit edecektir. Somut olaya uygulanacak yetkili hukukun tespit edilmesi yeterli olmayıp, bu hukukun hangi kapsamda dikkate alınacağını belirlemek gerekmektedir. Çünkü MÖHUK. uyarınca tespit edilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin mi yoksa kanunlar ihtilâfi hükümlerinin mi uygulanacağı, uyumsuzluğun türüne göre değişiklik gösterebilecektir. Bu açıdan atfın dikkate alınıp alınmamasının açıklığı kavuşturulması mevcudiyeti hasıl olmuştur.

I. ATIF KAVRAMI

Milletlerarası özel hukuk kuralları bağlanmayı emreden kanuni hükümlerden oluşmakla birlikte,² gerçek ve tüzel kişiler arasındaki yabancılık unsuru içeren hukuku işlemler hakkında uygulama alanı bulmaktadır³. Hâkim uygulanacak hukuku bağlama noktası ve bağlama konusu yardımıyla tespit edecektir. Bu şekilde kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirlenmiş hukuk hâkiminin hukuku ise, hâkim kendi iç maddi hukuk kurallarına göre uyumsuzluğu karara bağlayacaktır. Bağlama kurallarına göre belirlenen yetkili hukukun yabancı hukuk olması halinde, bazı karışıklıklar söz konusu olabilir. Öncelikle uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının mı yoksa maddi hukuk kurallarının mı dikkate alınarak uyumsuzluğun çözümlenmesi gerektiğinin belirlenmesi gerekir.

Kimi hukuk sistemleri uygulanacak hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasını kabul ederken, kimileri ise, kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması esasını kabul etmiş olabilir. Örneğin Türk Hukuku'nda kural olarak, yetkili yabancı hukuku tespit eden hâkimin, o yabancı hukukun maddi

1 RG.T. 12.12.2007, RG. Sayı: 26728.

2 NOMER, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul 2013, s. 95.

3 COLLIER, J. G. **Conflict of Laws**, Third Edition, Cambridge University Press 2001, s. 5.

hukuk hükümlerini uygulaması gerekmektedir. Ancak bazı konularla sınırlı bir şekilde, yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması da kabul edilmiştir. Türk Hukuku'na göre, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır (MÖHUK. m. 2/3). Bu nedenle hâkim karşısına gelen bir uyuşmazlıkta öncelikle konunun kişi ve aile hukuku kapsamında olup olmadığını tespit etmelidir. Şayet konu kişi ve aile hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık kapsamında ise, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanacak ve yetkili kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlık çözümlenecektir. Örneğin, yabancılık unsuru içeren bir boşanma davasında Türk hâkiminin MÖHUK. m. 14 gereği, boşanma davasında yetkili yabancı hukuk olarak İsviçre Hukuku'nu tespit ettiğini varsayalım. Bu durumda hâkim, öncelikle İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu'nda (İsviçre MÖHK.) boşanmaya uygulanacak hukukun düzenlendiği 61 inci maddenin gönderdiği hukukun maddi hukuk hükümlerini uygulayarak uyuşmazlığı çözecektir. İşte, yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınması durumu milletlerarası özel hukukta atıf⁴ (renvoi) olarak ifade edilmektedir⁵.

4 Doktrinde bir devletin hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarının belli bir uyuşmazlığa bir başka devletin hukukunun uygulanmasını öngördüğü durumlarda "atıf" sözcüğünün kullanılmasından kaçınıldığı, oysa bu durumu açıklayabilecek en uygun sözcüğün "atıf" sözcüğü olduğu ileri sürülmüştür. Örneğin MÖHUK. m. 9'da düzenlenen ehliyet konusunda "milli hukuka" yapılan göndermenin atıf olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Türk maddi hukukunda çeşitli kanunlarda atfa yer verildiği de ifade edilmiştir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6/2'nin (mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 9'un) yerleşim yeri konusunda Medeni Kanun'a atıf yaptığı belirtilmiştir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince bir yabancı hukukun uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde "atıf" sözcüğünün kullanılmasından kaçınılmasının nedeni olarak Fransızca "renvoi" sözcüğünün Türkçe'ye atıf şeklinde çevrilmesi gösterilmektedir. Oysaki renvoi sözcüğünün Türkçe'deki "atıf" sözcüğünün özel bir hali olmasına rağmen, "atıf" sözcüğünün genel anlamı yerine sadece özel bir hale özgü olarak kullanılmasının yanlış olduğu söylenerek, bu durum eleştirilmiştir, bkz. AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, (Kanunlar İhtilâfi)**, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 159-160. Makale kapsamındaki incelememizde atıf kelimesini "renvoi" anlamında kullanmış olduğumuzdan örneğin HMK.'daki gibi yapılan atıflar inceleme kapsamımız dışındadır.

5 TANRIBİLİR, Feriha Bilge, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", **TBB Dergisi**, Sayı: 87, Yıl: 2010, s. 203. Benzer ifade için bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 143; TEKİNALP, Gülören/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, İstanbul 2011, s. 44; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul 2012, s. 112 ve 114;

Hukuk sistemlerinin uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla kullanmış olduğu bağlama noktaları arasındaki farklardan kaynaklanan problemleri çözme tekniği olarak da ifade edebileceğimiz atıf prensibi⁶ ilk olarak Fransız Yargıtay'ı tarafından verilen "Forgo" kararı ile ortaya çıkmıştır. Forgo evlilik dışı bir çocuk olup, annesinden dolayı Bavyera vatandaşıydı. Forgo Fransa'da fiili yerleşim yeri tesis etmiş ve geride mirasçı bırakmadan ölmüştü. Forgo'nun mirasçısız terekesinin intikali konusunda Fransız hazinesi ile annesinin civar hısımları arasında uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştı. Miras Bavyera Hukuku'na tabi olursa, söz konusu civar hısımlar mirasçı olacak, Fransız Hukuku'na tabi olursa da Fransız hazinesi mirasçı olacaktı. Fransız hâkiminin, bu davada uyuşmazlığa hukuki yerleşim yeri olarak Bavyera Hukuku'nu uygulaması gerekmekteydi. Ancak, Bavyera kanunlar ihtilâfi sistemi taşınır terekenin intikalinde miras bırakanın fiili yerleşim yerinin bulunduğu hukukun uygulanmasını kabul etmekteydi. Forgo'nun fiili yerleşim yeri Fransa'da olduğundan Fransız Hukuku'nun uygulanması gerekmekteydi. Atfın kabul edilip edilmemesine göre uygulanacak hukukta değişiklik olacaktı. Fransız hâkimi, Bavyera Hukuku'nun kendi hukukuna yapmış olduğu atfı kabul etmiş ve Fransız Hukuku'nu uygulamıştı⁷. Doktrinde Forgo kararından önce de İngiliz mahkemelerinin atfı uyguladığını gösteren kararların olduğu⁸; ancak, bunun genel bir uygulama olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı, kararların pek çoğunda İngiliz mahkemelerinin yabancı hukuk ile iç maddi hukuku kastettiği ifade edilmektedir⁹.

DOĞAN, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 179; CARRUTHERS, M. Janeen, *The Transfer Of Property In The Conflict Of Law*, New York 2005, s. 29-30; AKINCI, Ziya/DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul 2010, s. 4; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul 2013, s. 48.

⁶ COLLIER, s. 20.

⁷ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 143; ÇELİKEL/ERDEM, s. 114; NORTH, Peter/ FAWCETT, JJ, **Cheshire and North's Private International Law**, Thirteenth Edition, 2004, s. 54 - 55; COLLIER, s. 20 vd.

⁸ Atfın uygulanması ilk olarak İngiltere'de yaklaşık olarak 1900'lü yılların en başlarında ortaya çıkmıştır. bkz. SCHREIBER, Ernst Otto, "Doctrines of the Renvoi in Anglo-American Law", **31 Harv. L. Rev.** (1917-1918), s. 523; GRISWOLD, N. Erwin, "Renvoi Revisited", **Harvard Law Review**, Volume LI, 1937-1938, s. 1165.

⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 114-115. İngiliz Hukuku'nda bazı davalarda teorik olarak atfa başvurulabilecekken başvurulmamasının sebebi olarak genellikle taraflarla atfı sonucu uygulanacak hukukun hiçbir ilgisinin olmaması ileri sürülmektedir, bkz. COLLIER, s. 25.

Milletlerarası özel hukuk doktrinine Forgo kararı ile girmiş olduğunu kabul edebileceğimiz atfın kabul edilip edilmemesi, edilecekse sınırlı bir şekilde kabul edilmesi gibi farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde atfın kabul edilmesinin en önemli gerekçeleri olarak, atfın milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet etmesi¹⁰; geri dönen atfın uygulanmasındaki basitlik¹¹; atfın tarafların güvenini koruması ve bu çözümün mantıklı, adil ve ucuz olacağı fikirleri ileri sürülmektedir¹². Atfın amacının taraflarla en sıkı ilişkideki hukuku¹³ uygulamak olduğu da belirtilmektedir¹⁴. Bununla birlikte atfın kabul edilmemesi gerektiğini savunanlar, hâkimin yabancı hukukun hem iç hem de kanunlar ihtilâfi sistemini araştırarak olmasının oldukça güç ve zaman alan bir iş olduğunu¹⁵, tarafların muameleye girişmeleri esnasında hangi hukuk sistemine tabi olacaklarını önceden bilemiyor olmalarının sınırcı durumlara sebep olacağını, hâkimin kendi kanunlar ihtilâfi kurallarından vazgeçip, yabancı bir hukuk sisteminin emrine girmesi için haklı bir

¹⁰ CLARKSON, CMV./ HILL, Jonathan, **Jaffey on the Conflict of Laws**, Second Edition, London 2002, s. 545. COLLIER ise atfın uygulanmasının milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet edeceği fikrine katılmamakla birlikte, atfın uygulanmasının gerekli olduğunu ileri sürenler tarafından bu fikrin kabul edildiğini belirtmektedir, bkz. COLLIER, s. 25. Milletlerarası karar ahengi çok genel bir ifade ile farklı devlet mahkemelerinden çıkan kararlar arasındaki uyumu ifade etmektedir. Atf prensibi milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet edebilecektir. Zira, atfı uygulayacak hâkim, yabancı hukuk düzeninin yürürlükte olduğu ülke hâkimi gibi karar vermelidir. Böylelikle her iki devlet mahkemesinden çıkan kararlar arasında uyum sağlanmış olacaktır. Ancak atfın uygulanmasının her zaman milletlerarası karar ahengini sağlayacağını söylemek de mümkün değildir. Özellikle hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarınca yetkili kılınan ülke hukuku geri dönen ya da devam eden atfı kabul etmiyorsa bu durumda milletlerarası karar ahenginin sağlanması söz konusu olmayacaktır. Aynı yönde bkz. DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 185.

¹¹ ÇELİKEL, Aysel, “*Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda “Atf” Prensibi’nin Uygulanması*”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Sayı: 2, Yıl: 3, 1983, s. 2; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 186.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 121 vd.; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 184 vd.; DOĞAN, Vahit, “*Atf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan**, C: 6, Yıl: 1998, Sayı: 1-2, s. 832 vd.

¹³ Milletlerarası özel hukukta, bir kanunlar ihtilâfi kuralı olaya uygulanacak uygun bir hukuk bulunmasına hizmet etmektedir. Söz konusu bu uygun hukuk olayla maddi ve şahsi bağılılık açısından en yakın (veya daha yakın) olan hukuktur. Doktrinde bu durum en sıkı ilişkili hukuk prensibi olarak ifade edilmektedir, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 15.

¹⁴ BRIGGS, Adrian, **The Conflict of Laws**, New York 2002, s. 17.

¹⁵ COLLIER, s. 23; BRIGGS, s. 15.

durumun olmadığını¹⁶, atfin kabulünün uyuşmazlığın çözümünde iki devletin kanunlar ihtilâfi sistemi arasında adeta bir tenis topu gibi gidip gelmeye sebep olacağını belirtmektedirler¹⁷.

II. ATFIN ÇEŞİTLERİ

A. Maddi Hukuk Atfı- Kanunlar İhtilafı Atfı

Lex fori'nin kanunlar ihtilâfınca yetkili kılınan yabancı hukuk eğer kanunlar ihtilâfi kuralları dahil olmak üzere bir bütün olarak uygulanacak ise, kanunlar ihtilâfi atfı; yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanmaksızın iç maddi hukuk kurallarına yetki tanıyorsa maddi hukuk atfı söz konusu olur¹⁸. Maddi hukuk atfında yabancı hukuka yapılan gönderme doğrudan doğruya onun maddi hukuk kurallarının yetkilendirilmesine neden olmaktadır.

B. İade Atfı- Devam Eden Atfı

Kanunlar ihtilâfi atfının kabul edilmesi halinde, yetkili yabancı hukuk kendisine yetki tanıyan hukuku yetkili görebileceği gibi bir başka ülke hukukunu da yetkili görebilir. İlk durumda geri dönen atfı, (iade atfı) ikinci durumda ise, devam eden atfı söz konusu olmaktadır¹⁹.

¹⁶ Benzer olarak COLLIER, s. 23.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 122 vd. Ayrıca atfin kabul edilmesi halinde, sürekli başka hukuklara göndermenin söz konusu olabilecek olmasından dolayı, uygulanacak hukukun tespit edilmesinde güçlükler yaşanacağı; bu durumun da yasa koyucunun atfı prensibi karşısında önyargılı davranmasına sebebiyet verdiği ileri sürülmektedir, bkz. GIRSBERGER, Daniel/HEINI, Anton/ KELLER, Max/KOSTKIEWICZ, Kren, Jolanta/SHIER, Kurt/VISCHER, Frank/VOLKEN, Paul, **Zürcher Kommentar zum IPRG**, 2. Bası, Zürich 2004, s. 176. Atfı prensibini kabul edenlerin ve reddedenlerin gerekçeleri konusunda bkz., BRIGGS, s. 15 vd.; CLARKSON/ HILL, s. 543 vd; COLLIER, s. 23 vd; GRIWOLD, s. 1167 vd.

¹⁸ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 142; SADROLEŞRAFİ, Ali, “Devletler Özel Hukuku’nda Genel Olarak Atfı Teorisi (Renvoi)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3 Sayı: 1-2, Yıl: 1987, **Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı**, s. 516; DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 181-182. Maddi hukuk atfında, uyuşmazlığı çözecek maddi norm hemen tespit edildiği için, teknik anlamda atfın söz konusu olmayacağı ileri sürülmektedir, bkz. SADROLEŞRAFİ, s. 516.

¹⁹ İade atfın ve devam eden atfın çeşitli tanımları için bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 142; ÇELİKEL/ERDEM, s. 119 vd.; AYBAY/DARDAĞAN, 2008, s. 161-162; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 49. Doktrinde AYBAY/DARDAĞAN iade atfı için geri yollama, devam eden atfı için öte yollama ifadelerini kullanmaktadır, bkz. AYBAY/DARDAĞAN, 2008, s. 161-162.

20 nci yüzyılın başında özellikle Fransa ve Almanya'da iade ve devam eden atfın uygulanması gerekliliği görüşü hakimken, yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu görüş ağırlığını yitirmiştir²⁰.

C. Farazi Atf-Gizli Atf

Farazi atf, hâkimin kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkili olan hukukun, söz konusu uyuşmazlığı usul hukukuna ait kabul etmesi halinde ortaya çıkmaktadır²¹. Usul hukukuna ilişkin konular kural olarak lex fori'nin hakimiyeti altındadır²². Ancak bir hukuk sisteminde usul hukukuna ait bir konu başka bir hukuk sisteminde maddi hukuk kapsamında düzenlenmiş olabilir. Hâkimin hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarınca yetkili kılınan yabancı ülke hukuku, söz konusu uyuşmazlığı usul hukuku kapsamında görebilir. Usul hukukunda lex fori'nin hakimiyeti söz konusu olduğundan, yetkili yabancı hukuk yetkiyi dolaylı olarak hâkimin hukukuna iade etmiş olacaktır²³.

Gizli atfta ise, hâkimin kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili gördüğü hukukun, o konuyla ilgili milletlerarası yetkisinin varlığı halinde, kendi iç maddi hukukunu uygulaması söz konusu olmaktadır²⁴. Başka bir ifade ile, lex causae'nın, olayda milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemesinin olması halinde kendi iç maddi hukukunu uygulaması, hâkimin hukukuna yapılan bir gizli atfi oluşturmaktadır²⁵.

Doktrinde farazi ve gizli atf türlerinin hâkimin kendi hukukunu uygulama arzusunun teorik bir yansıması olduğu ifade edilmektedir²⁶.

20 ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, "Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 22, Sayı: 2, Yıl: 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 39.

21 ÇELİKEL/ERDEM, s. 120; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 183.

22 NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 380; NOMER, Ergin, *Milletlerarası Usul Hukuku*, İstanbul 2009, s. 17; ÇELİKEL/ERDEM, s. 433; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 43; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 319.

23 DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 183.

24 ÇELİKEL/ERDEM, s. 121; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 184.

25 ÇELİKEL/ERDEM, s. 121.

26 DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 184.

D. Tek Dereceli Atıf - İki Dereceli Atıf

Atfın kaç sefer dikkate alınacağı konusu tek dereceli atıf, iki dereceli atıf konusunu gündeme getirmektedir. Hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca yetkili görülen hukuk, uyuşmazlığın çözümünde kendi iç maddi hukukunu yetkili görebilir. Ancak her zaman yabancı hukuk kendisini yetkili görmek zorunda değildir. Zira, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarınca yabancı bir ülke hukukuna yetki tanımak bir öneridir. Yabancı hukuk düzeni bunu kabul edebileceği gibi reddetme yetkisine de sahiptir. Bazen de yabancı hukuk başka bir hukuku yetkili görebilir. İşte bu durumda hâkimin hukukunca yetkili kılınan yabancı hukuk ya kendisine tanınan yetkiyi iade edecek ya da üçüncü bir ülke hukukunu yetkili görecektir. Doktrin de bir görüşe göre, ilk halde iade atıf veya tek dereceli atıf; ikinci halde ise, devam eden atıf ya da iki dereceli atıf söz konusu olmaktadır²⁷. Diğer görüşe göre ise, iade atıf ve devam eden atıf “genel atıf” olarak kabul edilerek, bir kere dikkate alınacak olmasından dolayı atfın tek dereceli olduğu kabul edilmektedir²⁸.

Bu başlık altında İngiliz Hukuku’nda uygulama alanı bulan tam atıftan (total renvoi, double renvoi) kısaca bahsetmekte fayda vardır. Bu atıf şekline göre İngiliz hâkimi kendi kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkilendirmiş olduğu hukukun hâkiminin yerine geçmekte ve uyuşmazlık hakkında o hâkim nasıl karar verecekse o şekilde karar vermektedir. Bu şekilde uygulanan atıf tam atıf olarak kabul edilmektedir²⁹.

Atıf prensibi çeşitli hukuk sistemlerinde tek dereceli, iki dereceli ya da tam atıf şeklinde kabul edilmiş olabilir. Ancak önemli olan atfın uygulanmasında bir sınırlama olmasıdır. Aksi halde, sonsuza dek uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılabilir. Bu nedenle, çeşitli devletler atıf konusunda atfın kaç sefer dikkate alınacağına sınırlama getirmişlerdir.

²⁷ SADROLEŞRAFİ, s. 517; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 184.

²⁸ TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 45; ÇELİKEL/ERDEM, s. 132-133. Benzer şekilde, NORTH/FAWCETT, s. 54-55; CLARKSON/HILL, s. 540-541; DANIEL, Berlingher Remus, “The Renvoi in Private International Law”, *International Journal of Social Science and Humanity*, Vol. 3, No. 1, January 2013, s. 67.

²⁹ COLLIER, s. 21; CLARKSON/HILL, s. 541. Bu konu İngiliz Hukuku’nda atıf prensibinin uygulanması anlatılırken incelendiğinden, burada daha fazla bilgiye yer verilmeyecektir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ileride, “Karşılaştırmalı Hukukta Atıf Prensinin Uygulanması” başlığı paragraf 12-13.

III. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERDE ATFIN UYGULANMASI

Milletlerarası sözleşmeler iki taraflı ya da çok taraflı milletlerarası sözleşmeler şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Özellikle çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespit edildiği durumlarla karşılaşılabilmektedir. Bu durumda atfin dikkate alınıp alınmayacağı meselesi gündeme gelebilmektedir.

Bazı milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukuk konusunda atfin uygulanması kabul edilmişken, bazılarında ise reddedildiği göze çarpmaktadır. Örneğin, “*Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki 05.10.1961 tarihli La Haye Sözleşmesi*” nde³⁰ ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuk olarak bir çok hukuk yetkili kılınmış ve uygulanacak hukuk açısından atfı reddedilmiştir. Sözleşmeye göre vasiyet tasarrufu, vasiyetçinin **vasiyet tasarrufunu yaptığı yer iç hukukuna** uygunsu; vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı anda veya ölümü anında **vatanında bulunduğu devletin iç hukukuna** uygunsu; vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı anda veya ölümü anında **ikametgâhının bulunduğu yer iç hukukuna** uygunsu; vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı anda veya ölümü anında **mutad meskeninin bulunduğu yer iç hukukuna** uygunsu; taşınmazlar söz konusu olduğunda **bu malların buldukları yer iç hukukuna** uygunsu, vasiyetname şekil açısından geçerli olacaktır (Sözleşme m.1). Görüldüğü gibi, vasiyet tasarruflarının şekli konusunda bir çok bağlama noktası yetkili kılınmakla birlikte, yetkili hukukun ilgili bağlama noktasına göre tespit edilen hukukun iç hukuku olduğu üzerinde durulmuştur. Böylelikle Sözleşmede vasiyetnamelerin şekli konusunda atfı reddedilmiştir.

Atfin uygulanmasının reddedildiği bir diğer sözleşme ise, Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme³¹'dir. Türkiye bu sözleşmeye taraftır. Bu Sözleşme hükümleri incelendiğinde atfin dikkate alınmayacağını görmekteyiz. Sözleşme uyarınca **babanın veya ananın milli kanunundaki iç hukuk hükümleri** uyarınca, bu kimselerin evlenmesi ile evlilik dışı bir çocuğun nesebinin düzeltilmesi sonucu doğuyorsa bu nesep düzeltilmesi bütün Âkit Devletlerde geçerlidir. Bu kural, evlenme akdiyle gerçekleşen nesep düzeltmeleri gibi sonradan mahkeme kararıyla yapılan nesep düzeltmelerine de uygulanır (Sözleşme m.1). Bununla beraber, 11 inci maddede

³⁰ Sözleşmenin Yayınlandığı RG. T. 17.01.1983, RG. Sayı: 17931.

³¹ Sözleşmenin Yayınlandığı RG. T. 22.09.1975, RG. Sayı: 15364. Sözleşme Avusturya, Fransa, Hollanda, İtalya, Lüksemburg, Türkiye ve Yunanistan arasında yürürlüktedir, bkz. <http://www.ciecl.org/SignatRatifTablRecapit.pdf>.

öngörülen bildirim veya katılma sırasında, her Akit Devlet, çocuğun, nesep düzeltenlerden olmadığı ispat edilirse; adı geçen Devletin kanunu, ülkesinde yapılan evliliği geçerli saymıyorsa, adı geçen Devletin kanunu, vatandaşının evliliğini geçerli saymıyorsa veya vatandaşlarından birinden olma çocuk, bu Devlet bakımından zina mahsulü ise, nesep düzeltilmesini geçerli saymamak hakkını saklı tutabilir. Söz konusu **Devletin iç hukuku**, böyle bir nesep düzeltilmesini yasaklamadığı takdirde, bu hak kullanılamaz (Sözleşme m.2). **Babanın veya ananın milli kanunundaki iç hukuk hükümlerine** uygun bir nesep düzeltilmesinin geçerliliğinin tanınmaması, ikinci maddede öngörülen şartlar dışındaki nedenlerle hatta, kamu düzeni adına dahi, söz konusu olamayacaktır (Sözleşme m.3). Görüldüğü üzere, sözleşmeye göre uygulanacak hukukun tespiti konusunda atıf reddedilmiştir.

Atfın reddedildiği bir başka milletlerarası sözleşme olarak, küçüklerin korunması amacıyla velayetin kaldırılması ve küçüklerin vesayet altına alınmasını düzenleyen Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi³² örnek olarak verilebilir³³. Türkiye bu sözleşmeye de taraftır. Sözleşmede uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerin düzenlendiği maddelerde Devletlerin kendi iç hukuklarının uygulanacağı belirtilmiştir. Sözleşmeye göre, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devlet'in mahkemeleri ve idari makamları, bu Sözleşmenin 3 üncü ve 4 üncü maddeleri ile 5 inci maddesinin 3 üncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri almaya yetkilidirler (Sözleşme m. 1). Birinci madde kapsamında yetkili olan makamlar, kendi **iç hukukunun öngördüğü tedbirleri alırlar**. Anılan tedbirleri tesis etmek, değiştirmek ve sona erdirmek için gerekli şartları bu **iç hukuk** belirler. Bu tedbirlerin küçüğün üçüncü şahıslarla olan ilişkileri üzerindeki etkileri kadar, kendisine bakan kişiler veya kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini de yine **bu hukuk** düzenlemektedir (Sözleşme m. 2). Küçüğün vatandaşı olduğu **Devletin iç hukukuna göre** kanunen mevcut olan bir otorite ilişkisi, akit devletlerin hepsi tarafından tanınır (Sözleşme m.3). Küçüğün vatandaşı olduğu Devletin makamları, küçüğün yararının gerektirdiğine kanaat getirirler ise, mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamlarına haber verdikten sonra, **kendi iç hukuku uyarınca** küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri ala-

³² RG. T. 21.02.1983, RG. Sayı: 17966. Sözleşme Almanya, Avusturya, Çin Halk Cumhuriyeti (Macao Bölgesi), Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz ve Türkiye arasında yürürlüktedir, bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=39.

³³ Aynı doğrultuda, ATAMAN-FİGANMEŞE, "Atıf", s. 50.

bilmelerine imkan tanınmıştır. Anılan tedbirleri tesis etmek, değiştirmek ve sona erdirmek için **gerekli şartları bu iç hukuk belirler**. Bu tedbirlerin küçüğün üçüncü şahıslarla olan ilişkileri üzerindeki etkileri kadar, kendisine bakan kişiler veya kurumlarla olan ilişkileri üzerindeki etkilerini de **yine bu hukuk** düzenleyecektir. Alınan tedbirlerin uygulanmasını küçüğün vatandaşı olduğu Devletin makamları sağlamakla görevlidir. Bu madde kapsamında alınan tedbirler, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamları tarafından alınmış olan tedbirlerin yerine geçer (Sözleşme m. 4). Bir küçüğün mutad meskeni bir akit Devletten başka bir âkit Devlete nakledildiği takdirde, küçüğün eskiden ikâmet ettiği Devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirler, yeni mutad mesken makamları tarafından kaldırıl-caya veya yerlerine yenileri konuluncaya kadar geçerli olmaya devam eder. Küçüğün eski mutad meskeninin bulunduğu Devletin makamları tarafından alınmış bulunan tedbirler, bu makamlara önceden haber verilmeden kaldırıl-mamaz veya yerlerine yenileri konulamaz. Vatandaşı olduğu Devlet makamlarının koruması altında bulunan bir küçüğün yer değiştirmesi halinde ise, bu makamlar tarafından **kendi iç hukuku uyarınca alınmış bulunan** tedbirler yeni mutad meskeninin bulunduğu Devlette de geçerli olmaya devam eder (Sözleşme m.5).

Milletlerarası sözleşmelerde atıf prensibinin incelenebileceği bir örnek olarak, Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair 1973 Tarihli La Haye Sözleşmesi³⁴ verilebilir. Sözleşme hem küçükleri hem de büyükleri kapsamaktadır. Sözleşme ile saptanan kanun sözleşmenin taraflarından birinin kanunu olmasa dahi, karşılıklılık şartına bağlı olmaksızın uygulama alanı bulacaktır (Sözleşme m.3). Bu nedenle sözleşme “*loi uniforme*” niteliğindedir. Görüldüğü üzere sözleşmenin uygulama alanı çok geniştir. Bu nedenle bu sözleşmede atfın dikkate alınıp alınmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Sözleşmeye göre nafaka yükümlülüğü, nafaka alacaklısının mutad olarak oturduğu yer kanunu uyarınca belirlenecektir (Sözleşme m. 4). Nafaka alacaklısının 4 üncü maddeye göre borçludan nafaka alamaması halinde, müşterek milli kanunu (Sözleşme m. 5); alacaklının 4 üncü ve 5 inci maddelere göre alacaklıdan nafaka alamaması halinde başvuru mercii kanunu uygulanır (Sözleşme m. 6). Burada sözleşmede iç hukukun uygulanacağına dair

³⁴ Sözleşmenin Yayınlandığı RG. T. 06.02.1983, RG. Sayı: 17951. Sözleşme Almanya, Arnavutluk, Estonya, Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Japonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz, Türkiye ve Yunanistan arasında yürürlüktedir, bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=86.

bir bilgi yoktur. Ancak sözleşmenin Türkçe çevirisi hatalı olmuştur³⁵. Zira, sözleşmenin İngilizce’indeki ifade: “**The internal law** of the habitual residence of the maintenance creditor shall govern the maintenance obligations referred to in Article 1” (Sözleşme m. 4) ve “If the creditor is unable, by virtue of the laws referred to in Articles 4 and 5, to obtain maintenance from the debtor, **the internal law** of the authority seized shall apply” (Sözleşme m. 6) şeklindedir³⁶. Görüldüğü gibi burada açıkça “*internal law*” ifadesi kullanılarak, iç hukukun uygulanacağından bahsedilmiştir. Bu nedenle Sözleşmenin 4 üncü ve 6 ncı maddelerinin uygulanmasında atfın reddedildiğini söylemek mümkündür.

İkinci basamaktaki bağlama kuralı olan “*müşterek milli hukukun*” uygulanması konusunda atfın dikkate alınıp alınmayacağı noktasında sözleşmede açıklık yoktur. Doktrinde sözleşmenin 5 inci maddesinin uygulanmasında, sözleşmenin “*loi uniforme*” olması nedeniyle müşterek hukuk yaratma amacı taşıdığı ve bu nedenle atfın önlenmesi gerektiği ifade edilmekteyken³⁷, diğer görüş uyarınca ise, sözleşmede konuya ilişkin başka bir açıklama olmadığı; maddenin lafzından tarafların müştereken tabiiyetinde oldukları hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının gözetilmesi gerektiği ve bu nedenle de iade ve devam eden atfa kısmen izin verildiği ileri sürülmektedir³⁸. Kanaatimizce sözleşmenin 4 üncü ve 6 maddelerinde açıkça iç hukukun yetkili olacağı düzenlenmişken, 5 inci maddede ise buna yer verilmemesi bir an için bilinçli bir hareket olarak değerlendirilebilir. Ancak milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespit edilmesi halinde bu hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağını anlaşılmaması, kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması için ise, Sözleşmede buna yer verilmesi gerektiğinden, “*müşterek milli hukukun*” uygulanması noktasında da atf uygulanmamalıdır. Başka bir ifadeyle, tarafların “*müşterek milli hukukuna*” göre uygulanacak hukuk tespit edilecekse, bu hukukun tarafların milli hukuklarının maddi hukuk hükümleri olarak anlaşılması gerekmektedir.

Türkiye civar (yansoy) hısımlar ile sıhri (kayın) hısımlarına ilişkin nafaka taleplerine uygulanacak hukuk konusunda Sözleşmenin 14 üncü mad-

35 Sözleşmenin Türkçe çevirisi için, bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/turkce_lah24.pdf.

36 Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/lah24_ing.pdf.

37 TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 281.

38 ATAMAN-FİGANMEŞE, “*Atf*”, s. 60.

desine istinaden çekince koymuştur. Bu durumda MÖHUK. m. 19 uygulama alanı bulacak ve atıf dikkate alınacaktır.

Sözleşmeye göre her akit devlet, alacaklı ve borçlu bu devletin vatandaşı iseler ve borçlunun mutad olarak oturduğu yer bu Devlette bulunuyorsa, mercilerinin **kendi iç kanununu** uygulayacaklarını belirten bir ihtirazi kayıt koyabilir (Sözleşme m. 15). Türkiye’de bu maddeye istinaden Sözleşme’ye çekince koymuştur. Böylelikle, nafaka alacaklısı ve borçlusunun Türk olması ve nafaka borçlusunun mutad meskenin Türkiye’de olması halinde Türk Hukuku uygulanacaktır. Bu noktada atıf uygulanmayacaktır. Zira, madde de açıkça iç hukukun uygulanacağı ifade edilmiştir.

Nafaka alacaklısına kamu kurumlarının yapmış olduğu ödemelerin, nafaka borçlusundan talep edilip edilmeyeceği, kamu kurumunu düzenleyen kanuna tabidir (Sözleşme m.9). Doktrinde, bu hukuk ile kastedilenin, kamu kurumunun bağlı olduğu ülkenin maddi hukuku olduğu ifade edilmektedir³⁹.

Prensip olarak milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukuk olarak belirlenen hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının da uygulanacağı düşünülerek hareket edilmişse, sözleşmede bu durum açıkça belirtilir⁴⁰. Ancak milletlerarası sözleşmelerde bu hususa ilişkin açıklayıcı bilgilerin her zaman yer aldığı sonucuna varmak yanlış olacaktır. Doktrinde, bu durumda atfın dikkate alınıp alınmayacağına bir yorum meselesi olarak değerlendirilmesi gerektiği, tereddüt halinde iade atıf ve devam eden atfın bertaraf edileceği, milletlerarası sözleşmelerde bir genel atıftan söz edilmiş olsaydı, taraf devletlerde farklı maddi hukukların uygulanması tehlikesinin ortaya çıkacağı, milletlerarası sözleşmelerde yer alan kanunlar ihtilâfi kurallarının amacının ise, uygulanacak maddi hukuk kurallarının belirlenmesi suretiyle uygulanacak maddi hukukta birlik sağlamak olduğu ifade edilmektedir⁴¹. Özellikle La Haye Sözleşmelerinde genel olarak iç hukuka gönderme yapılmakta ve böylelikle maddi norm atfının ifade edilmiş olduğu gözlemlenmektedir⁴².

39 ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 54.

40 ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 54.

41 NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 149. Milletlerarası sözleşmelerde belirli bir ülke hukukunun uygulanması kabul edilmişse, uyumsuzluğun bu hukuka göre çözümlenmesi gerektiği ve atfın uygulanmasının, ancak açık hükmün varlığı halinde geçerli olacağı ileri sürülmektedir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 127.

42 NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 149; LARKINS, Christopher, “Explain What a “Renvoi” is and Why it is Excluded under the European Choice of Law Rules”, *ec-til.org/.../Christopher-Larkins—Renvoi.aspx*, makalede sayfa numarası verilmemiştir.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ATFIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Atf prensibi pek çok hukuk sisteminde kabul edilmiştir. Ancak her hukuk sisteminde atfin kabul ediliş şekli aynı değildir. Biz burada genel bir bakış açısı elde etmek amacıyla İsviçre Hukuku, İngiliz Hukuku, Alman Hukuku, İspanyol Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku'ndaki bazı düzenlemeler üzerinde duracağız.

İsviçre Hukuku'nda atfın uygulandığı durumlarda yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kuralları dikkate alınacaktır. Ancak yabancı hukukta kamu hukuku karakterli bir kurala atıfta bulunulmuş olması halinde ise, bu kural uygulanmayacaktır (İsviçre MÖHK. m. 13). Genel kural diyebileceğimiz bu kuraldan sonra atf konusunun esas anlamda İsviçre MÖHK. m. 14'de düzenlendiğini görmekteyiz. Bu kapsamda ilk olarak İsviçre Hukuku'nda atf konusunun Türk Hukuku'nda olduğu gibi sınırlı bir şekilde kabul edildiğini söylemek gerekir. İsviçre MÖHK.'un 14 üncü maddesi uyarınca atf iki halde dikkate alınacaktır. Bu durumlardan ilki atfın kabul edileceğinin açıkça düzenlenmiş olduğu hallerdir (İsviçre MÖHK m. 14/1). Örneğin, İsviçre MÖHK.'na göre, İsviçre'de ikamet eden kişinin adı İsviçre Hukuku'na tabidir. İsviçre dışında ikamet eden kişinin adı, yerleşim yerinin bulunduğu ülkenin milletlerarası özel hukukunda belirlenen hukuka tabidir (İsviçre MÖHK. m. 37/1). Bunun dışında miras konusunda da İsviçre Hukuku'nda atfın uygulanması özel olarak düzenlenmiştir. Zira, son yerleşim yeri yurt dışında olan bir kişinin mirası, müteveffanın yerleşim yerinin olduğu yer hukukunun milletlerarası özel hukuk kuralları tarafından belirlenecektir (İsviçre MÖHK. m.91/1). Belirtmek gerekir ki, bu hallerde atfın uygulanması için sayı açısından bir sınırlama getirilmiş ve bir defa uygulanması kabul edilmiştir⁴³.

Atfın kabul edildiği diğer hal ise, kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin konulardır. Ancak bu konuda sadece iade atf kabul edilmiştir. İsviçre Hukuku'nda atf prensibinde konu açısından yapılan sınırlama Türk Hukuku ile aynı iken, sadece iade atfın uygulanmasının kabul edilmesi noktasında Türk Hukuku'ndan ayrılma söz konusu olmuştur. Belirtmek gerekir ki, İsviçre MÖHK. m. 37 hükmü aslında kişiler hukukuna ait bir konudur. İsviçre MÖHK. m. 14/2 tek başına dikkate alındığında sadece iade atfın uygulanması söz konusu olabileceken, Kanun'da özel bir düzenleme olduğundan do-

⁴³ GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SHIER/VISCHER/VOLKEN, s. 177-178.

layı, bu konuda sadece iade atıf değil, devam eden atfın da uygulanması kabul edilmiş olmaktadır⁴⁴.

Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerdeki şekil konusunun düzenlendiği madde (İsviçre MÖHK. m. 119/3⁴⁵) ve sözleşmelerdeki koruma amaçlı olarak yer alan hükümlerdeki (İsviçre MÖHK. m. 124/3⁴⁶) düzenlemelerde atfın uygulanabileceği düzenlenmiştir. Burada atfın kabul edilmesinin nedeni ise, uygulamada devamlılığı sağlamanın devam eden atfın uygulanmasını gerekli kılabilesidir⁴⁷.

Atıf prensibinin uygulanmasını inceleyeceğimiz bir başka hukuk, Avrupa Birliği Hukuku'dur. Ancak çalışmamızda sadece birkaç tüzükte atfın kabul edilip edilmediğini inceleyeceğiz. Avrupa Birliği Hukuku uluslar üstü bir huktur. Bu hukukta topluluğa dahil olan üye devletler, hakimiyet haklarının bir kısmını kendileri tarafından oluşturulmuş olan uluslar üstü kurumlara devretmişler ve bu durumun sonucunda bu kurumların yönetimine katılmayı kabul etmişlerdir⁴⁸.

Avrupa Birliği Hukuku'nun kaynaklarından birini⁴⁹ tüzükler oluşturmaktadır. Tüzüklerde düzenlenen konular üye devletlerde direkt uygulanma imkanına sahiptir⁵⁰. Avrupa Birliği Hukuku'nda sözleşmelere uygulanacak

44 Bkz. GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SHIER/VISCHER/VOLKEN, s. 177.

45 Sözleşmenin şekline ilişkin şartlar, gayrimenkulun bulunduğu yer hukuku başka bir hukukun uygulanmasına izin vermedikçe, bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir. Gayrimenkulun İsviçre'de bulunması halinde sözleşmenin şekli İsviçre Hukukuna tabidir (İsviçre MÖHK. m. 119/3).

46 Sözleşmenin şekli, taraflardan birinin korunması amacı ile özel bir şekil şartına uyulmasını öngördüğü takdirde yalnızca uygulanacak hukuka tabidir, meğer ki hukuk, başka bir hukukun uygulanmasına izin versin (İsviçre MÖHK. m. 124/3).

47 GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SHIER/VISCHER/VOLKEN, s. 177.

48 TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 2000, s. 67.

49 Avrupa Birliği Hukuku'nun kaynakları doktrinde birincil hukuk olarak ifade edilen kuruluş anlaşmaları, ikincil hukuk olarak ifade edilen Avrupa Birliği tarafından konulan kurallar, Avrupa Toplulukları Mahkemesi tarafından tanınmış olan hukukun genel ilkeleeri, Avrupa Toplulukları Mahkemesi kararları, teamüller, Avrupa Birliği'ne üye olmayan devletlerle yapılan uluslararası anlaşmalar ve doktrindir, bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 67. Tüzükler ikincil hukuk kaynakları arasında yer almaktadır, bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 70.

50 Doğrudan uygulanma ile kastedilen, Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin herhangi bir işlemine gerek olmaksızın tüzüklerin üye devletler, üye devletlerde yerleşik veya üye

hukukla ilgili olarak 593/2008 sayılı ve 17.6.2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü⁵¹ (Roma I Tüzüğü), 864/2007 sayılı ve 11.7.2007 tarihli Sözleşme Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (EC Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non- Conctactual Obligation)⁵² (Roma II Tüzüğü) ve 1259/2010 sayılı ve 20 Aralık 2010 tarihli “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü” Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 (Implementing Enhanced Cooperation In The Area Of The Law Applicable to Divorce And Legal Separation)⁵³ (Roma III Tüzüğü) mevcuttur. Bu konular tüzükle düzenlendiğinden, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Çalışma kapsamında sadece atfın bu üç tüzükte kabul edilip edilmediği incelenecektir.

Roma I Tüzüğünde atfın konusu ile ilgili bir madde vardır. Tüzüğün 20 nci maddesinde düzenlenen hükme göre, yetkili kılınan devlet hukukundan, bu devletin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarının anlaşılması gerekir. Tüzük uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça yetkili hukukun kanunlar ihtilâfı değil, iç maddi hukuk kuralları uygulanacaktır.

Roma II Tüzüğünde de atfın kabul edilmemiş, Tüzük hükümlerine göre yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir (Roma II Tüzüğü m. 2). Ancak Roma I’den farklı olarak tarafların aksini kararlaştırabileceklerine ilişkin bir hüküm Tüzük’te yer almamaktadır.

Roma II tüzüğünde atfın reddedilmesinin üç olumlu yanı sayılmıştır. İlk olarak farklı hukuk sistemlerine sahip olunmasından dolayı aynı sorun hak-

devletlerin tabiiyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler, bütün daire ve kuruluşlar ile Topluluk bünyesindeki her organ, yetkili ve kurum için geçerli olması anlamına gelmektedir, bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 71. Bu nedenle Avrupa Birliği’nde bir Tüzük yürürlüğe girdiğinde, üye devletlerin herhangi bir işlemine gerek olmayacak ve direkt uygulanacaktır. Bununla birlikte Avrupa Birliği’ne üye olan devletlerde Tüzük kapsamında olan konularda tüzüklerin öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Tüzük kapsamı dışında kalan uyumsuzluklarda üye devletlerin iç hukukları uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin, Avrupa Birliği’ne üye olan Almanya’da, Roma I, Roma II Tüzüklerinin direkt uygulanacağı EGBGB.’nin 1 inci maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Topluluğa tanınan yetki ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 79 vd.

51 OJ 04.07.2008 L 177.

52 OJ L 199, 31.7.2007.

53 OJ L 343/10 29.12.2010.

kında farklı çözümler benimsenmiş olabileceği, uyuşmazlık ortaya çıktığında önceden uygulanacak hukukun bilinmemesinin taraflar açısından öngörülemez bir duruma sebebiyet verebileceği ifade edilmiş ve atfin reddedilmesi ile bu durumun engellenmiş olacağı belirtilmiştir. İkinci olarak uygulanacak hukukta atfin reddedilmesi ile, uyuşmazlığın daha hızlı bir şekilde çözümlenebileceği ifade edilmiştir. Son olarak ise, atfin reddedilmesi ile devlet menfaatiyle taraf menfaati arasındaki dengenin sağlanmış olacağı ileri sürülmüştür. Son duruma örnek olarak hukuk seçiminin tarafların menfaatine hizmet ettiği ve taraf menfaatinin atfin reddedilmesi ile sağlanabileceği belirtilmiştir⁵⁴.

Roma III Tüzüğü her ne kadar boşanma ve ayrılık sebeplerine uygulanacak hukuku düzenlemiş olsa da, bu tüzük uyarınca da atıf kabul edilmemiştir (Roma III Tüzüğü m. 11). Doktrinde, Tüzük uyarınca maddi hukuk atfının kabul edildiği belirtilmektedir⁵⁵.

Atıf prensibinin uygulanmasını inceleyeceğimiz diğer hukuk İngiliz Hukuku'dur. İngiliz Hukuku'nda⁵⁶ atıf kabul edilmekte birlikte, atfin sınırları da çizilmiştir. Bu hukukta özellikle "forum shopping"⁵⁷'in engellenmesi ve milletlerarası karar ahenginin sağlanabilmesi açısından kabul edilmiş olan atıf prensibi⁵⁸, genel olarak mülkiyet hakkı ve şahsi statünün kabul edildiği hallerde uygulama alanı bulmaktadır⁵⁹. Örneğin, İngiliz Hukuku'nda atıf vasiyetnamelerin şekil ve esasına ilişkin geçerlilik şartlarında⁶⁰, kanuni miras hukukunda, aile hukukuna ilişkin bazı durumlarda uygulanabilmektey-

⁵⁴ LARKINS, sayfa numarası verilmemiştir.

⁵⁵ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, "Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, s. 238.

⁵⁶ İngiltere Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden biri olduğundan, dipnot 49-50'deki bilgiler doğrultusunda iç hukukunun uygulanacağı unutulmamalıdır.

⁵⁷ İngiliz ve Amerikan Hukuklarında uygulanan "forum shopping" genel olarak davacının davasını bir çok yetkili mahkeme arasından, kendi menfaatleri açısından maddi hukuk kurallarının en müsait olduğu yer mahkemesinde açması olarak ifade edilmektedir, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 12 ve s. 477; COLLIER, s. 85; CLARKSON/HILL, s. 5.

⁵⁸ CLARKSON/HILL, s. 545-546.

⁵⁹ BRIGGS, s. 20.

⁶⁰ Vasiyetnamelerin geçerliliğinde atfin uygulandığı davalara örnek olarak bkz. Re Annesley (1926) Ch 692; Re Ross (1930) 1 Ch 377, bkz. NORTH/FAWCETT, s. 61; CLARKSON/HILL, s. 543, dipnot 83.

ken, haksız fiil ya da sözleşmeler alanında uygulanmamaktadır⁶¹. Ayrıca hukuk seçimin varlığı halinde de atfin uygulanması söz konusu olmamaktadır⁶². İngiliz Hukuku'nda atfin uygulanmadığı bir diğer hal ise, hukuki işlemlerin şekli konusudur⁶³. Ayrıca, sigorta alanında, taşınırların satışında, sağlararası ya da ölüme bağlı bağışlamalarda, ipotekte, kıymetli evrak ve şirketler hukuku alanında atfin uygulanması söz konusu değildir⁶⁴.

Atıf prensibi İngiliz hâkimlerince, incelemiş olduğumuz diğer hukuk sistemlerine göre daha değişik şekilde uygulanmıştır. İngiliz hâkimler, kendilerini, İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkilendirilmiş olan hukukun hâkiminin yerine koyarak bir değerlendirme yapmış ve dava o mahkeme çözümlenecek olsa idi nasıl karar bağlanacaksa, o şekilde hareket edilmesi gerektiği şeklinde yorumlamışlardır. Bu uygulamanın sebebinde hukukun bir bütün olarak uygulanması prensibinin yattığı kabul edilmiştir. Böylelikle, İngiliz hâkimlerince, İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği kanunun sisteminde eğer atıf kabul edilmiş ise, söz konusu kanun bir bütün olarak uygulanacağı için, bu ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralları başka bir ülkenin kanunlar ihtilâfi kurallarına göndermede bulunacak ve bu son ülkenin hukukunun maddi hukuk kuralları uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Bu durum tam atfin (total renvoi) uygulanması anlamına gelmektedir. Bu teori aynı zamanda “foreign court theory” olarak da ifade edilmektedir. Ancak, İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği kanunda atıf prensibinin uygulaması yok ise, söz konusu kanunun maddi hukuk kurallarının uygulanması kabul edilmiştir⁶⁵.

61 NORTH/FAWCETT, s. 64-66; COLLIER, s. 27. Ticari alanlarda atfin dikkate alınmayacağı konusunda bkz. CLARKSON/HILL, s. 15.

62 BRIGGS, s. 20-21; DANIEL, s. 68. Doktrinde hukuk seçiminin varlığı halinde de taraflara seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasının kararlaştırılması yetkisinin verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir, bkz. NORTH/FAWCETT, s. 60-61. İngiliz Hukuku'nda, yapılan bir sözleşmede uygulanacak hukuk seçilmişse, seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulama alanı bulacağı 1984, 1 AC 50 House of Lords (Lords Diplock, Wilberforce, Roskill, Brandon and Brightman) kararına konu olmuştur. Anılan kararda, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak Fransız Hukuku'nu seçmişlerdir. Uyuşmazlık Fransız Hukuku'nun kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı noktasında çıkmıştır. Bu konuda mahkeme, Fransız Hukuku'nun maddi hukuk hükümlerinin uygulanarak uyuşmazlığın çözümlenmesine karar vermiştir. Ayrıca, sözleşmeler hukukunda atfin yeri olmadığı kararda ifade edilmiştir, bkz. WILD, Charles, **Conflict of Laws, 150 Leading Cases**, London 2003, s. 16.

63 DANIEL, s. 68.

64 NORTH/FAWCETT, s. 64.

65 COLLIER, s. 21; CLARKSON/HILL, s. 541.

Tam atıf teorisi ilk kez 1926 yılında Re Annesley⁶⁶ kararında uygulanmıştır. Söz konusu olayda bir İngiliz vatandaşı Fransa'da ölmüştür. Bu kimşenin yerleşim yeri (domicile) İngiliz Hukuku'na göre Fransa'da, Fransız Hukuku'na göre ise, İngiltere'de bulunmaktadır. Zira, Fransız hükümeti yerleşim yerinin Fransa'ya getirilebilmesi için 1927 yılından önce yetki belgesi edinilmesi şartını getirmiş fakat söz konusu İngiliz vatandaşı bu yetki belgesini edinmemiştir. Bu kimse ölümünde önce bir vasiyetname yapmıştır. Vasiyetnamesinde malvarlığının üçte ikisini çocuklarına bırakmış ancak geri kalanından tasarruf etmiştir. Bu vasiyetname İngiliz maddi hukukuna göre geçerli olmasına rağmen, Fransız maddi hukukuna göre geçersizdir. Olayda İngiliz hâkimi Fransız kanunlar ihtilâfi hukukunu yetkili görmüştür. Fransız hâkimi gibi hareket eden İngiliz hâkimi Fransız kanunlar ihtilâfi kurallarına göre ölen kişinin milli hukukunu yetkili saymıştır (ölenin milli hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarına yetki tanımış). Kişinin milli hukuku İngiliz Hukuku'dur. İngiliz kanunlar ihtilâfi kuralları da Fransız Hukuku'nu yetkili gördüğünden, Fransız maddi hukukuna göre uyuşmazlık çözümlenmiştir⁶⁷.

İngiliz Hukuku'nda atfın uygulanması yaygın değildir. Zira, atfın uygulanabileceği alan sınırlı olmakla birlikte, bu alanda da uygulanabilmesi için taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir⁶⁸. Bir başka ifade ile hâkimin atfi re'sen dikkate alması söz konusu değildir. Örneğin, Lordlar Kamarası ile ilgili olan Quazi ve Quazi davasında⁶⁹ uyuşmazlık boşanma ile ilgilidir. Taraflar atfın uygulanmasını ileri sürmedikleri için, hâkim Tayland Hukuku'nun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasını bir zorunluluk olarak görmemiş ve uygulamamıştır⁷⁰.

Birleşik Krallık gibi federal sistemi benimsemiş ülkelerde atfın uygulanması halinde, yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının milli hukuka yapacağı göndermenin anlamının, bu sistemlerden biri olarak anlaşılması gerekeceği ifade edilmektedir. Örneğin, Re O' Keefe davasında İngiliz vatandaşlığındaki bir kadın İtalya'da ikamet etmekteyken ölmüştür. İngiliz kanunlar ihtilâfi kuralları, menkullerinin mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıkta kadın ölmeden önce İtalya'da ettiğinden, İtalyan Hukuku'nu yetkili görmüştür. İtalyan hukukunda ise, miras konusunda ölenin milli hukuku yetkilidir

⁶⁶ Re Annesley (1926) Ch 692; NORTH/FAWCETT, s. 61, dipnot 17.

⁶⁷ NORTH/FAWCETT, s. 61.

⁶⁸ COLLIER, s. 21; CLARKSON/HILL, s. 524.

⁶⁹ (1980) AC 744, (1979) 3 All ER 897.

⁷⁰ CLARKSON/HILL, s. 15-16.

ve atıf reddedilmiştir. Ancak İngiliz Hukuku'nu uygulayacak hâkim için bazı sıkıntılar vardır. Zira, kadın Hindistan'da doğmuş, kendisi doğduğunda babası İrlanda'da yaşadığından kadının yerleşim yeri (domicile) İrlanda'dadır. Kadın İrlanda'ya sadece kısa bir ziyaret yapmıştır. Yerleştiği tek ülke İtalya'dır. Hâkim İrlanda Hukuku'nu uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenmiştir⁷¹.

Atıf prensibini inceleyeceğimiz bir diğer hukuk Alman Hukuku'dur. Alman Hukuku'nda da atfın uygulanması kabul edilmiştir. Bu hukuk sisteminde atfın uygulama alanı bulabileceği alanlarla ilgili bir sınırlamaya Kanun'da yer verilmemiş, yabancı hukukun uygulanması gerektiği hallerde Alman kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanacağı düzenlenmiştir⁷² (EGBGB. m. 4/1). Ayrıca Alman Hukuku'nun kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları Alman Hukuku'na iade atıf yapması halinde ise, Alman maddi hukuk kuralları uygulanacaktır (EGBGB. m. 4/1).

Alman Hukuku'nda uygulanacak hukuku seçme imkanı verilen bazı haller söz konusudur. Ancak uygulanacak hukuku seçme imkanı verilen hallerde, seçilen bu hukukun sadece maddi hukuk hükümleri uygulanacak, kanunlar ihtilâfi kuralları ise uygulama alanı bulmayacaktır (EGBGB. m. 4/2). Bu konuda taraflara "bu durumun aksini kararlaştırma imkanı" Kanun'da tanınmamıştır.

Bir uyuşmazlık konusunda Alman kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukuk birden fazla bölgesel birime ayrılmışsa, bu durumda hangi hukuk sistemine gidileceği de Kanun'da düzenlenmiştir. Şöyle ki öncelikle bölgesel birime ayrılan devlet hukukun kurallarına göre belirleme yapılacaktır. Şayet söz konusu devlet hukukunda bu konuda bir belirleme yoksa, bu takdirde en sıkı ilişkili hukuka göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir (EGBGB.m. 4/3). Bu nedenle, bir uyuşmazlık hakkında Alman kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanacak hukuk olarak bölgesel birime ayrılan bir hukukun uygulanmasını gerekli kıldığında, öncelikle bu devletin hukukuna bakılacaktır. Hangi bölgesel birimin hukukunun uygulanacağı konusunda söz konusu devlette bir belirleme yapılmışsa o hukuka göre uygulanacak hukuk tespit edilecek ve söz konusu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukuk uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Şayet bölgesel birime ayrılan devlette hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir belirleme yapılmamışsa, uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili bölgesel hukuk tespit edilecek ve o hukukun kanunlar

⁷¹ COLLIER, s. 23-24.

⁷² Alman Hukuku'nda yer alan bu düzenleme mülga 2675 sayılı MÖHUK.'un yürürlükte olduğu dönemde kabul edilen sistemle uyum göstermektedir, bkz. ileride dipnot, 111.

ihtilâfi kuralları uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Benzer uygulama Türk⁷³ ve İngiliz Hukuklarında da söz konusudur⁷⁴.

Son olarak inceleyeceğimiz hukuk İspanyol Hukuku'dur⁷⁵. İspanyol Hukuku'nda kural olarak iade atıf kabul edilmiştir. Ancak kanunda "dikkate alınma" ifadesi kullanıldığından, atfin makul, adil ve zorunlu olduğu takdirde uygulanması esası benimsenmiştir. İki dereceli atıf (second- degree) ise sadece kıymetli evrak alanında kabul edilmiştir⁷⁶.

V. TÜRK HUKUKUNDA ATFIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un birinci kısmının birinci bölümü genel hükümleri düzenlemektedir. Genel hükümler toplam sekiz madde olup sırasıyla, Kanun'un kapsamı (MÖHUK. m.1), yabancı hukukun uygulanması (MÖHUK. m. 2), değişken ihtilâflar (MÖHUK. m. 3), vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk (MÖHUK. m.4), kamu düzenine aykırılık (MÖHUK. m. 5), Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları (MÖHUK. m. 6), hukuki işlemlerde şekil (MÖHUK. m.7) ve zamanaşımı (MÖHUK. m.8). Bu hükümler arasında atıf konusu "yabancı hukukun uygulanması" başlığı altında ikinci maddede düzenleme alanı bulmuştur.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre; "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır". Görüldüğü gibi bu düzenlemede atfin konu ve sayı bakımında sınırlandırılması söz konusudur. Doktrinde kişi ve aile hukuku kapsamındaki her konuda atfin uygulanmak zorunda olması eleştirilmiştir. Ayrıca diğer alanlarda da uygulanma imkanının olmaması bir eksiklik olarak görülmüştür⁷⁷.

⁷³ MÖHUK. m. 2/5 gereği; "Hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu halinde ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır".

⁷⁴ CLARKSON/HILL, s. 6-7.

⁷⁵ İspanya da Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelerden biridir. Bu nedenle dipnot 49-50'de yapmış olduğumuz açıklamalar İspanyol Hukuku açısından da geçerlidir.

⁷⁶ http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_spa_en.htm#2.2.

⁷⁷ EKŞİ, Nuray, **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku**, İstanbul 2013, s. 84. EKŞİ, MÖHUK. m. 2/3'deki düzenleme yerine, "hakim, hukuki ilişkinin özelliklerine göre tarafların menfaatleri ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde uygulan-

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk yabancı hukuk olabileceği gibi, Türk Hukuku da olabilir. Ancak, atfın uygulanabilmesi için uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması gerekmektedir. Zira MÖHUK. m. 2/3'deki hüküm **“uygulanacak yabancı hukukun...”** şeklinde başlamaktadır. Örneğin taraflardan birinin Türk diğerinin Alman vatandaşı olduğu bir nişanlılık ilişkisinde, nişanın bozulması ihtimalinde, verilen hediyelerin iadesi nişanlılığın hükümleri kapsamında değerlendirilecektir⁷⁸. Bu durumda nişanlıların müşterek milli hukukları olmadığından, Türk Hukuku kapsamında uyuşmazlık çözümlenecektir (MÖHUK. m. 12/2). İşte, hâkimin bu usulle Türk Hukuku'nu tespit etmesinden sonra atfı uygulaması söz konusu olmayacaktır. Zira, atfı uyuşmazlık konusunda yabancı hukukun yetkili olması halinde uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca, MÖHUK. m. 2/3'de yer alan **“uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması...”** ifadesinden, başka bir hukukun hâkimin hukuku olabileceği gibi, üçüncü bir devletin hukukunun da olabileceği sonucu çıkarılmaktadır⁷⁹.

A. Atfın Konu Bakımından Sınırlandırılması

Türk hâkimi önüne gelen olayda, söz konusu uyuşmazlığın kişiler hukuku veya aile hukukuna ilişkin olup olmadığını *lex fori*'ye göre yapacağı vasıflandırma sonucunda tespit edecektir. Bu nedenle kendi hukukunu uygulayarak vasıflandırmasını yapacak olan Türk hâkimi, uyuşmazlığın kişiler hukuku ya da aile hukukuna ilişkin olup olmadığını Medeni Kanun⁸⁰'da (MK.) kişiler hukuku ve aile hukuku başlıkları altında yer alan konular kapsamında değerlendirecektir. Şayet söz konusu uyuşmazlık burada düzenlenen bir konuda ise, atfı dikkate alacak, değilse atfı dikkate almayacaktır.

Medeni Kanun'un birinci kitabı kişiler hukukunu, ikinci kitabı ise, aile hukukunu düzenlemektedir. Bu başlıklar altında olan her konu Türk Hukuku açısından kişi ve aile hukuku kapsamında değerlendirilecektir. MK.'da kişiler hukuku ve aile hukuku başlığı altında düzenlenen konulara örnek olarak; ehliyet, gaiplik, nişanlanma, evlenme, boşanma, nafaka, evlat edinme, mal

cak hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını dikkate alabilir” hükmünün konulması ile atfı prensibinin uygulanmasından kaynaklanacak zorlukların en aza indirgenebileceğini ve atfın uygulanmasının gerekeceği bütün hallerde atfın dikkate alınmasına olanak tanımış olacağını belirtmektedir, bkz. EKŞİ, s. 84.

⁷⁸ AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 13.

⁷⁹ Aynı yönde, ÇELİKEL, s. 2.

⁸⁰ RG.T. 08.12.2001, RG. Sayı: 24607.

rejimleri, soybağı verilebilir. Örneğin, söz konusu uyuşmazlık nişanlanma ise, nişanlanma MK.'da aile hukuku kapsamında düzenlendiği için, atıf dikkate alınacakken; miras konusu⁸¹ MK.'da üçüncü kitapta düzenlendiği için, atıf dikkate alınmayacaktır. Yine aynı şekilde, sözleşmeler, sebepsiz zenginleşme, haksız fiiller gibi konularda da atıf uygulanmayacaktır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da atfın uygulama alanı bulabileceği konular sırasıyla ehliyet (MÖHUK. m. 9), vesayet, kısıtlılık, kayımlık (MÖHUK. m. 10), gaiplik (MÖHUK. m. 11), nişanlılık (MÖHUK. m. 12), evlilik ve genel hükümleri (MÖHUK. m. 13), boşanma ve ayrılık (MÖHUK. m. 14), evlilik malları⁸² (MÖHUK. m. 15), soybağının kurulması (MÖHUK. m. 16), soybağının hükümleri (MÖHUK. m. 17), evlat edinme (MÖHUK. m. 18), nafaka⁸³ (MÖHUK. m. 19)'dır. Bu hükümlerde her ne kadar atıf dikkate alınarak uygulanacak hukuk tespit edilecek olsa da, kimi hükümlerin niteliğinden dolayı bazı farklı yorumların yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte bazı maddelerde ise, atfın uygulanacağı kısmın sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Aşağıda sadece bu farklılık arz eden maddeler üzerinde durulacaktır.

1. Vesayet, kayımlık, kısıtlılık

Vesayet ve kısıtlılık kararı verilebilmesi veya sona erdirilmesi, vesayet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukuna tabidir (MÖHUK. m. 10/1). Görüldüğü üzere bu konuda kural olarak şahsi statü kabul edilmiştir. Yabancı'nın milli hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hallerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk Hukuku'na göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hallerde Türk Hukuku uygulanacaktır. (MÖHUK. m. 10/2). Kişinin milli hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilmesi mümkün olmayan hallerde, bu kişinin mutad meskeninin Türkiye'de olması halinde, Türk Hu-

81 Doktrinde miras konusunda atfın dikkate alınıp alınmaması noktasında ikili bir ayırım yapılmakta ve taşınır mirasta atfın uygulanacağı buna mukabil taşınmaz mirasta ise, atfın uygulanmaması ileri sürülmektedir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 127.

82 Aksi görüş için bkz. GİRAY, Faruk, Kerem, "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 2, Yıl: 2011, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, s. 562.

83 Doktrinde, nafaka konusu her ne kadar aile hukuku kapsamında düzenlenen bir konu olsa da, nitelikleri gereği mal varlığı ile ilgili olduğundan ve para borcu doğurduğundan dolayı nafaka konusunda atıf prensibinin uygulanmayacağı belirtilmiştir, bkz. GİRAY, s. 562.

kuku'na göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilmesi konusu zorunluluk olarak düzenlenmemiş, gerekli görüldüğü takdirde uygulanabilmesi şeklinde ifade edilmiştir⁸⁴. Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tabidir⁸⁵. (MÖHUK. m. 10/3).

Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri hakkında vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi ya da sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukunun uygulanması konusunda atf dikkate alınacaktır⁸⁶. Zira, bu konular aile hukuku kapsamında düzenlenen konulardandır.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise, Türk Hukuku'nun uygulama alanı bulabileceği konulardan bahsedildiğinden, atfın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu noktada atfın reddedildiğini görmekteyiz. Bu konulara, vasi atanması, vasi olarak atanma koşulları, birden çok vasi atanmasının mümkün olup olmadığı, vasi olarak atanmakta öncelikli olanlar, ilgililerin isteklerinin dikkate alınıp alınmayacağı konusu, vasiliği kabul yükümlülüğü, vasilikten kaçınma sebepleri, vasiliğe engel olan sebepler⁸⁷, vasiinin ve vesayet dairlerinin yetkileri, alacakları tedbirler, vesayet altındaki kişinin korunması ve kararın üçüncü kişilere etkisi gibi konular örnek verilebilir⁸⁸. Bununla birlikte, vasi atanması usulü, kısıtlama kararı alınmasında yargılama usulü konuları *lex fori*'ye tabidir. Örneğin, kısıtlama kararını vermeye yetkili tek makamın mahkeme olması, re'sen araştırma ilkesinin hakim olması, bilirkişi raporu alınması, hâkimin takdir yetkisine sahip olup olmadığı konularında Türk Hukuku uygulanacaktır⁸⁹.

Yargıtay'ın bir kararında⁹⁰ vesayet konusunda Türk Hukuku'na tabi olan işlemler hakkında bilgilere yer vermiştir. Söz konusu kararda; "... Aynı ya-

⁸⁴ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 224-225; ÇELİKEL/ERDEM, s. 210.

⁸⁵ Milletlerarası özel hukukta vesayet, kısıtlılık ve kayımlık konuları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 281 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 208 vd.; DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, "*Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet*", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan**, 2011/1, s. 402-427.

⁸⁶ DEMİR-GÖKYAYLA, s. 409.

⁸⁷ DEMİR-GÖKYAYLA, s. 407.

⁸⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 209.

⁸⁹ ULUOCAK, Nihal, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul 1987, s. 30.

⁹⁰ Yargıtay 18 inci HD.'nin 17.01.2013 tarihli, 2012/12365 E. ve 2013/483 K. sayılı kararı, bkz. www.kazanci.com.tr.

sanın 10/1 ve 3. maddesinde ise "Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesâyet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir. Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tâbidir." hükmü yer almaktadır.

Burada vesayette uygulanacak hukuk yönünden ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Yasada kısıtlama kararı verilmesi ya da verilen kısıtlama kararının kaldırılmasında, ilgili kişinin milli hukuku, yetkili hukuk olarak belirlenmesine karşın, kısaca vesayetin yönetimi olarak ifade edilebilecek olan kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi vasiinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları hakkında ise Türk hukuku yetkili kılınmıştır... " şeklinde belirtilmiştir.

Vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesayet makamı, vasiinin atanmasından önce de re'sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması ve ona bir temsilci atanması gibi (MK. m. 420). Kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması veya ona bir temsilci atanması geçici tedbirdir. Geçici koruma tedbirleri ise, lex fori'ye tabidir. Bu nedenle henüz yabancı hukukun tespitinden önceki aşamadaki geçici tedbirler Türk Hukuku'na tabi olabilir⁹¹.

2. Evlenme

Evlenme Türk Hukuku uyarınca aile hukuku kapsamında düzenlendiği için atf dikkate alınmak zorundadır. Evlenme konusunda özellik arz eden husus ise, evlenmenin şekli konusudur. Evlenmenin şekline⁹² uygulanacak hukuk konusu MÖHUK. m. 13/2'de özel olarak "evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir.

Türk Hukuku uyarınca, Türkiye'de yapılan bir evlenmenin geçerli olması için MK.'nin aradığı şartlara uygun olarak yapılması gerekir. Ancak söz konusu evlenme işleminin yabancı ülkede yapılması halinde ise, o ülkenin

⁹¹ DEMİR-GÖKYAYLA, s. 407.

⁹² Türk Hukuku'nda evliliğin şekline; evlenmenin, evlendirmeye yetkili bir görevli önünde en az iki tanıkla birlikte ve bizzat tarafların huzurunda yapılması, vekaletle evlenmenin yapılmaması, evlenme iradesinin beyan edilme şekli, sağır ve dilsizlerin evlenme iradelerini işaretleyebilmeleri ya da yazılı olarak beyan etmeleri, yabancıların Türkçe bilmemeleri halinde, evlendirme memurunun, Türk devletince tanınmış devletlerin birinci resmi dili olması kaydıyla bu dili bilen tercüman kullanabilmesi, evlenme işleminin gerçekleştiği an gibi konular girmektedir (Evlendirme Yönetmeliği m. 27).

hukukuna göre yapılan evlenmeler geçerli sayılmıştır. Evlenmenin yapıldığı yer, evlenmenin şekli konusunda mahalli şekil yanında, milli hukuklara göre geerleştirilmiş evlenmeleri geçerli sayabilir. İşte mahalli hukuka göre değil de, milli hukuka göre geerleştirilmiş olan evlilik Türk Hukuku açısından da geçerli kabul edilecektir. Doktrinde, evlenmenin şekline milli hukukun uygulanmasının dikkate alınmasının, evlenmenin yapıldığı yerin kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınması anlamına geleceği ifade edilmektedir⁹³.

Doktrinde, tarafların milli hukuklarına göre geerleşen evlilikleri şeklen geçerli kabul etmenin, yapılan evliliklerin milletlerarası alanda geçerliliğini koruma gayesinin, şekli düzenleyen ve kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasını ortadan kaldıran genel kurala aykırı hareket edilmesini haklı ı-kardığı ifade edilmektedir⁹⁴. Evlenme konusunda milli şeklin uygulanması, konsolosluklarda ve elçiliklerde, konsolos ve elçi veya yetkili konsolosluk veya elçilik memurunca yapılan diplomatik evlenmelerdir⁹⁵. Konsolosluklarda geerleşen evlenmeler ise, evlenmenin şekline yapıldığı yer hukukunun uygulanması kuralının bir istisnasıdır⁹⁶. Ancak Konsolosluklarda yapı-

⁹³ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 246.

⁹⁴ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 246. Evlenme Akdinin Geçerliliğinin Tanınması Hakkında 1978 tarihli Türkiye'nin taraf olmadığı bir sözleşme vardır. Sözleşmenin evlenmenin şeklinin düzenlendiği 2 nci maddesinde evlenmenin şekli yapıldığı yer hukuka tabi tutulmuştur. Doktrinde, söz konusu sözleşmenin Fransızca metninde kullanılan "droit" kelimesinin en geniş anlamda hukuku ifade etmesinden dolayı, evlenmenin şekli konusunda, evlenmenin yapıldığı yerin kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınabilecek olduğu ifade edilmektedir, bkz. ATAMAN-FİGANMEŞE, "Atf", s. 61.

⁹⁵ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 249. Benzer şekilde, TEKİNALP/UYANIK-AVUŐOęLU, s. 180 vd.; şANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 119-120. Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye'deki temsilcilikleri önünde ya da yetkili Türk makamları önünde evlenebilirler (Evlendirme Yönetmeliği m. 12). Grldğu gibi, Türkiye'de bulunan yabancı konsolosluklarda evlenmek isteyen yabancılardan, aynı devlet vatandaşlığına sahip olması gerekmektedir. Aksi halde, bu evlilik kendi hukuklarına göre geçerli dahi olsa Türk Hukuku açısından hüküm ve sonuç doğurmayacaktır, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 250.

⁹⁶ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 245. Evlenmenin şekli konusunda atfın dikkate alınması konusunda bkz. AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 21. ULUOCAK, mülga MÖHUK. dönemine ilişkin olarak, evlenmenin şekli geçerliliği konusunda LRA prensibinin ihtiyariliğinin 12 nci maddede reddedildiği göz önünde tutulursa, evlenme yerinin kanunlar ihtilâfi kuralının yani atfın 2 nci maddenin son fıkrası uyarınca nazara alınmasının en azından bu yoldan evlenmenin şekli geçerliliği sağlanıyorsa, gerekli görülmesi gerektiğini ifade etmektedir, bkz. ULUOCAK, Nihal, "Evlenmenin şekli Geçerliliğinde "İn

lan evlenmelerde tarafların milli hukukunun uygulanabilecek olmasının, evlenmenin yapıldığı yer hukukunun, evliliğin şekil şartı açısından kabul etmiş olduğu bir durumdur. Kanaatimizce evlenmenin şekli konusunda atıf prensibinin dikkate alınıp alınmaması konusuna ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Bu kapsamda yapılan bir evlenmenin sadece milletlerarası alanda geçerliliğini sağlamak açısından, atıf prensibinin uygulanması söz konusu olabilmelidir.

3. Soybağı

Geniş anlamda bir kişi ile onun üstsoyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantıyı; dar anlamda ise, sadece çocuk ile ana ve babası arasındaki bağlantıyı ifade eden⁹⁷ soybağı⁹⁸ konusu MÖHUK.'da “soybağının kurulması” ve “soybağının hükümleri” başlığı altında iki maddeyle düzenlenmiştir. Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulacaktır. Soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tabi olacaktır (MÖHUK. m. 16). Bu maddenin amacı mümkün olduğu kadar çocuğun soybağının kurulmasını sağlamaktır. Madde bu nedenle, soybağının kurulmasını sağlama ihtimali olan hemen bütün hukukları basamaklı bir bağlama kuralı şeklinde düzenlemiştir⁹⁹. Soybağının hükümleri, soybağının kuran hukuka tabidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır (MÖHUK. m. 17).

Favorem” Atıf Uygulaması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 2, Yıl: 4, 1984, s. 113.

⁹⁷ AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN, s. 321.

⁹⁸ Milletlerarası özel hukukta soybağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 263 vd.; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 218 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 252 vd.; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 297 vd.; AKINCI/DEMİR-GÖKYAYLA, s. 121 vd.; DARDAĞAN-KİBAR, Esra, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, s. 541-560; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 128 vd.

⁹⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 258. Benzer şekilde, NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 265; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 222.

Aile hukuku ve şahsın hukukuna giren bütün meselelerde atfın her zaman uygulama alanı bulacağını söylemek mümkün olmayabilir. Zira, bu durumun istisnaları söz konusu olabilmektedir. Soybağına uygulanacak hukuk da bu istisnalardan biridir. Doktrinde, bu durumda işin niteliği gereği kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması noktasından hareket etmiş olduğu ve iade atfın ve devam eden atfın uygulanmasını örtülü olarak reddettiği ifade edilmiştir¹⁰⁰. Bu nedenle soybağı konusu her ne kadar aile hukuku kapsamında bir konu olsa da, uygulanacak hukuk konusunda atfın dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰¹.

Kanaatimizce bu durumda atfın dikkate alınması ya da alınmaması açısından kesin kurallar koymak doğru değildir. Maddenin amacının çocuğun soybağının kurulmasını bir şekilde sağlaması olduğu düşünüldüğünde, atfın reddedilmesi halinde belki de soybağı kurulması engellenebilecektir. Bu durumun tersi de mümkündür. Bu nedenle en doğru çözüm, soybağı konusunda atfın dikkate alınmasının kural olarak uygulanması, ancak MÖHUK. hükümlerince yetkili kılınan yabancı hukukun maddi hukuk hükümleri uya-

¹⁰⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 53. Benzer şekilde, DOĞAN, “Atıf”, s. 848; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 190; DARDAĞAN-KİBAR, s. 550; GÜNGÖR, Gülin, *Tabiiyet Hukuku*, Ankara 2012, s. 57. DARDAĞAN-KİBAR, MÖHUK. m. 2/3 hükmünün soybağı konusunda amaçsal yoruma tabi tutulması gerektiğini, aksi yönde bir yorumun MÖHUK. m. 16’nın konuluş amacına aykırı düşeceğini ileri sürmektedir, bkz. DARDAĞAN-KİBAR, s. 550. DOĞAN, MÖHUK. m. 16’da bağlama noktalarını alternatif bağlama noktası olarak ifade etmekle ve kanun koyucunun öngördüğü belirli bir amaca ulaşmak için alternatif bağlama kuralları kabul ettiğini; alternatif bağlama kurallarından biri ile öngörülen amaç gerçekleştiğinde artık bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmayacağını; Türk Hukuku’nda şahsın hukuku ve aile hukukunda alternatif bağlama noktasının kabul edildiği tek halin soybağının kurulmasını düzenleyen (MÖHUK. m. 16) hükmünün olduğunu belirtmektedir, bkz. DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 190. UYANIK-ÇAVUŞOĞLU ise, soybağına ilişkin maddelerde atfın dikkate alınması gerektiğini ancak, soybağına ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarının tek amacının çocuğun soybağının kuran bir hukuk düzeni bulmak olduğunu; bu nedenle Türk yargıcının kanunlar ihtilâfi kurallarını uygulayarak tespit ettiği yabancı hukukta çocuk ile baba arasında soybağı kurulabiliyorsa, bu hukukun başka hukuka yaptığı göndermenin dikkate alınmaması gerektiğini; en azından devam eden atfı sonucunda öngörülen hukuk baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisini tesis etmiyor ise, dikkat dışı bırakılması gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı İlişkinde Uygulanacak Hukuk Sorunu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/2, s. 319. Soybağın hakkında atfın uygulanması konusunda bkz. GİRAY, s. 563.

¹⁰¹ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 190.

rınca soybağı tesis edilip, kanunlar ihtilâfi kurallarınca soybağı tesis edilemiyorsa atfın dikkate alınmamasıdır¹⁰².

Soybağının kurulmasının şekli konusunda ise MÖHUK.'da özel bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle genel kural uygulama alanı bulacak ve soybağının kurulmasının şekli, işlemin yapıldığı yer hukukuna ya da işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerine göre yapılması halinde, geçerli olacaktır (MÖHUK. m. 7). Bu durumda ise, atf dikkate alınmayacaktır.

Soybağının hükümleri soybağını kuran hukuka tabidir. Ana kural bu olmakla birlikte, maddenin devamında iki tane istisnaya yer verilmiştir. Şöyle ki, soybağının hükümlerine ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa bu hukuk; eğer ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukukları yoksa, müşterek mutad mesken hukukları uygulanacaktır. Kanaatimizce soybağının hükümleri konusunda atfın dikkate alınmaması gerekir. Zira, soybağının hükümlerinin soybağını kuran hukuka tabi tutulmasının nedeni, uygulanacak hukukta gereksiz bölünmelerden kaçınılması ve bütünlüğün korunmasıdır (MÖHUK. m. 17'nin gerekçesi). Soybağının hükümlerine müşterek milli hukuk ya da müşterek mutad meskenin uygulanmasının nedeni ise, "*aile içi ilişkilerde uygulanan hukukta bütünlüğün sağlanmasının tercih edilmesidir*" (MÖHUK. m. 17'nin gerekçesi). Kaldı ki, soybağının kurulması MÖHUK. m. 16'ya göre tespit edilmektedir. Soybağının hükümlerine soybağını kuran hukuku uygulamamız ihtimalinde, soybağını kurarken atfı dikkate almayıp, hükümlerinde dikkate alınmanın kanunun amacına aykırı olacağını düşünmekteyiz. Aynı şekilde, soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk konusunda, müşterek milli hukuk ya da müşterek mutad meskenin uygulanması açısından da maddenin bir kısmında atfı dikkate alıp, diğer kısmında almamanın bütünlüğü bozması nedeniyle, atfın bu noktada da dikkate alınmayabileceğini düşünmekteyiz.

B. Atfın Sayı Bakımından Sınırlanması

Atf prensibinin uygulanmasına yapılan eleştirilerden biri, yabancı hukukların kanunlar ihtilâfi kurallarının sonsuza dek adeta tenis topu gibi birbiri peşi sıra yetki tanınabilecek olmasıdır. Bu durum ayna odası etkisi olarak da ifade edilmektedir. Gerçekten de atfa sınırsız bir şekilde izin verilmesi halinde, hâkimin uygulanacak hukuku tespit etmede güçlük yaşayacağı aşıkardır. Bu nedenle atf prensibinin uygulamasının bir noktada kırılması gerekmektedir.

¹⁰² Benzer şekilde, UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 319.

Atf zincirinin kırılması konusunda uluslararası hukukta iki farklı çözüm benimsenmiştir. Bu çözüm önerilerinden ilki söz konusu hukuk düzeninde geri dönen atıfla *lex fori*'nin hukukunun uygulanması halidir. Bir başka ifade ile bir hukuk düzeni kendisine atfın geri dönmesi halinde kanunlar ihtilâfi kurallarını değil de, maddi hukuk kurallarını uyguluyorsa, atf bu noktada kırılmış demektir. İkinci çözüm önerisi ise, kanun koyucunun atfın nerede kırılacak olduğunu önceden belirlemesidir. Bu durumda kanun koyucunun tespit etmiş olduğu derecedeki hukuk düzeni kendisini yetkili görmese bile, atf bu derecede kırılacak ve söz konusu ülkenin maddi hukuk hükümleri uygulanarak uyumsuzluk çözümlenecektir¹⁰³.

Türk Hukuku'nda atfın hangi noktada kırıldığı konusu tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim fikre göre atf, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarınca belirlenen yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının yetki tanıdığı ülkede kırılmaktadır. Bu nedenle üçüncü ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınmaksızın maddi hukuk kurallarına göre uyumsuzluk çözümlenmelidir¹⁰⁴. Görüldüğü gibi, MÖHUK. kapsamında atfa bir sınırlama getirilmiş ve bir defayla sınırlı olmak üzere uygulanacağı Kanun'da düzenlenmiştir¹⁰⁵.

Diğer görüşe göre ise, atfın uygulanmasının teorik olarak milletlerarası çözüm yeknesaklığını sağlama amacına hizmet edeceği genellikle kabul edildiğinden devam eden atfın kısır döngüye yol açmaması amacıyla ikinci derecede kesilmesini kabul etmenin ve buna ilişkin yapılan pozitif düzenlemelerin atf teorisinin mahiyetine ters düşeceği ileri sürülmektedir. Ayrıca

¹⁰³ DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 187. Aksi görüş için bkz. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 145. NOMER iade atf halinde atfın kırılacağını, devam eden atf halinde ise yetkisini kabul eden bir hukuk düzenine gelinmesi halinde atfın son bulacağını belirtmektedir, bkz. NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 145.

¹⁰⁴ NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 145 ve s. 155; ÇELİKEL/ERDEM, s. 130 ve 133; DOĞAN, "*Atf*", s. 843; AYBAY/DARDAĞAN, 2008, s. 172-173; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 187. DOĞAN, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkilendirilen yabancı hukukun kendisini yetkili ya da yetkisiz görmesinin bir önemi olmadığını, bu ülkenin olayın maddi çözümü açısından Türk Hukuku'nu yetkili görse dahi, bu yetkinin kabul edilmeyeceğini, zira Kanunda açıkça atfın bu noktada kesileceğinin düzenlendiğini ileri sürmektedir, bkz. DOĞAN, "*Atf*", s. 843; DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 187.

¹⁰⁵ SEVİÇ, Vedat, Raşit, "*Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı*", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı: 1 Yıl: 1982, s. 15; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 45; ÇELİKEL, s. 2; ÇELİKEL/ERDEM, s. 133.

atfin kesilmesi veya sona ermesinin, atf zinciri içerisinde daha önce temas edilen hukuka tekrar ulaşılmaması halinde söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bu konuya örnek olarak, iade atıfta, hareket noktası olan hukuka (hâkimin hukukuna) ikinci kez temas edilmesi nedeniyle atfin burada kırılması verilmektedir. Bağlama noktalarının sayısının sınırlı olduğundan hareketle, devam eden atıfta da mutlaka daha önce temas edilen hukuka tekrar ulaşılabileceğinden, atfin bu hukuka ulaşılmaması halinde kırılmasının kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶.

Türk Hukuku açısından atfin kırılması konusunda biz hakim fikre katılmaktayız. Zira, Kanun'da Türk hâkiminin kişi ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkili olan hukuku tespit ettikten sonra, o hukukun gönderdiği hukukun maddi hukuk hükümlerini uygulayarak uyumsuzluğu çözümleneceği düzenlenmiştir (MÖHUK. m. 2/3). Madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere atfa sayı bakımından bir sınırlama getirilmiş ve sadece bir kere dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bunun dışında Türk kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkilendirdiği hukuk Türk Hukuku çıkarsa bu durumda da atf kırılmış olacaktır. Zira, MÖHUK. m. 2/3 hükmü "*uygulanacak yabancı hukukun*" ifadesi ile başlamaktadır. Bu nedenle uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde atfin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Böylelikle atf prensibine yöneltilen tenis topu ya da ayna odası sakıncası eleştirileri de engellenmiştir.

Atfin uygulama alanı bulunduğu bir diğer hal, Türk Ticaret Kanunu¹⁰⁷'nda (TTK.) düzenlenmiş olan poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyetidir¹⁰⁸. Poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyeti açısından TTK. sisteminde atfin kabul edildiği noktasında doktrinde ihtilâf olmamakla birlikte, atfin derecesi konusunda görüş birliği yoktur. Hâkim fikir, bu konuda iade atf ve devam eden atfin kabul edilmiş olduğu ve bu hukukların maddi hukuk kuralları uyarınca söz konusu uyumsuzluğun çözümleneceği¹⁰⁹ şeklinde olmakla bir-

¹⁰⁶ AYGÜN, Musa, "*Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti*", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, Sayı: 3, Yıl: 2012, s. 938.

¹⁰⁷ RG.T. 14.02.2011, RG. Sayı:27846.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ileride, "*Türk Maddi Hukuku'nda Atfin Kabul Edildiği Diğer Bazı Kanunlar*" başlığı ikinci paragraf.

¹⁰⁹ NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, s.151; ÇELİKEL/ERDEM, s. 134 vd.; YILMAZ, İlhan, "*Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek*", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2001, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce.'ye Armağan**, s. 274; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 52-53. ÇELİKEL/ERDEM, ticari ilişkilerde güvenlik açısından, kıymetli evrak niteliğinde olan poliçe taahhüdünün geçerlili-

likte, azınlıktaki görüş ise¹¹⁰, atfın kesilmesi veya sona ermesinin atf zinciri içerisinde daha önce temas edilen hukuka tekrar ulaşılması halinde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Biz bu noktada çoğunluk görüşüne katılmaktayız.

C. Özellikli Bazı Durumlar

Yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemlerde hâkim, öncelikle uyuşmazlığın kişi ve aile hukuku kapsamında olup olmadığını belirleyecektir. Uyuşmazlık kişi ve aile hukuku kapsamında ise, MÖHUK. hükümlerince tespit edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanacaktır. Atf bir kez dikkate alınacağından, hâkim yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının yetkili kıldığı hukukun maddi hukuk hükümlerini uygulanarak uyuşmazlığı çözümlenecektir¹¹¹.

ğini sağlamak için, TTK. m. 766/1'de yer alan atf hükmünün MÖHUK. m. 2/3'te olduğu şekilde, tek derecede kesilmediği ve ileriye doğru yapılmış devam eden atıfların kabulü şeklinde bir yoruma müsait olduğunu, ancak kendi kanaatinin göndermede bulunulan ülkenin hukuku ile göndermede bulunulan ülkenin iç maddi hukuk hükümlerinin kast edildiği şeklinde olduğunu ifade etmektedir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 135.

¹¹⁰ AYGÜN, Musa, "Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, Sayı: 3, Yıl: 2012, s. 938. Yazar bu konuda şöyle bir örnek vermektedir; "Örneğin, iade atıfta, hareket noktası olan hukuka (hâkimin hukukuna) ikinci kez temas edilmekte ve doğal olarak atf burada kesilmektedir. Bağlama noktalarının sayısının sınırlı olduğundan hareketle, devam eden atıfta da mutlaka daha önce temas edilen hukuka tekrar ulaşılabilecek ve atf burada kesilecektir. Netice olarak, çekte ehliyetten doğan yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta önce ilgili şahsın milli hukukuna gönderme yapılacaktır. Gönderme yapılan hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları, gönderme yapılan hukuku (kendi hukukunu) işaret ediyorsa, bu hukukun ehliyetle ilişkin maddî hükümleri; gönderme yapılan hukuk, hâkimin hukukunu yetkili görmüşse iade atıftan bahisle hâkimin hukukunun ehliyetle ilişkin maddî hükümleri; gönderme yapılan hukuk, başka bir hukuku yetkili görmüşse devam eden atıftan bahisle bu hukukun da kanunlar ihtilâfi kurallarına bakılarak süreç içerisinde ikinci kez temas edilecek olan hukukun ehliyetle ilişkin maddî hükümleri uygulanacaktır", bkz. AYGÜN, s. 938.

¹¹¹ 2675 sayılı MÖHUK.'da atf konusu 5718 sayılı MÖHUK. hükümlerinden biraz farklı şekilde düzenlenmiştir. Mülga Kanun'da yer alan madde "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddî hükümleri uygulanır" şeklindedir. Görüldüğü üzere, mülga MÖHUK.'da atf konu bakımından sınırlandırılmamış ve genel bir madde olarak, her uyuşmazlık için uygulama alanı bulabilecek şekilde düzenlenmiştir. Mülga MÖHUK. açısından da hem hâkimin hukukuna hem üçüncü devletin hukukuna yapılan atf kabul edilmiş olup, hâkime atfı uygulayıp uygulamamak konusunda takdir yetkisi bırakılmamıştır. Taraflara uygulanacak hukuku seçme hakkı verilen konularda (sözleşmelerde) ve taşınmaz mallar üzerinde aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar açısından atfın uygulama alanı bulmayacak olması, işin niteliği gereğidir, bkz. ÇELİKEL, s. 3-4. Benzer şekilde, NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal,

Atf prensibinin uygulanması konusunda kişi ve aile hukuku ile ilgili bir sınırlama olmasına rağmen, kişi ve aile hukukuna giren konularda atfin uygulanacağına belirtilmesi ile her sorunun çözümlenmesi mümkün değildir. Örneğin, kişi ve aile hukuku kapsamındaki uyumsuzluklarda şekil ve zamanaşımı konularında nasıl bir yol izleneceği açık olarak MÖHUK.'da yer almamıştır. Bununla birlikte uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına bağlı olarak belirlendiği hallerde, kişinin vatansız, mülteci ya da birden fazla vatandaşlığa sahip olması hallerinde atfin hangi hukuk dikkate alınarak yapılacağı, kişi ve aile hukuku kapsamında yer alan uyumsuzluklarda kullanılan milli hukuk, mutad mesken, yerleşim yeri bağlama noktalarının değişken olabilmesinden dolayı hangi tarihteki milli hukuk, yerleşim yeri ya da mutad meskenin dikkate alınacağına belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca Türk Hukuku'nda aile hukuku alanında sınırlı da olsa hukuk seçimine izin verilen evlilik malları konusunda seçilen hukukun maddi hukuk kurallarının mı yoksa kanunlar ihtilâfi kurallarının mı uygulanacağına açıklığa kavuşturulması gerekir. Tüm bu durumlarda yapılacak bir hata neticesinde atfin yanlış uygulanması söz konusu olacaktır. Bu ise, istenmeyen sonuçların yaşanmasına sebebiyet verecektir¹¹².

İlk sorun, şekil ve zamanaşımı konusunda atfin dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bu konular MÖHUK.'da genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Doktrinde bu nedenle şekil ve zamanaşımı konusunda atfin uygulanmayacağı ifade edilmektedir¹¹³. Yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilirlerdir (MÖHUK. m.7). Aslında madde hükmüne bakıldığında zaten

Devletler Hususi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006, s. 154 vd.; DOĞAN, "Atf", s. 845 vd. Hukuk seçiminin varlığı halinde atfin nazara alınmaması konusunda, TEKİNALP, Gülören, "Akdi İlişkilere Uygulanacak Hukuk (MÖHUK. m. 24) ve Zımni Hukuk Seçimi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 1985, Sayı 5, s. 30. AYBAY/DARDAĞAN ise, mülga MÖHUK. m. 2/2'de yer alan "uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır" maddesindeki "bu hukuk" deyimiyile, MÖHUK. uyarınca tespit edilen yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerinin anlaşılması gerektiğini; zira MÖHUK.'un hazırlık çalışmaları boyunca atfin reddi diye ifade edilen görüşün egemen olduğunu, bu fıkranın da bu anlayışla kaleme alındığını ileri sürmekteydi, bkz. AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)**, İstanbul 2005, s. 157.

¹¹² Atf prensibinin uygulanmamasının sakıncaları konusunda bkz. "E. Atf Prensibinin Uygulanmamasının Sakıncaları" başlığı altında anlatılanlar

¹¹³ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 152-153. GİRAY, zamanaşımında atfin uygulanmayacağını belirtmiştir, bkz. GİRAY, s. 562.

atfın reddedildiği, söz konusu hukuki işlemin şekli geçerliliği konusunda, ya hukuki işlemin yapıldığı yerin ya da işlemin esasına uygulanan hukukun **maddi hukuk hükümlerine göre geçerli olmasının**, işlemin şeklen geçerli olması için gerekli olduğu görülmektedir¹¹⁴. Bu nedenle, hukuki işlemlerde şekil konusunda atfın kabul edilmediğini söylemek mümkün olacaktır. Bu kapsamda örneğin, nişanlanmanın ve evlat edinmenin şekli konularında atfın uygulanması mümkün değildir.

İkinci sorun, uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına bağlı olarak belirlendiği hallerde, kişinin vatansız, mülteci ya da birden fazla vatandaşlığa sahip olması halleridir. Zira, bu durumda MÖHUK.'da yer alan bağlama noktasının¹¹⁵ “*milli hukuk*” esasına göre belirlenebilmesi için, kişinin vatandaşlığının nasıl tespit edileceğinin açıklanması gerekir. Zira kişi ve aile hukuku kapsamında olan bir uyumsuzlukta, uyumsuzluk taraflarından bir veya ikisinin vatansız, mülteci ya da birden fazla vatandaşlığa sahip olan bir kişi olması mümkündür. Bu durumda atfın hangi hukuk dikkate alınarak yapılacağına açıklanması gerekmektedir. Bu kapsamda, vatansızlar ve mültecilerin milli hukuku açısından onların yerleşim yeri hukuku dikkate alınacaktır. Ancak yerleşim yerinin yokluğu halinde, mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır (MÖHUK. m. 4/1-a). Kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması konusunu ise, ikili bir ayırımla ele almak gerekir. Zira, kişinin vatandaşlıklarının ikisi de Türk vatandaşlığı olmayabileceği gibi, vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olması söz konusu olabilir. Kişinin vatandaşlıklarının hiç birisi Türk vatandaşlığı değilse, daha sıkı ilişki halinde buldukları devlet hukuku uygulanacaktır (MÖHUK. m. 4/1-c). Buna karşılık, birden fazla vatandaşlığa sahip olan kişinin, vatandaşlıklarından birinin Türk vatandaşlığı olması halinde, Türk Hukuku uygulama alanı bulacaktır¹¹⁶ (MÖHUK. m. 4/1b). Belirtmek gerekir

¹¹⁴ Benzer şekilde, TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 45 ve 118.

¹¹⁵ Yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarında yer alan bağlama noktaları, o hukuka göre vasıflandırılmalıdır. Örneğin, yabancılik unsuru taşıyan ve atfın uygulanacağı bir uyumsuzlukta uygulanacak hukuk MÖHUK. hükümleri uyarınca, İngiliz Hukuku ise, İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarında konunun düzenlendiği ilgili hükümde “yerleşim yeri” bağlama noktası olarak yer alıyorsa, Türk hâkimi İngiliz kanunlar ihtilâfında yer alan yerleşim yeri kavramını İngiliz Hukuku'na göre vasıflandıracaktır, bkz. NÖMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 153; NORTH/FAWCETT, s. 41-42; CLARKSON/HILL, s. 12-13. Ayrıca bkz. CLARKSON/HILL, s. 13-20.

¹¹⁶ Doktrinde, uygulanacak hukukun, vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, hangi vatandaşlığın dikkate alınacağını düzenlediği MÖHUK. m. 4 hükmünün, milletlerarası sözleşmeler söz konusu olduğunda uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Bu durumun gerekçesi olarak, milletlerarası sözleşmelerin amacı ve MÖHUK. m. 4'ün “*Bu kanun hü-*

ki vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olması nedeniyle Türk Hukuku uygulanarak çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıkta atıf dikkate alınmayacaktır. Zira, atfın uygulanabilmesi için öncelikle uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması gerektiği Kanun'da yer almaktadır (MÖHUK. m. 2/3). Uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde vatan-sız, mülteci ya da birden fazla vatandaşlığa sahip olanlar açısından vermiş olduğumuz açıklamalar, Kanun'da aksinin öngörülmemiş olması ile sınırlıdır (MÖHUK. m. 4/1).

Üçüncü sorun, yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemlerde, yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri ya da mutad mesken esasına göre tayin edildiği hallerde hangi tarihteki vatandaşlık, mutad mesken ya da yerleşim yerinin dikkate alınacağıdır. Zira, bu bağlama noktaları değişken niteliktedir. Bu nedenle dava tarihindeki milli hukuk, mutad mesken ya da yerleşim yeri ile uyuşmazlık ortaya çıktığı andakiler farklı olabilir. Bu durumda hangi tarihteki milli hukuk, yerleşim yeri ya da mutad meskenin dikkate alınacağını belirlenmesi, atfın hangi hukuka yapılacağını tespit edilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu durumda, Kanun'da aksine hüküm yoksa, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri ya da mutad mesken esas alınacaktır (MÖHUK. m. 3). Böylelikle örneğin bir kimsenin genel olarak bir taşınır mal alma konusunda ehliyetli olup olmadığı dava tarihindeki milli hukukuna göre belirlenecektir. Bu kimse işlem anında Alman vatandaşlığında olup, dava tarihinde Alman vatandaşlığından çıkmış ve İsviçre vatandaşlığını kazanmış ise, dava tarihinde İsviçre vatandaşı olduğundan, ehliyeti İsviçre kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun maddi hukuk hükümlerine göre belirlenecektir.

Üzerinde duracağımız son sorun ise, hukuk seçiminin varlığı halinde atfın uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Uygulanacak hukuku seçme imkanı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı MÖHUK. m. 2/4'de düzenlenmiştir. Bu nedenle, hukuk seçiminin yapıldığı hallerde, atfın uygulanması taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça mümkün olmayacaktır. Zira, hukuk seçiminin varlığı halinde amaç taraf iradelerini egemen kılmaktır¹¹⁷. Doktrinde de uygulanacak hukuku seçme imkanı verilen hallerde, tarafların iradelerine

kümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde ifadeleri gösterilmektedir, bkz. ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, "Çifte Vatandaşlık Hallerinde MÖHUK'un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2001, s. 101.

¹¹⁷ DANIEL, s. 68.

olanak tanındığı, bu durumlarda atfın uygulanmasının taraf iradeleri ile ilgisiz olacağı ileri sürülmektedir¹¹⁸.

Kişi ve aile hukuku kapsamındaki uyumsuzlukların içerisinde hukuk seçimi, MÖHUK.'da sadece sınırlı olarak evlilik mallarına¹¹⁹ ilişkin uyumsuzlukların düzenlendiği MÖHUK. m. 15/1 hükmünde yer almıştır. Her ne kadar evlilik malları konusu aile hukuku kapsamında düzenlenen bir konu olsa da, uyumsuzluk hakkında MÖHUK.'da belirlenen sınırlamalara uyularak hukuk seçiminin yapılması halinde, MÖHUK. m. 2/4 gereği, kural olarak atfın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Tarafların aksini kararlaştırmaları halinde ise, seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanabilecektir.

D. Türk Maddi Hukuku'nda Atfın Kabul Edildiği Diğer Bazı Kanunlar

Türk Hukuku'nda atfın düzenlendiği esas kanun MÖHUK.'tur. Ancak MÖHUK. dışında da bazı kanunlarda atf düzenlemesine yer verilmiştir. Diğer kanunlarda atfı ilgili olan düzenlemeler genellikle maddi hukuk atfı şeklinde karşımıza çıkmakla birlikte, yürürlükteki kanunlar açısından yaptığımız araştırmada, TTK.'da tespit edebildiğimiz bir halde kanunlar ihtilâfi atfına da yer verilmiştir. Aşağıda öncelikle TTK.'da yer alan kanunlar ihtilâfi atfından bahsedilecek olup, ardından diğer kanunlarda yer alan maddi hukuk atıfları hakkında örnek mahiyetinde bilgilere yer verilecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nda "*kanunlar ihtilâfi*" başlığı altında poliçeye uygulanacak bazı hükümler yer almaktadır. Konumuz açısından önem arz eden düzenleme, poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyeti konusunda kendini göstermektedir. Bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyet

¹¹⁸ BRIGGS, s. 17.

¹¹⁹ "(1) Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır. (2) Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanır. (3) Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tabi olabilirler" (MÖHUK. m. 15). Taşınmaz malların tasfiyesi konusunda taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği düzenlendiği için, hâkim evlilik malları arasında taşınmazlar varsa, bunların tasfiyesini evlilik malları statüsünün dışında, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna göre yapacaktır, bkz. TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 204. Bu durumda, Türkiye'deki taşınmazların tasfiyesi Türk Hukuku'na, yabancı ülkedeki taşınmazların tasfiyesi ise, yabancı hukuka tabi olacaktır. Konu taşınmaz malların tasfiyesi olduğundan, atf dikkate alınmayacaktır.

tabi bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenir. Bu hukuk diğer bir ülkenin hukukuna göndermede bulunuyorsa, o hukuk uygulanacaktır (TTK. m. 766/1). Görüldüğü üzere, poliçe ile borçlanma ehliyeti konusunda atfın dikkate alınacağı TTK.'da düzenleme alanı bulmuştur. Söz konusu hüküm TTK. m. 778/j bendi¹²⁰ gereğince bonolar için, TTK. m. 818/ş bendi¹²¹ gereğince de çekler için uygulama alanı bulacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun "*kanunlar ihtilâfi*" başlığı altında yer alan hükümlerden biri de ödemelerin düzenlendiği TTK. m. 772 hükmüdür. Bu hükme göre ; "*(1) Vade geldiğinde ödeme, özellikle vadenin geldiği günün ve ödeme tarihinin hesaplanması, bedeli yabancı bir ülke parasıyla gösterilmiş poliçelerin ödenmesi, poliçenin hangi ülkede ödenmesi gerekiyorsa o ülkedeki hukuka göre belirlenir*". Görüldüğü gibi bu hükümde "*.. poliçenin hangi ülkede ödenmesi gerekiyorsa o ülkedeki hukuka göre belirlenir*" ifadeleri ile maddi hukuk atfı yapılmıştır. Bir başka ifadeyle vade geldiğinde ödeme, vadenin geldiği günün ve ödeme tarihinin hesaplanması, bedeli yabancı bir ülke parasıyla gösterilmiş poliçelerin ödenmesi poliçenin ödenmesi gereken ülkenin maddi hukukun gösterdiği kurallar çerçevesinde belirlenecektir. Bu hüküm bononun niteliğine aykırı düşmedikçe bonolar hakkında da uygulanacaktır (TTK. m. 778/1-j). Böylelikle Türk Hukuku'nda poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyetinde atf dikkate alınmalıdır.

Yine TTK.'da deniz ticareti hukuku ile ilgili olarak "*geminin kimliği*" üst başlığı altında yer alan hükümler arasında bulunan, Türk bayrağı çekme hakkı ve yükümlülüğünün istisnalarının düzenlendiği TTK. m. 941/2 hükmüne konumuz kapsamında değinmek gerekmektedir. Söz konusu hükme göre; "*Türk gemisi olmayan bir gemi, ona Türk Bayrağı çekebilecek kişilere en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılmışsa, malikin rızası alınmış olmak, Türk mevzuatının kaptan ve gemi zabitleri hakkındaki hükümlerine uyulmak ve yabancı kanunda da bunu engelleyen bir hüküm bulunmamak şartıyla, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı geminin Türk Bayrağı çekmesine izin verebilir. Şu kadar ki, izin alan kişi, her iki yılda bir, izin için gerekli şartların varlığını sürdürdüğünü ispatlamakla yükümlüdür*". Bu hükümde Türk gemisi olmayan bir geminin Türk bayrağı çekebilmesi için gereken şartlar düzenlenmiş ve bu şartlardan biri olarak

¹²⁰ "*Kanunlar ihtilâfına dair 766 ilâ 775 inci, maddeler hükümleri bonolar hakkında da geçerlidir*" (TTK. m. 778/1-j).

¹²¹ "*Poliçeye ait aşağıdaki hükümler çek hakkında da uygulanır: ... ş) Ehliyete, poliçe ve bonolara ilişkin hakların korunması ile başvurma hakkının kullanılması için gerekli işlemlere ilişkin kanun ihtilaflarına dair 766, 768 ve 769 uncu maddeler*" (TTK. m. 818/1-ş).

“yabancı kanunda da bunu engelleyen bir hüküm bulunmamak şartıyla” denilerek, yabancı hukuka atf yapılmıştır. Ancak burada yapılan atf kanunlar ihtilâfi atfı değil, maddi hukuk atfıdır.

Maddi hukuk atfının yer aldığı tek kanun TTK. değildir. Örneğin, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹²² (TVK.) ve 4538 sayılı Euro'nun Hukuki Araçlara Etkisi İle Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da¹²³ da maddi hukuk atfı yapılmıştır. Şöyle ki, genel yolla Türk vatandaşlığına alınma şartlarının düzenlendiği 11 inci maddede başvuru için aranan şartlardan birisi “*Kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak*”tır (TVK. m. 11/1-a). Bu düzenlemede Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru yapacak kimsenin “kendi milli kanununa” göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Burada geçen “kendi milli kanunu” ile ilgilinin milli hukukunun maddi hukuk hükümleri belirtilmiş ve böylelikle ilgilinin milli hukukuna maddi hukuk atfı yapılmıştır. Euro'nun Hukuki Araçlara Etkisi İle Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesi ise, “*kanunlar ihtilâfi*” başlığını taşımaktadır. Söz konusu hükme göre; “(1) *Ulusal paranın tanımı, o parayı ihraç eden devletin hukukuna tabidir. EURO'nun tanımı Avrupa Birliği hukukuna tabidir. (2) Paranın borcun kapsamı üzerinde meydana getireceği etkiler, borç ilişkisine uygulanacak hukuk tarafından belirlenir. (3) Ödemenin hangi parayla yapılması gerektiği ödeme yeri hukukuyla belirlenir*”. Görüldüğü gibi bu maddenin 1 inci ve 3 üncü fıkralarında maddi hukuk atfı yapılmıştır. Zira, ilk fıkrada, ulusal paranın tanımının o parayı ihraç eden devletin maddi hukukuna, EURO'nun tanımının ise, Avrupa Birliği hukukuna tabi olarak yapılacağı; son fıkrada ise, ödemenin hangi parayla yapılması gerektiğinin ödeme yeri hukukuna göre belirleneceği düzenlenmiştir.

E. Atf Prensibinin Uygulanmamasının Sakıncaları

Atf prensibinin kabul edilmesinin gerekçeleri olarak atfın milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet ettiğini, geri dönen atfın uygulanmasındaki basitlik, atfın uygulanmasının tarafların güvenini koruması ve bu çözümün mantıklı, adil ve ucuz olduğunu, atfın amacının taraflarla en sıkı ilişkideki hukukun uygulanmasını sağladığına yukarıda değinmiştik¹²⁴. Bu

¹²² RG. T. 12.06.2009, RG. Sayı: 27256.

¹²³ RG. T. 27.02.2000, RG. Sayı: 23977.

¹²⁴ Konu ile ilgili olarak bkz. “*Atf Kavramı*” başlığı son paragraf.

başlık altında inceleyeceğimiz konu ise, atfın Türk Hukuku açısından uygulanması gerekirken uygulanmamasının ya da yanlış uygulanmasının sebep olabileceği sakıncalardır.

Atf prensibinin uygulanmamasının ya da yanlış uygulanmasının sakıncalarını iyi bir şekilde anlayabilmek için MÖHUK. m. 2'nin gerekçesine bakmak gerekir. Madde gerekçesinin ilgili kısmına göre ; “... *Tatbikatta, mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi hükümlerinden hareketle, diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorluklar dikkate alınarak, mevcut hüküm sadece “kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla sınırlandırılmıştır. Çünkü, milletlerarası özel hukuk kuralları düzenlenirken kişinin menfaatinden hareket edilen kişinin hukuku ve aile hukuku alanında, kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen “milli hukuk” gibi bir hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının da dikkate alınarak uygulanması adil bir yaklaşımdır...*”. Bir hukuki ilişki hakkında en sıkı ilişkili hukukun uygulanması hakkaniyete dayanmaktadır. Gerçekten de milletlerarası özel hukuk, maddi hukukta olduğu gibi, bireyler arasındaki hakkaniyeti düzenlemeye çalışır. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti bir hayat ilişkisinin en sıkı şekilde bağlı bulunduğu hukuka tabi olmasıyla sağlanabilmektedir¹²⁵. Kanunlar ihtilâfi kurallarının düzenleniş amacı, en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesidir. Atf prensibinin uygulanması en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına hizmet edebilir. Zira, atf prensibinin uygulanmasıyla hem Türk hâkim kendi kanunlar ihtilâfi kurallarının söz konusu uyumsuzlukla en sıkı ilişkili olduğunu kabul ettiği hukuku uygulamış olacak hem de söz konusu yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uyumsuzlukla en sıkı ilişkili olduğunu kabul ettiği hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanmış olacaktır. Böylece en sıkı ilişkili hukuk sadece Türk Hukuku açısından değil, Türk Hukuku'nun kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği yabancı hukuk açısından da sağlanmış olacaktır¹²⁶.

Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, kişi hukuku ve aile hukuku konusundaki ihtilâflarda taraf menfaatinden hareket edilerek bir takım bağlama

¹²⁵ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 14. Maddi hukuk hakkaniyeti ile milletlerarası özel hukuk birbirinden farklıdır. Maddi hukuk hakkaniyeti yapılan hukuki düzenlemelerinin içeriği ile ilgilidir. Örneğin karı-kocanın eşit haklara sahip olması halinde maddi hukuk hakkaniyeti sağlanabilir. Halbuki milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinde ise, uygulanacak hukukun içeriği ile ilgili bir durum söz konusu değildir. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması için uygulanması en haklı olan hukukun tespit edilmesi gerekir. Bu hukukun maddi hukuk hükümlerine bakılmaksızın bu belirleme yapılır, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 14.

¹²⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 125-126.

noktalarının uygulanması yoluna gidilmiştir. Kişi ve aile hukuku alanındaki uyumazlıklarda bir kişi için vatandaşı bulunduğu devletin hukuku veya yaşadığı yer hukuku genel anlamda en sıkı ilişkili hukuk olacaktır. Bu durum kişinin menfaatine hizmet etmektedir. Bu hukukun bir bütün olarak uygulanması (kanunlar ihtilâfi kurallarıyla birlikte) adil olacağından milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine¹²⁷ hizmet eden bir durumun söz konusu olacağı söylenebilir. Örneğin Moskova’da oturmakta olan İsviçreli amca ve yeğen, Rus Hukuku’na uygun olarak evlenmişlerdir. İsviçre Hukuku’nda bu derecedeki yakınlar arasında evlilik yasak olmasına rağmen, İsviçre kanunlar ihtilâfi kurallarına göre Rusya’da yapılan evlilik, İsviçre Hukuku’nun hükümsüzlük sebeplerinden açıkça kurtulmak amacıyla yapılmadığından geçerli bir evliliktir. Bir süre sonra eşler İstanbul’a taşınmişlardır. İstanbul’da kadının açmış olduğu boşanma davasında, koca İsviçre Hukuku’nda amca ve yeğenin evlenemeyecek olması nedeniyle evliliklerinin iptalini talep etmiştir. Burada Türk hâkimi, tarafların milli hukuku olan İsviçre Hukuku’nu uygulayacaktır. İsviçre kanunlar ihtilâfi kuralları Rus Hukuku’na atıfta bulunmuştur. Bu atfın Türk hâkimince dikkate alınması hakkaniyete hizmet eden bir durumdur¹²⁸.

Kanaatimizce her olay açısından atfın uygulanmasının her zaman milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine hizmet edeceğini kabul etmek de doğru değildir. Zira, kimi zaman atfın uygulanması sonucu taraflarla pek ilgisi olmayan bir hukukun uygulanması da söz konusu olabilir. Somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekeceği unutulmamalıdır. Ancak yine de atıf prensibinin kişi ve aile hukukuna ilişkin uyumazlıklarda uygulanmasında kural olarak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması hizmet edeceği (en sıkı ilişkili hukuku sağlaması nedeniyle) kabul edilebilir.

Milletlerarası zel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 2/3 hükmü emredici bir hkmdr¹²⁹. Tarafların atfın uygulanması gereken konularda uygulanmamasını kararlaştırmaları söz konu değildir. Zira, MÖHUK m. 2/3 hükmü “uygulanır” kelimesi ile bitmiştir. Bu nedenle hâkimin atfın uygulanması gereken yerde uygulamaması söz konusu olmamalıdır. şayet madde “ uygulanabilir” bir ifade ile bitmiş olsaydı, bu durumda

¹²⁷ Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin yapıcı unsurlarından birini atfın kabul edilmesinin en önemli gerekçelerinden biri olan milletlerarası karar ahengi oluşturmaktadır, bkz. NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 47.

¹²⁸ NOMER, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 156.

¹²⁹ DOğAN, **Milletlerarası zel Hukuk**, s. 188.

atfin uygulanması konusunda hâkimin takdir hakkının olduğu kanısına varılabilirdi.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 2/3 hükmünün emredici niteliği sahip olmasından dolayı, atfin uygulanması gereken bir uyuşmazlıkta hâkim atfi re'sen dikkate almak zorundadır. Bu kural MÖHUK. m. 2/1 hükmünde de “*Hakim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hakim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir*” şeklinde de belirtilmiştir. Atfin uygulanması gereken bir uyuşmazlıkta uygulanmaması ya da yanlış uygulanması halinde, hukukun yanlış uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durum ise Yargıtay aşamasında bozma sebebi teşkil etmektedir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹³⁰ m. 371/1). Bu nedenle atfin uygulanması gerekirken uygulanmaması ya da doğru uygulanmaması halinde, hukuk yanlış uygulanmış olacaktır ve bu durum Yargıtay aşamasında bozma sebebi teşkil edebilecektir.

VI SONUÇ

Lex fori'nin kanunlar ihtilâfi kurallarınca, yetkilendirilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması sonucu varılan hukukun, maddi hukuk hükümlerinin uygulanması milletlerarası özel hukuk doktrininde atıf olarak ifade edilmektedir. Bu kavram için genel anlamda hemen her hukuk sisteminde Fransızca karşılığı olan “*renvoi*” teriminin kullanıldığı görülmektedir.

Milletlerarası özel hukukta hukuk sistemlerinin uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla kullanmış olduğu bağlama noktaları birbirinden farklı olabilmektedir. Bu durumda da bir takım sorunlar yaşanabilmektedir. Bu sorunları çözüme tekniği olarak ortaya çıkan atıf karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukuku'nda da uygulama alanı bulmuş ancak her hukuk sisteminde aynı esaslarla düzenleme altına alınmamıştır. Örneğin İsviçre Hukuku'nda ya Kanun'da özel olarak düzenlenen konularda ya da kişi ve aile hukuku kapsamında sadece iade atfin uygulanması kabul edilmişken, Avrupa Birliği Hukuku kapsamında incelenen tüzüklerde ise atıf reddedilmiştir. Buna karşılık İngiliz Hukuku'nda atfin dikkate alınabileceği alanlarda konu bakımından sınırlama yapılırken, atfin dikkate alınması tarafların ileri sürmesi koşuluyla bağlanmıştır. Ayrıca tam atıf denilen bir atıf türü bu sistemde uygulanmıştır. Alman Hukuku'nda ise atfin konu bakımından bir sınırlaması yapılmamış, her konuda atfin uygulanması kabul edilmiştir. Alman Hukuku'nda

¹³⁰ RG. T. 04.02.2011, RG. Sayı: 27836.

atfın uygulanması konusundaki tek istisna ise, hukuk seçiminin varlığı halidir. Bu durumda seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacak olup, taraflarca bu durumun aksinin kararlaştırılabileceği için bir düzenleme Kanun'da yer almamıştır. İspanyol Hukuku'nda ise, kural olarak iade atıf kabul edilmiştir. Kanun'da dikkate alınma ifadesi kullanıldığı için atfın uygulanmasının adil ve makul olması halinde uygulanabileceği kabul edilmiştir. İkinci dereceden atıf ise, sadece kambiyo senetleri alanında kabul edilmiştir.

Türk Hukuku'nda da atfın uygulanmasının geçmişi eski zamanlara dayanmaktadır. Mülga MÖHUK. zamanında da uygulanan atıf prensibi, 5718 sayılı MÖHUK. ile konu bakımından sınırlamaya tabi tutulmuştur. Türk milletlerarası özel hukukunda atıf sadece kişi ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda bir defa ile sınırlı olmak kaydıyla uygulanabilmektedir (MÖHUK. m. 2/3). Ayrıca hukuk seçiminin söz konusu olduğu hallerde ise, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulama alanı bulmaktadır (MÖHUK. m. 2/4).

Türk hâkimi, öncelikle yabancılik unsuru taşıyan hukuki işlemin kişi ve aile hukuku kapsamında olup olmadığını tespit etmelidir. Bu konudaki vasıflandırmasını Türk Hukuku'na göre yapacak olan hâkim, MK.'da kişi ve aile hukuku kapsamında düzenlenen konularda atfı uygulamak zorunda kalacaktır. Bu konuda hâkime bir takdir yetkisi verilmemiştir. Atfın uygulanması gereken yerde uygulanmaksızın uyuşmazlığın çözülmesi HMK m. 371/1 gereği hukukun yanlış uygulanması sebebiyle bozma sebebi teşkil edecektir. Ayrıca bu durumda milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti de zedelenmiş olacaktır.

Kişi ve aile hukukuna giren uyuşmazlıklar MÖHUK. kapsamında sırasıyla ehliyet; vesayet, kısıtlılık, kayımlık; gaiplik veya ölmüş sayılma; nişanlılık; evlilik ve genel hükümleri; boşanma ve ayrılık; evlilik malları; soybağının kurulması; soybağının hükümleri; evlat edinme ve nafakadır. Bu konularda atıf uygulama alanı bulabilecektir. Ancak evlilik mallarına ilişkin uyuşmazlıklarda hukuk seçimi yapılmışsa, taraflarca aksi kararlaştırılmadıysa bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. İkinci istisnayı ise soybağı konusu oluşturmaktadır.

Atfın uygulanabilmesi için en temel şartlardan biri, uygulanacak hukukun yabancı hukuk olmasıdır. Yoksa, MÖHUK uyarınca tespit edilen hukukun Türk Hukuku olması halinde, atfın söz konusu olması gibi bir durum yoktur.

Milletlerarası sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespit edildiği hallerde atfın uygulanabilmesi için, tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekeceği ifade edilmektedir. Bu nedenle açıkça sözleşme uyarınca belirle-

nen hukukun, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanabilmesi için, sözleşmede bu konuda açıklık olması, tereddüt yaşanması halinde ise, atfın kabul edilmemesi gerekmektedir.

Kanaatimizce atf prensibi milletlerarası özel hukukun en sıkıntılı konularından biridir. Mahkemeler çoğu zaman atfı uygulamamış, kimi zaman ise yanlış değerlendirmiştir. Doktrinde de konunun bütün noktalarında uzlaşmış bir görüş birliği yoktur. Her ne kadar atfın taraflarla en sıkı ilişkili hukuken tespit etmeye hizmet ettiği ileri sürülse de kanaatimizce bu durumu kesin olarak ifade etmek yanlıştır. Atfın uygulanması tarafların bir hukuki uyuşmazlıkta hangi hukukla karşı karşıya kalacaklarını bilmemeleri sonucunu doğurmaktadır. Hukukçuların bile uygulamak konusunda sıkıntı yaşadığı yabancı hukukların, vatandaşlar açısından tam bir belirsizlik olduğu ortadadır. Ayrıca atf, bir kanun hükmü olarak yer aldığından hâkimlerin atfı uygulanması gereken bir konuda uygulamaması bozma sebebi teşkil edecektir. Böylelikle davalar çok uzun zaman devam edebilecektir. Ancak, bu haliyle kaldığı müddetçe yapılabilecek bir şey yoktur.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da bir değişiklik yapılarak atfın uygulanması istenen konularda hâkime takdir hakkı bırakılması kanaatimizce tercih edilebilecek bir yol olabilir. Ancak atfın gene de kişi ve aile hukuku kapsamında olan konularla sınırlı olması esası benimsenmelidir. Sadece bu sınırlamaya miras hukuku alanının da eklenmesi düşünülebilir. Hakime tanınan takdir hakkı, takdir hakkının tanınmasının istendiği uyuşmazlıklar açısından maddelere bir fıkra eklenmesi suretiyle yapılabilir ya da genel bir hükümle düzenlenebilir. Örneğin, soybağının kurulması konusunda, MÖHUK. m. 16'ya ikinci bir fıkra eklenerek; "hâkim uygulanacak hukukun bir bütün halinde uygulanıp uygulanmaması konusunda takdir hakkına sahiptir" ifadelerine yer verilebilir. Böylelikle amacının çocuğun bir şekilde soybağının kurulmasına hizmet ettiği ileri sürülen madde daha elverişli bir hal almış olur. Zira, bu maddede atfın tamamen reddedilmesi halinde, belki de atfın uygulanması sonucu çocuğun soybağı kurulacakken, soybağının kurulması engellenmiş olur. Tam tersi olarak da atfın kabul edilmesi halinde de yetkili yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması halinde soybağı kurulabilecekken, atfın uygulanması ile çocuğun soybağının tesis edilmesi engellenmiş olabilir.

Bir üst paragrafta önermiş olduğumuz şekilde bir fıkranın MÖHUK.'a eklenmesi, sadece atfın uygulanıp uygulanmaması noktasında tartışmaların yoğunlaştığı soybağı konusuna yönelik bir çözüm getirmeye elverişli olabilir. Halbuki diğer alanlarda da yaşanabilecek sıkıntıların önüne geçmek amacıyla hâkime takdir hakkı veren hükmün MÖHUK. m. 2/3 hükmüne dahil

edilerek genel hüküm niteliğine getirilmesi ya da İngiliz Hukuku'nda olduğu gibi atfin uygulanmasının talebe bağlı olması esası benimsenebilir. Ayrıca kimi zaman atfin uygulanması, düşünüldüğünün aksine taraflarla hiçbir ilişkisi olmayan bir hukukun uygulanmasına sebebiyet de verebilir. Taraflarla gerçek bir ilgisinin olmaması halinde de atfin uygulanmasından vazgeçilebilmesinin tek hali, bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmesidir¹³¹. Bugünkü uygulama için ise, hâkimin takdir yetkisini kullanarak atfi uygulaması ya da uygulamaması söz konusu değildir.

¹³¹ Atfin uygulanması konusunda hâkime takdir yetkisi verilmesi doktrinde eleştirilmiştir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 136-137.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya/DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.

ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001.

ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: “Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 22, Sayı: 2, Yıl: 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan (Atıf).

AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 2005.

AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul 2008 (2008).

AYGÜN, Musa: “Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, Sayı: 3, Yıl: 2012.

BRIGGS, Adrian: The Conflict of Laws, New York 2002.

CARRUTHERS, M. Janeen: The Transfer Of Property In The Conflict Of Law, New York 2005.

CLARKSON, CMV./ HILL, Jonathan: Jaffey on the Conflict of Laws, Second Edition, London 2002.

COLLIER, J. G.: Conflict of Laws, Third Edition, Cambridge University Press, 2001.

ÇELİKEL, Aysel: “Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda “Atıf” Prensipli’nin Uygulanması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 2, Yıl: 3, 1983.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul 2012.

DANIEL, Berlingher Remus: “The Renvoi in Private International Law”, International Journal of Social Science and Humanity, Vol. 3, No. 1, January 2013.

DARDAĞAN-KİBAR, Esra, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan.

DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile: “Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2011/1.

DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

DOĞAN, Vahit: “Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C: 6, Yıl: 1998, Sayı: 1-2 (Atıf).

EKŞİ, Nuray: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, İstanbul 2013.

GİRAY, Faruk Kerem: “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 2, Yıl: 2011, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan.

GIRSBERGER, Daniel/HEINI, Anton/ KELLER, Max/KOSTKIEWICZ, Kren, Jolanta/SHIER, Kurt/VISCHER, Frank/VOLKEN, Paul: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Bası, Zürich 2004.

GRISWOLD, N. Erwin: “Renvoi Revisted”, Harvard Law Review, Volume LI, 1937-1938.

GÜNGÖR, Gülin: Tabiiyet Hukuku, Ankara 2012.

NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul 2013.

NOMER, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009.

NOMER, Ergin/ŞANLI, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006.

NORTH, Peter/ FAWCETT, JJ: Cheshire and North’s Private International Law, Thirteenth Edition, 2004.

LARKINS, Christopher: “Explain What a “Renvoi” is and Why it is Excluded under the European Choice of Law Rules”, ectil.org/.../Christopher-Larkins---Renvoi.aspx.

SADROLEŞRAFI, Ali: “Devletler Özel Hukuku’nda Genel Olarak Atıf Teorisi (Renvoi)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3 Sayı: 1-2, Yıl: 1987, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı.

SCHREIBER, Ernst Otto: “Doctrines of the Renvoi in Anglo-American Law”, 31 Harv. L. Rev. (1917-1918).

SEVİĞ, Vedat Raşit: “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atıf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1 Yıl: 1982.

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, TBB Dergisi, Sayı: 87, Yıl: 2010.

TEKİNALP, Gülören: “Akdi İlişkilere Uygulanacak Hukuk (MÖHUK. m. 24) ve Zımni Hukuk Seçimi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 1985, Sayı 5.

TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal: Avrupa Birliği Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 2000.

TEKİNALP, Gülören/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011.

ULUOCAK, Nihal: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1987.

ULUOCAK, Nihal: “Evlenmenin Şekli Geçerliliğinde “In Favorem” Atıf Uygulaması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 2, Yıl: 4, 1984.

UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: “Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çalışmaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan.

UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: “Yeni MÖHUK’a Göre Soy Bağı İlişkinde Uygulanacak Hukuk Sorunu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/2.

WILD, Charles: Conflict of Laws, 150 Leading Cases, London 2003.

YILMAZ, İlhan: “Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2001, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan.