



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ  
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 7 - Sayı: 2 - Temmuz 2021

**Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi**  
Prof. Dr. Fuat ERDAL

**Yayın Kurulu Başkanı**  
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ

**Baş Editör**  
Doç. Dr. Tolga AKKAYA

**Editör**  
Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU  
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

**Editör Yardımcısı**  
Dr. Öğr. Üyesi Nergiz EMİR  
Arş. Gör. Neyzen Fehmi DOLAR  
Arş. Gör. Burak IŞIK

**İletişim Adresi**  
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Yunusemre Kampüsü  
Tepebaşı / ESKİŞEHİR  
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240  
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr  
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>


**Yayına Hazırlayan**  
Seçkin Yayıncılık A.Ş.  
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13  
Çankaya / ANKARA  
Tel: 0312 435 30 30  
Faks: 0312 435 24 72

**Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj**  
Emre KIZMAZ

**Yayın Yeri | Yılı**  
Ankara | Temmuz 2021

**ISSN**  
2687-394X

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

AndHD,  Jurix veritabanında da indekslenmektedir.

**Dergiye yapılan atıflarda "AndHD" kısaltması kullanılmalıdır.**

**Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.**

## Danışma Kurulu<sup>(\*)</sup>

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

<sup>(\*)</sup> Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)  
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

### **Yayın Kurulu<sup>(\*)</sup>**

- Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR  
Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Prof. Dr. İbrahim KAYA  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ  
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL  
Prof. Dr. Uğur YİĞİT

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

## Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ("AndHD")

### *Amaç*

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hukukun her alanında hazırlanan özgün ve bilimsel çalışmaların elektronik ortamda yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

### *Kapsam*

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergide hukukun her alanından hakemli makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilmektedir. Yazı dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

### **Etik İlkeler ve Yayın Politikası**

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği AndHD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

### *Yazarlar*

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Çok yazarlı çalışmalar için **Katkı Oranı Beyan Formunun** her bir yazar tarafından imzalanarak sisteme yüklenmesi gerekir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar. Bu kişilerin çalışmaya katkıları, çalışmanın ilk sayfasında başlığa eklenecek bir yıldızlı dipnotla belirtilir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

### *Hakemler*

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.

- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

### ***Editörler***

AndHD dergi editörleri OPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu'nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD'ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem değerlendirmeleri sonucunda yayıma uygun bulunan çalışmaların, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın; derginin amaç ve kapsamına ile yazım kurallarına ve yayın politikasına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmemesi halinde hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakeme, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editör, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri listeden çıkarır.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

## Yazım Kuralları

### *Yazım Dili*

Çalışmaların dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

### *Dosya Formatı*

Çalışmalar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

### *İletişim Bilgileri*

Çalışma dosyaları ile birlikte yazarın adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, ORCID numarasına, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler editöre ulaştırılmalıdır.

### *Ana başlık Öz ve Anahtar Kelimeler*

Dergiye gönderilen makaleler Türkçe ve yabancı dilde (İngilizce veya Almanca) başlık, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ile ilgili makaledeki konuyu tanımlayan en az beş anahtar kelimeyi içermelidir.

### *Sayfa Düzeni*

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.

- Kâğıt boyutu: A4
- Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
- Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır. Yazarın varsa görev yaptığı kurum ve görevi, e-posta adresi ve ORCID numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.

### *Başlıklar*

Bölüm başlıkları, "I, II, III, ..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, "A, B, C..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar "1, 2, 3, ..." ve ardından gelenler "a, b, c..." "aa, bb, cc...", "aaa, bbb, ccc..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

**I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK**

**A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

**1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

**a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

**aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

**aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)**

### *Kısaltmalar*

Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek: İlk kullanım için Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım için TMK)

### ***Dipnotlar***

Dergiye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.

Bir yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almalıdır.

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

Makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayınlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları, sayfa numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ARSEBÜK, A. Esat: "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkışaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.)

Birden fazla yazarlı kitap ve makalelerde, yazarların ad ve soyadlarının arasına "/" işareti koyulmalıdır.

(Örnek: AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 10)

Editörlü kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, (Ed.) kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.)

İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.)

Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ve kaynakçada ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda; yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.)

Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında ";" işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10; ARSEBÜK, s. 13.)

Yargı kararlarına yapılacak atıflarda; mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası belirtilmelidir.

(Örnek:

Anayasa Mahkemesi kararı:

AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33

Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:

UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31

Yargıtay kararı:

Yargıtay, 2. HD., T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03

Danıştay kararı:

Danıştay, 13. D., T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848

Bölge Adliye Mahkemesi kararı:

Ankara BAM, 1. HD., T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976

Bölge İdare Mahkemesi kararı:

Ankara BİM, 2. İDD., T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998

Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd> E.T.: 07.07.2019)



### **Kaynakça**

Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Örnek:

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

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

ARSEBÜK, A. Esat, "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.

ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55-70.

## Değerlendirme Süreci

### *Yayın Etiği Bakımından Değerlendirme*

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler. Bu doğrultuda, AndHD'ye gönderilen çalışmaların değerlendirme süreci derginin Etik İlkeleri ve Yayın Politikası çerçevesinde yürütülür. İlgili ilke ve kuralların ihlal edildiğinden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları uygulanır.

### *Öninceleme ile Yazım ve Dil Denetimi*

Dergide yayımlanması istenen çalışmalar başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir. Editör Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

Tüm çalışmalar yayımlanmadan önce, tekrar, ilgili Yazım ve Dil Editörünün denetiminden geçer.

### *Hakem Değerlendirme Süreci*

Değerlendirme süreci çift taraflı kör hakemlik yöntemiyle yürütülür. Editör Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen çalışmalar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemler ilgili çalışmanın aynen yayımlanmasını, düzeltilmesini yahut yayımlanmamasını önerir.

Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise çalışma üçüncü hakeme gönderilerek gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır.

Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan çalışmalar, Editör Kurulu gerek gördüğü takdirde, bir kez daha hakeme gönderilebilir. Tüm hakem raporları beş yıl boyunca saklanır.

### *Diğer Çalışmaların Değerlendirilmesi*

Hakemli makaleler ve çeviriler dışındaki çalışmaların yayımlanması Editör Kurulunun kararına bağlıdır. Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.

## İntihal Politikası ve Benzerlik Raporu

### İntihal Politikası

Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir. Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.

Dergiye gönderilen çalışmaların değerlendirilmesi sırasında intihalden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınır.

### Benzerlik Raporu

Tüm araştırma makaleleri **iThenticate** veya **Turnitin** üzerinden alınan benzerlik raporu ile birlikte gönderilmelidir. Dergide yayımlanması istenen araştırma makalesi için benzerlik raporu alınması mümkün değil ise ilgili çalışma gönderilmeden önce Editörlük ile iletişime geçilmesi önerilir.

AndHD'nin intihal politikası bağlamında belirli bir benzerlik oranı belirlenmemiş olup çalışmanın değerlendirme sürecine alınıp alınmayacağına, çalışmanın niteliği ve benzerlik raporunda tespit edilen benzerliklerin durumuna göre Editör Kurulu tarafından karar verilir.

### Telif Politikası ve Yayın Lisansı

Yazarlar çalışmalarını AndHD'ye gönderirken Telif Hakkı Formunu imzalarlar. Bu form ile, AndHD'de yayımlanmak üzere gönderdikleri çalışmalarının,

- AndHD Etik İlkeler ve Yayın Politikası ile Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde hazırlandığını,
- Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olduğunu,
- İlgili çalışma üzerindeki, işleme, çoğaltma, temsil, basım, yayım, dağıtım ve internet yoluyla iletim de dâhil olmak üzere her türlü umuma iletim ve mali haklarını Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine devretmeyi kabul ve taahhüt ederler.

AndHD tarafından yayıma kabul edilen çalışmalar Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) lisansı ile yayımlanır. Bu lisansla kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verilir.

### Açık Erişim Politikası

AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) ile lisanslıdır. Bu lisans, kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verir.

### Ücret Politikası

Dergide makale yayımı ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için gönderim ya da yayım ücreti alınmaz, hakemlik faaliyeti için ücret ödenmez. AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü okuyuculara ücretsiz olarak sunulur.



## Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD) Temmuz 2021 sayısı DergiPark üzerinden elektronik olarak yayınlamış ve Derginin dış kapak sayfası, makale kapak sayfası ve dizgi tasarımında yenilikler yapılmıştır.

Bu sayıda kamu hukuku ve özel hukuk alanında kaleme alınan hakemli araştırma makalelerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı çevirisine, kitap ve makale incelemeleri ile güncel yargı kararlarının özetlerine yer verilmiştir.

Derginin araştırma makaleleri bölümünde; “*Vergi Mükellefiyeti Kapsamında Düzenlenen Belgelerde ‘Miktar’ ve ‘Meblağ’ Kavramları ve Gerçeğe Aykırı Olmasının Cezai Sonuçları*”, “*Uzaktan Öğretim Tezsiz Yüksek Lisans Programlarının Finansmanı*”, “*Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı*”, “*Anayasa Mahkemesi Tarafından Siyasi Partilerin Dağılıma Durumunun Tespit Edilmesi*”, “*1912 Seçimleri: Demokratik Seçim İlkeleri Işığında Kısa Bir İnceleme*”, “*İdari Sözleşme Ölçütleri*”, “*Ekonomik Kamu Düzeninin Korunmasına Yönelik Kamu İhale Hukuku İlkeleri (Rekabet, Eşitlik ve Kaynakların Verimli Kullanılması İlkeleri)*”, “*Riskli Yapılar Hakkında Karar Alma Usulü ve Usulü Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi*” ve “*Türk Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri*” başlıklı çalışmalar yer almaktadır.

Çeviri bölümünde “*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi V. İrlanda Davası*” başlıklı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı çevirisine yer verilmiştir. Kitap ve makale incelemeleri bölümünde ise “*Marksizm ve Hukuk*”, “*Amerikan Hukuk Sistemini Yerel Siyaset Üzerinden Okumak*” başlıklı kitap incelemeleri ile “*Milletlerarası Özel Hukuku Sevdiren Nedir? Bir Makalenin Düşündürdükleri*” başlıklı makale incelemesi yer almaktadır. Güncel yargı kararları bölümünde Türk ve yabancı yargı mercilerinin bazı önemli kararları özetlenmiştir.

Dergimizin bu sayısının yayınlanmasında emeği geçen değerli yazarlara, hakemlere, Derginin tasarımının yenilenmesine katkıda bulunan Anadolu Üniversitesi Kurumsal İletişim Koordinatörlüğü ile yayın sürecine destek sağlayan Seçkin Yayınevi yönetici ve çalışanlarına içten teşekkür eder, bu sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

*AndHD Editör Kurulu*



## İçindekiler

### Makaleler

---

#### **Vergi Mükellefiyeti Kapsamında Düzenlenen Belgelerde “Miktar” ve “Meblağ” Kavramları ve Gerçeğe Aykırı Olmasının Cezai Sonuçları**

The Concepts of “Quantity” and “Sum” in Documents Regulated within the Scope of Tax Obligation and the Penalty Results of Non-Truth

Hasan Hüseyin BAYRAKLI - Ahmet BOZDAĞ ..... 255

#### **Uzaktan Öğretim Tezsiz Yüksek Lisans Programlarının Finansmanı**

Financing of Distance Learning Master’s Programs Without Thesis

Nezih VARCAN ..... 267

#### **Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı**

Prosecutor as an Objective Party in the Criminal Procedure

Tuba KELEP PEKMEZ ..... 275

#### **Anayasa Mahkemesi Tarafından Siyasi Partilerin Dağılma Durumunun Tespit Edilmesi**

Detection of the Dissolution Status of Political Parties by the Constitutional Court

Fatih GÜLER ..... 293

#### **1912 Seçimleri: Demokratik Seçim İlkeleri Işığında Kısa Bir İnceleme**

The 1912 Elections: A Brief Review in the Light of the Democratic Election Principles

Bahar ÖNGÜÇ ..... 307

#### **İdari Sözleşme Ölçütleri**

Criteria for Administrative Contracts

Abdurrahim ÇINAR ..... 325

#### **Ekonomik Kamu Düzeninin Korunmasına Yönelik Kamu İhale Hukuku İlkeleri (Rekabet / Eşitlik / Kaynakların Verimli Kullanılması İlkeleri)**

Principles of Public Tender Law on the Protection of the Economic Public Order (Competition / Equality / Efficient Use of Resources)

Adem AVCI ..... 339

#### **Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi**

The Decision Making Procedure Regarding Risky Structures and the Effect of Procedural Deficiencies on the Validity of the Decision

Ahmet Arif ELLEK ..... 375

#### **Türk Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri**

Aggressive Sales Methods in Turkish Law

Almila KEPENEK ..... 395

**Çeviri****Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda Davası**

Case of Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland

Çev. Recep Ersel ERGE ..... 413

**Kitap İncelemesi****Marksizm ve Hukuk**

Marxism and Law

Asuman İNCE TUNÇER ..... 457

**Amerikan Hukuk Sistemini Yerel Siyaset Üzerinden Okumak**

Reading the American Legal System Through Local Politics

İlknur Rabia TÜRKÖLMEZ ..... 459

**Makale İncelemesi****Milletlerarası Özel Hukuku Sevdiren Nedir? Bir Makalenin Düşündükleri**

What Makes Private International Law “Lovable”? Reflections on an Article

Ayşe Kübra ALTIPARMAK ..... 467

**Yargı Kararları****Güncel Yargı Kararları** ..... 471



# Araştırma Makaleleri

---





## Vergi Mükellefiyeti Kapsamında Düzenlenen Belgelerde “Miktar” ve “Meblağ” Kavramları ve Gerçeğe Aykırı Olmasının Cezai Sonuçları<sup>(\*)</sup>

*The Concepts of “Quantity” and “Sum” in Documents Regulated within the Scope of  
Tax Obligation and the Penalty Results of Non-Truth*

**Hasan Hüseyin BAYRAKLI**  

Profesör Doktor

*Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Mali Hukuk Anabilim Dalı*

**Ahmet BOZDAĞ**  

Doçent Doktor

*Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı*

### Anahtar Kelimeler

*Biçimsel Mükellefiyet,  
Belge Düzeni,  
Belgelerde Miktar,  
Belgelerde Meblağ,  
Sahte Belge,  
Muhteviyatı İtibariyle  
Yanılıcı Belge.*

### Keywords

*Formal Obligation,  
Document Order,  
Amount in Documents,  
Sum in Documents,  
Fake Document,  
Misleading Document  
in Terms of Content.*

### Öz

Vergi mükellefiyeti maddi ve biçimsel mükellefiyetlerden oluşur. Maddi ve/veya biçimsel mükellefiyetlere aykırı davranılması belirli yaptırımların uygulanmasını gerektiren vergi hukukuna ilişkin hukuka aykırılıklar olarak düzenlenmiştir. Bu çalışma, biçimsel mükellefiyetler kapsamında düzenlenmesi gereken belgelerde yer alan “miktar ve meblağın” gerçeğe aykırı olması durumunda uygulanması gereken yaptırımları ve bu yaptırımların kamu gücünü kullanan makamlar itibariyle almış olduğu şekli içermektedir. Vergi hukukunda belgelerde yer alan “miktar” ve “meblağ” kavramları uygulamada birbirinin yerine aynı anlamda kullanılmasına rağmen gerçekte farklı anlamları olan iki kavramdır. Bu nedenle kanun koyucu da bu iki kavram arasındaki anlam farkını dikkate alarak meydana gelen hukuka aykırılıkları iki farklı yaptırım ile cezalandırmıştır.

### Abstract

Tax liability consists of financial and formal obligations. Violations of material and / or formal obligations are regulated as violations of the law regarding tax law that require certain sanctions. The scope of this study includes the sanctions that should be applied in case the “amount and sum” included in the documents to be issued within the scope of formal obligations are inaccurate, and the way the sanctions are taken by the authorities using public power. Although the concepts of “amount” and “sum” in the documents in tax law are used interchangeably in practice, they are two concepts with different meanings. For this reason, the legislator, considering the difference in meaning between these two concepts, penalized the illegalities with two different sanctions.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 04.06.2021, Kabul Tarihi: 22.06.2021.

## GİRİŞ

Vergi mükellefiyeti, maddi ve biçimsel vergi mükellefiyetinden meydana gelir. Maddi vergi mükellefiyeti, mükellefin mülkiyet alanında bulunan paranın ödenmesi gereken kadarının vergi dairesine ödenmesini ifade eder. Biçimsel vergi mükellefiyeti ise vergi miktarının doğru hesaplanabilmesi ve denetiminin yapılabilmesi için birtakım biçimsel mükellefiyetlerle güçlendirilmiştir. Bu biçimsel mükellefiyetlerden biri de belge düzenine uymaktır. Bu çalışmada belge düzeni içerisinde yer alan bazı belgelerin düzenlenmesi veya kullanılmasında miktar ve meblağ olarak belirlenen konularda hukuka aykırılıklar incelenecektir.

Öncelikle miktar ve meblağ kavramları irdelenecek, kavramlar arasındaki farklar belirtilerek hukuka aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar işlem teorisi açısından incelenecektir. Çalışmada nitel araştırma yöntemi kullanılacaktır. Para tutarına ilişkin meblağın da “bir miktar olduğu” yanlılığına düşülmemesi için bu çalışmanın yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kanun koyucu bu farklılığı ifade etmek için iki ayrı kavram olan miktar ve meblağ kavramlarını kullanmış, bu konudaki yükümlülükler aykırılıkların ise iki farklı cezai yaptırım ile cezalandırılacağını düzenlemiştir.

## I. VERGİ HUKUKUNDA MİKTAR VE MEBLAĞ KAVRAMLARI

Vergi mükellefiyeti kapsamı içerisinde kullanılan belgelerde yer alan “miktar” ve “meblağ” kavramları birbirine çok yakın iki kavramdır. Ancak kanun koyucu iki kavram arasındaki farkı belirtmek amacıyla ortaya çıkan hukuka aykırılıkları iki farklı yaptırım ile cezalandırmıştır. Uygulanacak cezalardaki farklılık o kadar büyüktür ki, bu iki kavram arasındaki fark saptanmaya ve kanun koyucunun neden böyle bir düzenlemeye gitme ihtiyacı duyduğu araştırılmaya çalışılacaktır.

### A. Belgelerde Miktar Kavramı

Miktar, bir şeyin ölçülebilir, sayılabilir veya azalıp çoğalabilir durumu; nicelik ise ölçü, sayı, derece, ağırlık<sup>1</sup> anlamlarında kullanılmaktadır. Miktar kavramı köken olarak Arapçadır. Arapça’da “mikdar” sözcüğü, “kadere” kökünden gelir. “Kadr” olarak kemiyet, miktar anlamı vardır.<sup>2</sup>

Düzenlenmesi gereken belgeler açısından miktar kavramı incelenirse Vergi Usul Kanunu’nda (VUK) “malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarı” (VUK m. 230/4) ifadesine yer verilmiştir. Burada yer alan miktar kavramı, faturaya yazılan malın veya hizmetin nevi yanında kaç adet veya birim malın satıldığı belirtilmesidir. Ayrıca birim başına fiyatın ve toplam bedelin<sup>3</sup> de yazılması zorunludur. Tanımda da ifade edildiği gibi nicel değerler için miktar kavramı kullanılmıştır. Bunu satılan bir mal için düşünersek, 10 ton kömür, 20 adet bilgisayar, 10 litre süt gibi ifade edebiliriz. VUK’un bazı maddelerinde değer karşılığı olarak da yer almıştır. Örneğin resen veya ikmalen tarh edilecek vergilerde vergi miktarı olarak da kullanılmıştır.

### B. Belgelerde Meblağ Kavramı

Meblağ kavramı ise, nicelik bakımından bir şeyin bütünü, para miktarı<sup>4</sup> anlamındadır. Bir başka kaynaktan ise “para olarak tutarı, yekûnu, bir hesabın ulaştığı rakam toplamı”<sup>5</sup> anlamında kullanılmıştır.

Meblağ kavramı, Vergi Usul Kanunu’nda belge düzenine ilişkin olarak “Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi ya-

<sup>1</sup> YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 820; [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b265fca587149.75666762](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b265fca587149.75666762) (E.T.: 17.06.2018).

<sup>2</sup> <http://www.arapcasozluk.gen.tr/index.php?q=%D9%82%D8%AF%D8%B1> (E.T.: 17.06.2018).

<sup>3</sup> ÖZBALCI, Yılmaz: *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 553.

<sup>4</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=TUTAR](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=TUTAR) (E.T.: 17.06.2018); YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, s. 786.

<sup>5</sup> <https://www.turkcesozlukler.com/mebla%C4%9F-nedir-ne-demek> (E.T.: 17.06.2018).

*pan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.”* (VUK m. 229) cümlesinde müşterinin borçlandığı para tutarı olarak ifade edilmiştir. Burada kanun koyucunun “müşterinin borçlandığı miktarı” yerine “müşterinin borçlandığı meblağ” kavramını kullanmış olması nedeniyle “paraya ilişkin tutardan” söz ettiği açıktır. Vergi Usul Kanunu’nun “meblağ” kavramı için 10 ayrı yerde “para tutarı” karşılığı olarak yer verdiği görülecektir. İşletme hesabında gider ve hasılat kayıtlarında ihtiva etmesi gereken kayıtlardan biri de “meblağ” (VUK m. 194), çiftçi işletme defterinde ihtiva etmesi gereken bilgilerden biri de “meblağ” (VUK m. 213), faturada yer alması gereken bilgilerden biri de “malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarı” (VUK m. 230), “Amortisman ayrılmış olanların değeri ayrılmış amortismanlar düşüldükten sonra kalan meblağdır.” (VUK m. 328) ifadeleri meblağın toplam para veya değer tutarı karşılığı kullanıldığını göstermektedir.

## II. MİKTAR KAVRAMINI BELGELERDE YANILTMA AMACIYLA DÜZENLEME VE KULLANMA

Konu incelenmeden önce, kullanılması zorunlu olan belgeler, belgelerde miktar, belgelerde yaniltma, yaniltma amacıyla belge düzenleme, yaniltma amacıyla düzenlenmiş belgeyi kullanma kavramlarının irdelenmesi gerekir.

### A. Kullanılması Zorunlu Olan Belgeler ve İlkeleri

Kullanılması zorunlu olan belgeler Vergi Usul Kanunu’nun üçüncü kısmında düzenlenmiştir (VUK m. 227-242). Bu belgeler fatura (VUK m. 229), perakende satış vesikası (VUK m. 233), gider pusulası (VUK m. 234), müstahsil makbuzu (VUK m. 235), serbest meslek makbuzu (VUK m. 236), ücret bordrosu (VUK m. 238), taşıma irsaliyesi (VUK md 240/A), yolcu listeleri (VUK m. 240/B) ve Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından kullanılma zorunluluğu getirilen belgelerdir.<sup>6</sup> Hazine ve Maliye Bakanlığına verilen yetki çerçevesinde bazı belgelerin elektronik ortamda oluşturulması, tebliğ edilmesi ve korunması söz konusu olabilir. Elektronik ortamda düzenlenen belgeler nitelik olarak kâğıt ortamında düzenlenen belgelerle aynı hukuki niteliğe sahiptir.<sup>7</sup>

Kullanılması zorunlu olan belgeler, mükellefin vergilendirme şekline göre farklılıklar arz eder. Kullanılması zorunlu olan belgelere ilişkin ilkeler şunlardır:

- i. Kanunda aksine bir hüküm olmadıkça Vergi Usul Kanunu’na göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların kullanılması zorunlu olan belgelerle ispat edilmesi gerekir.
- ii. Götürü usulde tespit edilen giderler hariç olmak üzere, mükellef defter tutmak zorunda olmasa bile vergi matrahlarının tespitine ilişkin giderleri kullanılması zorunlu olan belgelerle ispat etmek zorundadır.
- iii. Kullanılması zorunlu olan belgeler Vergi Usul Kanunu ile düzenlenebileceği gibi, Kanun’un verdiği yetki kapsamında Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından da tespit edilebilir.
- iv. Kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır.
- v. Hazine ve Maliye Bakanlığı uygun gördükleri belgeler için düzenlenme saatinin yazılmasını zorunlu tutabilir.

<sup>6</sup> BOZDAĞ, Ahmet: “Misleading Documents and Fake Documents Concepts on Tax Evasion Crime in the Light of Decisions of the Supreme Court”, *32<sup>nd</sup> International Public Finance Conference/TR (Proceeding Book)*, Ekin Yayınevi, 2017, s. 15; ÇAVUŞ, Adnan: *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 92-93.

<sup>7</sup> ÇAĞLAR, Kemal: *Vergi Usul Kanunu ve Yorumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 457.

## B. Belgelerde Miktar Kavramı

Kullanılması zorunlu olan belgelerden faturada yer alması gereken zorunlu bilgilerden biri de “*malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarı*”dır (VUK m. 230/4). Yazılması gereken miktar, satılan malın veya yapılan hizmetin ne olduğu, ne kadar olduğu ve birim fiyatı ile ödenmesi gereken tutarı göstermek için kullanılır.

Miktar bilgilerinin yer alması gereken belgelerden bir diğeri gider pusulasıdır. Gider pusulasında yer alması gereken hususlardan biri “*...işin mahiyeti, emtianın cins ve nev'i ile miktar ve bedelin...*” yer almasıdır (VUK m. 234/3).

Miktar bilgilerinin yer aldığı başka bir belge de müstahsil makbuzudur. Yer alması gereken zorunlu bilgilerden biri de “*satın alınan malın cinsi, miktarı ve bedeli*”dir. (VUK m. 235/4).

Serbest meslek makbuzlarında da “*alınan paranın miktarı*” (VUK md 237/3) ifadesi yer almaktadır. Burada faturada yer alan malın miktarına ilişkin değil alınan paranın tutarı anlamındadır. Ancak dar yorum yapılırsa buradaki kavram da miktar anlamında kullanılmıştır. Geniş yorum yapılacak olursa ödenmesi gereken para tutarı anlamındadır.

## C. Belgelerde Yanıltma

Vergi Usul Kanunu’nda belge düzeninde niteliği itibariyle yanıltma iki şekilde düzenlenmiştir: Bunlardan biri sahte belge, diğeri de muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir. Yanıltma eylemi olarak da iki şekilde düzenleme yapılmıştır. Bu eylemlerden biri yanıltıcı belge düzenleme, diğeri ise yanıltıcı belgeyi kullanmaktır. Yanıltma amacıyla kullanım yerine göre miktarda veya muhteviyatta olabilir. Yanıltmanın şekli içerik, fail ve yaptırımları itibariyle farklı olması nedeniyle her biri ayrı başlıklar altında incelenecektir.

### 1. Sahte Belge

Sahte belge Vergi Usul Kanunu’nda şöyle tanımlanmıştır: “*Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.*” (VUK md 359/b). Düzenlemek belgeyi ilk olarak meydana getirmektir.<sup>8</sup> Türk vergi sistemi vergilemede gerçek usulü benimsemiştir. Bunu sağlamak adına Vergi Usul Kanunu’nun 3’üncü maddesinde “*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.*” ifadesine yer verilmiştir. İşin gerçek mahiyeti hem vergiyi doğuran olayla ilgili işlemlerin belgeye dayalı olmasını hem de olayın gerçek hayatta meydana gelmiş olmasını ve hukuken gerçekleşmiş olmasını ifade eder. İşte sahte belge bu açıdan değerlendirildiğinde gerçek bir muamele veya olay gerçekleşmiş olmamasına rağmen sanki gerçekte olmuş gibi düzenlenen belgeye dayandırılmış olmasını ifade etmektedir.<sup>9</sup>

Vergiyi doğuran olay vergi mükellefi ile verginin konusu üzerinde meydana gelir. Bu durum, ekonomik olaylarda herhangi bir ekonomik ilişkiye konu olmamasına karşılık sanki olmuş gibi belgeye aktarılması halinde sahte belge olgusu ile karşılaşılır. Kömür ticareti ile ilgisi olmayan mükellefin kömür faturası kesmesi, kayıtlı vergi mükellefi olmamasına rağmen kayıtlı mükellef gibi fatura düzenlemesi durumunda ortaya çıkan belge sahte belge olarak nitelendirilir.

Sahte fatura düzenlendiğinin tespit edilebilmesi için faturaların hangi hukuki ilişkiye dayandığının araştırılması gerekir.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> ERMAN, Sahir: *Vergi Suçları*, İ.Ü. Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul, 1988, s. 53.

<sup>9</sup> MUTLUER, Kamil: *Vergi Ceza Hukuku*, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 214, Eskişehir, 1979, s. 162; sahte belge konusunda bkz. BOZDAĞ, s. 16; ÇAVUŞ, s. 139.

<sup>10</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 07.02.2017, E. 2016/3967, K. 2017/ 742 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 23.06.2018).

## 2. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge Vergi Usul Kanunu’nda şöyle tanımlanmıştır: “*Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.*” (VUK md 359/a). Tanım incelendiği zaman şu sonuçlara ulaşılır:

- i. Belge düzenlenmesine neden olan gerçek bir muamele veya durum meydana gelmiştir. Örneğin belgeyi düzenleyen kişinin vergi mükellefiyet kaydı vardır. Kömür alıp satıyordur. Satıcı alıcıya kömür satmıştır.
- ii. Belge üzerinde kayıtlı olan muamele ve durum ile gerçekte meydana gelen muamele ve durum arasında farklılıklar vardır. Belgede yazılı olan muamele ile gerçekte yapılan muamele mahiyet ve miktar itibariyle farklılık gösterir. Örneğin kömür satmış gibi gösterilen mükellef aslında odun satıcısıdır. Odun yerine kömür yazılması istenmiş olabilir ve mükellef de kömür yazmıştır. Miktar olarak her iki işlem aynı olsa bile mahiyet itibariyle farklılık gösterir. Satıcı satın almadığı bir malı satmış olmaktadır. Diğer yandan muhteviyatı itibariyle kömür alıp satan mükellef kömür faturası düzenleyebilir, fakat sattığı miktarı farklı yazabilir. Yüz ton kömür satmasına karşılık on ton olarak yazmasında miktar itibariyle farklılık söz konusu olur. Her iki durumda da belge muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olarak kabul edilir.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesi konusunda Vergi Usul Kanunu, Türk Ceza Kanunundan ayrılmıştır. Vergi ceza hukukunda yanıltıcı belgenin düzenlenmesi suçun oluşumu için yeterli iken, ceza hukukunda özel belgede sahtecilik suçunun oluşabilmesi için bu belgenin (özel belgenin) düzenlenmesi ve kullanılması ya da sadece kullanılması gerekmektedir.<sup>11</sup>

## D. Sahte Belge Düzenlemede Miktar Kavramı

Sahte belge düzenleme, sahte belgeyi ilk defa meydana getirmek demektir.<sup>12</sup> Vergi Usul Kanunu’nda aksine hüküm olmadıkça bu Kanun’a göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların ispat edici belgelere dayanması zorunludur. Defter tutmak zorunda olan mükellefler şunlardır:

- i. Ticaret ve sanat erbabı,
- ii. Ticaret şirketleri,
- iii. İktisadi kamu müesseseleri,
- iv. Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler,
- v. Serbest meslek erbabı,
- vi. Çiftçiler (VUK m. 172).

Defter tutmak zorunda olan mükelleflerin üçüncü şahıslarla ilişkilerini vergi hukuku açısından ispatlamak için kullanmak zorunda oldukları belgeler şunlardır: Fatura (VUK md 229), perakende satış vesikası (VUK md 233), gider pusulası (VUK md 234), müstahsil makbuzu (VUK md 235), serbest meslek makbuzu (VUK md 236), ücret bordrosu (VUK md 238), taşıma irsaliyesi (VUK md 240/A), yolcu listeleri (VUK md 240/B) ve Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından kullanılma zorunluluğu getirilen diğer belgeler.

<sup>11</sup> KARAKOÇ, Yusuf: *Vergi Ceza Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 289; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 808.

<sup>12</sup> ÖZCAN, Onur: *Vergi Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 186.

“*Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.*” (VUK m. 229). Faturada miktara ilişkin bilgi “*malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarı*” (VUK m. 229/4) olarak ifade edilmiştir. Düzenleme eylemi burada görülür. Bu düzenleme gerçek bir işleme dayalı olmaksızın düzenlenmesi durumunda sahte belge düzenlenmiş olacaktır.<sup>13</sup> Uygulamada sahte faturanın belli bir bedel karşılığında mahiyetleri itibariyle gerçek dışı olacak şekilde düzenlendiği de görülmektedir. Sahte fatura düzenleme suçu ile bunu kullanma suçu birbirinden farklı iki ayrı suçtur.<sup>14</sup> Sahte fatura düzenlemede faturanın Vergi Usul Kanunu’nun 227’nci maddesinde belirtilen zorunlu bilgileri ihtiva etmesi gerekir.<sup>15</sup>

Perakende satış fişi birinci sınıf tüccarlar, ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenler tüccarlar ve defter tutmak zorunda olan çiftçilerin, fatura vermek mecburiyetinde olmadıkları satışları ve yaptıkları işlerin bedellerini gösteren, müşterilerine vermek zorunda oldukları belgedir. Fatura vermek zorunda oldukları bedel her yıl yeniden değerlendirilerek düzenlenmektedir. 2021 yılı için bu tutar 1500 TL’dir.<sup>16</sup> Perakende satış fişlerinde miktar olarak alınan para belirtilir. Bu tutar daha çok meblağ anlamındadır. Gerçek bir muamele olmaksızın belge düzenlenmesi sahte belge düzenleme olarak kabul edilmelidir.

Sahte olarak düzenlenebilecek diğer bir belge ise gider pusulasıdır. Gider pusulası, birinci sınıf tüccarlar, ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenler, defter tutmak mecburiyetinde olan serbest meslek erbabı ve çiftçilerin, vergiden muaf esnafa yaptırdıkları işler veya onlardan satın aldıkları mallar için düzenlenip işi yapana veya malı satana imza ettirecekleri belgedir (VUK md 234). Gider pusulasında yer alması gereken bilgilerden biri de işin mahiyeti, malın cinsi ile miktar ve bedelidir. Herhangi bir muamele olmamasına karşılık gider pusulası düzenlenmesi sahte belge düzenleme olarak kabul edilecektir.

Müstahsil makbuzu birinci sınıf tüccarlar, ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenler, defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerin gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçilerden satın aldıkları malların bedelini ödedikleri sırada iki nüsha olarak düzenlemek ve bunlardan birini imzalayarak satıcı çiftçiye vermeye ve diğerini ona imzalatarak almaya mecbur oldukları belgedir (VUK m. 235). Her hangi bir muamele olmamasına karşılık müstahsil makbuzu düzenlenmesi sahte belge düzenleme olarak kabul edilecektir.

Serbest meslek makbuzu serbest meslek erbabının mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha düzenlemek ve bir nüshasını müşteriye vermek zorunda olduğu belgedir (VUK md 236). Herhangi bir mesleki faaliyet olmamasına karşılık serbest meslek makbuzu düzenlenmesi sahte belge düzenleme olarak kabul edilecektir.

Düzenlenmesi gereken diğer belgeler olan taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ve Hazine ve Maliye Bakanlığına verilen yetki çerçevesi içerisinde düzenlenmesi zorunlu olan belgelerin düzenlenmesini gerektirecek herhangi bir faaliyet olmamasına karşılık düzenlenmiş olması sahte belge düzenleme olarak kabul edilecektir.

## **E. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlemede Miktar Kavramı**

Belge düzenlemede hukuka aykırılık içeren bir uygulama ise belgede yer alması gereken miktarın muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenmesidir. Belgeler ve belge düzenlemek zorunda olanlar yukarıda sayıldığı için burada tekrar edilmeyecektir.

<sup>13</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 16.01.2017, E. 2016/4048, K. 2017/ 259 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 23.06.2018).

<sup>14</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 06.03.2017, E. 2016/4000, K. 2017/ 1597 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 23.06.2018).

<sup>15</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 02.05.2017, E. 2016/4603, K. 2017/ 3285 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 23.06.2018); Yargıtay, 11. CD., T. 28.09.2017, E. 2016/4695, K. 2017/ 6108 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 23.06.2018).

<sup>16</sup> VUK 522 sayılı Genel Tebliği, (29.12.2020 tarihli ve 31349 (1. mükerrer) sayılı Resmî Gazete).



Muhteviyatı itibariyle gerçek bir muamele ve duruma dayanmakla beraber belgede yer alan miktarın gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesidir. Fatura ve benzeri belgelerde taşınması gereken şekil şartlarına uyması gerekir.<sup>17</sup> Özellikle miktar konusundaki hukuka aykırılıkların tespit edilebilmesi için sevk irsaliyesi ile faturadaki tutarların karşılaştırılması suretiyle tespiti yoluna gidilmesinde fayda olacağı belirtilmiştir.<sup>18</sup>

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesi, çoğu zaman gizlenemeyecek durumda olan iktisadi ilişkileri avantaj sağlayacak ve olması gereken içerikten farklı bir şekilde düzenlenmesidir. İş yerinin olması, iş yerinde ticari malların olması, toplum içerisinde yapmış olduğu işle anılıyor olması gizlenemeyecek ilişkilerdir. Buradan sağlanacak menfaat, mükellefler açısından doğal olarak vergi yükünü azaltmaya yönelik davranışlardır. Gerçi bu suçu işleyebilmek için failin mükellef olması zorunluluğu da yoktur.<sup>19</sup> Bu menfaatler her ne kadar kaçakçılık suçlarının neticesi olarak Kanun’da yer almasa da faili bu suçu işlemeye yönelten saik olarak kabul edilebilir. Öteden beri kömürcü olarak bilinen mükellefin satmış olduğu kömürde değeri daha yüksek kömür yerine daha düşük kömür yazması örnek gösterilebilir. Satılan miktarın daha az gösterilmesi muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek olarak kabul edilmesi gerekir. Satıcının düzenlediği belgede müşterisine verdiği nüsha ile kendisinde kalan nüsha arasında tarih, fiyat ve tutarlarında farklılığın tespitinin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme olarak kabul edilmesi gerekir.<sup>20</sup> Muhteviyatı itibariyle yanıltıcılık belgenin aslında olabileceği gibi suretinde de olabilir.<sup>21</sup>

## F. Sahte Belge Kullanmada Miktar Kavramı

Vergi hukukunda belge kullanmak, belge düzenine uymak olarak bir üst başlıkla ifade edilirse bunun birinci basamağını belge düzenleme oluşturur.<sup>22</sup> Sahte belge düzenleme yukarıda irdelendiği için burada diğer kullanma kavramı içerikleri üzerinde durulacaktır. Sahte belge düzenleme ayrı bir kaçakçılık suçu fiilini oluştururken, sahte belge kullanma ayrı bir kaçakçılık suçunu oluşturacaktır.<sup>23</sup>

Türk vergi sisteminde gerçek usulde vergileme ilkesi söz konusu olduğuna göre, bunu sağlayacak öğelerden biri ilişkilerin belgeye dayalı olması, diğeri de bu belgelerin kayıt altına alınmasıdır. Defter tutma mükellefiyeti bulunan mükellefler açısından kayıt altına almak, bu belgelerin tutulması zorunlu olan defterlere muhasebe ilkelerine uygun olarak kaydedilmesidir. Belgeler karşılıklı çıkar çelişkinliğini göstermek amacıyla hem veren hem de alan mükellefler tarafından defterlerine kaydedilmesini gerekli kılar. Çoğu zaman çapraz denetimlerde belge kontrolü de yapılmış olur.<sup>24</sup> Sahte belgenin kullanılması hem düzenleyen hem de alan açısından defterlere kaydedilmesi sonucunu doğurur. Belgenin sahte olduğu ve sahte belge olarak kullanıldığını iddia eden tarafından da ispat edilmesi gerekir.<sup>25</sup> Bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılabilir.<sup>26</sup> Burada mükellefin “Bilmiyordum.” savunması çok kolay kabul edilir olmayacaktır, çünkü ne aldığını, ne kadar aldığını ve karşılığında ne ödediğini veya hiçbir şey almadığını bilmemek söz konusu olmayacaktır.<sup>27</sup> Bu konuda imza incelemesi başvurulabilecek husus-

<sup>17</sup> Yargıtay, 11. CD. T. 10.01.2018, E. 2016/10697, K. 2018/ 105 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 23.06.2018).

<sup>18</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 12.09.2017, E. 2016/7140, K. 2017/ 5423 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 26.06.2018); Yargıtay, 11. CD., T. 12.12.2017, E. 2017/7984, K. 2017/ 8819 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 26.06.2018).

<sup>19</sup> UĞUR, Hüsamettin / ELİBOL, Mert: *Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Suçları*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 383.

<sup>20</sup> CANDAN, Turgut: *Vergi Suçları ve Cezaları*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2010, s. 360.

<sup>21</sup> ŞENYÜZ, Doğan: *Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)*, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2016, s. 393.

<sup>22</sup> ÖZBALCI, s. 960.

<sup>23</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 01.03.2017, E. 2017/21, K. 2017/ 1453 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 26.06.2018).

<sup>24</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 28.09.2017, E. 2017/7961, K. 2017/ 6086 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 26.06.2018).

<sup>25</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 18.09.2017, E. 2017/1539, K. 2017/5653 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 26.06.2018).

<sup>26</sup> Yargıtay, 11. CD., E. 2017/2046, K. 2018/61 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 26.06.2018).

<sup>27</sup> BAYRAKLI, Hasan Hüseyin: *Vergi Ceza Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Celepler Matbaası, Afyonkarahisar, 2017, s. 96.

lardan birisidir.<sup>28</sup> Yargıtay bu konuda belgelerin hangi hukuki ilişkiye dayandığının tanık bilgisine dayanabileceğini kararlaştırmıştır.<sup>29</sup>

Belge düzeninde diğer yükümlülükler ise belgelerin zamanaşımı süresi içerisinde saklanması ve vergi incelemesi sırasında yetkililer tarafından istenilmesi halinde ibraz edilmesidir. Bu çalışmanın kapsamı dışında yer alması nedeniyle bu yükümlülükler üzerinde durulmayacaktır.

### G. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Kullanmada Miktar Kavramı

Belge kullanma, düzenlenen veya alınan belgelerin muhasebe ilkelerine uygun olarak tutulması zorunlu olan defterlere kaydedilmesidir. Miktar itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçunu işleyebilecek suç failleri defter tutma yükümlülüğü altında olan mükelleflerdir. 10 adet veya 10 ton mal almış veya satmış olan kişi bu miktarların dışında bir tutarı içeren belgeyi defterlerine farklı rakamlarda kaydetmesi halinde muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi kullanmış olur.

## III. YANILTMA AMACIYLA BELGELERDE MEBLAĞIN GERÇEĞE AYKIRI ŞEKİLDE DÜZENLENMESİ VE ALINMASI FİİLLERİ

### A. Belgelerde Meblağ Kavramı

Meblağ, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı tutarı göstermesi nedeniyle öncelikle ticari belgelerde yer alır. Fatura gibi bir belgede yanıltma ticari ilişkinin karşı tarafı için kullanılmaz, çünkü her tacir aldığı mal veya hizmet karşısında ne kadar bedel ödeyeceğini bilir. Dolayısıyla ticari belgede yer alan ve ödemesi gereken tutarı gösteren meblağ daha çok vergi alacaklı olan devleti yanıltmaya yönelik olacaktır. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge hem düzenleyen hem de kullanan kişiler açısından netice doğuracaktır.

### B. Yanıltma Amacıyla Belgelerde Meblağın Gerçeğe Aykırı Şekilde Yer Alması

Ticari belgelerde düzenleme malı satan veya hizmeti sunan kişi açısından söz konusu olacaktır. Yanıltma amacıyla düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi halidir. Örnek olarak, bir tanesi 50 TL olan maldan yüz adet satan mükellefin düzenleyeceği belgede 5000 TL yerine 500 TL yazması halinde meblağ itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmiş olur. Bu fiil için Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen ceza özel usulsüzlük cezasıdır.

Farklı meblağlara yer verilmesi bu belgelerin asılları ile suretlerine ilişkin de olabilir. Bu durumda da yanıltma amacıyla farklı meblağlara yer verilerek özel usulsüzlük kabahati işlenmiş olur.<sup>30</sup>

### C. Yanıltma Amacıyla Meblağın Gerçeğe Aykırı Şekilde Düzenlenmiş Belgelerin Alınması

Belge düzenine uyma konusunda vergi mükelleflerine düşen ödevlerden biri de belge alma yükümlülüğüdür. Belgeyi almak zorunda olanlar malı alan veya hizmetten yararlanan kişilerdir. Fatura açısından almak zorunda olanlar; birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, serbest meslek erbabı, kazançları basit usulde tespit olunan tüccarlar, defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçiler ve vergiden muaf esnaf (VUK m. 232/1). Perakende satış fişi, yolcu bileti ve serbest meslek makbuzunda müşteriler sayılan belgeleri almak zorundadır (VUK m. 233-236). Verilmesi ve alınması icap eden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının alınmaması özel usulsüzlük kabahatini oluşturur (VUK m. 353).

<sup>28</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 09.05.2017, E. 2017/3546, K. 2017/1453 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 26.06.2018).

<sup>29</sup> Yargıtay, 11. CD., T. 27.09.2017, E. 2017/7943, K. 2017/6051 (Kazancı İçtihat Bankası E.T.: 26.06.2018).

<sup>30</sup> ŞENYÜZ, s. 174.

#### IV. FATURA VE BENZERİ BELGELERDE YANILTMA AMACIYLA MİKTAR VE MEBLAĞIN GERÇEĞE AYKIRI OLARAK DÜZENLENMESİ, KULLANILMASI VE ALINMASININ YAPTIRIMI

Fatura ve benzeri belgelerde miktarın gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi ve kullanılması kaçakçılık suçları içerisinde yer alırken, muhteviyatı itibariyle meblağın gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi ve alınması özel usulsüzlük kabahatleri içerisinde yer almıştır.<sup>31</sup> Birbirine yakın iki hukuka aykırı fiilin farklı yaptırımlara tabi olması, kanun koyucunun bu konudaki tercihini yansıtmaktadır. Bunun nedeni gerekçede yer almazken bu nedene yargı kararlarında ve bilimsel çalışmalarda da değinilmemiştir. Kanaatimizce bu durum meblağ konusunda hukuka aykırılıkların daha çok olabileceği ve bu nedenle cezası hürriyeti bağlayıcı olan bir ceza ile cezalandırılmak istenmemesindedir. Miktar konusunda ise bunun hukuka aykırı olarak düzenlenmesi ve kullanılmasının tabir yerinde ise “gözünün içine baka baka” yapılmış bir hukuka aykırılık taşıması nedeniyledir. Şimdi uygulanacak cezalar incelenecektir.

##### A. Vergi Kaçakçılık Cezaları

Yukarıda da ifade edildiği gibi “Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgedir.” (VUK md 359/2). Muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar için öngörülen ceza ise on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Danıştay verdiği bir kararında, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenlenmesinde, defter ve belgelerde mal hareketine yönelik bir araştırma ve inceleme yapılmadan, sadece mal alım taraflarını düzenleyen taraflar hakkında sahte ve muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenlediklerine ilişkin rapor bulunmasını ve esas olarak tarhiyata gidilmesini hukuka uygun bulmamıştır.<sup>32</sup>

Türk ceza hukukunda ister Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) ister Vergi Usul Kanunu gibi özel kanunlarda düzenlenmiş olsun tüm suçlar kural olarak kasten işlenebilir. Ancak kanundaki suç tarifinde açıkça “taksirle işlendiğinde de cezalandırılacağı” düzenlenen suçlar hem kasten hem de taksirle işlenebilir (TCK m. 22). Dolayısıyla kanundaki suç tipinde taksirli cezalandırılmaya ilişkin hüküm bulunmayan suçlar sadece kasten işlenebilir. Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinde düzenlenmiş olan vergi kaçaklığı suçları da sadece kasten işlenebilen suçlardır. TCK’nın 21. maddesinde kast “suçun kanuni tarifindeki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla kasten işlenen tüm suçların icra hareketlerinin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi gerekir. Bu tür suçlarda bilme unsurunun gerçekleşmemesi halinde, kast eksikliğinden dolayı, fiil suç oluşturmayacaktır.<sup>33</sup> Bu nedenle vergi kaçaklığı suçunu oluşturan muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge kullanımında “bilme” şartının kaldırılmış olması sebebiyle failin kullandığı belgenin sahte bir belge olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması halinde vergi kaçaklığı suçu oluşmayacaktır.<sup>34</sup>

##### B. Özel Usulsüzlük Cezaları

Verilmesi ve alınması kanun gereği zorunlu olan fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarında gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi özel usulsüzlük kabahatini oluşturur.<sup>35</sup> Özel usulsüzlük cezaları kayıt dışı ekonominin önlenmesi açısından önem arz eder.<sup>36</sup> “Bu belgeleri düzenlemek ve almak zorunda olanların her birine, her bir belge için 380 TL’den aşağı olma-

<sup>31</sup> BAYRAKLI, s. 246.

<sup>32</sup> ÇAĞLAR, s. 738’den, Danıştay, 4. D., T. 25.10.2000, E. 2000/42, K. 4381.

<sup>33</sup> ARTUK, Mehmet Emin ve diğerleri: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, Ankara, 2019, s. 394-395.

<sup>34</sup> TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 1055; aksi görüş için bkz. EDİZDOĞAN, Nihat / TAŞ, Metin / ÇELİKKAYA, Ali: *Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, s. 155.

<sup>35</sup> ÖZBALCI, s. 942.

<sup>36</sup> ÇOMAKLI, Şafak Ertan / AK, Ahmet: *Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler*, Erzurum Barosu Yayını No: 5, Erzurum, 2013, s. 180.

mak üzere bu belgelere yazılması gereken meblağın veya meblağ farkının %10'u nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir. Bir takvim yılı içinde her bir belge nevine ilişkin olarak tespit olunan yukarıda yazılı özel usulsüzlükler için kesilecek cezanın toplamı 190.000 TL'yi geçemez".<sup>37</sup> (VUK m. 353/1).

## V. BELGELERDE MİKTAR VEYA MEBLAĞDA YANILTMA AMACIYLA DÜZENLEME, KULLANMA VE ALMA FİİLLERİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLARIN İŞLEM TEORİSİ AÇISINDAN DURUMU

### A. Kaçakçılık Cezalarının İşlem Teorisindeki Yeri

İşlem teorisindeki yerinin belirlenmesi cezalara karşı gidilebilecek kanun yollarının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Hürriyeti bağlayıcı ceza olmaları sebebiyle kaçakçılık suçlarının cezası işlem teorisi itibariyle yargısal işlemlerdir. Yargısal işlem olması, cezalara asliye ceza mahkemeleri tarafından hükmedilmesi ve yargılama sürecinin Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK),<sup>38</sup> cezanın çekirtilmesinin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılmasındandır.

### B. Özel Usulsüzlük Cezalarının İşlem Teorisindeki Yeri

Özel usulsüzlük cezası idari yaptırımlar arasında yer alır ve idari yapı içerisinde yer alan vergi dairesi tarafından kesilir. Ceza türü itibariyle para cezasıdır. Cezanın yerine getirilmesi Vergi Usul Kanunu ve Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'a göre yapılır. Bu özellikler itibariyle idari işlem olarak kabul edilir.

## VI. KAÇAKÇILIK VE ÖZEL USULSÜZLÜK CEZALARINA KARŞI KANUN YOLLARI

Hukukta kanun yolu yapılan işleme karşı hukuka aykırı olduğu iddiası ile gidilebilecek hukuki yolları ifade eder. Bu hukuk yolları işlemin türüne göre değişiklikler gösterir. Bu başlık altında kaçakçılık ve özel usulsüzlük cezalarına karşı gidilebilecek kanun yolları irdelenecektir.

### A. Kaçakçılık Cezasına Karşı Kanun Yolu

Kaçakçılık suçlarının cezası, hapis cezası olması nedeniyle, yargısal işlemdir. Görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Asliye ceza mahkemeleri ağır ceza mahkemesi ve sulh ceza hâkimliğinin görev alanı dışında yer alan bütün ceza davalarına bakan mahkemedir.<sup>39</sup>

Gidilebilecek kanun yolları içerisinde görev ve yetki itibariyle itiraz yoluna gidilebilir (CMK m. 4, 18). Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, Kanun'un ayrıca hüküm koymadığı hallerde ilgili tarafın yüzüne karşı veya mahkemede bulunmaması durumunda tebliğ edildiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan ağır ceza mahkemesine gönderir (CMK m. 268).

Asliye ceza mahkemesi kararlarına karşı gidilebilecek bir diğer kanun yolu ise istinaftır. İstinaf istemi hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içerisinde hükmü veren mahkemeden istenebilir.<sup>40</sup> İstinaf istemi dilekçe ile veya zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. İstinaf yoluna karar

<sup>37</sup> Usulsüzlük cezaları 01.01.2021'den geçerli olmak üzere 522 sıra sayılı VUK Genel tebliği ile yeniden değerlendirme oranları göz önünde tutularak tespit edilmiştir.

<sup>38</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmî Gazete).

<sup>39</sup> 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, m. 11, (26.09.2004 tarihli ve 25606 sayılı Resmî Gazete).

<sup>40</sup> MUTLUER, M. Kamil / KUZEYLİ, N. Nilay Dayanç: *Vergi Ceza Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 225.

aleyhinde olan kişi yanında ağır ceza mahkemesi bulunan yerlerde Cumhuriyet savcılarının kararın o yer Cumhuriyet başsavcılığına geliş tarihinden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurabilirler (CMK m. 273).

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümlerine karşı temyiz yoluna gidilebilir. Ancak ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez (CMK m. 286). Kaçakçılık cezalarında üst sınır beş yıl olması nedeniyle bölge adliye mahkemesi kararlarının temyizi söz konusu olmayacaktır.

## B. Özel Usulsüzlük Cezasına Karşı Kanun Yolu

Vergi dairesi tarafından kesilen özel usulsüzlük cezasının idari işlem olması nedeniyle gidilebilecek kanun yolları içerisinde öncelikle vergi davaları yer alır. Ceza ihbarnamesinin tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde vergi mahkemesinde vergi davası açılabilir. Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümler ve bunların zam ve cezaları vergi mahkemelerinin görev alanı içerisinde yer alır.<sup>41</sup>

Vergi mahkemesi 7.000 TL’yi geçen nihai kararlarına karşı kararın tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde yetkili bölge idare mahkemesine istinaf başvurusunda bulunulabilir. Bu değeri aşmayan vergi mahkemesi kararları kesindir, istinaf yoluna gidilemez.

Bölge idare mahkemesinin istinaf üzerine verdiği ve tutarı 192.000 TL’yi aşan (2021 yılı için)<sup>42</sup> nihai kararlarına karşı kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde temyiz davası açılabilir. 192.000 TL’yi aşmayan kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemez.

## SONUÇ

Vergi mükellefiyeti kapsamında kullanılan belgelerde yer alan “miktar” ve “meblağ” kavramlarının birbirine çok yakın olmasına karşılık, belgelerde bu kavramlar bakımından ortaya çıkacak hukuka aykırılık durumlarında uygulanacak yaptırımlar farklıdır. Miktar, VUK’ta “*malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarı*” (VUK m. 230/4) olarak ifade edilirken, meblağ “müşterinin borçlandığı miktarı” belirtmek için kullanılmıştır.

Kullanılması zorunlu olan fatura (VUK m. 229), perakende satış vesikası (VUK m. 233), gider pusulası (VUK md 234), müstahsil makbuzu (VUK m. 235), serbest meslek makbuzu (VUK m. 236), ücret bordrosu (VUK md 238), taşıma irsaliyesi (VUK m. 240/A), yolcu listeleri (VUK m. 240/B) ve Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından kullanılma zorunluluğu getirilen belgelerin gerçek bir muamele veya olay gerçekleşmiş olmamasına rağmen sanki gerçekte olmuş gibi düzenlenmesi sahte belge düzenleme olarak kabul edilmiştir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge (VUK m. 359/a) olarak kabul edilmiştir. Sahte belge düzenleme veya kullanma kaçakçılık suçu olarak kabul edilmiş ve hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmıştır. Adli işlemlere karşı kanun yolu adli yargı içerisinde olmaktadır. Birbirine yakın iki hukuka aykırı fiilin farklı yaptırımlara tabi olması, kanun koyucunun bu konudaki tercihini yansıtmaktadır.

Verilmesi ve alınması kanun gereği zorunlu olan fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarında gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi özel usulsüzlük kabahati olarak kabul edilmiş ve idari para cezası ile cezalandırılmıştır. İdari işlem olması nedeniyle de kanun yolu idari yargı içerisinde yer almaktadır.

<sup>41</sup> 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, m. 6 (20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmî Gazete).

<sup>42</sup> KARNİYARİK Çağlar, Vergi Yargısında 2021 Yılında Uygulanacak Parasal Sınırlar (<http://www.muhasibetr.com/yazarlarimiz/caglarkarniyarik/009/> E.T.: 11.05.2021).

**KAYNAKÇA**

- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Emin Mehmet / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin: *Vergi Ceza Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Celepler Matbaası Afyonkarahisar, 2017.
- BOZDAĞ, Ahmet: "Misleading Documents and Fake Documents Concepts on Tax Evasion Crime in the Light of Decisions of the Supreme Court", *32<sup>nd</sup> International Public Finance Conference/TR (Proceeding Book)*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- CANDAN, Turgut: *Vergi Suçları ve Cezaları*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2010.
- ÇAĞLAR, Kemal: *Vergi Usul Kanunu ve Yorumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ÇAVUŞ, Adnan: *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- ÇOMAKLI, Şafak Ertan / AK, Ahmet: *Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler*, Erzurum Barosu Yayını No: 5, Erzurum, 2013.
- EDİZDOĞAN, Nihat / TAŞ, Metin / ÇELİKKAYA, Ali: *Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ankara, 2007.
- ERMAN, Sahir: *Vergi Suçları*, İ.Ü. Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul, 1988.
- KARAKOÇ, Yusuf: *Vergi Ceza Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- KARNİYARIK, Çağlar: Vergi Yargısında 2021 Yılında Uygulanacak Parasal Sınırlar, (<http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/caglarkarniyarik/009/> E.T.: 11.05.2021).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- MUTLUER, M. Kamil / KUZEYLİ, N. Nilay Dayanç: *Vergi Ceza Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019.
- MUTLUER, M. Kamil: *Vergi Ceza Hukuku*, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 214, Eskişehir, 1979.
- ÖZBALCI, Yılmaz: *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010.
- ÖZCAN, Onur: *Vergi Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- ŞENYÜZ, Doğan: *Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)*, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2016.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- UĞUR, Hüsametdin / ELİBOL, Mert: *Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Suçları*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002.

**Katkı Oranı Beyanı:**

Çalışmaya Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI yüzde altmış (%60), Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BOZDAĞ yüzde kırk (%40) oranında katkı sağlamıştır.

## Uzaktan Öğretim Tezsiz Yüksek Lisans Programlarının Finansmanı<sup>(\*)</sup>

### *Financing of Distance Learning Master's Programs Without Thesis*

Nezih VARCAN  

Profesör Doktor

Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi  
Maliye Bölümü Maliye Teorisi Anabilim Dalı

#### Anahtar Kelimeler

*Yükseköğretim  
Mevzuatı,  
Tezsiz Yüksek Lisans  
Programları,  
Öğrenim Ücretleri,  
Uzaktan Öğretim,  
Yükseköğretim Kurum  
Harcamaları.*

#### Keywords

*Higher Education  
Legislation,  
Non-Thesis Master's  
Programs,  
Tuition Fees,  
Distance Education,  
Higher Education  
Institution  
Expenditures.*

#### Öz

Covid-19 adı verilen salgının pandemi boyutuna ulaştığı ve bütün şiddetiyle hüküm sürdüğü içinde bulunduğumuz dönemde, sadece yükseköğretim kurumlarında değil tüm eğitim-öğretim kademelerinde uzaktan öğretim uygulanır hale gelmiştir. Bu ortamda yükseköğretim kurumlarında yüksek lisans programlarının yürütüldüğü enstitülerde uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans programlarına yönelik talep de artmıştır. Bu programların tezsiz oluşu ve giriş koşullarının tezli yüksek lisans programlara göre daha kolay olması da bu artışta etkili olan unsurlardır.

Bu çalışmada; uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans programlarında öğrencilerden alınan öğrenim ücretini belirleme yetkisinin kimde olduğu ve ilgili mevzuatta verilen yetkiye uygun belirleme yapıp yapılmadığı konusu ele alınacaktır. Ayrıca, öğrencilerden alınan öğrenim ücretleri gelirlerinin programı yürütenlere hangi oranda ve ne şekilde ödeneceği, kalan gelirlerin yükseköğretim kurumunun hangi harcamalarında kullanılabileceği konularına değinilerek görülen sorunlara ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

#### Abstract

In the period when the Covid-19 epidemic has reached the pandemic dimension and prevails with all its violence, distance education has become applicable not only in higher education institutions but also in all levels of the education system. In this environment, the demand for distance education master programs without thesis has also increased in higher education institutions. The fact that these programs are non-thesis and that the entry requirements are easier than the master's programs with thesis are the factors that contribute to this increase.

In this study, the issue of who has the authority to determine the tuition fee received from the students in the distance education master's programs without thesis and whether the determination has been made in accordance with the authority given in the relevant legislation will be discussed. In addition, it will be mentioned in what proportion and how the tuition fees received from the students will be paid to those who run the program, and in which expenditures of the higher education institution the remaining income will be used, and suggestions will be made regarding the problems seen.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 28.04.2021, Kabul Tarihi: 06.07.2021.

## GİRİŞ

Öğrenen ile öğretici fiziksel olarak aynı mekânda bulunmadan, dersleri ve öğretim ile ilgili basılı olsun ya da olmasın her türlü materyali internet aracılığıyla bilgisayarlarından takip edebiliyorsa yapılan öğretime uzaktan öğretim denmektedir. Bu öğretim türüne uzaktan eğitim, *online* eğitim, uzaktan öğrenme, çevrimiçi öğrenme, e-öğrenme, web tabanlı öğrenme, internet tabanlı öğrenme, web/internet destekli öğrenme, teknoloji tabanlı öğrenme, vb. birçok ad verilmektedir. Yukarıda değinilen şekilde değişik adlarla da anılabilen eğitim-öğretim yöntemini ilgililerin benimseyeceği şekilde bir adla belirtmek ve bu yöntemin özellikleri ve işleyişinde geçerli olacak mevzuatı buna göre şekillendirmek daha doğru olacaktır.

Covid-19 adı verilen pandemi, özellikle 2020 Mart ayından bu yana neredeyse bütün ülkeleri etkilemesi nedeniyle, eğitim-öğretim alanında da önemli olumlu ve/veya olumsuzluklara neden oldu. İçinde bulunduğumuz 2021 yılı ve hatta belki de sonrasında bile bu etkiler devam edecek gibi gözükmektedir. Bu alanda çokça “*online* eğitim” kavramı da günlük yaşamımızda geniş yer bulmuştur. *Online* eğitimde sürecinde, uzaktan öğretimde kullanılan ifadelerin aynısını görmekteyiz: örneğin, öğrencilerin ve eğitiminin fiziksel olarak aynı ortamda bulunmalarını gerektirmeksizin internet ortamı üzerinden yapılan eğitim oluşu, eğitim ortamına yedi gün yirmi dört saat erişim olanağının sağlanması gibi. Uzaktan eğitim-öğretim kavramı yerine *online* eğitim (çevrimiçi eğitim) kavramının benimsendiğini bugünkü ortam için genellikle söyleyebiliriz. Milli Eğitim Bakanlığı tarafından oluşturulan çevrimiçi eğitim platformuna da “Eğitim Bilişim Ağı” (EBA) adı verilerek eğitim sürdürülmektedir.

Salgın döneminde yükseköğretim kurumları sadece tezsiz yüksek lisans boyutunda değil; ön lisans, lisans ve yüksek lisans düzeyinde uzaktan öğretime büyük oranda geçmek zorunda kaldı. Aslında salgın döneminden önce de yükseköğretim kurumlarında ön lisans, lisans ve yüksek lisans düzeyinde uzaktan öğretim programlarının açılması, bu programlar dışında kalan birinci ve ikinci öğretimde bazı derslerin uzaktan verilmesi benimsenmiş ve uygulamalar yaklaşık on yıl öncesinde başlamıştı. Bu nedenle salgın döneminde uzaktan yürütülen dersler ve sınavlar boyutunda fazla zorluk çekilmediğini söyleyebiliriz.

Yükseköğretime gelinceye kadar olan eğitim-öğretim kademelerinde bile mecburen başvuru uzaktan öğretimin, başarılı olup olmadığı alanın uzmanları tarafından ölçülerek değerlendirilecektir. Bu çalışmada uzaktan öğretim konusunda alanın yetkin kişileri çok sayıda yayın yaptığı için uzaktan öğretim konusu incelenmemiştir. Bu çalışmada; uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans programlarında öğrencilerden alınan öğrenim ücretini belirleme yetkisinin kimde olduğu ve ilgili mevzuatta verilen yetkiye uygun belirleme yapıp yapılmadığı konusu ele alınacaktır. Ayrıca, öğrencilerden alınan öğrenim ücretleri gelirlerinin programı yürütenlere hangi oranda ve ne şekilde ödeneceği, kalan gelirlerin yükseköğretim kurumunun hangi harcamalarında kullanılabileceği konularına değinilerek görülen sorunlara ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

## I. YÜKSEKÖĞRETİM KANUNUNDA UZAKTAN ÖĞRETİM VE ÖĞRENİM ÜCRETLERİ

Uzaktan öğretim tanımına 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde yer verilmemiştir. Ancak Kanun’un 44. maddesi (e) bendinde uzaktan öğretime ilişkin düzenlemeler yapılırken verilen tanım şöyledir: “*Öğretim elemanı ve öğrencilerin aynı mekânda bulunma zorunluluğu olmaksızın, bilgi ve iletişim teknolojilerine dayalı olarak öğretim faaliyetlerinin planlandığı ve yürütüldüğü ön lisans, lisans ve lisansüstü uzaktan öğretim programları açılabilir.*” Kanun’da belirtilen yetkiye istinaden hazırlanıp Yükseköğretim Kurulu tarafından yayımlanan “Yükseköğretim Kurumlarında Uzaktan Öğretime İlişkin Usul ve Esaslar”ın<sup>1</sup> tanımlar başlıklı 4. maddesi (f) bendinde

1

[https://www.yok.gov.tr/Documents/Kurumsal/egitim\\_ogretim\\_dairesi/Uzaktan\\_ogretim/yuksekogetim\\_kurumlarinda\\_uzaktan\\_ogretim\\_iliskin\\_usul\\_ve\\_esaslar.pdf](https://www.yok.gov.tr/Documents/Kurumsal/egitim_ogretim_dairesi/Uzaktan_ogretim/yuksekogetim_kurumlarinda_uzaktan_ogretim_iliskin_usul_ve_esaslar.pdf) (E.T.: 20.04.2021).



ise uzaktan öğretim tanımı “yükseköğrenim kurumlarında öğretim faaliyetlerinin bilgi ve iletişim teknolojilerine dayalı olarak planlandığı ve yürütüldüğü, öğrenci ile öğretim elemanı ve öğrencilerin kendi aralarında karşılıklı etkileşimine dayalı olarak derslerin bizzat öğretim elemanı tarafından aynı mekânda bulunma zorunluluğu olmaksızın eşzamanlı biçimde verildiği öğretim” şeklinde yapılmıştır.

Uzaktan öğretim programlarının açılabilceği alanlar, bu programlarda verilecek dersler ve kredi miktarları, ders materyallerinin hazırlanması, sınavların yapılma şekli gibi diğer hususlar Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenmiştir. Bu kapsamda ders veren öğretim elemanlarına haftalık on saati ve ders başına unvanlar itibariyle belirlenen ek ders ücretinin beş katını geçmemek üzere yükseköğretim kurumları yönetim kurulunca belirlenecek tutarda ek ders ücretinin ödenebileceği öngörülmüştür.

Ders ücreti dışında ders malzemelerinin hazırlanması, dersin canlı veya kayıttan verilmesi, öğrenci sorularına verilen cevaplar, ödev veya uygulamaların değerlendirilmesi için harcanan süreler ile derse kaydolan ve derse katılan öğrenci sayısı esas alınarak ders malzemelerinin hazırlanmasında ve dersin yürütülmesinde fiilen katkıda bulunanlara yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Yükseköğretim Kurulunca belirlenip yayımlanmıştır.

Belirtilen her türlü ödemeler toplamının uzaktan öğretim için yatırılan toplam öğrenim ücretinin yüzde yetmişini geçemeyeceği, ödemeler sonrası kalan tutar ile internet ortamında sunulan uzaktan öğretim materyalleri karşılığında öğrencilerden alınan ücret toplamının ilgili birim veya yükseköğretim kurumunun mal ve hizmet alımlarında kullanılacağı ifade edilmiştir.

Yükseköğretim Kanunu’nda 46. madde (a) bendi “Cari hizmet maliyetinin hesaplanması, öğrenci katkı payları ve öğrenim ücretleri” başlığını taşımakta olup öğrenci başına düşen cari hizmet maliyetlerinin, programların özellikleri dikkate alınarak Yükseköğretim Kurulunca hesaplanacağı ifade edilmiştir. Öğrencilerden alınacak ücretin adı ise her bir dönem için birinci öğretimde öğrenci katkı payı, ikinci öğretim ve uzaktan öğretimde ise öğrenim ücreti olarak belirlenmiştir. Aynı bent hükmüne göre cari hizmet maliyetinin öğrenciler tarafından karşılanacak kısmı dışında kalan ve Devlet tarafından karşılanacak miktar, cari hizmet maliyetinin en az yarısı kadar olacaktır.

46. maddenin (b) bendi hükmüne göre çalışmamızda konu ettiğimiz uzaktan öğretimde tezsiz yüksek lisans öğrencilerden alınacak öğrenim ücretleri ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar her yıl Haziran ayı sonuna kadar Cumhurbaşkanınca belirlenecektir. Bu konudaki belirlemelerle ilgili 2020-2021 Eğitim-Öğretim Yılında Yükseköğretim Kurumlarında Cari Hizmet Maliyetlerine Öğrenci Katkısı Olarak Alınacak Katkı Payları ve Öğrenim Ücretlerinin Tespitine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararı<sup>2</sup> yayımlanmıştır. Yayımlanma tarihine önceki dönemlerde de uyulmadığı görüldüğü için Kanun metninde en geç Haziran ayı gibi bir tarihe yer verilmemesinin daha uygun olacağı açıktır. Karar metninde yer verilen hususların belirlenmesi ile ilgili Yükseköğretim Kurulu mu yoksa Karar’ın yayımlanması aşamasında Cumhurbaşkanlığı mı tarihe uyamamıştır bilememekle birlikte sonuç olarak Cumhurbaşkanlığı’nın Kanun’un bir hükmüne uymaması gibi bir durum doğmaktadır.

Çalışmamız uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans finansmanına ilişkin olduğundan yukarıda belirtilen Cumhurbaşkanlığı Kararı’nda bu konuda yer verilen düzenleme ele alınacaktır. Cumhurbaşkanlığı Kararı’nın “Lisansüstü öğrenim gören öğrenciler” başlıklı 16. maddesi ikinci fıkrasında “Uzaktan öğretim kapsamında lisansüstü öğrenim gören öğrencilerden alınacak öğrenim ücreti, tezsiz yüksek lisans programlarının öğrenim ücretine tabidir.” hükmü yer almıştır. Karar’ın eki olan “I Sayılı Cetvel” birinci öğretim için öğrencilerden alınacak katkı paylarına, “II Sayılı Cetvel”de ise uzaktan öğretim ile ikinci öğretimde öğrencilerden alınacak öğrenim ücretlerine yer verilmiştir. I Sayılı Cetvel’de, normal öğrenim süresinin aşıldığı durumlarda lisansüstü öğrencilerinden alınacak katkı payı 280 TL olarak saptanmıştır. Lisansüstü programlardan olan doktora dışında yüksek lisans programları tezli ya da tezsiz olabilmektedir. Bu programlar birinci öğretim kapsamında açılabilir. Ancak ikinci öğretimde

<sup>2</sup> 11.07.2020 tarihli ve 31182 sayılı Resmî Gazete.

tezsiz yüksek lisansın öğrenci ödemesinin daha yüksek belirlenebilmesi ve dolayısıyla öğretim elemanına daha yüksek ders ücretinin ödenebilmesi nedeniyle tezsiz yüksek lisans programları genellikle ikinci öğretim ya da uzaktan öğretim kapsamında açılmaktadır.

Cumhurbaşkanı Kararı'nın yukarıda belirtilen 16. maddesi ikinci fıkrasında uzaktan öğretim öğrencilerinin öğrenim ücreti tezsiz yüksek lisans programlarının ücretine tabi olacağı söylenmişse de cümlede ikinci öğretim ifadesinin yer alması uygun olurdu. Çünkü birinci öğretimde de tezsiz yüksek lisans programı olabilir. Gerçi cümle sonunda öğrenim ücreti dendiği ve öğrenim ücreti de ikinci öğretimde söz konusu olduğu için amaç anlaşılabilirse de doğru ifade "İkinci öğretim tezsiz yüksek lisans programlarının öğrenim ücretine tabidir." şeklindedir. Bu cümlede uzaktan öğrenim ücreti ikinci öğretim öğrenim ücretine tabi tutulduğu için bu kapsamda yürütülen ikinci öğretim tezsiz yüksek lisans düzenlemesine değinmemiz gerekmektedir.

## II. İKİNCİ ÖĞRETİM KAPSAMINDA TEZSİZ YÜKSEK LİSANS PROGRAMLARINA İLİŞKİN DÜZENLEME

Uzaktan öğretim ile ikinci öğretim öğrenim ücretlerine ayrılmış II Sayılı Cetvel'de lisansüstü programlarına yer verilmemiştir. Bunun nedeninin Yükseköğretim Kanunu Ek Madde 27'de yer verilen düzenlemeye dayalı olduğu anlaşılmaktadır. Bu maddenin ilk fıkrasına göre ikinci öğretim kapsamında yürütülecek tezsiz yüksek lisans programlarının açılması, bu programlarda fiilen ders veren öğretim üyelerine ödenecek ek ders ve sınav ücretleri Kanun'da belirtilen esaslara uyulmak kaydıyla yükseköğretim kurumu yönetim kurulunun teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenecektir. Maddenin ikinci fıkrası ilk cümlesi "*Üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü yönetim kurulu kararı ile belirlenen ve belirtilecek tarihlerde asgari iki eşit taksitte alınan öğretim ücretleri, üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünün muhasebe birimi hesabına yatırılır.*" şeklindedir.

İlk fıkrada, öğrenim ücreti Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenir derken ikinci fıkrada ise yükseköğretim kurumu yönetim kurulu belirler denmiştir. Yapılacak ilk düzenlemede öğrenim ücretini kimin belirleyeceği hakkında net bilgi verilmelidir. Herhalde mevcut düzenleme şekliyle, bazı yükseköğretim kurumları öğrenim ücret tekliflerini Yükseköğretim Kuruluna sunarken bazıları da doğrudan yönetim kurulu kararlarıyla uygulamaya geçmektedir. Çünkü çok sayıda yükseköğretim kurumunun bu programlarını takip etmek, öğrenim ücreti teklifi Yükseköğretim Kuruluna gelip gelmediğini kontrol etmek bile zor olabilir. Gerçi, tarihi eski olmakla birlikte 07 Nisan 2005 tarih ve 3 No.lu "Yükseköğretim Kurumlarında Yürütülen Tezsiz Yüksek Lisans Programları Uygulama Esas ve Usulleri" hakkındaki Yükseköğretim Genel Kurul Kararı'nın<sup>3</sup> 4. maddesi (a) bendinde "*...yükseköğretim kurumu yönetim kurulunun teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenir.*" hükmü vardır. Ancak Kanun'da bu konudaki hükümlerde yapılan değişiklikler 2005 sonrası yeni tarihlidir.

İkinci öğretim tezsiz yüksek lisans öğrencilerinden toplanan öğrenim ücretlerinin %30'undan az olmamak üzere yükseköğretim kurumu yönetim kurulunca belirlenecek kısmı, bilimsel araştırma projelerinde kullanılmak üzere ödenek kaydedilecektir. Kalan kısım ise akademik unvanlara göre farklılaşan ek ders ücretinin on katını geçmemek üzere ek ders ücretlerine, sınav ücretlerine ve bu programda görevlendirilen idari personele fazla çalışma ücretlerine harcanacaktır. Ödenğin yeterli olmadığı gerekçesiyle öğretim üyelerine kurum bütçesi, döner sermaye, bilimsel araştırma projesi ve sair kaynaklardan ayrıca ders ve sınav ücreti ödenmeyecektir. Bu hükümlerin, kısmen veya tamamen uzaktan eğitim teknolojileri kullanılmak suretiyle ikinci öğretim kapsamında yürütülecek tezsiz yüksek lisans programları için de uygulanacaktır.

<sup>3</sup> [https://www.yok.gov.tr/Documents/Kurumsal/strateji\\_dairesi/mevzuat/Y%C3%BCksek%C3%B6%C4%9Fretim%20Kurumlar%C4%B1nda%20Y%C3%BCr%C3%BClen%20Tezsiz%20Y%C3%BCksek%20Lisans%20Programlar%C4%B1%20Uygulama%20Esas%20ve%20Usulleri.pdf](https://www.yok.gov.tr/Documents/Kurumsal/strateji_dairesi/mevzuat/Y%C3%BCksek%C3%B6%C4%9Fretim%20Kurumlar%C4%B1nda%20Y%C3%BCr%C3%BClen%20Tezsiz%20Y%C3%BCksek%20Lisans%20Programlar%C4%B1%20Uygulama%20Esas%20ve%20Usulleri.pdf) (E.T.: 20.04.2021).

Uzaktan tezsiz yüksek lisans programı öğrencileri ile tamamıyla uzaktan yapılan ikinci öğretim tezsiz yüksek lisans programı öğrencileri aynı öğrenim ücretine tabi ise ve uzaktan ikinci öğretim tezsiz yüksek lisans programı kapsamında on kat ders ücreti ödeme imkânı varsa ayrıca uygulamada birinci ve ikinci öğretim arasında belirlenmiş saat farkları da kalmamışsa uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans programlarının ikinci öğretim olarak açılması programı yürütenler açısından daha avantajlı olabilecektir. Zaten uzaktan öğretim programlarına talepte bulunan öğrenciler, uzaktan öğretim programlarına giriş koşullarının kolaylığı yanında öğretimde zaman kısıtlaması olmaması nedeniyle de bu programları tercih etmektedirler. Bu tercihte üniversite mezunlarının büyük ölçüde yaşadığı işsizlik ortamında yüksek lisans yaparak bir fark yaratma istekleri de rol oynamaktadır.

### III. UZAKTAN ÖĞRETİM VE İKİNCİ ÖĞRETİMDE ÖĞRENİM ÜCRETLERİNİN BELİRLEME YETKİSİ

Gerek uzaktan öğretim gerekse ikinci öğretimde öğrenim ücretlerinin belirleme yetkisi Cumhurbaşkanlığı'na aittir (2547 sayılı Kanun,<sup>4</sup> madde 46/b). Lisansüstünde açılacak uzaktan tezsiz yüksek lisans programları ve ikinci öğretim tezsiz yüksek lisans programlarının bu yetki kapsamında olmadığını söylemek mümkün değildir. Ancak “2020-2021 Eğitim-Öğretim Yılında Yükseköğretim Kurumlarında Cari Hizmet Maliyetlerine Öğrenci Katkısı Olarak Alınacak Katkı Payları ve Öğrenim Ücretlerinin Tespitine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın 16. maddesi ikinci fıkrası hükmünde yapılan yetki devrinin Cumhurbaşkanınca yapılamaması gerekmektedir. Zira cümlede yer verilen ikinci öğretim tezsiz yüksek lisans programı öğrenim ücretine yapılan atıf, şayet bu öğrencilerinin öğrenim ücretleri Cumhurbaşkanınca belirlenseydi yerinde olacaktı. Bu şekilde bir cümle ile Cumhurbaşkanlığı uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans için yeni belirlemeye gerek duymamış denilecekti.

Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda atıf yapılan yukarıda açıkladığımız ikinci öğretim tezsiz yüksek lisans öğrenim ücreti belirlemesi Yükseköğretim Kurulunca ya da ikinci fıkraya esas alınırsa yükseköğretim kurumları yönetim kurullarınca belirlenmektedir. Ancak her ikisi de Kanun'a aykırı gözükmektedir. Zira ikinci öğretim öğrenim ücretlerinin Cumhurbaşkanınca belirlenmesi konusu Kanun'da yer alan açık bir düzenlemedir. Bu nedenle Yükseköğretim Kanunu'nda uzaktan öğretim ve ikinci öğretim öğrenim ücretlerinin belirlenme yetkisi Cumhurbaşkanlığı'na verilmişken ve her yıl konuyla ilgili yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararı'na ekli II Sayılı Cetvel'de bu düzenlemeler yer almışken bu cetvelde lisansüstüne yer verilmemesi Kanun'a aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca, yukarıda belirttiğimiz Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda atıfta bulunulan ikinci öğretim tezsiz yüksek lisans öğretim programı öğrenim ücreti de Yükseköğretim Kanunu'na göre Cumhurbaşkanınca belirlenmelidir.

### IV. UZAKTAN ÖĞRETİM TEZSİZ YÜKSEK LİSANS PROGRAMINDA GÖRÜLEN BAZI SORUNLAR

Yükseköğretim Kurulunca hazırlanan, Yükseköğretim Kurumlarında Uzaktan Öğretime İlişkin Usul ve Esaslar'ın 7. madde (2). fıkrasında “*Öğretimi sürdüren ilgili birim yönetim kurulları tarafından; uzaktan öğretim kapsamında açılmış her diploma programı için bu programlarda ders vermekle görevli öğretim elemanları arasından bir program koordinatörü, öğretimi sürdüren ilgili birimlerde ise birim koordinatörü görevlendirilebilir.*” hükmü, lisansüstü öğretim yapan enstitülerde, uzaktan tezsiz yüksek lisans programlarında da bu görevlendirmenin yapılabileceğini öngörmüştür. Bu konuda görevlendirilir denmeyip görevlendirilebilir ifadesi ile karar öğretimin sürdürüldüğü enstitü yönetim kuruluna bırakılmıştır.

Bu programlar enstitü bünyesinde mevcut bir anabilim dalı bünyesinde açıldığından ve enstitünün anabilim dalları başkanları olan fakülte bölüm başkanlarının bilgisi ve onayı olmadan koordinatör görevlendirilirse işleyişte bazı sıkıntılar doğması kaçınılmaz olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz Usul ve

<sup>4</sup> 06.11.1981 tarihli ve 17506 sayılı Resmî Gazete.

Esaslar'ın maddeleri arasında görevlendirilebilecek koordinatörün görevleri ayrıca belirtilmediğinden sadece program öğrenci katsayısı tanımlanırken program koordinatörüne yapılacak ödemeden bahsedildiği için uzaktan öğretim programıyla ilgili her konunun koordinatör aracılığıyla sürdürüleceği sonucu çıkmaktadır.

Bölün başkanlarının yetki ve sorumlulukları Yükseköğretim Kanunu başta olmak üzere Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği,<sup>5</sup> Lisansüstü Eğitim-Öğretim Enstitülerinin Teşkilat ve İşleyiş Yönetmeliği<sup>6</sup> ile Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliği<sup>7</sup> hükümlerinde açıklanmıştır. Bu açıdan, uzaktan öğretim programı ile ilgili işleyişin belirlenen koordinatör aracılığı ile bölüm başkanlığı bilgisi dışında sürdürülmesi söz konusu olabilecektir. Bu yapı da bazı sıkıntılara yol açabilecektir. Bunun yerine Usul ve Esaslar'da, "İlgili anabilim dalı başkanlığının önerisi ve ilgili birim yönetim kurulu kararıyla bir koordinatör görevlendirilir ya da görevlendirilebilir." ifadesi uygun olurdu. Böylece hem olası bazı sıkıntılar önlenilecek hem de enstitülerin işleyişinde ilgili mevzuatla enstitü yönetim kurulu ile anabilim dalı başkanlığı arasında kurulan yapıya uygun düzenleme yapılmış olacaktır.

Yükseköğretim Kurumlarında Uzaktan Öğretime İlişkin Usul ve Esaslar'ın, Mali Hükümler başlıklı dördüncü bölüm 15. madde 6. fıkrasında "*Uzaktan öğretim programlarından veya ders başına verilen uzaktan öğretim hizmetlerinden elde edilen gelirler ile uzaktan öğretim materyalinden elde edilen gelirler ve yapılan harcamalar, mali hizmetler birimi tarafından birim bazında takip edilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Usul ve Esaslar'la getirilen düzenlemeler ön lisans, lisans ve yüksek lisans düzeylerinde açılacak uzaktan öğretim programları için düzenlenmiştir. Ancak yüksek lisans programları daha özel uzmanlık alanlarında açılabilirdiğinden, program konuları arasında öğrencilerin talebi ve bu talep yoğunluğu sonucu diğer programlarda belirlenen öğrenim ücretlerine göre daha yüksek öğrenim ücreti ödeme durumları söz konusu olabilmektedir. Lisansüstü öğretim yapan birim olan enstitülerde, tüm programlar için aynı ücretin belirlenmesi ya da farklı ücret belirlenmesi halinde bile gelirlerin, mali hizmet birimi tarafından birim bazında takip edilmesi sorun yaratabilir. Zira yoğun talep alan ve belki de ücret farklılığı oluşturulmuş programları yürüten öğretim üyelerinin ders ücretlerinin diğer programlarda ders veren öğretim üyeleriyle aynı olması adaletsizliklere neden olabileceği gibi öğretim üyelerinin programlarında farklılık yaratma isteklerine de olumsuz etki yapabilecektir.

## SONUÇ

Günümüzde uzaktan öğretim, özellikle lisansüstünde tezsiz yüksek lisans aşamasında öğrencilerin yoğun talepte bulunduğu bir konudur. Bu programlarda öğrencilerden alınacak öğrenim ücretinin belirlenmesi yetkisi Yükseköğretim Kanunu'nda Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Ancak her yıl öğretim yılı başlamadan yayımlanması öngörülen Cumhurbaşkanı Kararı'nda, uzaktan ve ikinci öğretim öğrenim ücretlerine yer verilirken lisansüstüne yer verilmemektedir. Cumhurbaşkanı Kararı içinde uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans öğrenim ücreti, tezsiz yüksek lisans öğrenim ücretine tabidir dense de, tabi olunan öğrenim ücretinin Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmemesi nedeniyle Kanun'a aykırılık hali doğmaktadır.

Daha önce de değindiğimiz gibi tabi olunması istenen öğrenim ücretini yükseköğretim kurumu yönetim kurulunun teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulu veya madde düzenlemesindeki yapı nedeniyle doğrudan yükseköğretim yönetim kurulları yapmaktadır. Bu uygulamanın, bazı maddelerini eleştirsek de, değişinceye kadar hepimizin uymak zorunda olduğu Yükseköğretim Kanunu maddelerine aykırı olduğu açıktır. Bu nedenlerle, uzaktan ve ikinci öğretim tezsiz yüksek lisans öğrenim ücretleri Cumhurbaşkanı Kararı içinde yer almalıdır. Şayet bugünkü uygulamanın devamı bazı nedenlerle isteniyorsa uygulamaya izin veren kanun değişikliğine gidilmelidir.

<sup>5</sup> 20.04.2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmi Gazete.

<sup>6</sup> 03.03.1983 tarihli ve 17976 sayılı Resmi Gazete.

<sup>7</sup> 18.02.1982 tarihli ve 17609 sayılı Resmi Gazete.

Öğrenim ücretlerinin aynı tutulduğu uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans ile tamamen uzaktan yapılabilen ikinci öğretim tezsiz yüksek lisans hakkındaki yasal düzenlemelerde ise bazı farkların olduğu görülmektedir. Örneğin her iki programda da toplanan gelirlerin en az %30'u ayrılarak ikinci öğretimde bilimsel araştırma projelerine aktarılması, uzaktan öğretimde ise mal ve hizmet alımlarına kullanılması öngörülmüştür. Her iki program da uzaktan yapılabildiğine göre gelirlerin en az %30'unun yükseköğretim kurumunun ihtiyaçları için istediği biçimde kullanılmasının belirtilmesi uygun bir yapı olacaktır. Ayrıca her iki benzer programda birinde en fazla beş kat, diğerinde en fazla on kat ders ücretinin ödenmesi konusunda bir sınırlama getirilecekse aynı sınırlamanın benimsenmesi uygun olacaktır.

Gelirlerin en fazla %70'i program giderlerine harcanacağına göre ders ücretinin kaç katı ödenebileceğine yükseköğretim kurumunun karar vermesine izin verilmesi her açıdan daha doğru görülmektedir. İkinci öğretim tezsiz yüksek lisans öğrenim ücretlerinden oluşan gelirlerin yetersizliği nedeniyle özel bütçeden, döner sermaye bütçesinden aktarım yapılmamasını öngören düzenleme yerindedir. Ancak uzaktan öğretim konusunda getirilen Usul ve Esaslar'ın 16. madde 2. fıkra (b) bendinde dersleri verecek yeterli öğretim elemanının bulunmaması ve bu durumun dönem başlamadan dört hafta önce Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına bildirilmesi halinde öz gelirlerle ilişkilendirilmeksizin ders ücretinin dört katını geçmemek üzere hazine yardımı karşılığı tertiplerden ek ders ücretinin ödenebileceği belirtilerek iki program hükümleri arasında bir farklılık oluşturulmuştur. Bu konudaki önerimiz ise dersleri verecek yeterli öğretim elemanının olmaması halinde ilgili yükseköğretim kurumunun o programının açılmamasının daha doğru olacağıdır.

Bazı yükseköğretim kurumlarının lisansüstü öğretim yapan enstitülerinin internet sayfalarında yer verilen programlara bakıldığında çok sayıda tezsiz yüksek lisans programı açılmış gibi görülmekle birlikte, Yükseköğretim Kurulunca açılması için izin alınan tüm programların yazıldığı anlaşılmaktadır. Bu programların açılabilir olmakla beraber açılmamasının görünen nedeni, açılışta birinci öğretimde bütçeden ödenecek ders ücretinin belli olması, buna karşılık ikinci öğretim ya da uzaktan öğretimde öğrenim ücretiyle elde edilen gelirlerden öğrenim ücreti alınmasının söz konusu olmasıdır. Bu gerekçe anlaşılır bir gerekçe olduğundan enstitülerin internet sayfalarında öğrenci alınmayan, dolayısıyla açılmayan bu programlara yer verilmemesi doğru olacaktır.

Uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans programlarının yürütülürken koordinatör atanması yerine diğer programlarda olduğu gibi enstitü anabilim dalları başkanlarıyla ilişki kurulması, şayet farklı bir kişinin olması isteniyorsa anabilim dalı başkanlarından isim istenmesi mevzuata uygun olanıdır. Ayrıca uzaktan öğretim tezsiz yüksek lisans programı gelirlerinin program bazında değil de birim bazında izlenmesinin sakıncaları da olabilmektedir. Gerek program ismi gerekse program kapsamındaki derslerin adı ve içeriklerinin güncelliği ve daha fazla talep edilen konulardan oluşturulması halinde, programların tümünde aynı öğrenim ücretinin olması, hepsine aynı gelir havuzundan ve aynı ödemelerin yapılması adaletsiz bir durum oluşturabilmektedir. Ayrıca programları için daha fazla gayret gösteren öğretim üyelerinin farklı bir ödemeyle karşılaşmaması çalışma gayretlerini olumsuz etkileyebilecektir.



## Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı<sup>(\*)</sup>

### *Prosecutor as an Objective Party in the Criminal Procedure*

**Tuba KELEP PEKMEZ**  

Doktor Öğretim Üyesi

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı*

#### Anahtar Kelimeler

*Savcılık,  
Savcının Tarafsızlığı,  
Savcının Hukuki  
Statüsü,  
Savcılık Makamı,  
İddia Makamı.*

#### Öz

Ceza muhakemesinde savcılarının yerine getirdikleri görev göz önünde bulundurulduğunda bir taraf olup olmadıkları ve ceza muhakemesi sürecinde tarafsızlık yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı hususu son derece tartışmalıdır. Bu tartışma özellikle savcılarının objektif olmayan kararlar verme risklerinin bulunabileceği durumlarda retleri veya çekinmelerinin mümkün olup olmaması bakımından önem arz etmektedir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nda savcılar için bir ret veya çekinme kurumu öngörülmemiş olduğundan bu gibi durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiği belirsizdir. Bu tartışmayı doğuran sorun, öncelikle savcılık makamının ceza muhakemesindeki konumunun belirlenmesini gerektirmektedir. Bunun için de ilk olarak savcının devlet erklerinden hangisinin bir organı olarak görev ifa ettiği belirlenmelidir. Bu belirleme ile esasen yargı, iddia ve savunma makamlarının konumu itibarıyla ceza muhakemesindeki rollerinin tespit edilmesi sağlanmış olacaktır. Böylelikle de savcılar bakımından ret veya çekinme kurumuna gerek bulunup bulunmadığına ilişkin bir kanaate varılması mümkün hale gelecektir. Bu çerçevede bu çalışmada öncelikle erkler ayrılığı bağlamında savcının konumu ele alınmıştır. Daha sonra yürütmenin bir parçası olduğu düşünülen savcının taraf olup olmadığı meselesi üzerinde durulmuştur. Savcının muhakemede objektif olma yükümlülüğü altında olan objektif bir taraf olduğu kanaatine varılarak, reddi ve çekinmesine ilişkin meseleler değerlendirilmiştir.

#### Keywords

*Prosecutor,  
Impartiality of  
Prosecutors  
Legal Position of  
Prosecutors,  
Prosecutor's Office,  
Prosecution.*

#### Abstract

Considering the role of prosecutors in criminal proceedings, it is highly controversial whether they are a party and whether they have a duty of impartiality in the criminal procedure. This discussion is particularly important to determine whether the refusal or withdrawal of prosecutors is possible when there is a risk of giving non-objective decisions. As a matter of fact, it is unclear how to act in such cases since there is no refusal or withdrawal regulations for prosecutors in the Criminal Procedure Code. The problem that gave rise to this controversy requires to determine the position of the prosecutor's office in the criminal procedure. Hence the state power that the prosecutor's office works as an organ of must be determined. With this, the roles of judicature, prosecutor and defense in the criminal procedure will be established. Thus, it will be possible to reach an opinion on whether there is a need for a refusal or withdrawal regulation for prosecutors. In this context, this study discusses the legal position of prosecutors in terms of separation of powers. As an administrative organ, it has been also argued that whether prosecutors have a duty to be impartial in the criminal procedure. Matters of the prosecutor's refusal and withdrawal were evaluated, concluding that prosecutors are an objective party under the obligation to be objective in the criminal procedure.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 16.11.2020, Makalenin Kabul Tarihi: 30.06.2021.

## GİRİŞ

İddia, savunma ve yargılama şeklinde üçlü bir sacayağından oluşan ceza muhakemesinde, iddia görevini yerine getiren makam ve muhakemede bir süje olarak kabul edilen savcılarının bu görevlerini yerine getirmeleri sırasında çekinmelerini ya da ilgililer tarafından reddini düzenleyen herhangi bir hüküm Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) bulunmamaktadır. Bu durumda savcılarının, hâkimlere benzer şekilde “tarafsızlıklarının” sağlanmasının mümkün olup olmadığı ve dolayısıyla tarafsızlıklarını şüpheye düşüren herhangi bir durumda bunu giderebilecek bir mekanizmanın gerekliliği hususu doktrinde tartışılmaktadır. Söz konusu tartışma savcılarının muhakemede bir “taraf” olmadıklarının savunulması suretiyle çözümlenebilecek görülsede savcılarının taraf olarak kabul edilmemeleri durumunda dahi hem bazı uluslararası yükümlülükler hem de muhakemenin işleyişi birtakım durumlarda savcılarının objektif davranmasını gerektirebilmektedir. Bu çalışmada öncelikle savcılarının Türk ceza muhakemesi bakımından taraf olarak kabul edilip edilemeyecekleri tartışılacak, daha sonra savcılarının reddi ve çekinmesi kurumlarının savcılar bakımından uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır.

## I. ERKLER AYRILIĞI BAKIMINDAN SAVCILIK KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza adaleti sisteminde son derece önemli bir görev üstlenen savcılar iddia faaliyetini Adalet Bakanlığı bünyesinde ve bağlı oldukları başsavcılık adına yerine getirmektedir. Ancak erkler ayrılığı bağlamında savcılarının konumunun ne olduğu hususu tartışmalıdır. Burada görüşler savcılığın yürütme erkinin bir parçası olduğu ve savcılığın yargı erkinin bir bölümünü oluşturduğu şeklinde ikiye ayrılma ile birlikte üçüncü bir görüş olarak karma bir yapı sergilediği de ifade edilmektedir. Savcılarının hukuki niteliğinin belirlenmesi bunların tarafsız hareket etme yükümlülüklerinin olup olmadığı hususunda aydınlatıcı olacağından öncelikle bu meselesinin tespiti gerekmektedir.

### A. Yürütmenin Parçası Olduğunu Savunan Görüşler

Savcılığın yürütmenin bir parçası olduğunu savunan ve Türk doktrininde baskın görüşü oluşturan görüşe göre soruşturmanın yürütülmesi ve kovuşturma için iddianame düzenlenmesi gibi görevlerin yasama ve yargılama olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından savcılarının yürütmenin bir parçası olarak görülmesi gerekmektedir.<sup>1</sup> Dolayısıyla savcılarının yerine getirdikleri görevin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bu görevlerin idari nitelikte olduğu ve savcılığın yürütmenin bir parçası olarak görülmesi zorunluluk arz etmektedir.<sup>2</sup>

Bu görüşe göre yargılama ve savunma yanında iddia, kolektif bir faaliyet olan muhakemeyi oluşturan üç görevden biridir. Bu bağlamda savcının yerine getirdiği iddia görevinin savunma ve yargılamadan farklı olduğunu belirtmek gerekir. Her ne kadar savcılar sanık lehine görüş bildirebilirlerse de bu onların savun-

<sup>1</sup> ZAFER, Hamide: “Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılarının Hukuki Statüsü”, (Ed.) CENTEL, Nur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 4; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt I*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 373; TOSUN, Öztekin: *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I*, 4. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 7; KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 377; TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 115; YURTCAN, Erdener: *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 5; YURTCAN, Erdener: *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Bası, Seçkin, 2019, s. 188; KÜHNE, Hans Heiner: *Strafprozessrecht*, 7. Bası, C.F.Müller, Heidelberg, 2007, s. 85.

<sup>2</sup> Savcılıkların yürütme erkinin bir parçası olduğu kanaatinde olan yazarlardan bir kısmı gerekçe olarak savcının bağımsız olmadığını, nitekim Anayasada da savcılarının bağımsızlığına ilişkin bir güvencenin yer almadığını ileri sürmektedir. Bkz. KARAKEHYA, Hakan / ARABACI, Murat: “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 2059-2081; bu görüşe göre Adalet Bakanı'nın savcılara dava açmak için emir verebileceklerini düzenleyen CMUK m. 149'a benzer bir hükmün CMK'da yer alması da bağımsız olduklarını göstermez. KARAKEHYA / ARABACI, s. 2068; mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu m. 148 Adalet Bakanı'na cumhuriyet savcılarında dava açmaları yönünde emir verme yetkisi tanıdı. Bu yetkinin savcılarının bağımsızlığının bir sınırını oluşturduğu ve fakat bunu zedelediği dile getiriliyordu. Bununla birlikte CMUK m. 148/4 valililere de savcılara dava açma konusunda talepte bulunma yetkisi vermişti. Ancak bu talep bir emir niteliğinde değildi. Zira ilgili cumhuriyet savcısının bu talebi gerekçe göstermek suretiyle reddetme yetkisi bulunmaktaydı. CENTEL, Nur: “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, *Prof. Dr. Çetin Özek'e Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 202.



ma yaptıkları anlamına gelmez.<sup>3</sup> Keza devlet adına iddia makamını işgal eden savcının görevinin yargılama olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.<sup>4</sup> Bu noktada özellikle alternatif çözüm yollarından ön ödeme ve uzlaşma sonucunda verilen kararların yargılama olarak nitelendirilmemesi gerektiği, burada savcının görevinin yargılama yapmak değil muhakemeyi nihayete erdirmek olduğu belirtilmektedir.<sup>5</sup> Yasama görevini de yerine getirmediği açık olan savcının görevinin yürütmeye girdiği kabul edilmektedir.<sup>6</sup> Nitekim savcılar mahkeme nezdinde görev ifa etmekle birlikte yargı fonksiyonundan yoksundurlar.<sup>7</sup>

Bu çerçevede savcılarının bütün işleri idaridir.<sup>8</sup> Nitekim *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu* savcılarını yürütmenin dışında kabul etmenin mümkün olmadığını şu şekilde açıklamaktadır: “*Yargılama yetkisinin yanında savcının yetkisi manasına adli yetki kabul edip her ikisini adalet kudretine bağlamak ise, Devlet görevlerinin (veya klasik tabirle kuvvet veya kudretlerinin) yasama, yürütme ve yargılama olarak üçe ayrılmasına ters düşmektedir. Adli görev kavramı bu üçlü tasnif dışında kalır. Bu görevi üçlü tasnife göre açıklamak gerekince, hâkimlerinkini yargılama, savcılarinkini yürütme olarak kabulden başka çare yoktur.*”<sup>9</sup>

## B. Yargının Parçası Olduğunu Savunan Görüşler

Savcının yerine getirdiği görevi göz önünde bulunduran aksi görüş ise savcılarının maddi gerçeğin araştırılması ve kanunların uygulanmasını sağlama biçiminde adalete yönelik bir hizmet gerçekleştirdiğini ve bunun da yargılama faaliyeti olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>10</sup> Bu görüşün gerekçelerinden birini hâkimlik ve savcılık mesleği arasındaki yakınlaşma oluşturmaktadır.<sup>11</sup> Dolayısıyla savcılık bir yargılama organı sayılmalıdır.<sup>12</sup> Nitekim bu görüşe göre yargılama erki esasen “*hukuk nizamını idame ettirmeğe ve gerçekleştirmeğe*” yönelik erki ifade eder. Dolayısıyla yargılama görevi, bu erkin yalnızca bir kısmını oluşturmaktadır. Bu erk adalet kudreti olarak ifade edildiğinde, savcılığın da bu kudretin içinde yer aldığını, dolayısıyla yürütmeden ayrı olduğunu saptamak gerekmektedir.

<sup>3</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 318; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 126.

<sup>4</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 321; aynı yönde bkz. CENTEL / ZAFER, s. 125; KARAKEHYA / ARABACI, s. 2066.

<sup>5</sup> KARAKEHYA / ARABACI, s. 2066.

<sup>6</sup> Yürütme içinde de idarenin bir parçası olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 321; aynı yönde bkz. TOSUN, s. 301; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 132; KATOĞLU, Tuğrul: “Savcılık Üzerine Düşünceler”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, 1995, Cilt 19, Sayı 177, s. 21.

<sup>7</sup> ZAFER, s. 21.

<sup>8</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 326.

<sup>9</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 321, dn. 21.

<sup>10</sup> “*Anayasal düzenimiz içerisinde yer alan üç kuvvetten birisi olan yargı, bir denge unsuru olarak düzenlenmiş; bağımsızlığı özel olarak teminat altına alınmıştır. Hâkimler ve cumhuriyet savcıları da yargı mensubu olmakla yargı erkinden ayrı düşülemez... Özel daire kararında “Cumhuriyet Savcılarının faaliyetlerinin yargısal değil, idari nitelik taşımasına göre” ibaresine de yer verilmiştir. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında çoğunluk bu görüşe katılmamış; daire kararının gerekçesinden bu bölümün çıkarılması gerektiği görüşünü bildirmişlerdir... hâkim ve savcılara ilişkin yasal düzenlemelerde de yer aldığı üzere hâkim ve savcılarının hem yargısal hem de idari görevleri bulunmaktadır. Diğer taraftan, fonksiyonel bakımdan yargı organları, yasama ve yürütmeden ayrıdır. Bağımsız bir organ olan yargunun, yargılama süreci ile ilgili işlemleri, Anayasa’nın 125. maddesinde öngörülen “idari işlemler” kapsamına girmemektedir. Savcılarının yargılama fonksiyonu dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğundan, yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığının sorumlu tutulabileceği açıktır. Ne var ki, idari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olan, ancak, yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığı’nın ajanı konumunda olmayan savcılarının verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığı’nın sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır. Ceza yargılamasında savcılık, iddia görevini yerine getiren, gereğinde sanığın haklarını da gözetken bir yargılama makamı olması yanında, yargılama faaliyeti içinde fiilen ve hukuken yer alan bir unsur olarak da kabul edilmektedir. İdari görevlerinin varlığı savcılığın aynı zamanda yargılama görevlerinin varlığını kabule engel değildir. Nitekim, hâkimlerin de idari görevleri vardır ve bu görevler yargısal görevlerini ortadan kaldırmamaktadır. Dava açılması ve buna ilişkin iddianamenin düzenlenmesi tümüyle yargısal faaliyetlerdir. Bu faaliyetin yerine getirilmesinde salt kişisel kusurlu davranışla zarara yol açıldığında cumhuriyet savcısının kişisel sorumluluğu doğar. Zira iddianame idari bir işlem olmayıp, bu işlemin iptalinin dava konusu edilmesi de olanaklı değildir. İddianamenin kabulü ya da reddi yargı faaliyeti içinde ve kanunda yer alan koşullarla ancak mahkeme kararıyla mümkündür. İddianame, yargılamanın başlayıp yürütülmesindeki rolü nedeniyle yargılamaya dâhildir ve yargılamadan ayrı düşünilemeyecek nitelikte olması nedeniyle de idari faaliyet kapsamında değerlendirilemez” (Yargıtay, HGK, T. 07.10.2009, E. 2009/4-361, K. 2009/399, Kazancı İçtihat Bankası).*

<sup>11</sup> ŞİK, Hüseyin: *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 71.

<sup>12</sup> ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 221; ERGÜL, Teoman: “Teminat Açısından Cumhuriyet Savcılığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1969, Sayı 6, s. 1069; SALDIRIM, Mustafa: *Özel Hukuka Cumhuriyet Savcısının Görevleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 23.

Nitekim yargı kararları da savcılığı yargı erkinin bir parçası olarak görmektedir.<sup>13</sup> Bu bağlamda savcı “adalet kudreti” içinde yer alan bir adalet organıdır.<sup>14</sup> Savcılığın hiyerarşik bir yapıda olması ise onun idareye dâhil edilmesine gerekçe gösterilmemesi gereken şekli bir husustur.<sup>15</sup> Bu bağlamda savcılık milli egemenliği temsil eden, idari yapıya sahip bir adalet organı olarak kabul edilmektedir.<sup>16</sup>

### C. Çift Karakterli Olduğunu Savunan Görüşler

Üçüncü bir görüş ise bu iki görüşün bir sentezi şeklinde tezahür etmektedir. Buna göre savcılık çifte karakter sergiler. Savcılarının faaliyetleri hem yargı hem de yürütme faaliyeti kapsamında sayılmalıdır.<sup>17</sup> Nitekim savcılığın bazı işlemlerinin, örneğin mahkemede süje olarak bulunma, idari bir işlem olarak görülürken, soruşturma aşamasında uyuşmazlığın sonlandırılmasına yönelik işlemler, daha çok adli niteliktedir.<sup>18</sup>

Bu görüşlerden bir kısmı savcıyı asli olarak yürütmenin içinde değerlendirirken bir kısmı ise asli olarak yargı erki altında mütalaa etmektedir. İlk yaklaşıma göre savcının soruşturma evresindeki asli rolü ile birlikte kovuşturma evresindeki görevlerini dikkate alarak bu faaliyetin *adli alana ilişkin idari bir faaliyet* olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>19</sup> Nitekim savcılar savcılık makamı adına bir iddia faaliyeti yürütmektedir. Bu faaliyet idari bir faaliyet olarak nitelendirilse de onların sanığın lehine ve aleyhine delilleri toplama, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verme gibi yetkileri göz önüne alındığında aynı zamanda adli bir organ oldukları da göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>20</sup> Bu bağlamda savcılık işlemleri yargı ve yürütme arasında bir yere konumlandırılmıştır.<sup>21</sup> İkinci yaklaşıma göre ise savcılığın hukuki niteliğini tek bir organ göz önünde bulundurularak açıklamak mümkün olmamakla birlikte savcılar esasen idari işlemler de yapabilen yargı organı olarak görülmelidir.<sup>22</sup> Savcılığın yerine getirdiği fonksiyonun adalet hizmeti ile yakından ilgili olduğu göz önünde bulundurulduğunda,<sup>23</sup> onun faaliyetlerinin bir kısmının yargısal bir kısmının ise idari nitelikte olduğunu belirtmek gerekmektedir.<sup>24</sup>

### D. Kanaatimiz

Savcılık, kural olarak, devletin ceza iddiası görevini yerine getiren resmi makamdır.<sup>25</sup> Savcılığın konumlandırılmasının yürütme ya da yargı altında olmasının ayrı ayrı avantaj ve dezavantajları bu-

<sup>13</sup> “Kamusal ilkesi; suçtan kamu, yani toplum da zarar gördüğünden suçun kovuşturmasında toplumun çıkarının da olduğunu, bu itibarla kovuşturmanın kamusal olduğunu ifade eden ilkedir. Toplum düzenini korumak, Devletin yükümlülüğüdür. Bu itibarla, Devlet, kamu düzenini bozacak ve tehlikeye düşürecek olan eylemleri belirleyerek bunları cezalandırma hakkını elinde tutar. Bu sebeple de yürütülen bir ceza soruşturmasında Cumhuriyet savcısı, soruşturmayı yargı erki olarak kamu adına yürütmektedir. Zira, suçun soruşturulmasında kamu yararı vardır. Toplum düzenini korumak, Devletin yükümlülüğüdür. Bu itibarla, Devlet, kamu düzenini bozacak ve tehlikeye düşürecek olan eylemleri belirleyerek bunları cezalandırma hakkını elinde tutar. Bu sebeple de yürütülen bir ceza soruşturmasında **Cumhuriyet savcısı, soruşturmayı yargı erki olarak kamu adına yürütmektedir**. Zira, suçun soruşturulmasında kamu yararı vardır.” (Yargıtay, 16. CD., T. 29.11.2017, E. 2016/7553, K. 2017/5508, Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>14</sup> Bkz. KEYMAN, Selahattin: *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 83-84.

<sup>15</sup> KEYMAN, s. 70.

<sup>16</sup> KEYMAN, s. 74-86.

<sup>17</sup> ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 29. Bası, C.H.Beck, München, 2017, s. 56; KEYMAN, s. 71; GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 207; MERAKLI, Serkan: *Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 24; KARTAL, Melik: *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 20; ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel: *Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 45; ayrıca bkz. KÜHNE, s. 88; yargı yönü ağır basan bir idari makam olarak çift fonksiyonu olduğu yönünde bkz. BEULKE, Werner: *Strafprozessrecht*, 10. Bası, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, Rn. 88.

<sup>18</sup> GILLIERON, Gwladys: *Public Prosecutors in the United States and Europe*, Springer, Switzerland, 2014, s. 244.

<sup>19</sup> KARAKEHYA / ARABACI, s. 2067.

<sup>20</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 373.

<sup>21</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 373.

<sup>22</sup> KEYMAN, s. 86; KARTAL, s. 20.

<sup>23</sup> KARTAL, s. 20.

<sup>24</sup> Örnekler için bkz. KARTAL, s. 21 vd.

<sup>25</sup> KÜHNE, s. 85; ROXIN / SCHÜNEMANN, s. 54; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 312; ancak iddia görevini istisnai olarak başka makam ve kişilerin de yerine getirebilmesi mümkün kılınmıştır. Bkz. KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 312-313.

lunmaktadır. Yürütme altında konumlandırılması hükümetin ceza adalet sistemini daha iyi kontrol etmesini sağlar ve kolluğa ilişkin önceliklerini belirlemeye yarar. Ancak buradaki istenmeyen netice savcılığın tamamen siyasi baskı altına girmesi olacaktır. Öte yandan savcılığın bütünüyle yargının altında bulunması durumunda mahkemeler aracılığıyla yapılan bir denetim doğal bir çözüm yolu olacaktır. Bu durumda ise savcılık siyasi etkiden uzak duracak ancak savcının yürütmeden ayrı durması, etkin bir ceza adaleti tesis edilmesini zorlaştacaktır. Ayrıca bu durumda mahkemelerin tarafsızlığı da tehlikeye düşebilecektir.<sup>26</sup> Dolayısıyla savcının yürütme ya da yargı erki altında değerlendirilmesi ceza muhakemesi bakımından hangi sistemin uygulanmasının istendiğine ilişkin tutumu yansıtmaktadır. Yargı erkine dâhil edilen bir savcılık sisteminde ceza muhakemesi sisteminin tahkik sistemine dönmesi kaçınılmaz olacakken, yürütme erkine dâhil edildiği bir sistem silahların eşitliği ve çelişmeli yargı ilkelerini hayata geçirmek bakımından daha uygun olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>27</sup>

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında savcının konumunun pek çok ülkede tartışmalara mahal vermeyecek biçimde saptandığı görülmektedir. Alman hukukunda hâkim görüş savcılarının idari yapı içerisinde bir adli organ olduğu yönündedir. Fransa’da ise savcılar bir *magistre* yani hâkim olarak görüldüklerinden dolayı tabii olarak yargının bir parçası olarak görülmektedirler. Savcılık bakımından başka ülkelere pek benzemeyen bir sistem öngörülen Amerika Birleşik Devletleri’nde savcılığın önceleri yargının bir organı olarak görülmesine karşın Amerikan İç Savaşı sonrasında artık saf bir yürütme organı olarak görülmesi yönünde gelişme yaşanmıştır. Bu değişim savcılarını sınırlı yetkisi olan bir kurumdan neredeyse sınırsız yetkiyle donatılmış bir organa dönüştürmüştür. Nitekim federal düzeyde savcılık doğrudan Adalet Bakanlığına bağlıyken, dünyada başka bir örneği olmayacak şekilde yerel savcılar seçim yolu ile göreve geldiklerinden dolayı bir makama bağlı olmadan bağımsız olarak hareket etmektedirler.<sup>28</sup> İsviçre bakımından da savcılığın bir yürütme organı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim erkler ayrılığının kabul edilmesiyle birlikte, sanığın yargısal keyfiliğe karşı korunmasının artması itham sisteminden tahkik sistemine doğru bir kaymayı sağlamış, bu bakımdan da hâkimden bağımsız bir organa gerek duyularak idari nitelikte savcılık makamı oluşturulmuştur. Ancak federal düzeyde durum bu şekilde iken, kantonlar bakımından savcılık, yargısal, idari veya karma bir yapı sergileyebilmektedir.<sup>29</sup> Hollanda ve İtalya’da ise savcılık yargılama yetkisi kullanmayan bir yargılama makamı olarak tarif edilmektedir.<sup>30</sup>

Kanaatimizce erkler ayrılığı ilkesi gereği savcının yürütme, yasama ya da yargı erklerinden biri altında değerlendirilmesi bir zorunluluk oluşturmaktadır. Nitekim Anayasal olarak yapılan bu ayırım, bir dördüncü erk olarak karma bir yapıyı reddetmektedir. Dolayısıyla örneğin savcılığın milli egemenliğin temsilcisi olduğu şeklindeki görüş,<sup>31</sup> söz konusu erkler ayrılığı ilkesi açısından sorunludur. Anayasa (AY) m. 9 uyarınca yargı yetkisi ancak bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılabilir. Yargı yetkisinin kullanılması ise bir yargılama faaliyetinin yürütülmesini zorunlu kılmaktadır. Savcılarının hiçbir faaliyetinin, adalet hizmetlerine dönük olmakla birlikte, yargı faaliyeti olarak kabulü ise mümkün değildir. Savcılarının özellikle ön ödeme, uzlaşma veya Türk ceza muhakemesi sistemi için görece yeni sayılan seri muhakeme ile uyumsuzlukların çözümüne katkıda bulunmaları onların yargı faaliyeti yürüttüklerini göstermez. Nitekim ceza hukukuna ilişkin uyumsuzluklarının çoğu mahkeme dışında çözüme kavuşturulduğu bir sistemin erkler ayrılığı ilkesi ile uyumlu olmadığı da söylenebilir.<sup>32</sup> Ancak elbette ki savcılık tarafından iddianame düzenlenmesi, muhakeme süresince koruma tedbirlerinin uy-

<sup>26</sup> GILLIERON, s. 314.

<sup>27</sup> ŞİK, s. 78.

<sup>28</sup> Bkz. GILLIERON, s. 51, 65, 282, 314.

<sup>29</sup> GILLIERON, s. 57, 176-177.

<sup>30</sup> TAK, Peter J. P.: “The Dutch Prosecutor: A prosecuting and Sentencing Officer”, (Ed.) LUNA, Erik / WADE, Marianne L.: *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, s. 135; CAIANIELLO, Michele: “The Italian Public Prosecutor: An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings”, (Ed.) LUNA, Erik / WADE, Marianne L.: *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, s. 250.

<sup>31</sup> KEYMAN, s. 75.

<sup>32</sup> GILLIERON, s. 234.

gulanması ya da sonlandırılmasına ilişkin kararlar verilebilmesi mümkündür. Bu kararların yapısı ve buradaki faaliyetler göz önüne alındığında savcılık makamının kararlarının yargısal olmamakla birlikte adli nitelik de taşıyabileceğini belirtmek gerekmektedir. Ancak adli nitelik taşıyan işlemler yapması onun tek başına yargı organı sayılması için yeterli olmaz. Nitekim mahkemeler de esasen yargı organı olmakla birlikte idari nitelikte kararlar da alabilmektedirler. Ayrıca belirtilmelidir ki AİHM yargı merci sayılabilmenin ölçütleri arasında bağımsızlık ve tarafsızlığa yer vermektedir.<sup>33</sup> Oysaki hem bağımsızlık hem de -şağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere- özellikle tarafsızlık kurumları savcılık makamı bakımından hâkimlerde olduğu gibi anlaşılabilir.<sup>34</sup> Bu bağlamda savcılığın *yürütmenin* bir parçasını oluşturduğunu kabul etmek gerekmektedir.

## II. SAVCININ TARAF OLUP OLMADIĞI SORUNU

CMK'da savcının muhakemede bir taraf sayılıp sayılmadığı hususuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda savcılarının hem tarafsız olmaları gerektiğine hem de tarafsız olamayacaklarına ilişkin görüşler savunulmaktadır. Savcılarının sanığın aleyhine olan delilleri olduğu kadar lehine olanları da toplama yükümlülüğü altında bulunması, sanık aleyhine olduğu gibi sanık lehine de kanun yollarına başvuru imkânına sahip olmaları, savcılarının tarafsız olmaları gerektiğine ilişkin işaretler olarak yorumlanmaktadır. Buna karşın savcılarının muhakemede bir makamı işgal etmesi dolayısıyla tarafsız olamayacakları da dile getirilmektedir. Ancak bizce savcının muhakemede bir makam işgal etmesi ile o makamı işgal ederken yerine getirdiği görevi objektif bir şekilde yerine getirmesi hususlarının ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. O nedenle öncelikle savcının muhakemede konumu belirlenmeli sonrasında ise objektif davranma yükümlülüğüne ilişkin değerlendirme yapılmalıdır.

### A. Savcının Muhakemede Konumuna İlişkin Görüşler

#### 1. Taraf Olduğunu Savunan Görüş

Cumhuriyet savcılarının ceza muhakemesi diyalektiği içindeki yeri iddia faaliyetini yerine getirmek olarak özetlenebilir. Dolayısıyla savcılar makam itibarıyla süje konumundadır. Makam itibarıyla süje konumunda bulunan savcının yerine getirdiği esas görev olarak iddia faaliyeti göz önünde bulundurulduğunda savcılarının bu görevi kamu adına yerine getirdiği ve dolayısıyla şahsi olarak hareket etmedikleri saptanabilecektir.<sup>35</sup> Bu çerçevede savcının taraf olduğunu savunan görüşler farklı gerekçelerle esas olarak savcının şahsi olarak değil makam itibarıyla taraf olduğunu kabul etmektedir.<sup>36</sup> Zira savcı tarafından ortaya konulan tezin antitezini savunma makamı, sentezini ise yargılama makamı oluşturduğundan, savcılarının muhakemede bir tarafı temsil etmediğini söylemek muhakeme diyalektiğine ve muhakemenin

<sup>33</sup> Bkz. AİHM, Medvedyev v. Fransa, B. No: 42095/98, T. 29.03.2010 (HUDOC).

<sup>34</sup> YURTCAN, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 193-194, GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 208-210; nitekim 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 4 yalnızca hâkimlerin bağımsızlığından söz etmekte iken, savcılar bakımından böyle bir düzenleme söz konusu değildir.

<sup>35</sup> “Ceza muhakemesi faaliyeti kolektif olup, bu sürece katılanlara (kural olarak) şahısları bakımından değil işgal ettikleri makam dolayısıyla erk ve ödevler tanınmıştır. “Makam itibarıyla süjelik” olarak ifade edilen bu durum erklerin ve ödevlerin şahıslardan gelmeyip, işgal edilen yerden geldiğini; muhakemede şahısların değil makamın nazara alındığını göstermektedir (KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 139). Bu anlamda “makam itibarıyla süje” o makam adına hareket edebilen, ceza muhakemesi işlemi yapabilen kişi anlamındadır. Nitekim CMK da bu kavramı benimsemiş, 79, 144, 205, 249, 269 ve 331. maddelerinde “makam itibarıyla süje” olanların erk ve ödevlerinden söz etmiştir. Kısacası, kolektif bir faaliyet olan ceza muhakemesini iddia, savunma ve yargılama makamları oluşturmakta olup, bunların her üçü de makam itibarıyla süjedir. Erkler ve ödevler kendilerinden gelmeyip, işgal edilen yerden gelince aynı muhakemeye birden çok savcının farklı zamanlarda katılabilmesi, aynı şüpheli veya sanığın birden çok müdafî tarafından savunulabilmesi de mümkün olabilmektedir.” (Yargıtay, 19. CD., T. 14.06.2017, E. 2016/12980, K. 2017/5711, Lexpera, E.T.: 22.10.2020).

<sup>36</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 331; KEYMAN, s. 41; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 136; CENTEL'e göre savcının taraf olma konumu kendine has bir konumdur. Zira makam yönünden süje olan savcı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eden bir adalet organı olarak görülmelidir. Bkz. CENTEL, s. 202-203; savcının iddia tarafını oluşturduğuna ilişkin olarak bkz. TOSUN, s. 566; aynı yönde bkz. ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 196; CMK m. 160/2 uyarınca sanığın lehine olan delilleri de ortaya koyması savcılarının makam itibarıyla taraf olduğuna işaret etmesi hakkında bkz. ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 90; sanığın lehine olan delillerin de araştırılmasının bir zorunluluk olduğunun ve buna ilişkin araştırma yapıp lehe bir delil bulunmadığı durumlarda iddianamede bu hususun belirtilmesi gerekliliğine ilişkin olarak bkz. ÖZTÜRK, Bahri: “Bir Adli Organ Olarak Savcılık”, *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 152.

kolektifliği ilkesine de uygun düşmeyecektir.<sup>37</sup> Bunun yanında yürütmeye karşı da bağımsız olmayan savcının<sup>38</sup> hâkimler gibi tarafsız kalacağını, her durumda sanığın menfaatine uygun hareket edeceğini söyleyebilmek de her zaman mümkün olmamaktadır. Bu anlamda savcının makam itibarıyla taraf olması bir zorunluluk arz etmektedir.<sup>39</sup> Nitekim savcılık devletin bir makamıdır ve savcıya verilen süjelik sıfatı bu makamı işgal etmesi nedeniyle verilmiştir.<sup>40</sup> Eğer muhakeme hukukunda taraf bir hakkın süjesi olmayı değil, yargılanacak uyuşmazlıktan kaynaklı olarak sübjektif bir hukuki durumda bulunmayı ifade ettiği kabul edilecek olursa, savcı da bir hakkın süjesi olarak değil hukuki durumu itibarıyla böyle sayıldığından taraf sayılmalıdır.<sup>41</sup> Dolayısıyla savcı makam itibarıyla (zarar gören toplumsal makam) taraftır.<sup>42</sup> Savcının taraf olarak kabul edilmesi durumunda iddia faaliyetinin ne biçimde yerine getirileceği de tartışılmaktadır. Buna göre iddia faaliyeti yalnızca suçun isnat edilmesi ile yerine getirilmez. Kamu davasının mecburiliği, iddia makamının isnatta ısrarcı olması demek değil, iddia görevinin yerine getirilmesi bakımından bir mecburiyet olarak anlaşılmalıdır.<sup>43</sup> Dolayısıyla savcı iddia görevini yalnızca mahkûmiyet talep ederek değil beraat talep ederek de yerine getirebilir.<sup>44</sup> Savcılar kişi itibarıyla değil makam itibarıyla muhakeme hukuku süjesidir. Dolayısıyla muhakemede bir taraf olarak bulunsa dahi bunun makam itibarıyla olduğu hususu önem arz etmektedir.<sup>45</sup> Nitekim CMK'da da savcının taraf olduğuna işaret eden hükümler bulunmaktadır (CMK m. 277, m. 297, m. 300).<sup>46</sup>

## 2. Taraf Olmadığını Savunan Görüş

Savcının taraf olmadığını belirten görüşler öncelikle Türk Ceza Muhakemesi sisteminde savcının Anglo-Amerikan sistemi anlayışından farklı olduğundan hareket etmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ceza yargılamaları Anglo-Amerikan sisteminde olduğu gibi bir “taraf yargılaması” olmadığından dolayı, esasen kıta Avrupası hukuku bakımından bu çıkarım bir zorunluluk olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla savcı hukukun tarafsız bir organı olarak hareket etmektedir.<sup>47</sup> Buna göre savcı bir muhakemede maddi gerçeğin ortaya çıkması için faaliyet gösteren ve işbirliği ilişkisi içinde bulunan bir süje olduğundan taraf olarak nitelendirilemez.<sup>48</sup> Nitekim CMK'da savcılar yaptıkları iş göz önünde bulundurularak değil, makam itibarıyla *şeklen* taraf gibi *değerlendirilmiştir*.<sup>49</sup> Keza CMK tarafından öngörülen yeni “savcı modeli” ancak tarafsız bir savcı olarak değerlendirilebilir.<sup>50</sup> CMUK'ta yer alan Adalet Bakanı ve valilerin savcılara dava açma hususunda emir verebilmesini sağlayan hükmün CMK'da yer almaması da buna bir işarettir.<sup>51</sup> Ancak buna rağmen savcılarının yürüttükleri faaliyetin önemine binaen kendilerini bir taraf gibi hissetmeleri kaçınılmazdır.<sup>52</sup>

<sup>37</sup> KEYMAN, s. 178; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 331; cumhuriyet savcılarının bağımsızlıklarına ilişkin bir düzenleme olması, onların bağımlı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda savcılarının özerkliğinden söz etmek en doğrusu olacaktır. Dolayısıyla, CMK m 309'da olduğu gibi, bazı durumlarda yürütme organının taleplerine uygun hareket edilmesi olağandır. Bkz. ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 90; Alman hukukunda da savcılar maddi anlamda değil, şekli anlamda taraf olarak nitelendirilmektedir. KELKER, Brigitte: “Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren”, *ZStW*, 2006, Band 118, Heft 2, s. 392.

<sup>38</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 331; TOSUN, s. 564.

<sup>39</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 332.

<sup>40</sup> KEYMAN, S. 176.

<sup>41</sup> KEYMAN, s. 178.

<sup>42</sup> KEYMAN, s. 174.

<sup>43</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 311.

<sup>44</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 311.

<sup>45</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 318; KEYMAN, s. 177.

<sup>46</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 136.

<sup>47</sup> KELKER, s. 393.

<sup>48</sup> ROXIN / SCHÜNEMANN, s. 56; CENTEL / ZAFER, s. 132; KELKER, s. 393.

<sup>49</sup> CENTEL / ZAFER, s. 132.

<sup>50</sup> İÇEL, Kayhan: “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları ‘Budapeşte İlkeleri’ Işığında ‘Savcıyı Ret Sorunu’”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2008, Cilt 7, Sayı 14, s. 27.

<sup>51</sup> İÇEL, s. 26.

<sup>52</sup> CENTEL / ZAFER, s. 132.

Türk ceza hukuku bakımından hem ilkesel bazda hem de kanuni düzenlemeler ışığında savcının taraf olmadığına ilişkin çeşitli gerekçeler öne sürülmektedir. Öncelikle soruşturma görevinin emrindeki adli kolluk vasıtasıyla tamamen savcılarının elinde olması yani dava açma tekelinin savcılarının elinde bulundurulması söz konusudur. Bu yetki, kanunda öngörülen sınırlı haller dışında, dava açma mecburiyeti (maslahata uygunluk) olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla şartları oluştuğunda savcılar dava açma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük ise esas olarak her şeyden önce adaletin gerçekleşmesi düşüncesine dayandığından, savcının bu yükümlülüğü yerine getirirken tarafsız olarak hareket etmesi beklenmelidir.<sup>53</sup> Nitekim soruşturma evresinde savcı tarafından yerine getirilen en önemli görev delil araştırması ve eldeki delillerin değerlendirilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>54</sup> Bu bağlamda savcılarının taraf olmadıklarına ilişkin olarak öne sürülen en önemli tutamak noktalarından biri CMK m. 160/2 hükmüdür. Buna göre savcılar soruşturma sırasında şüphelinin hem aleyhine hem de lehine olan delilleri toplama yükümlülüğü altındadır. Söz konusu hüküm göz önünde bulundurulduğunda savcılarının taraf olmadıkları öne sürülebilir.<sup>55</sup> Bu anlamda soruşturma evresinde savcının tarafsızlığına ilişkin en önemli kanuni düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozeßordnung-StPO)'nda da benzeri yer alan söz konusu hükümdür.<sup>56</sup> Dolayısıyla savcı devleti temsil eden bir taraf değil, tarafsız bir devlet organı olarak görülmelidir.<sup>57</sup> Kovuşturma evresi bakımından ise savcının hem tanıklara hem de sanığa soru sorabilmesi, hâkimin savcının nitelendirilmesi ile bağlı olmaması göz önünde bulundurulmakta ve bu düzenlemelerin savcılarını tarafsız davranmaya yönlendirdiği ifade edilmektedir. Ayrıca savcının sanığın lehine kanun yollarına başvuru- rabilmesi de savcının tarafsızlığına bir örnek olarak gösterilebilir.<sup>58</sup>

Bunun yanı sıra savcılarının soruşturmayı yürütme ve kovuşturma ile ya da bir başka kararla sonlandırma yetkilerinin olması, onların tarafsız olmaları bakımından bir gerekçe olarak görülmelidir.<sup>59</sup> Ayrıca savcılara tanınan alternatif çözüm yollarının uygulanması yetkisi, söz konusu yetkinin önemi göz önünde bulundurulduğunda savcılarının tarafsız hareket etmelerini zorunlu kılmaktadır. Nitekim savcılarının belirli yetkilerini kullanma imkânları ortaya çıkmış olmasına karşın bu yetkilerini taraflı davranarak kullanmamaları sanık bakımından adil yargılanma hakkının ihlali neticesini doğurabilecektir.<sup>60</sup> Bu bakımdan savcı bir taraf ya da bir taraf temsilcisi değil kamu adına ceza muhakemesinin amaçlarının gerçekleştirilmesi için objektif davranma yükümlülüğü altında olan bir makam olarak tanımlanmalıdır.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> KELKER, s. 395; benzer biçimde savcının kamu davası açmada takdir yetkisi kullanmasını onu daha tarafsız bir konuma getirdiği, ancak mecburilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması durumunda savcının tarafsız bir konumda olabileceği de belirtilmektedir. Bkz. BAYRAKTAR, Köksal: "Bir Adli Organ Olarak Savcılık", *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 340.

<sup>54</sup> KELKER, s. 395.

<sup>55</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 374; aynı yönde bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 223; ayrıca savcılarının yalnızca soruşturma yetkileri değil çelişmeli yargı ilkesi gereği sanığın lehine olan delilleri de sunması gerekliliği de savcılarının tarafsız hareket etmelerini gerektirmektedir. Bkz. KANBUR, Mehmet Nihat: "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 19, s. 67.

<sup>56</sup> KELKER, s. 395; savcılık yargı erkinin üçüncü bir organı olarak nitelendirilmelidir. Dolayısıyla savcı bir taraf değildir, aksine katı bir tarafsızlık yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda tarafsızlık kovuşturma aşamasında da geçerlidir. ARLOTH, Frank: "Zur Ausschließung und Ablehnung des Staatsanwalts", *NJW*, 1983, s. 208.

<sup>57</sup> KELKER, s. 395; BGH 25.09.1979 tarihli bir kararında şüpheli ve sanığın taraflı bir savcıyı reddinin ceza muhakemesinin yapısından ve ya da savcının konumundan ya da üstün muhakeme ilkelerinden (AIHS m. 6 gibi) türetildiğini belirtmektedir. Nitekim görünüşe göre bugünkü ceza muhakemesi ve savcılığın görünümü, bir tarafgirliği önlemektedir. Buna göre adil yargılama ilkesi yalnızca hâkimleri değil savcılarını da bağlayan bir ilke olduğundan, katı bir tarafsızlığın savcı için de geçerli olması gerekmektedir. Aksi takdirde sanığın hakları ihlal edilmiş olacaktır. ARLOTH, s. 207-208.

<sup>58</sup> KELKER, s. 396.

<sup>59</sup> KANBUR, s. 65; CENTEL, s. 216.

<sup>60</sup> KANBUR, s. 66.

<sup>61</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 374.

## B. Kanaatimiz

Savcılarının tarafsızlığına ilişkin açık bir düzenleme içermeyen CMK ve CMUK bağlamında, Türk ceza muhakemesinde savcının taraf olup olmadığına ilişkin tartışma uzun yıllardır doktrinde varlığını devam ettirmektedir.<sup>62</sup> Her ne kadar taraf olup olmadığına ilişkin bu tartışmaları “faydasız” bulan ve onun adli görev ifa eden bir organ olarak nitelendirilmesi gerektiğini söyleyenler olsa da<sup>63</sup> ceza muhakemesinde taraf kavramının anlaşılış şekli itibariyle savcının konumunun belirlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce doktrinde yapılan değerlendirmelerden bir kısmı savcılarının muhakemede bir taraf olarak kabul edilmesi ile objektif davranma yükümlülüklerini birbirinden ayırmadan yapıldığından isabetsiz sonuçlara gitmişlerdir. Nitekim savcının taraf olması ve objektif davranma yükümlülüğü birbiri ile bağdaşabilen meseleler olduğundan savcıyı taraf olarak nitelendirmek objektif davranma yükümlülüğünü kaldırmayacağından savcılara ilişkin objektif davranma yükümlülüğünün getirilmesinin tek ölçütü onların taraf olmadıklarını kabul etmek değildir.<sup>64</sup> Dolayısıyla bize göre savcının tarafsızlığı sorunu savcının muhakemede bir taraf olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ve objektif davranma yükümünün bulunup bulunmadığının belirlenmesi olarak iki açıdan incelenmelidir.

### 1. Savcının Taraf Olarak Nitelendirilmesi Zorunluluğu

Buna göre ceza muhakemesinde taraf kavramının tanımının da ortaya konması gerekmektedir. Kavram ilk olarak usul hizmetini ifa ile yükümlü taraf anlamında kullanıldığından ceza muhakemesinde medeni yargılama hukukundan farklı olarak dava tarafı olarak anlaşılması gerektiğini belirtmek gerekmektedir.<sup>65</sup> Ceza muhakemesinde taraflar, hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak suretiyle muhakeme menfaatlerini korumayı amaçlayan savcılar ile sanıktan oluşan süjeler olarak görülmelidir.<sup>66</sup> Nitekim ceza muhakemesinde süjelik ya kişi itibariyle ya da makam itibariyle olabilir. Eğer ki kişi, kişisel ilişkisi nedeniyle süjelik vasfını kazanmışsa şahıs itibariyle süjelik söz konusu olacaktır. Örneğin sanık ve suçtan zarar gören şahıs itibariyle süjedir. Oysaki savcı, hâkim ve müdafiler makam itibariyle süje olarak görev yapmaktadır.<sup>67</sup> Nitekim taraf olmak, savunulan iddianın galip gelmesi amacıyla her türlü yola başvurulması ve savunma ile bir yarış içerisinde hareket edilmesi anlamına gelmemektedir.<sup>68</sup> Dolayısıyla savcılar her nasıl ki soruşturma evresinde şüphelinin lehine olan delilleri toplama yükümlülüğü altında ise kovuşturma evresinde de benzer bir yükümlülük altında olup iddialarını değiştirmek suretiyle hareket edebilirler. Bu durum savcını taraf olma durumu ile çelişmez. Aksine savcı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yürütmenin bir organı olarak görev ifa ettiğinden

<sup>62</sup> Kimi ülkeler savcının tarafsızlığına ilişkin özel düzenlemeler öngörmektedir. Örneğin Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu 47’de de adli kolluğun ve savcının tarafsızlık yükümlülüklerini düzenlemektedir. ([https://www.legislationline.org/download/id/8549/file/Austria\\_CPC\\_1975\\_am122019\\_de.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8549/file/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf) E.T.: 08.10.2020); Polonya Savcılık Örgütü Kanunu m. 6 savcılarının kanunla öngörülen görevlerini tarafsızlık ve eşit işlem ilkelerine uygun şekilde yerine getireceklerini belirtmektedir. ([https://www.legislationline.org/download/id/7416/file/Poland\\_act\\_public\\_prosecutors\\_office\\_2016\\_am2017\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/7416/file/Poland_act_public_prosecutors_office_2016_am2017_en.pdf) E.T.: 08.10.2020); İspanya Anayasası m. 124/2 ise savcılarının her işlemleri bakımından hukuk devleti ve tarafsızlık ilkelerine tabi olduklarını belirtmektedir. ([http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist\\_Normas/Norm/const\\_espa\\_texto\\_ingles\\_0.pdf](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf) E.T.: 08.10.2020); İtalyan hukukunda da savcının bir tarafsızlık yükümlülüğü bulunmasına rağmen uygulamada buna işlerlik kazandırılmadığı bildirilmektedir. Yine de İtalyan hukukçular savcıyı “tarafsız taraf” olarak tanımlamaktadır. CAIANIELLO, s. 251.

<sup>63</sup> EREM, Faruk: *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yayıncılık, Ankara, 1986, s. 143; savcının taraf olup olmadığına ilişkin iki görüşün de savcılarının şahsi sorumluluklarını ortadan kaldırmak için kullanıldığı hakkında bkz. WEIGEND, Thomas: “A Judge by Another Name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor”, (Ed.) LUNA, Erik / WADE, Marianne L.: *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, s. 389.

<sup>64</sup> Savcının doğrudan bir taraf olarak kabul edildiği Amerika Birleşik Devletlerinde savcılarının “adaleti gerçekleştirme yönündeki” görevlerini savsaklamaları durumundaki sorumlulukları bakımından “The Duke Lacrosse Case” ve “Central Park Jogger Case” örnekleri için bkz. MOSTELLER, Robert: “Failures of the Prosecutor’s Duty to do Justice in Extraordinary and Ordinary Miscarriages of Justice”, (Ed.) LUNA, Erik / WADE, Marianne L.: *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, s. 408-444.

<sup>65</sup> EREM, s. 143.

<sup>66</sup> KANBUR, s. 57.

<sup>67</sup> ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 81; genel itibariyle taraf hâkim önündeki uyumsuzluk hakkında karar verilirken bir takım taleplerde bulunma yetkisini haiz kişiler olarak tanımlanmaktadır. TOSUN, s. 579.

<sup>68</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 438.

mahkemenin isabetli bir karar vermesine hizmet etmektedir.<sup>69</sup> Dolayısıyla savcıların muhakemede bir ikinci hâkim olarak telakki edilmemesi aksine hâkimlerden ayrı olarak makam itibariyle taraf olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>70</sup> Bu açıdan ceza muhakemesinde savcılar, iddia makamını işgal etmesi sebebiyle esasen bir tarafı temsil etmektedirler. CMK hükümleri incelendiğinde m. 29/2, 252, 253, 324, 328’de taraflardan bahsedildiği görülmektedir. Söz konusu bu hükümler CMK sisteminde savcının bir taraf olarak kabul edildiğine işaret etmektedir.

## 2. Savcının Objektif Davranma Yükümlülüğü

Uluslararası düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda savcıların bazı belgeler bakımından *tarafsız* olmalarının etik olarak tavsiye edilen bir husus olduğu görülmektedir. Örneğin 1995’te kurulan ve hükümet ve siyaset dışı bir kuruluş olarak nitelendirilen Uluslararası Savcılar Birliği, savcıların amaçlarını etkili, adil, *tarafsız* ve etkin bir soruşturma yürütmek olarak açıklamaktadır.<sup>71</sup> Bundan başka Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları (Budapeşte İlkeleri) da savcıların tarafsız olarak hareket etmeleri gerektiğine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Budapeşte İlkeleri olarak anılan ilkeler, savcılar bakımından klasik modeli terk ederek *tarafsız* savcı modeli öngörme olarak yorumlanmaktadır.<sup>72</sup>

Türk hukuku göz önüne alındığında ise, savcıların objektif davranma yükümlülüğününün hem Anayasa hem de CMK tarafından dolaylı şekilde getirildiği görülmektedir.<sup>73</sup> Nitekim Anayasa m. 10’da getirilen kanun önünde eşitlik ilkesi devletin tüm organlarının ve idare makamlarının bu ilkeye uygun hareket etmesi zorunluluğunu getirmektedir. Dolayısıyla objektif bir yaklaşımı ihlal edecek her türlü işlem Anayasa uyarınca yasaktır. Bunun yanında CMK m. 160’da savcılara yüklenen araştırma görevi, doğası gereği objektif olmayı gerektirmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki ceza muhakemesinde savcı kamu adına görev yapmakla birlikte, AİHS m. 6/1 anlamında bir tarafsızlık yükümlülüğü altında değildir.<sup>74</sup> Nitekim savcılığın iddia makamı konumunda olduğu ve düşünme şekli itibariyle yeterli şüpheli ve netice olarak da mahkûmiyeti arama gayreti içinde olduğu hususu unutulmamalıdır.<sup>75</sup> Dolayısıyla savcıların objektif davranma yükümlülüğü bağlamında “*tarafsızlık*” isabetli olarak “*sanık ve mağdura karşı objektif olma, bunlardan birini herhangi bir nedenle kayırmaması ve delil toplama, mütalaa verme gibi işlemleri sadece maddi gerçeğin ortaya çıkartılması kaygısıyla yürütmesi*” şeklinde ifade edilmektedir.<sup>76</sup> Bu nedenle savcıların objektif olması ve hâkimlerin tarafsızlığı kurumları bir-biri ile kıyaslanabilir değildir.<sup>77</sup> Bu bağlamda savcının tarafsız olmasından değil objektif olmasından söz etmek daha uygun olacaktır.<sup>78</sup> Bu açıdan objektif davranma yükümlülüğü savcılarının iddia faaliyeti-

<sup>69</sup> ROXIN / SCHÜNEMANN, s. 54; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 438, aynı yönde bkz. ŞIK, s. 80.

<sup>70</sup> Savcılarının hem Anglo-Amerikan hukuku bakımından öngörülen taraf olma rolleri hem de Kıta Avrupası hukukunda öngörülen tarafsızlık rolleri bakımından getirilen eleştiride, bu iki anlayışın da bir efsaneden ibaret olduğu, nitekim Anglo-Amerikan hukukunda taraf kabul edilen savcının “özel bir taraf” olmasının, Kıta Avrupası Hukukunda ise “kanunların bekçisi” olarak kabul edilen ve Alman hukukçular tarafından “dünyanın en objektif kurumu” olarak kabul edilen savcılık kurumunun, günümüzde bir hâkime dönüştüğüne ilişkin görüş ve eleştiriler için bkz. WEIGEND, s. 382.

<sup>71</sup> GILLIERON, s. 87, dn. 183.

<sup>72</sup> İÇEL, s. 30.

<sup>73</sup> Bu iki temel düzenleme yanında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu da m. 46’da atama yerinin belirlenmesi ve m. 68’de disiplin cezaları bağlamında savcının -ilgili kanunda tarafsızlık olarak ifade edilen- objektif davranma yükümlülüğüne yer vermektedir.

<sup>74</sup> TANER, Fahri Gökçen: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 101; savcının bağımsızlığı veya tarafsızlığı yönünde bir hüküm içermemle birlikte, özellikle kötü muamele yasağının ihlaline ilişkin yapılan başvurularda AİHM’nin buna ilişkin iddiaların yerel mahkemeler tarafından soruşturulmasında bağımsız ve tarafsız bir soruşturma organının görev yapması gerekliliğine vurgu yaptığı görülmektedir. Nitekim bu kararlarda aynı soruşturma bürosunda görev yapan kişiler hakkında amirleri konumundaki savcının emri altında soruşturmanın yürütülmesi söz konusu olmaktadır. (AİHM, Nalbandyan v. Ermenistan, B. No: 9935/06 ve 23339/06, T. 31.03.2015, § 123, HUDOC; AİHM, Zalyan ve Diğerleri v. Ermenistan, B. No: 36894/04 ve 3521/07, T. 17.03.2016, § 274, HUDOC).

<sup>75</sup> TANER, s. 102.

<sup>76</sup> Bu tanım esasen tarafsızlık olarak yer almış olsa da, savcının yerine getirdiği görevlerin ifası bağlamında kullanıldığından esas alınmıştır. Bkz. CENTEL, s. 202-203; benzer tanım için bkz. BEULKE, Rn. 93.

<sup>77</sup> BEULKE, Rn. 93.

<sup>78</sup> BEULKE, Rn. 79; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / DURSUN, Selman: *Türk Hukuku’nda Müdafin Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 48, dn. 43.



tini yürütmesi sırasında maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet etme görevlerinin gereklerine uygun davranmamaları şeklinde özetlenebilir. Nitekim CMK m. 160/2 uyarınca savcıların şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplaması, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi amacıyla hizmet edecektir. Örneğin bir savcının sunulan delilleri değerlendirmemesi, soruşturma öncesinde delil araştırmasını usulüne uygun yapmaması gibi açık durumlar objektif davranma yükümlülüğünü yerine getirmediğine işaret edebilir. Nitekim savcının kendisinin mağduru olduğu bir suçla ilişkin yürüttüğü soruşturma bağlamında, bu hususun başvuru hakkını ihlal ettiğine ilişkin bir Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı<sup>79</sup> hangi durumlarda savcıların objektif davranma yükümlülüklerine aykırı davrandığına ilişkin bir esas getirmiştir. Söz konusu kararda HSK'nın (karar döneminde HSYK'nın) konu ile ilgili bir kararına yer verilmiştir. Gerçekten HSK savcının mağduru olduğu bir suçta yürüttüğü ve sonuçlandırdığı soruşturmada “normalin dışında ve taraflı davrandığını gösteren, şüpheli tarafından ibraz veya beyan edilip de ısrarla getirilmeyen, muhafaza altına alınmayan ya da ileri sürülmeyen bir delilin varlığına işaret eden bir olguya tesadüf edilmediği”<sup>80</sup> gerekçesiyle ilgili savcı hakkında soruşturma izni vermemiştir. Bu karara dayanan Anayasa Mahkemesi de başvuru tarafından söz konusu durumun adil yargılama hakkını ihlal ettiğine ilişkin talebini şeklen kabul edilemez bulmuş ve işin esasına girmemiştir.<sup>81</sup>

Savcılar zorlu bir görev yerine getirmektedirler. Bir yanda savcılar doğasında çelişme olan ceza adalet sisteminin kilit katılımcısı rolündedir. Bu rolde savcılar savunmanın (sanığın) karşısında ve devletin savunucusu konumundadır. Bu rolde görevleri mahkûmiyet elde ederek davayı kazanmaktır. Öte yandan savcılar aynı zamanda adaletin temsilcisidir. Bu bakımdan vakalara yaklaşımları objektiftir. Savcının görevi adaletin tecelli ettiğini görmektir. Savcılar masumu korumalı, gerçekten suçlu olduğunu düşündüklerini kovuşturmalı, sanığın haklarını korumalı kamunun haklarını harekete geçirmelidir.<sup>82</sup> Bu bağlamda savcının objektif olması görevinden kaynaklanan bir yükümlülük olarak görülmelidir.

### III. SAVCININ REDDİ VE ÇEKİNMESİ

Savcıların hâkimlerden farklı olarak muhakemede bir taraf oldukları göz önünde bulundurulduğunda onların reddi, çekinmesi veya yasaklılıklarına ilişkin bir düzenleme olmaması olağandır.<sup>83</sup> Ancak savcılar da kimi durumlarda görevlerini objektif olarak yerine getirememeleri söz konusu olabilir. Savcıların görevlerini objektif olarak ifa etmelerinin teminatını sağlama noktasında onlar bakımından da ret veya çekinme kurumlarının düzenlenip düzenlenmemesi gerektiği hususu ise tartışmalıdır.

Bu meseleye ilk yaklaşım savcılar bakımından ret veya çekinme kurumunun düzenlenmesinin gerekmediği yönündedir. Buna göre CMK'da savcının reddi ya da çekinmesine ilişkin bir düzenleme bulunmaması işin niteliğinden kaynaklanır. Savcılık makamının bütünlük teşkil etmesinden dolayı başsavcının her zaman için yerine bir başka savcı görevlendirebileceği göz önünde bulundurulduğunda ret ya da çekinme kurumlarının olmaması bir eksiklik olarak nitelendirilemez.<sup>84</sup> Bu görüşler savcının reddi ve çekinmesini farklı ele almaktadır. Buna göre savcının reddedilmesi mümkün olmaz.<sup>85</sup> Nitekim

<sup>79</sup> AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/3178, T. 25.06.2015.

<sup>80</sup> AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/3178, T. 25.06.2015, § 17.

<sup>81</sup> “Bir Cumhuriyet savcısının herhangi bir olayın hem mağduru veya müştekisi hem de soruşturmasını yürüten kişisi olması istenir bir durum olmamakla birlikte Türk Ceza Hukuku sisteminde “Cumhuriyet savcısının davaya bakamaması ve reddi” müessesesine yer verilmemiştir. Cumhuriyet savcısının kendisinin bizzat mağdur ya da müşteki durumda olduğu bir soruşturmayı yürütmesi ve sonuçlandırması yasal olarak mümkündür. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, böyle bir durumun Anayasa'ya ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ortaya konan ölçütlere uygunluğunu ve yargılamanın adilliğine etkisini her zaman denetler.” (AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/3178, T. 25.06.2015, § 28).

<sup>82</sup> GILLIERON, s. 134.

<sup>83</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 136; CENTEL / ZAFER, s. 133; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 438.

<sup>84</sup> ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 91.

<sup>85</sup> TOSUN, s. 566; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 196; savcılara ilişkin müdafilere benzer bir yasaklılık hali öngörülmemiş olmasının, savcılarının görevlerini yerine getirirken mesleğin gerektirdiği saygınlığı zedeleyici tarzda hareket etme riskini getirdiğine ilişkin olarak bkz. MAHMUTOĞLU / DURSUN, s. 48, dn. 43.

savcıyı mümkün olduğunca hâkime benzetmek suretiyle sanık daha fazla korunmaz; aksine hâkim-savcı farkının ortadan kaldırılması ile ceza muhakemesindeki tahkik usulünün diriltilmesi söz konusu olur.<sup>86</sup> Ancak savcıdan tarafsız kalmasının beklenebileceği haller olabileceği kabul edilmelidir.<sup>87</sup> Dolayısıyla savcının görevini yapmasının şüpheli olduğu durumlarda görevini bir başkasına terk etmesi gerekir. Bu bağlamda örneğin tanık ya da müdahil olduğu durumlarda savcı iddia görevini bırakmalıdır. Hâkimle yakınlığı durumları bakımından da savcılara avukatlara uygulanan hükmün kıyas yolu ile uygulanması gerekmektedir.<sup>88</sup> Savcılar bakımından çekinme düzenlemesinin olmaması çekinmelerinin önünde bir engel değildir. Nitekim bu işlem, objektif olmayacağını düşünen savcının başsavcıdan bu yönde bir talepte bulunması yoluyla gerçekleşecektir.<sup>89</sup> Ancak bunun yanında savcılara da açık bir çekinme imkânının tanınması gerektiği de belirtilmektedir.<sup>90</sup> Bunun nedeni ise objektifliği şüpheye düşürecek bir neden olması durumunda başsavcılığa müracaat yolu ile fiili olarak savcılarının değiştirilmesi imkânının savcının bizzat kendisine de verilmesi gerekliliğidir.<sup>91</sup> Bu noktada ise çekinme sebeplerinin hâkimlerin ret sebepleri olarak belirlenmesi uygundur. Şu kadar ki, hâkimin reddi sebepleri arasında yer alan dava ile ilgili olarak daha önceden bir görev alma nedeni savcılar bakımından uygulanmamalıdır.<sup>92</sup>

Öte yandan savcılar bakımından da ret ve çekinme sebeplerinin düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>93</sup> Nitekim bazı durumlarda savcılarının iddia görevlerini gereği gibi yerine getiremeyeceği

<sup>86</sup> KEYMAN, s. 201.

<sup>87</sup> TOSUN, s. 580; nitekim görevini objektif olarak yerine getiremeyecek bir savcının yerine bir başkasının görevlendirilmesi adil yargılama hakkı uyarınca zorunluluk arz etmektedir. ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 196.

<sup>88</sup> TOSUN, s. 580; hâkim ve savcı arasında evlilik bağı bulunması durumunda Yargıtay hâkimin çekinmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. “İddianameyi düzenleyen C. Savcısı ile Asliye Ceza Mahkemesi’nde hüküm veren hakimın karı-koca oldukları, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 46. maddesi hükmünde; karı-koca, ikinci derece dahil kan ve sıhri husumlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamayacaklarının öngörülmüş olması, 5271 sayılı CMK’nın 22. maddesinde de mani bir düzenleme getirilmiş bulunması karşısında, uyulması zorunlu bir usul kuralı olduğu gözetilip davadan çekilmesi gerekirken, yargılamaya devamla 1412 sayılı CMUK’un 308/1. madde ve fıkrasına aykırı davranılması” (Yargıtay, 8. CD., T. 04.11.2013, E. 2012/27545, K. 2013/26164, Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>89</sup> ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 91.

<sup>90</sup> KEYMAN, s. 201.

<sup>91</sup> KEYMAN, s. 201.

<sup>92</sup> KEYMAN, s. 202; çekinme sebebinin var olup olmadığı, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde farklı kriterlere tabi kılınarak değerlendirilmelidir. Soruşturma evresinde söz konusu nedenlerin bulunmadığı daha sıkı bir denetime tabi tutulurken, kovuşturma evresinde daha serbest bir yorum yapılması mümkün olmalıdır. Bkz. KEYMAN, s. 201; bu noktada 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (AsMUK)’na göre Askeri Savcılar reddedilemiyor; ancak savcının çekinebiliyordu. AsMUK m. 46 uyarınca kendine çekinme veya ret nedenleri bulunan savcı görevinden çekilmek zorundaydı. Bu hükmün ceza muhakemesi bakımından da örnek teşkil etmesi gerektiği de doktrinde dile getirilmiştir. ERMAN, Sahir: *Askeri Ceza Hukuku*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, s. 355; yargılamanın herhangi bir aşamasında hâkimlik görevi yapmış olan kişinin sonradan savcı olarak yargılamada yer alması Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Bkz. “Ceza Usulü Muhakemeleri Kanununun 21’inci maddesinin 4 ve 22’nci maddesinin 2’nci fıkralarında aynı davada müddeiumumilik ve sorgu hakimliği vazifelerini yapmış olanların o davanın muhakemesinde bulunarak re’ye iştirak edemeyecekleri gösterildiği cihetle mezkur maddeler hükmü yalnız hakimlerin davaya bakamayacağı ve re’ye iştirak edemeyeceği hallere maksur olup yoksa bir davada hakimlik vazifelerinden birim yapmış olan kimsenin o davanın sonraki safha ve derecelerinde müddeiumumilik yapmasına mani olmamasına göre sorgu hakimine vekalet etmiş olan mahkeme başkâtibinin aynı davada müddeiumumi vekilliğinde bulunmasına kanuni bir mani olmadığına söz birliği ile karar verildi” (Yargıtay, İBKG, T. 04.12.1935, E. 1935/122, K. 1935/23, Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>93</sup> ROXIN / SCHÜNEMANN, s. 59; ÜNVER / HAKERİ, s. 374; İÇEL, s. 30; CENTEL, s. 208; KANBUR, s. 68; kimi ülkeler savcılar bakımından da ret sebeplerini kanunlarında düzenlemişlerdir. Örneğin Avusturya StPO adli kolluk ve savcı bakımından tarafsızlığı şüpheye düşürecek bir neden olması ya da bu organların kendilerinin ya da §72’de sayılan yakınlarının şüpheli, sanık, şahsi davacı, suçtan zarar gören, katılan, vekil ya da evlilik ilişkisi bulunması durumunda tarafsızlıklarının şüpheye düşeceğini belirtmektedir. Bu hususta bu organların üstleri tarafından davaya katılıp katılmayacaklarına ilişkin bir karar verilmesi gerekmektedir. ([https://www.legislationline.org/download/id/8549/file/Austria\\_CPC\\_1975\\_am122019\\_de.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8549/file/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf) E.T.: 08.10.2020); ayrıca bkz. BERTEL, Christian / VENIER, Andreas: *Strafprozessrecht*, 3. Bası, MANZ, Wien, 2009; Küba ceza muhakemesi kanununda savcının çekinmesi, Macar ceza hukukunda ise savcının yasaklanmasına karar verilmesini gerektiren durumlar düzenlenmiştir. Bkz. CENTEL, Nur: “Adil Yargılama Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma”, *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 196; Rus Ceza Muhakemesi Kanunu m. 161 hâkimler, savcılar ve diğer soruşturma görevlileri bakımından belirli yasaklılık halleri öngörmüştür. Buna göre savcı suçun mağduru, şahsi davacısı, savunma tarafı (yani sanık) ya da tanık ise; davaya jüri üyesi, uzman, bilirkişi, tercüman, işlem tanığı, zabıt kâatibi, müdafî, şüphelinin kanuni temsilcisi, davalı, vekil sıfatıyla iştirak etmiş ya da ceza davasının taraflarından birinin yakın akrabası ya da bir bağı olan bir kişiye yargılamadan yasaklıdır Ayrıca kişisel, doğrudan ya da dolaylı olarak somut yargılamanın sonucu ile ilgili olduklarına dair bir diğer neden olması halinde de yargılamaya katılamazlar m. 166 uyarınca buna ilişkin karar savcının üstleri tarafından verilecektir. Bkz. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru065en.pdf> (E.T.: 08.10.2020); bunun yanında Alman hukukunda federal bir düzenleme olmamakla birlikte, Niedersachsen, Berlin ve Baden-Württemberg eyaletlerinde için de hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlere benzer biçimdeki nedenlerin varlığı durumunda savcıların somut yargılamada görevden yasaklanması söz konusu olmaktadır. Bkz.: BROCKE, Holger: *MiKoStPO*, 1. Aufl, C.H. Beck,

haller söz konusu olabilir. Bu durumlarda savcılarının kendilerinden işten el çekmesi ya da idari bir yola başvurmak -başsavcılık tarafından değiştirilmesini talep etmek gibi- her zaman için işleyebilecek yollar değildir. Bu hallerde, iddia görevini yapmasına engel olan sebebin önem derecesine göre, savcılarının reddi, yasaklılığı yahut çekinmesi imkânlarının tanınması gerekmektedir.<sup>94</sup> Dolayısıyla savcının “objektifliğini” sağlama bakımından yasaklılığına ilişkin bir düzenlemenin bulunmayışı eksiklik olarak nitelendirilmektedir.<sup>95</sup> Nitekim sanık veya mağdurla evlilik ya da akrabalık ilişkisi olan savcının, iddia faaliyetini gereği gibi yürütemeyeceği, ayrıca sanıkla arasında yakınlık olan savcı bakımından iddia faaliyetinin yürütülmesi zorunlu olduğunda bu durumun AY m. 38/5’te düzenlenen “*kimsenin yakınlığını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamayacağı*”na ilişkin ilkeye de aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir.<sup>96</sup> Bunun yanında savcılarının yasaklılığı veya reddinin kabul edilmesi bakımından şüphelinin lehine ve aleyhine delil toplama yükümlülüğünde olmaları da bir gerekçe olarak öne sürülmektedir.<sup>97</sup> Zira bu düzenlemeye göre “*Savcılık sadece isnada yarayan halleri değil, aynı zamanda isnadın ortadan kalkmasına hizmet eden halleri de araştırır.*”. Ancak söz konusu bu görüş, bu düzenlemenin savcının fiili olarak objektif olmadığını durumlara hasredildiğini dolayısıyla objektifliğini sağlayamama tehlikesini kapsamadığı bakımından eleştirilmektedir.<sup>98</sup> Dolayısıyla savcılar için de ret, yasaklılık ve çekinme kurumları düzenlenmelidir.<sup>99</sup>

Savcılarının da ret veya çekinmesinin gerektiğini savunanlar tarafından ilk olarak hâkimlerin reddine ilişkin düzenlemelerin kıyas yoluyla savcılar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır.<sup>100</sup> Ancak bu konuda kıyas yapılması mümkün değildir. Zira kanun koyucu bu konuda bilinçli bir boşluk bırakmıştır.<sup>101</sup> Ancak bir görüş hâkimler muhakemede yalnızca “gören göz” olarak görev yapmadığı ve adil bir yargılamayı temin etmekle yükümlü olduğu için sanığın ve şüphelinin hâkimlere ilişkin ret sebeplerine dayanarak savcılığı reddetmesinin kabul edilmesi gerektiğini ve bunun hâkimler tarafından incelenmesi gereken bir husus olduğunu iddia eder.<sup>102</sup> Ancak Alman hukukundaki baskın görüşe göre StPO § 22’de hâkimler için öngörülen ret ve çekinme sebeplerinin savcılar hakkında uy-

München, 2018, GVG § 145 Rn. 8; bunun yanında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı nezdinde görev yapan savcılar bakımından çekinme kurumunun düzenlendiği görülmektedir. Buna göre kendisine taraflardan birisinin temsilcisi, danışmanı ya da avukatı sıfatıyla başvuru- lan ya da bir mahkeme üyesi, soruşturma komisyonu üyesi sıfatıyla veya her türlü bir başka görev ile bu konuda açıklamada bulunmaya çağrılan savcı o davanın yargılamasına katılamayacaktır. Bunlar bir çekinme sebebidir. Savcının tarafsızlığını şüpheye düşürecek özel bir sebep olması durumunda ise savcı bu konuda Divan Başkanı’na bilgi verebilir ya da Divan Başkanı böyle özel bir sebebin olduğunu düşünüyorsa savcının görev yapmayacağı hususunu kendisine bildirebilir. Ancak bu savcılar için ret sebepleri öngörülmemiştir. ARIKAN, Mustafa İberya: *Avrupa Birliği Yargı Düzeninde Savcılık Kurumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 80; Avrupa Birliği Adalet Divanı nezdinde görev yapan ve savcı olarak nitelendirilen kişilerin görevi Ceza Muhakemesinde görev yapan savcılardan farklılık arz etmektedir. Bunlar Divan’ın önüne gelen uyumsuzlukla ilgili olarak sözlü aşamanın sonunda ve kamuya açık bir oturumda Topluluk hukukuna uygun çözümler içeren gerekçeli bir görüş sunmaktır. Bu anlamda bu savcılar Türk Hukuku göz önünde bulundurulduğunda Danıştay Savcıları ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıları ile benzer bir konuma sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARIKAN, s. 69 vd.

<sup>94</sup> KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s. 333.

<sup>95</sup> MAHMUTOĞLU / DURSUN, s. 48, dn. 43; ancak savcının hâkimle eşit konumda olmaması gerektiği, yalnızca adil yargılamaya katkı sunacağı göz önünde bulundurulması gerekir. ÜNVER / HAKERİ, s. 374.

<sup>96</sup> MAHMUTOĞLU / DURSUN, s. 48, dn. 43.

<sup>97</sup> ARLOTH, s. 208.

<sup>98</sup> ARLOTH, s. 208.

<sup>99</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 136; CENTEL / ZAFER, s. 133; CENTEL, s. 207; ÜNVER / HAKERİ, s. 374.

<sup>100</sup> CENTEL / ZAFER, s. 133; aynı tartışma Alman savcılar için bir ret veya çekinme kurumunun düzenlenmediği Alman hukukunda da yapılmaktadır. Hâkimler için getirilen ret sebeplerinin kıyasen savcılar bakımından da uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir kararda, bunların ikisinin görevlerinin farklı olduğundan yola çıkan Alman Frankfurt Bölge Mahkemesi, bu kuralların hâkimlerle aynı olmadığını ve dolayısıyla kıyas yapılamayacağını belirtmiştir OLG Frankfurt, resolution 10.11.1998, 3 VAs 37/98; NSfZ-RR 1999; ayrıca bkz. BVerfG 16.4.1969-2 BvR 115/69; BGH 25.9.1979-1 StR 702/78; SCHEUTEN, Frauke-Katrin: “Vorbemerkungen zu 22 bis 31”, (Ed.) HANNICH, Rolf: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Basi, C.H.Beck, München, 2019, Rn. 1; CIRENER, Gabriele: *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, 37. Baskı, C.H.Beck, München, 2020, Rn. 34; SIOLEK, Wolfgang: Vor § 22, *Löwe-Rosenberg StPO*, 26. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2006, Rn. 13; ayrıca bkz.: BROCKE, Rn. 8.

<sup>101</sup> CENTEL / ZAFER, s. 133.

<sup>102</sup> ARLOTH, s. 210; nitekim OLG Hamm sanık tarafından savcının tarafsızlığının denetiminin mahkemece yapılması talebini reddetmiştir. Bkz. OLG Hamm, Beschluß vom 24.10.1968, 1 VAs 142/68, NJW, 1969, s. 808; buna karşılık hâkimin ret sebeplerine dayanılarak savcılarının da reddi istenebileceği ancak bunun hâkimler tarafından değil, işlemlere dâhil olan taraflardan birinin talebine binaen ya da bir üst makam tarafından re ‘sen yapılabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla hâkimin reddinin gerektiği durumlarda savcının değiştirilmesi mümkündür. SCHEUTEN, Rn. 2; CIRENER, Rn. 36.1; SIOLEK, Rn. 9.

gulanma imkânı bulunmamaktadır.<sup>103</sup> Dolayısıyla muhakemenin diğer sùjelerinin savcının reddini talep etme imkânları yoktur. Ancak elbette ki savcılarının görevi adil bir şekilde yürütme yükümlülüğü altındadır.<sup>104</sup> Bu ise belirli koşulların varlığı durumunda savcının soruşturmaya katılmamasını gerektirir. Bu koşullar hâkimlerin reddi ve çekinmesine ilişkin kurallar referans alınarak belirlenebilirse de burada hâkim ve savcılarının ifa ettikleri görevlerin farklı olduğu göz önünde bulundurularak savcılar için bu koşulların farklılık arz edeceği söylenebilir.<sup>105</sup> Örneğin savcılar StPO §22 1 ve 3'te yer aldığı şekilde taraflarla bir yakınlık ilişkisi içinde ise ya da somut olayda kendisi fail ya da mağdur ise, ya da mağdurun aynı davada daha önce avukatlığını veya şüphelinin müdafiliğini üstlenmişse, bu olgu veya önceki eylemler, savcının daha önce bir başka tarafta olması olarak nitelendirileceğinden, artık savcının söz konusu somut olay bağlamında tarafsız ve objektif olamayacağına işaret etmektedir. Kendisinin tanık veya bilirkişi olduğu bir davada ise, kendi açıklamalarının değerlendirmesini ve güvenilirliğini tartışacak ve değerlendirecek olan yine savcının kendisi olacağından<sup>106</sup> savcılarının reddi istenebilecektir. Bunun yanında savcının aynı zamanda davada tanık olduğu durumlarda katılımının beyanından ayrılmayan ve ayrı bir değerlendirmeye açık olmayan bir hususla ilgisi varsa savcının reddi bu durumlarda da mümkün görülmelidir.<sup>107</sup> Bu çerçevede savcılar bakımından ayrı ret ve çekinme sebepleri düzenlenmesi gerekmektedir.<sup>108</sup> Ancak bu sebeplerin hâkimlerin ret ve çekinme sebeplerinden farklılık arz etmesi zorunludur.<sup>109</sup>

Kanaatimizce savcılar bakımından herhangi bir yasaklılık ya da çekinme sebebinin öngörülmemiş olması bir eksiklik teşkil etmemektedir. Ceza muhakemesi sistemimizde başsavcılığa başvurmak suretiyle görevini objektif olarak yerine getirmeyen savcının değiştirilmesi her zaman için talep edilebilir. Ancak burada objektifliğin hangi kurallar göz önünde bulundurularak denetleneceği meselesi önem arz etmektedir. Bu noktada savcılar için bir ret ya da çekinme sebebi öngörülmediğinden CMK'da hâkimler için öngörülen sebeplerin kıyas yoluyla savcılara "çekinmeleri" ya da "retleri" bakımından uygulanabilir olup olmadığı meselesi üzerinde durulmalıdır. Burada çekinme ve ret kurumlarının savcılar için öngörülmemiş olması karşısında, hâkimler için öngörülen hallerin savcılar açısından ortaya çıkması durumunda hukuki olarak bir ret ya da çekinme işlemi yapılması mümkün olmaz. Ancak söz konusu hallerin, savcılarının niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, başsavcılığa yapılan başvuruda göz önünde bulundurulmaması için bir neden yoktur. Bu durumda hâkimler için öngörülen ret ve çekinme sebeplerine ilişkin "hukuk politikası" göz önünde bulundurularak bir çözüme ulaşılabilir.<sup>110</sup> Aynı şekilde savcılar da iddia görevlerini yerine getiremeyecekleri kanaatinde olduklarında hâkimlerin ret ve

<sup>103</sup> BROCKE, Rn. 8; SCHEUTEN, Rn. 1; CIRENER, Rn. 34; ayrıca tarafsızlığından şüphe duyulan bir savcının o yargılamada görev yapması da mutlak bir bozma sebebi olarak görülemez. JOOS, Bernhard: "Ablehnung des Staatsanwalts wegen Befangenheit?", *NJW*, 1981, s. 100; nitekim savcının görevi de göz önüne alındığında, onun objektif davranmaması, hâkimlerin aksine, taraflı ve hatalı bir hükmün verilmesine sebep olma riskini daha az taşır. Ancak elbette ki çıkar uyumsuzluğunda, değiştirilmesini talep hakkı tanındığından idari usulle bunun çözümlenmesi her zaman için sağlanabilmektedir. Bkz. BGH 25.9.1979-1 StR 702/78; bununla birlikte bir görüş GVG 145'in şüpheliye savcının değiştirilmesine ilişkin subjektif bir talep hakkı tanıdığı savunmaktadır. Nitekim amirlerin taraflı bir memuru tarafsız bir başkası ile değiştirme görevi bulunmaktadır. Bu durumda da haklarında taraflı bir karar verilmesi tehlikesi olan vatandaşlar bulunmaktadır. O zaman bu görev doğrudan onların haklarını ilgilendirmektedir. Ancak bu düzenlemenin savcılığın iç işleyişine ilişkin olduğu, dolayısıyla bir çekinme hakkının tanındığından bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. SIOLEK, Rn. 8; ARLOTH, s. 209; ancak söz konusu bu hüküm savcılarının objektifliğini yitirmesi durumu anayasal güvence altına alınan adil yargılama hakkının ihlali açısından tartışılabilir. Ancak savcılar bakımından bunun adil yargılama hakkının ihlali bağlamında değerlendirilmesi için savcının remi görevlerini ihlali tek başına bir gerekçe oluşturmaz. Bu ihlalin ciddi ve kalıcı olması gerekmektedir. BROCKE, Rn. 9.

<sup>104</sup> SCHEUTEN, Rn. 1; CIRENER, Rn. 34.1.

<sup>105</sup> SCHEUTEN, Rn. 1; CIRENER, Rn. 36; bu sebeplerin hepsinin savcılar bakımından uygulanamıyor olması aslında savcılarının hâkimlere nazaran biraz daha taraflı olduklarına işaret etmektedir. CIRENER, Rn. 36; Buna göre hâkimlerin çekinmesini gerektiren sebeplerin bulunduğu bir savcının yargılamaya katılması durumunda bunun bir yargılama hatası olarak nitelendirilmesi gerekir. CIRENER, Rn. 34; bu yargılama hatası ise, hüküm ancak bu hataya dayanıyorsa, kesin olmayan bir temyiz nedeni oluşturmaktadır. CIRENER, Rn. 35.

<sup>106</sup> SCHEUTEN, Rn. 2; SIOLEK, Rn. 15; ayrıca bkz. CENTEL, s. 208-209; savcının savcılık görevi yaptığı davada aynı zamanda tanık olarak dinlenmesi bir temyiz nedeni olarak görüldü. ARLOTH, s. 207; burada esasen savcının değil tanığın beyanının objektif olup olmadığı bir değerlendirme meselesi yapılmıştır. BEULKE, Rn. 95.

<sup>107</sup> SCHEUTEN, Rn. 3.

<sup>108</sup> CENTEL / ZAFER, s. 133.

<sup>109</sup> CENTEL / ZAFER, s. 133.

<sup>110</sup> BEULKE, Rn. 93.

çekinme sebeplerine dayalı olarak görevi üstlenmekten imtina edebilir ve konuyla ilgili başsavcılığın bir görevlendirme yapmasını talep edebilirler. Nitekim savcılığın birliği ilkesi gereğince böyle bir değişimin yapılması hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında her zaman için mümkündür. Bu çerçevede savcılar için ayrı bir ret ya da çekinme kurumu öngörülmesine gerek bulunmamaktadır.

## SONUÇ

Ceza muhakemesi hukukunda önemli bir görev yerine getiren savcılarının hukuki statüleri ve bu bağlamda haklarında ret veya çekinme sebeplerinin öngörülüp öngörülmemesi gerektiği uzun yıllardır tartışılmaktadır. Bazı ülke kanunlarında savcılarının yürütme ve yasama yargı içindeki yerleri açık olarak belirlenmişken Türk hukuku bakımından buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu değerlendirmenin erkler ayrılığı ilkesi göz önüne alınarak yapılması gerekir. Dolayısıyla savcılarının yürütmenin bir parçasını teşkil ettikleri kabul edilmelidir. Diğer yandan savcılarının muhakemede taraf olup olmadığı meselesi de hukuki statülerine bağlı olarak tartışmalı bir mesele olarak kalmıştır. Bu sorun, ceza muhakemesinde taraf olma kavramı ile objektif davranma yükümlüğü kavramlarının birbirinden ayrı değerlendirilmesi suretiyle çözülebilir. Nitekim hem CMK'da yer alan ve yukarıda işaret ettiğimiz hükümler hem de ceza muhakemesinin yapısı savcının bir taraf olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. Ancak bir taraf olarak kabul edilen savcının objektif davranma yükümlülüğü altında olduğu hususu reddedilemez. Nitekim savcılar iddia faaliyetini yerine getirirken ancak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adil bir yargılama amaçlarına hizmet ederek sanığın da haklarını koruma yükümlülüğü altındadırlar. Objektif davranma yükümlülüğü kabul edildiğinde ise bunu sağlamanın savcılar bakımından da, hâkimlere benzer biçimde, ret ve çekinme kurumu ihdas edilmesi suretiyle mi olacağı sorusu cevaplandırılmalıdır. Yargılama, iddia ve savunmadan teşekkül eden ceza muhakemesinde bir ikinci "yargılama" makamı ihdas edilmesi tehlikesinden kaçınmak için savcılarının yerine getirdikleri görevin niteliği itibarıyla çekinme ve ret kurumlarının hâkimlere benzer şekilde düzenlenmemesi gerekir. Objektif olma yükümlülüklerinin sağlanması noktasında, hâkimler için öngörülen ret ve çekinme sebeplerinin savcılar hakkında başvurularak idari yollarda göz önünde bulundurulması en isabetli yol olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- ARIKAN, Mustafa İberyâ: *Avrupa Birliği Yargı Düzeninde Savcılık Kurumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ARLOTH, Frank: “Zur Ausschließung und Ablehnung des Staatsanwalts”, *NJW*, 1983, s. 207-210.
- BAYRAKTAR, Köksal: “Bir Adli Organ Olarak Savcılık”, *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 339-344.
- BERTEL, Christian / VENIER, Andreas: *Strafprozessrecht*, 3. Bası, MANZ, Wien, 2009.
- BEULKE, Werner: *Strafprozessrecht*, 10. Bası, C.F. Müller, Heidelberg, 2008.
- BROCKE, Holger: *MüKoStPO*, 1. Aufl, C.H. Beck, München, 2018.
- CAIANIELLO, Michele: “The Italian Public Prosecutor: An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings”, (Ed.) LUNA, Erik / WADE, Marianne L.: *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, s. 250-267.
- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- CENDEL, Nur: “Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma”, *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 186-219.
- CENDEL, Nur: “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, *Prof. Dr. Çetin Özek’e Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 199-210.
- CIRENER, Gabriele: *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, 37. Baskı, C.H.Beck, München, 2020.
- ÇİFTÇİOğLU, Cengiz Topel: *Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- EREM, Faruk: *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yayıncılık, Ankara, 1986.
- ERGÜL, Teoman: “Teminat Açısından Cumhuriyet Savcılığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1969, Sayı 6, s. 1068-1074.
- ERMAN, Sahir: *Askeri Ceza Hukuku*, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.
- GILLIERON, Gwladys: *Public Prosecutors in the United States and Europe*, Springer, Switzerland, 2014.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- İÇEL, Kayıhan: “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları ‘Budapeşte İlkeleri’ Işığında ‘Savcıyı Ret Sorunu’”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2008, Cilt 7, Sayı 14, s. 25-33.
- JOOS, Bernhard: “Ablehnung des Staatsanwalts wegen Befangenheit?”, *NJW*, 1981, s. 100-102.
- KANBUR, Mehmet Nihat: “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısının Tarafsızlığı ve Reddi Sorunu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 19, s. 38-108.
- KARAKEHYA, Hakan / ARABACI, Murat: “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 2059-2081.
- KARTAL, Melik: *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- KATOğLU, Tuğrul: “Savcılık Üzerine Düşünceler”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, 1995, Cilt 19, Sayı 177, s. 21-29.
- KELKER, Brigitte: “Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren”, *ZStW*, 2006, Band 118, Heft 2, s. 389-426.
- KEYMAN, Selahattin: *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- KÜHNE, Hans Heiner: *Strafprozessrecht*, 7. Bası, C.F.Müller, Heidelberg, 2007.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / DURSUN, Selman: *Türk Hukuku'nda Müdafin Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- MERAKLI, Serkan: *Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- MOSTELLER, Robert: "Failures of the Prosecutor's Duty to do Justice in Extraordinary and Ordinary Miscarriages of Justice", (Ed.) LUNA, Erik / WADE, Marianne L.: *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, s. 408-444.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri: "Bir Adli Organ Olarak Savcılık", *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, TBB Yayınları, Ankara, 2006, s. 150-160.
- ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 29. Bası, C.H.Beck, München, 2017.
- SALDIRIM, Mustafa: *Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- SCHEUTEN, Frauke-Katrin: "Vorbemerkungen zu 22 bis 31", (Ed.) HANNICH, Rolf: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Bası, C.H.Beck, München, 2019.
- SIOLEK, Wolfgang: *Vor § 22, Löwe-Rosenberg StPO*, 26. Bası, De Gruyter, Berlin, 2006.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ŞIK, Hüseyin: *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- TAK, Peter J. P.: "The Dutch Prosecutor: A prosecuting and Sentencing Officer", (Ed.) LUNA, Erik / WADE, Marianne L.: *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, s. 135- 155.
- TANER, Fahri Gökçen: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- TOSUN, Öztekin: *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I*, 4. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt I*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- WEIGEND, Thomas: "A Judge by Another Name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor", (Ed.) LUNA, Erik / WADE, Marianne L.: *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2012, s. 377-391.
- YURTCAN, Erdener: *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Bası, Seçkin, 2019.
- YURTCAN, Erdener: *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ZAFER, Hamide: "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcıların Hukuki Statüsü", (Ed.) CENTEL, Nur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 1-26.





## Anayasa Mahkemesi Tarafından Siyasi Partilerin Dağılma Durumunun Tespit Edilmesi<sup>(\*)</sup>

*Detection of the Dissolution Status of Political Parties by the Constitutional Court*

**Fatih GÜLER**  

Öğretim Görevlisi, Doktor

Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Çan Meslek Yüksekokulu  
Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Bölümü

### Anahtar Kelimeler

*Siyasi Parti,  
Dağılma Durumu,  
Medeni Kanun,  
Anayasa Mahkemesi,  
Yargıtay Cumhuriyet  
Başsavcılığı.*

### Öz

Siyasi partilerin tüzel kişiliğini sonlandıran hallerden bir tanesi dağılma durumunun tespit edilmesidir. Siyasi partilerin dağılma durumu ile ilgili Siyasi Partiler Kanunu'nda düzenleme yer almadığından Dernekler Kanunu ve Medeni Kanun hükümleri uygulanmaktadır. Çalışmada Anayasa Mahkemesinin içtihatları ışığında siyasi partilerin dağılma durumunun tespit edilmesi teorik ve pratik çerçevede ele alınmıştır. Siyasi Partiler Kanunu'nun siyasi partilerle ilgili birçok konuyu oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesine rağmen, Kanun'da dağılma durumunun tespit edilmesine hangi hallerde karar verileceği ve hangi yargı merciinin bununla görevli olacağına ilişkin esas ve usuller bakımından eksiklik olduğuna işaret edilmiştir. Siyasi Partiler Kanunu reformunun gündemde olduğu bir süreçte bu konuya dikkat çekilmesinin faydalı olacağı düşüncesi çalışmanın hareket noktasını oluşturmuştur.

### Keywords

*Political Party,  
Dissolution Status,  
Civil Law,  
Constitutional Court,  
General Prosecution  
Office of the Court of  
Cassation.*

### Abstract

One of the conditions that terminates the legal personality of political parties is the detection of dissolution. Since there is no regulation in the Political Parties Law regarding the detection of dissolution of political parties, the provisions of the Associations Law and the Civil Law are applied. In the study, the detection of dissolution of political parties is discussed in the light of the of the Constitutional Court decisions and in a theoretical and practical framework. Although many issues related to political parties are regulated in a very detailed way in the Law on Political Parties, it has been pointed out that there is a deficiency in the Law in terms of the principles and procedures regarding the circumstances in which the determination of the dispersal situation will be decided and which judicial authority will be responsible for it. The starting point of the study was the idea that it would be beneficial to draw attention to this issue in a period when the reform of the Political Parties Law is on the agenda.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 03.04.2021, Kabul Tarihi: 16.06.2021.

## GİRİŞ

Siyasi partiler kurulurlar, faaliyetlerine devam ederler ve nihayetinde kişiliklerinin sona ermesi ile karşı karşıya gelirler. Siyasi partilerin kurulmaları ve faaliyetlerine devam etmeleri kendi iradi davranışları ile olmasına rağmen tüzel kişiliklerinin sona ermesi her zaman kendi iradeleriyle olmayabilir. Siyasi partilerin kendi iradeleri dışında tüzel kişiliğini sonlandıran hallerden bir tanesi dağılma durumlarının yargı organlarınınca tespit edilmesidir.

Siyasi partilerin dağılma durumlarının tespit edilmesi karşılaştırmalı hukuk verileri ile uyumludur. Avrupa Konseyinin danışma organı olan Venedik Komisyonu, 84. Genel Kurulunda “Siyasi Parti Düzenlemelerine İlişkin Kılavuz İlkelerinde” siyasi partilere fiilleri ile orantılı alternatif yaptırımların adil bir yargılama neticesinde uygulanabileceğini kabul etmiştir.<sup>1</sup>

Siyasi partilerin belirli eylemsizlik halleri sonrası ortaya çıkan hukuki durumlarının yargı organları tarafından tespiti ile ilgili gerek doktrinde gerek mevzuatta kavramsal bir birliktelik söz konusu değildir. Bu kavram Medeni Kanun’da “kendiliğinden sona erme”, Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarında “kendiliğinden dağılma hali ve buna bağlı olarak hukuki varlığının sona ermesi”, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da “dağılma durumu” olarak ifade edilmiştir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesinin tarihsel olarak bu konuyla ilgili verdiği ilk karar olan 1983 tarihli Yüce Görev Partisi kararında da “dağılma durumu” ifadesi kullanılmıştır. Medeni Kanun’da yer alan kendiliğinden sona erme tüzel kişiler açısından öngörülen genel bir kavramdır. Anayasa Mahkemesinin kavramsallaştırması ise içtihadi niteliktedir. Siyasi partilerin belirli eylemsizlik halleri sonrası ortaya çıkan hukuki durumlarının tespiti ile ilgili özellikli tek düzenleme Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da yer alması sebebiyle Kanun’un “dağılma durumu” kavramsallaştırmasının temel alınmasının daha doğru olacağı değerlendirilmiştir.

Siyasi partilerin hukuki varlığını sona erdiren olaylardan olan kapatılma akademik olarak oldukça ilgi görmesine ve birçok çalışmaya konu olmasına rağmen siyasi partilerin dağılma durumunun tespiti konusu akademik olarak ilgi görmemiş ve çalışmalara pek konu olmamıştır.<sup>2</sup> Bunun altında yatan temel sebebin dağılma durumu tespitine konu olan siyasi partilerin kamuoyunda tanınırlığının nispeten düşük olması olduğu söylenebilir.

Çalışmada siyasi partilerin dağılma durumu ele alındıktan sonra Anayasa Mahkemesinin dağılma durumu ile ilgili verdiği kararlardan yola çıkarak genel bir çerçeve çizilmesi hedeflenmiştir. Çalışmada siyasi partilerin genel merkez, il ve ilçe teşkilatlarının tamamını kapsayan tek bir tüzel kişiliğe sahip olduğu kabulünden hareketle bu tüzel kişiliğin dağılma durumu ele alınmış olup il ve ilçe teşkilatlarının dağılma durumunun tespiti çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.<sup>3</sup>

## I. SİYASİ PARTİ TÜZEL KİŞİLİĞİNİN SONA ERMESİ

Uluslararası hukuk alanında dernek olarak kabul edilen siyasi partiler<sup>4</sup> kişi topluluğu niteliğinde özel hukuk tüzel kişisidirler.<sup>5</sup> AYM de benzer bir yaklaşımla siyasi partilerin kamu tüzel kişisi olma-

<sup>1</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission): *Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010)*, 2010, s. 45.

<sup>2</sup> ÖDEN, Melih: *Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 13.

<sup>3</sup> İl ve ilçe teşkilatların dağılma durumunun tespiti konusu için bkz. GÜLER, Fatih: *Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s. 68-75.

<sup>4</sup> ŞAHİN, Adil: “İnsan Hakları Hukukunda Siyasal Parti Özgürlüğü ya da AIHM’in 30 Haziran 2009 Tarihli Batasuna Kararını Yeniden Düşünmek”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 65, Sayı 1, s. 140.

<sup>5</sup> GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 419.

dığına hükmetmiştir.<sup>6</sup> Bu çerçevede siyasi partilerin tüzel kişiliğinin sona ermesinde esasen özel hukuk tüzel kişileri için öngörülen kuralların temel alınması gerekliliği ifade edilmelidir.

Siyasi partilerin tüzel kişiliğinin sona ermesinin dört temel şekli bulunmaktadır. Bunlar; kapanma, kapatılma, başka bir siyasi partiyle birleşme ve dağılma durumunun tespitidir. Özel hukuk tüzel kişileri, kural olarak kendilerini kuran gerçek kişilerin serbest iradeleriyle kurulurlar ve yine onların iradeleriyle sona erdirilirler.<sup>7</sup> Siyasi partilerin kapanması ve başka bir siyasi partiyle birleşmesi siyasi partilerin kendi yetkili kurullarının aldığı iradi kararlar marifetiyle olmasına rağmen kapatılma ve dağılma durumunun tespiti siyasi partinin iradesi dışında yargı organlarınca verilen kararlar eliyle gerçekleşir.

Demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsuru olan siyasi partilerin esasen kendi yetkili organlarının aldığı kararlar ile faaliyetlerine sona erdirmelerinin anayasal değerleri ile daha uyumlu olduğu söylenebilir. Fakat siyasi parti tüzel kişiliğine sahip olmanın sağladığı hak ve yetkileri haiz tüzel kişiliklerin bu kurumun ciddiyeti ile mütenasip asgari sorumlulukları yerine getirmeleri konusunda yargısal tedbirlerin alınması ve hukuki bir takım düzenlemelerin yapılması gerekli ve önemlidir.<sup>8</sup> Bu düzenlemelerin esasen temel amacı var olan demokratik siyasal hayatının devamının sağlanmasıdır. Bu eğilimin en ağır yaptırımını ise siyasi partilerin kapatılmasıdır.<sup>9</sup> Diğeri ise dağılma durumunun tespitidir.

### A. Kapanma (Fesih)

Siyasi partilerin kendi iradeleriyle faaliyetlerine son verdiği hallerden birisi kapanma (fesih) olarak ifade edilebilir. Fesih, yetkili organın Kanun ve Tüzük'e uygun aldığı kararla tüzel kişiliğinin sona erdirilmesi olarak tanımlanabilir.<sup>10</sup> Siyasi partilerin yetkili organları gördükleri lüzum üzerine serbestçe kapanmalarına karar verebilirler.

Bir siyasi partinin kapanmasına yani kendini feshetmesine partinin en yüksek karar organı olan büyük kongresinde parti tüzüğünde belirtilen toplanma yeter sayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla karar verilebilir. Siyasi partinin tüzel kişiliği büyük kongrenin kapanma kararını aldığı tarihte sona erer. Kapanma kararları, hükümetin devamlı gözetim ve denetimi altında, büyük kongrenin görevlendireceği bir tasfiye kurulu eliyle uygulanır.

### B. Başka Bir Siyasi Partiyle Birleşme (İltihak)

Esasen başka bir siyasi partiyle birleşme siyasi partinin kendini feshinin özel bir halidir. Fesih ile iltihakın sadece amaçları farklıdır.<sup>11</sup> Bu doğrultuda da bir siyasi partinin başka bir siyasi partiyle birleşmesine partinin en yüksek karar organı olan büyük kongresinde karar verilebilir. Siyasi partinin başka bir siyasi partiyle birleşmesi ile siyasi partinin tüzel kişiliği sona erer.<sup>12</sup>

Bir siyasi partinin başka bir siyasi partiyle birleşmesine ve böylece hukuki varlığı sona erecek partinin mallarının tasfiye veya intikal şekline partinin büyük kongresince karar verilebilir. Başka bir siyasi partiyle birleşen bir siyasi partinin malları, büyük kongre toplanma yeter sayısının salt çoğunluğunun oyu ile alacağı bir karar üzerine birleşeceği partiye, ilgili partinin de kabul etmesi şartıyla, devredilebilir.

<sup>6</sup> ORMANOĞLU, H. Derya: "Türkiye'de Seçim Barajı Uygulamasının Temsilde Adalet İlkesine Etkisi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 6, Sayı 2, s. 397-398.

<sup>7</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kistasları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı 7, s. 376.

<sup>8</sup> GÜLER, Fatih: "Anayasa Mahkemesi Tarafından Siyasi Partilerin Mali Denetim Sonucunda İçtihadı Olarak Oluşturulan Yeni Bir Karar Türü: Kabul Edilmesinin Mümkün Olmaması", *Toplum, Ekonomi ve Yönetim Dergisi*, 2021, Cilt 2, Sayı 1, s. 45.

<sup>9</sup> GÜLER, Fatih: "1982 Anayasası Döneminde Açılan Siyasi Parti Kapatma Davalarında Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal Tutumları Üzerine Ampirik Bir Araştırma", *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPIR)*, 2021, Cilt 7, Sayı 1, s. 193.

<sup>10</sup> AKÇAAL, Mehmet: "Derneğin Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 1, s. 74.

<sup>11</sup> MEHTER, Hamdi: *Siyasi Partilerin Mali İşlemleri ve Denetimleri*, Genişletilmiş 2. Baskı, TÜRMÖB Yayınları-344, Ankara, 2008, s. 128.

<sup>12</sup> ÖZCAN Hüseyin / YANIK Murat: *Siyasi Partiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Der Yayınları, 2011, s. 139.

### C. Kapatılma

Siyasi partilerin kapatılması, uluslararası alanda son on yılda siyasi partiler hukuku reformunun aktif bir alanı olmuştur.<sup>13</sup> Benzer şekilde Türkiye’de teori ve pratikte üzerinde en çok araştırılan ve tartışılan konulardan bir tanesi siyasi partilerin kapatılması olmuştur. Gerçekten de siyasi partiler hukuku alanında tamamlanan lisansüstü tezlerin, monografilerin ve makalelerinin büyük bir çoğunluğunun siyasi partilerin kapatılması ile ilgili olduğu görülmektedir.

Siyasi partilerin Anayasa’ya aykırı eylemleri sebebiyle temelli kapatılmaları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın talebi üzerine AYM tarafından karara bağlanır. Siyasi partilerin kapatılması üç sebeple söz konusu olmaktadır: Birincisi siyasi partilerin tüzük ve programlarının Anayasa’ya aykırılığı, ikincisi siyasi partilerin eylemleri ile Anayasa’ya aykırılığı sebebiyle odak haline gelmesi, üçüncüsü de siyasi partilerin yabancı unsurlardan maddi yardım almasıdır. Siyasi partilerin kapatılması ile siyasi partilerin tüzel kişilikleri sona erer.<sup>14</sup>

### D. Dağılma Durumunun Tespiti (İnfisah)

Kanun’da yer alan sebeplerin gerçekleşmesiyle herhangi bir işleme gerek kalmaksızın tüzel kişiliğin kendiliğinden sona ermesi<sup>15</sup> olarak tanımlanabilen infisah gerçekleşme anından itibaren ileriye yöneliktir.<sup>16</sup> Dağılma durumunun tespiti durumun belirlenmesine yönelik olup kurucu nitelikte değildir.<sup>17</sup> Dağılma durumunun tespiti, siyasi partinin artık faaliyette bulunmasına gerek kalmadığını ya da faaliyet göstermekte yetersiz olduğunu yansıtır.<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesinin dağılma durumunun tespitine yönelik kararı ile siyasi partinin tüzel kişiliği sona erer.<sup>19</sup>

Siyasi Partiler Kanunu’nun kapsamını açıklayan ikinci maddesinde kanunun kapatılma ve kapanma ile ilgili hükümleri kapsadığı ifade edilmiş, bu konular kanunda açıkça ve ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Buna rağmen Siyasi Partiler Kanunu’nun kapsamını açıklayan ikinci maddesinde siyasi partilerin dağılma durumu ifade edilmemiş, Siyasi Partiler Kanunu’nda da bu konuyla ilgili bir düzenleme yer almamıştır.

Siyasî Partiler Kanunu’nun 121. maddesinin birinci fıkrasında “*Türk Kanunu Medenîsi ile Dernekler Kanunu’nun ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri, siyasî partiler hakkında da uygulanır.*” denilmektedir. 1630 sayılı<sup>20</sup> ve 2908 sayılı Dernekler Kanunu’nda dağılma durumunu düzenlemiştir. 4.11.2004 tarih ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nda konuyla ilgili hüküm bulunmaması, hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun kurallarının uygulanacağı öngörülmesi sebebiyle dağılma durumunun tespiti ile ilgili Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 87. maddesinde, kuruluş amacının gerçekleşmesinin olanaksız hale gelmesi, ilk genel kurul toplantısının kanunda öngörülen sürede yapılmamış ve zorunlu organların oluşturulmamış olması, tüzük gereğince yönetim kurulunun oluşturulmasının olanaksız hale gelmesi, olağan genel kurul toplantısının iki defa üst üste yapılması gibi durumlar derneğin kendiliğinden sona erme nedenleri olarak sayılmaktadır.

<sup>13</sup> MOLENAAR, Fransje: “Latin American Regulation of Political Parties: Continuing Trends and Breaks with the Past”, *The Legal Regulation of Political Parties Working Paper 17*, 2012, s. 16.

<sup>14</sup> ÇELİKAY, H. Sabri: *1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Rejimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 268.

<sup>15</sup> AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Medeni Hukuk*, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 190.

<sup>16</sup> TOPÇUOĞLU, Metin: “Anonim Şirketlerin Mahkeme Kararıyla Feshi”, *Öneri Dergisi*, 1997, Cilt 2, Sayı 8, Adnan Tezel Anısına Özel Sayı, s. 99.

<sup>17</sup> BENLİ, Fatma: *Derneklerin Sona Erme Nedenleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 75-76.

<sup>18</sup> SALDIRIM, Mustafa: “Cumhuriyet Savcısı’nın Özel Hukukta Dernek ve Sendika Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı 59, s. 369.

<sup>19</sup> ÖZCAN / YANIK, s. 139.

<sup>20</sup> YENİCE, Kazım: “Dernekler - Yönetimsel ve Yargısal Denetim”, *Danıştay Dergisi*, 1977, Sayı 26-27, s. 7.

## II. DAĞILMA DURUMUNUN TESPİTİNE İHTİYAÇ DUYULMASININ GEREKÇESİ

Siyasi partiler, anayasal değerleri sebebiyle bir takım ayrıcalıklara, bağımsızlıklara ve muafiyetlere sahiptirler. Örneğin, parti tarafından elde edilen gelirlerden hiçbir surette vergi, resim ve harç alınmamaktadır. Propaganda araçları, seçimin başlangıcından propaganda süresinin sonuna kadar her türlü harç ve resimlerden muafır. Burada siyasi partilerin belirli gelirlerinden vergi alınmayarak dolaylı bir kamusal finansman alanı oluşturulmaktadır. Dolaylı kamusal finansmanın diğer örneği ise propaganda maksatlı kamusal araçların karşılıksız kullanılmasıdır.<sup>21</sup> Bu örnekler çoğaltılabilir. Bu hukuki ayrıcalıkların yanında uygulamadan gelen bir takım kolaylıkları kullanma hakkını haiz siyasi partilerin Kanun'un aradığı asgari standartları karşılama konusunda istekli olmaları, en azından faaliyetlerine devam eder durumda olmaları beklenir.

Türkiye'nin "hayalet partiler cenneti" haline geldiğine yönelik eleştiriler,<sup>22</sup> tabela partilerin sayısının artması<sup>23</sup> ve bu siyasi partilerin zaman zaman kumar oynatılması sebebiyle gündeme gelmesi<sup>24</sup> de dağılıma durumunun tespit edilmesine ihtiyaç duyulmasının gerekçesi olarak ifade edilebilir.

## III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN DAĞILMA DURUMUNUN TESPİTİ İLE İLGİLİ KARARLARININ ANALİZİ

AYM 1983 yılından 2021 yılı Nisan ayına kadar dağılıma durumunun tespitine ilişkin otuz dokuz adet karar vermiştir. Bu otuz dokuz karar, otuz yedi siyasi partiye ilişkindir. AYM, ilk önce Adalet Partisi ve Eşitlik Partisi'nin hukuki varlıklarının devam ettiği yönünde karar vermişken yaklaşık iki yıl sonra yapılan diğer bir talepte dağılıma durumunun tespitine karar vermiştir.<sup>25</sup>

AYM dağılıma durumunun tespitine ilişkin başvurularda üç tür karar vermektedir. Eğer başvuru sürecinde siyasi parti kapanmışsa veya başka bir partiyle birleşmişse "karar verilmesine yer olmadığına", siyasi partinin hukuki varlığı devam ediyorsa talebin "reddine" ve siyasi partinin hukuki varlığı devam etmiyorsa "dağılıma durumunun tespit edilmesine" karar vermektedir.

**Tablo - 1:** Dağılıma Durumunun Tespiti Başvurularına İlişkin Kararların Dağılımı

KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA	4
HUKUKİ VARLIĞIN SONA ERDİĞİNİN TESPİTİNE	23
HUKUKİ VARLIĞIN DEVAM ETTİĞİNDEN REDDİNE	12

**Tablo - 2:** Hukuki Varlığın Devam Ettiğine Dair Kararlar

OYBİRLİĞİ	2
OYÇOKLUĞU	10

**Tablo - 3:** Dağılıma Durumunun Tespiti Kararlar

OYBİRLİĞİ	22
OYÇOKLUĞU	1

<sup>21</sup> UZUN, C. Duran: *Siyasi Partilerin Finansmanı Devlet Yardımı, Sınırlamalar ve Mali Denetim*, SETA Yayınları-110, İstanbul, 2014, s. 21.

<sup>22</sup> GÖZLER, s. 447.

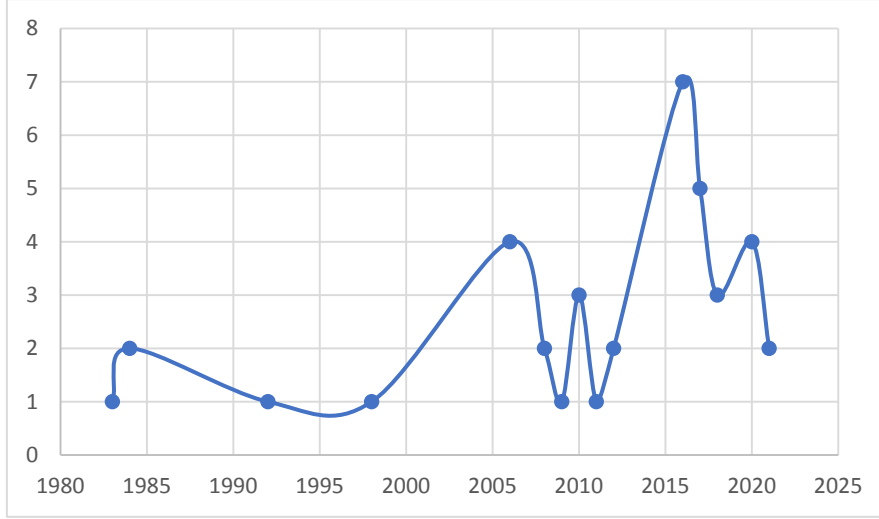
<sup>23</sup> <https://www.milliyet.com.tr/siyaset/tabela-partileri-kapatilacak-2613357> (E.T. 31.03.2021).

<sup>24</sup> <https://www.sabah.com.tr/yasam/2016/01/18/siyasi-partiye-kumar-baskini> (E.T. 31.03.2021).

<sup>25</sup> AYM, T. 12.07.2006, E. 2002/3 (Değişik İşler), K. 2006/2; AYM, T. 15.10.2009, E. 2009/3 (Değişik İşler), K. 2009/2; AYM, T. 12.07.2006, E. 2002/9 (Değişik İşler), K. 2006/5; AYM, T. 24.03.2010, E. 2009/2 (Değişik İşler), K. 2010/1.

Yukarıdaki verilerden hareketle Anayasa Mahkemesinin önüne gelen dosyalarda dağılma durumunun tespitine ilişkin karar verme yönünde bir eğilim ve bu konuda da üyeler arasında fikir birliği olduğu söylenebilir. Bununla beraber çoğunluk görüşünün dağılma durumunun tespiti talebinin reddi yönünde olduğu durumlarda bile muhalif kalan bazı üyelerin dağılma durumunun tespitine ilişkin karar verme yönünde bir eğilimlerinin olduğu görülmektedir.

**Grafik - 1:** Yıllara Göre Dağılma Durumunun Tespitine Yönelik Kararların Dağılımı



Siyasi Partiler Kanunu'nun ilk haline göre Kanun'a aykırı faaliyetleri sebebiyle Anayasa Mahkemesinin ihtarında bulunulması kararına altı ay içinde uyulmaması halinde ilgili siyasi parti hakkında Anayasa Mahkemesinde kapatma davası açılmaktaydı.<sup>26</sup> İhtar yaptırımına uymayan siyasi partiler için öngörülen kapatma yaptırımı, önce 2003 yılında devlet yardımından yoksun bırakma olarak değiştirilmişse de 2009 yılında devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımını AYM tarafından iptal edilmiştir.<sup>27</sup> İhtar yaptırımının etkisizleşmesi sebebiyle 2000 yılından itibaren siyasi partilerin dağılma durumunun tespitine ilişkin başvuruların arttığı yukarıdaki grafikten görülmektedir. Gerçekten de dağılma durumunun tespitine yönelik başvuruların beşi 1984-1999 yılları arasında yapılmış olup geri kalan 34 başvuru 2000-2021 yılları arasında yapılmıştır.

#### IV. İHTAR BAŞVURULARININ KARARA BAĞLANMA SÜRELERİ

Siyasi partilerin dağılma durumlarının tespitinin karara bağlanma süreleri için herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Siyasi partilerin dağılma durumunun tespiti, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine ilgili siyasi partinin savunması alındıktan sonra karara bağlanacak basit usule tâbi işlemlerdir. Bu haliyle bu işlemin makul bir süre içerisinde sonuçlanması beklenir.

**Tablo - 4:** Dağılma Durumu Tespiti Başvurularının Karara Bağlanma Sürelerinin Sınıflandırılması

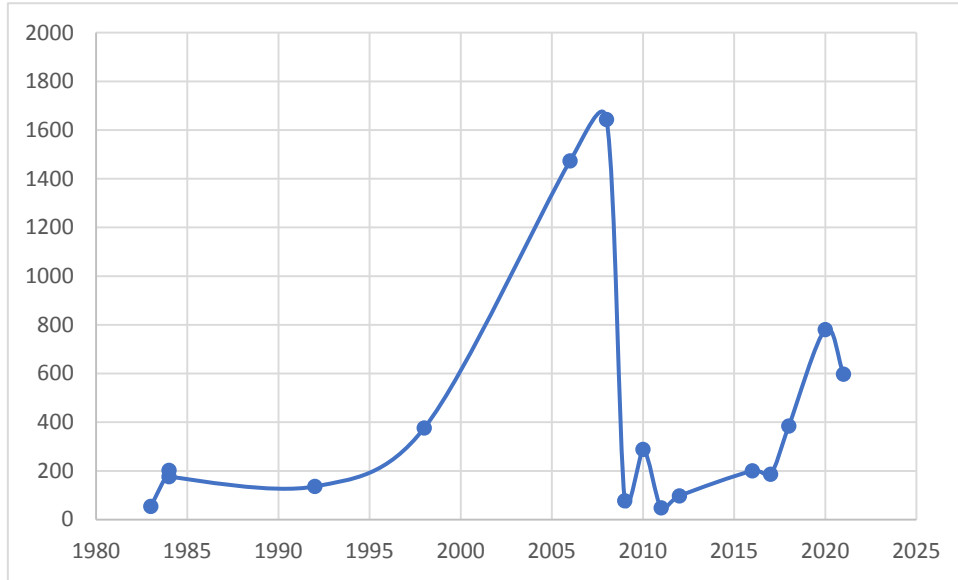
Karar Alma Süresi	Karar Sayısı
180 Günden Az	10
180-365	15
365-1100	8
1100-2013	7

<sup>26</sup> TURHAN, Mehmet: "Siyasi Partilere İhtar", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 57, Sayı 1, s. 144.

<sup>27</sup> ÜZELTÜRK, Sultan T. / KÜÇÜK Tevfik S.: *Anayasa Hukuku ve Türk Anayasa Hukuku Uygulamaları*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 133; AYM, T. 11.06.2009, E. 2008/5, K. 2009/81.

Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin dağılma durumu başvurularını ortalama karara bağlama süresi 485 gündür. Dağılma durumlarının tespiti başvurularının karara bağlanma sürelerinin hesaplanmasında başlangıç olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının başvuru tarihi, bitiş olarak ise Anayasa Mahkemesinin karar tarihi belirlenmiştir. Yukarıdaki tablodan görüleceği gibi AYM dağılma durumlarının tespiti başvurularının dörtte birini makul sayılabilecek yüz seksen günlük (altı ay) sürenin altında karara bağlamışken dörtte üçünü yüz seksen günün üstünde karara bağlamıştır.

**Grafik - 2:** Yıllara Göre Dağılma Durumu Tespiti Başvurularının Ortalama Karara Bağlanma Süreleri



Yukarıdaki grafikten Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin dağılma durumlarının tespiti başvurularını karara bağlanması açısından istikrarlı bir süreç takip etmediği görülmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 2002 yılında dört siyasi parti ile ilgili yaptığı dağılma durumunun tespitine ilişkin başvuruların dört yıllık bir incelemenin ardından 2006 yılında sonuçlandığı ve bu kararların karar tarihinden yaklaşık iki yıl sonra 2008 yılında Resmi Gazete’de yayımlandığı da belirtilmelidir.<sup>28</sup>

Yukarıda işaret edilen sakıncaların bertaraf edilmesini sağlamak amacıyla siyasi partilerin dağılma durumlarının tespiti başvurularının karara bağlanması için Siyasi Partiler Kanunu’na 2014 yılında eklenen siyasi parti isim, amblem ve rumuzlarının sicilden terkin edilmesine yönelik başvurularda öngörülen 30 (otuz) günlük süreye benzer azami bir kanuni süre belirlenmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

## V. DAĞILMA DURUMUNUN TESPİTİ BAŞVURU KARAR SÜRECİ

Medeni Kanun’a göre dağılma durumunun tespitini her ilgili talep edebilir. AYM içtihatlarına göre siyasi partilerin dağılma durumunun tespitini talep edebilecek ilgililer siyasi partilerin yasal temsilcileri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığıdır. AYM, siyasi parti genel başkanını dağılma durumunun tespiti açısından ilgili olarak kabul etmişken sonradan istifa eden siyasi parti kurucu üyesinin dağılma durumunun tespiti açısından ilgili olmadığına karar vermiştir.<sup>29</sup>

AYM, kendisine yapılan dağılma durumunun tespiti başvurusunun ardından ilgili siyasi partiden savunma yapmasını talep etmektedir. AYM, siyasi parti savunmasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iddiaları aleyhinde beyanda bulunması halinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında ilgili siyasi partinin iddiaları hakkında görüş almaktadır. Bu sürecin ardından dosya rapor düzenlemesi için

<sup>28</sup> AYM, T. 12.07.2006, E. 2002/4 (Değişik İşler), K. 2006/3.

<sup>29</sup> AYM, T. 16.03.2006, E. 2015/2 (Değişik İşler), K. 2016/4.

raportöre sevk edilmektedir. AYM gerekli incelemeyi yaparak uyuşmazlığı esası hakkında hüküm kurmaktadır.<sup>30</sup> AYM dağılma durumunu tespit etmesi halinde münfesi siyasi partinin mallarının hazineye geçirilmesine karar vermektedir.<sup>31</sup>

## VI. DAĞILMA DURUMUNUN TESPİTİNE İLİŞKİN KARARLAR

Türk Medeni Kanunu'nun 87. maddesine göre siyasi partilerin dağılma durumunun tespitine aşağıdaki hallerde karar verilebilir.

*“1-Amacın gerçekleşmesi, gerçekleşmesinin olanaksız hâle gelmesi veya sürenin sona ermesi,*

*2-İlk genel kurul toplantısının kanunda öngörülen sürede yapılmamış ve zorunlu organların oluşturulmamış olması,*

*3-Borç ödemedede acze düşmüş olması,*

*4-Tüzük gereğince yönetim kurulunun oluşturulmasının olanaksız hâle gelmesi,*

*5-Olağan genel kurul toplantısının iki defa üst üste yapılamaması.”*

### A. Olanaksızlık Hali

Bu kriterlerin esasen tüzel kişilerin tamamı için öngörülmesi sebebiyle bir kısmı niteliği itibariyle siyasi partilere uygulanması açısından fiili imkânsızlık içermektedir. Sürenin sona ermesi ve amacın gerçekleşmesi siyasi partiler açısından uygulanabilecek kriterler değildir, fakat amacın gerçekleşmesinin olanaksız hale gelmesi siyasi partiler açısından uygulanabilir niteliktedir. Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin dağılma durumunun tespiti uygulamasında, tüzük gereğince, yönetim kurulunun oluşturulmasının imkânsız hale gelmesini ve amacın gerçekleşmesinin olanaksız hale gelmesini beraber uygulamayı tercih ettiği söylenebilir. Burada önemli olan nokta, yönetim kurulunun oluşturulmasına ilişkin olanaksızlığın bir süreklilik arz etmesi gerekliliğidir.<sup>32</sup> AYM, partide kayıtlı üye kalmaması ya da dokuz üye kalması durumunda amacın gerçekleşmesinin ve yönetim kurulunun oluşmasının imkânsız hale geleceğine hükmetmiştir.<sup>33</sup>

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na göre genel merkez yönetim kurulunun oluşması için en az 46 üyenin siyasi partiye kayıtlı olmasının zorunlu olduğuna dair açıklamalara iddianamelerde yer vermektedir. AYM, siyasi partiler açısından kayıtlı otuz üyenin hukuki varlığın devamı açısından yeterli olduğuna karar vermiştir.<sup>34</sup> Bu çerçevede AYM, otuz üyeden fazla fakat 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na veya ilgili siyasi parti tüzüğüne göre genel merkez yönetim kurulunun oluşması için aranan üye sayısından az üyenin siyasi partiye kayıtlı olmasını siyasi partinin dağılma durumunun tespitine gerekçe teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

### B. Borç Ödemedede Acze Düşmüş Olması

Siyasi partiler amaçlarına ulaşmak için yürüttükleri siyasi faaliyetleri esnasında ekonomik faaliyetlerde bulunurlar. Siyasi partilerin milletvekili adaylarının tanıtımı için bastırılan el ilanları, siyasi parti faaliyetlerinin yürütüldüğü gayrimenkul ile ilgili kat maliki ile akdedilen kira sözleşmesi örnek olarak verilebilir. Burada siyasi parti ile matbaa ve siyasi parti ile kat maliki arasında borç ilişkisini de

<sup>30</sup> AKKAYA, Tolga: “Medeni Usul Hukukunda Hükümün (Nihai Kararların) Tamamlanması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 1, s. 24.

<sup>31</sup> AYM, T. 14.01.2021, E. 2019/11 (Değişik İşler), K. 2021/3.

<sup>32</sup> BENLİ, s. 62.

<sup>33</sup> AYM, T. 25.08.1983, E. 1983/1 (Değişik İşler), K. 1983/1; AYM, T. 24.11.1992, E. 1992/3 (Değişik İşler), K. 1992/4; AYM, T. 28.11.1998, E. 1997/5 (Değişik İşler), K. 1998/5; AYM, T. 16.03.2016, E. 2015/10 (Değişik İşler), K. 2016/5.

<sup>34</sup> AYM, T. 12.07.2006, E. 2002/9 (Değişik İşler), K. 2006/5.



kapsayan bir hukuki ilişkinin doğduğu kabul edilebilir. Her ne kadar 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 67. maddesine göre siyasi partilerin borç alamayacakları ilkesi benimsenmişse de bu yasağın “nakdi” bir borç ilişkisi olduğu kabul edilmelidir.<sup>35</sup> Bu çerçevede “borç ödemede acze düşmüş olmak” kriterinin siyasi partiler açısından uygulanabilir nitelikte olmadığı değerlendirilse de siyasi faaliyetler yürütülürken yapılan “sözleşmelerden” veya siyasi partinin “haksız fiilinden” kaynaklı bir borç doğması muhtemeldir.

Bu çerçevede bir siyasi partinin acze düşmesi; para ve diğer maddi ihtiyaçların gelirlerden temin edilememesi, olağan dışı düzeyde borçlanması ve gelir-gider dengesinin onarılamayacak şekilde bozulması ve bu nedenle de yakıt, personel, aydınlatma ve kırtasiye giderleri gibi asgari gereksinimlerin dahi karşılanamaması hali olarak tanımlanabilir.<sup>36</sup> AYM bu zamana kadar, borçlunun ödeme araçlarından yoksunluğundan kaynaklı olarak ödemekle yükümlü olduğu nakdi borçlarını ödeme konusundaki süreli iktidarsızlığı<sup>37</sup> olarak da tanımlanan borç ödemede acze düşme kavramı temele alarak herhangi bir dağılıma durumu kararı vermemiştir.

### C. İlk Büyük Kongrenin Toplanmaması

AYM dağılıma durumunun tespitinde, siyasi partilerin tüzel kişiliğini genel merkez özelinde tek bir tüzel kişilik olarak değerlendirmektedir. Bu çerçevede genel kuruldan anlaşılması gereken Siyasi Partiler Kanunu'nun 14. maddesinde ifadesini bulan “büyük kongredir”. Aynı maddeye göre ilk büyük kongre, kurucular kurulu tarafından kuruluşa ait bilgi ve belgelerin verilmesinden başlayarak iki yıl içerisinde toplanmak zorundadır.

Kongreler daha önceden ilan edilmiş günlerde, belirlenmiş gündemlerde, divan/sandık kurulu yönetim ve denetiminde yapılan, siyasi partilerin en yüksek karar toplantıları olarak tanımlanabilir. Yasa koyucu siyasi parti kongrelerinin, siyasi parti yöneticilerinin parti üyelerine doğrudan, kamuoyuna ise dolaylı olarak hesap verecekleri bir platform olmasını öngörmüştür.<sup>38</sup> Bu çerçevede siyasi partilerin kongrelerinin zamanında toplanmaması dağılıma durumunun tespitinde en önemli kriterlerden birini teşkil etmektedir.

AYM, siyasi partilerin dağılıma durumunu tespit ederken başka kriterler var olsa dahi, büyük kongrenin iki yıl içerisinde toplanmamış olmasını ağırlıklı olarak temel gerekçe kabul etmektedir. Örneğin, siyasi partinin kendiliğinden dağılıma durumunun tespiti talebine katıldıklarını açıklasalar bile dağılıma durumunun tespitinin gerekçesi büyük kongrenin toplanmaması olmaktadır.<sup>39</sup> Bunun altında yatan temel sebep, büyük kongrenin ilk iki yıl içerisinde toplanmamış olması kriterine -amacın gerçekleşmesinin ve yönetim kurulunun oluşturulmasının olanaksız hale gelmesi gibi gerekçelerin aksine- itiraz edilebilirliğin daha düşük olması ve bu kriterin yoruma açık olmamasıdır.

AYM dağılıma durumunun tespiti başvurularında toplanan büyük kongrenin hukuka uygun gerçekleşip gerçekleşmediğini göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin AYM, toplantı yeter sayısı sağlanmadan gerçekleşen büyük kongrenin ve toplantı yeter sayısı açısından salt çoğunluğun sağlanmadığı ilk toplantı ile toplantı yeter sayısı açısından çoğunluk aranmaksızın gerçekleştirilecek ikinci toplantı arasında yeterli süre olmaması halinde büyük kongrenin geçerli olmadığına hükmetmiştir.<sup>40</sup> AYM büyük kongre esnasında Kanun'un aradığı zorunlu organların kurulmamış olmasını da denetlemektedir. Siyasi Partiler Kanunu'nun 13. maddesine göre kurulması zorunlu organlar; merkez disiplin kuru-

<sup>35</sup> MEHTER, s. 67-68.

<sup>36</sup> BENLİ, s. 49.

<sup>37</sup> UMAR, Bilge: “Aciz Hali - Borca Bataklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni Medeni Kanun Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık (Medeni Kanun m. 605 f. II, 618)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 1, Sayı 1, s. 320.

<sup>38</sup> İYIMAYA, Ahmet: “Siyasal Parti Kongrelerinin Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 64, s. 192.

<sup>39</sup> AYM, T. 26.01.2011, E. 2010/6 (Değişik İşler), K. 2011/1.

<sup>40</sup> AYM, T. 21.06.2018, E. 2017/2 (Değişik İşler), K. 2018/6.

lu, merkez karar, yönetim ve icra organlarıdır. AYM, büyük kongre esnasında bu organlardan birinin Siyasi Partiler Kanunu'nda öngörülen şekilde oluşmaması durumunda büyük kongrenin geçerli olmadığına hükmetmektedir.<sup>41</sup>

#### D. Büyük Kongrenin İki Defa Üst Üste Toplanmaması

Siyasi partiler açısından olağan genel kurul toplantısından anlaşılması gereken büyük kongredir. Siyasi Partiler Kanunu'nun 14. maddesine göre büyük kongre siyasi partilerin tüzüğünde gösterilen süreler içinde toplanır, fakat bu süre iki yıldan az, üç yıldan çok olamaz. Bu çerçevede AYM, siyasi partinin büyük kongresi tüzüğünde belirtilen süre zarfında son kongresinin üzerinden dört ila altı yıl geçmesine rağmen toplanmamışsa siyasi partinin dağılma durumunu tespit etmektedir. Örneğin, AYM tüzüğünde büyük kongrenin iki yılda bir toplanacağını öngören siyasi parti hakkında dört yıl sonra dağılma durumunun tespitini talep etmişken tüzüğünde büyük kongrenin üç yılda bir toplanacağını öngören siyasi parti hakkında altı yıl sonra dağılma durumunun tespitini talep etmiştir.<sup>42</sup> Olağanüstü büyük kongrenin toplanmış olması, olağan büyük kongre toplanması yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.<sup>43</sup>

#### E. Diğer Tali Gerekliler

AYM bugüne kadarki kararlarında siyasi partilerin dağılmasını yukarıda sayılan kriterlerden en az birine dayanarak vermiştir, fakat Anayasa Mahkemesinin bu kararları bazı tali gereklilerle kuvvetlendirdiğini de ifade edebiliriz:

- Siyasi partinin dağılma durumunu kabul etmesi,<sup>44</sup>
- Partinin kuruluşunu takiben hiçbir yerde teşkilatlanmaması,<sup>45</sup>
- Partinin kuruluşunu takiben sınırlı sayıda teşkilat kurmasına rağmen hiç üye kaydetmemesi ve hiç faaliyette bulunmaması,<sup>46</sup>
- Genel başkanlık makamının doldurulmaması.<sup>47</sup>

### VII. DAĞILMA DURUMUNUN TESPİTİ TALEBİNİN REDDİNE İLİŞKİN KARARLAR

AYM, hukuki varlığının devam ettiği hükmettiği siyasi partilere ilişkin dağılma durumunun tespit edilmesi talepleri hakkında "ret" kararı verebilmektedir. Birinci olarak AYM, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının siyasi partinin dağılma durumunun tespiti başvurusunun ardından ilgili siyasi partinin büyük kongresini toplaması durumunda talebin reddine hükmetmektedir.<sup>48</sup> Hatta ilgili siyasi partinin savunmasında büyük kongreyi toplayacağını beyan etmesi durumunda, makul bir süre büyük kongrenin toplanmasını beklemekte ve ona göre başvuruyu karara bağlamaktadır.<sup>49</sup>

AYM ayrıca, ilgili siyasi parti hakkında daha önceden yasal sürelerde kongreyi toplamaması sebebiyle iltarda bulunulması yönünde karar verilmesine ve bu kararın tebliğinin ardından altı aylık

<sup>41</sup> AYM, T. 21.06.2018, E. 2017/6 (Değişik İşler), K. 2018/8.

<sup>42</sup> AYM, T. 14.01.2021, E. 2019/9 (Değişik İşler), K. 2021/2; AYM, T. 31.05.2017, E. 2017/1 (Değişik İşler), K. 2017/5.

<sup>43</sup> BENLİ, s. 72.

<sup>44</sup> AYM, T. 26.01.2011, E. 2010/6 (Değişik İşler), K. 2011/1; AYM, T. 08.12.2010, E. 2010/1 (Değişik İşler), K. 2010/7; AYM, T. 15.10.2009, E. 2009/3 (Değişik İşler), K. 2009/2.

<sup>45</sup> AYM, T. 28.12.1998, E. 1997/5 (Değişik İşler), K. 1998/5; AYM, T. 08.01.2008, E. 2004/2 (Değişik İşler), K. 2008/5; AYM, T. 24.11.1992, E. 1992/3 (Değişik İşler), K. 1992/4.

<sup>46</sup> AYM, T. 24.03.2010, E. 2009/2 (Değişik İşler), K. 2010/1; AYM, T. 08.01.2008, E. 2002/6 (Değişik İşler), K. 2008/6.

<sup>47</sup> AYM, T. 08.01.2008, E. 2004/2 (Değişik İşler), K. 2008/5; AYM, T. 24.11.1992, E. 1992/3 (Değişik İşler), K. 1992/4.

<sup>48</sup> AYM, T. 25.06.2020, E. 2018/8 (Değişik İşler), K. 2020/20.

<sup>49</sup> AYM, T. 13.02.2017, E. 2017/4 (Değişik İşler), K. 2017/9.

yasal süre geçmesine rağmen büyük kongre toplanmamış olsa bile dağılma durumunun tespit edilmesine ilişkin talebin ardından büyük kongre toplanması durumunda talebin reddine hükmetmektedir.<sup>50</sup>

AYM üyelerinin bazıları, karşı oylarında yasal sürede büyük kongrenin toplanmaması ile siyasi partinin hukuki varlığının sona erdiğini, Anayasa Mahkemesinin sonradan almış olduğu kararın mevcut hukuki durumun tespitine yönelik olduğunu, bu çerçevede yasal sürenin geçmesiyle siyasi partinin hukuki varlığı sona erdiğinden yasal sürenin ardından gerçekleşen büyük kongrenin siyasi partinin hukuki varlığının devamına karine teşkil etmediğini ifade etmişlerdir.<sup>51</sup> Fakat Anayasa Mahkemesinin müstakar içtihadı, yasal süre geçmesine rağmen sonradan büyük kongrenin toplanması durumunda ilgili siyasi partilerin hukuki varlığının sona ermediği yönünde gelişmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı, siyasi faaliyetlerine devam etme yönünde gecikmiş de olsa irade ortaya koyan siyasi partilere faaliyetlerine devam etme imkânı sağladığından demokratik değerlerle uyumludur.

İkinci olarak AYM, bilahare terk ettiği içtihadına göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ilgili siyasi partinin dağılma durumunun tespitini talep etmeden önce ihtar başvurusunda bulunmaması durumunda talebin reddine hükmetmekteydi.<sup>52</sup> Fakat AYM sonradan bu içtihadını terk ederek siyasi partinin dağılma durumu tespitini talep edilmesinden önce ihtar başvurusunda bulunması zorunluluğu olmadığına hükmetmiştir.

AYM, geçerli ve tebligata esas bir merkezin varlığını parti yetkililerinin parti tüzel kişiliğinin devamı yönündeki beyanlarını dağılma durumunun reddi açısından tali gerekçeler olarak değerlendirmekle birlikte siyasi parti organlarının Ankara dışında faaliyet göstermesinin dağılma durumunun tespiti açısından bir önemi olmadığına işaret etmiştir.<sup>53</sup>

## VIII. DAĞILMA DURUMUNUN TESPİTİNE KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA İLİŞKİN KARARLAR

AYM, siyasi partilerin dağılma durumunun tespitine ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının talebinin ardından ilgili siyasi partiden konu hakkındaki savunmalarını talep etmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının siyasi partinin dağılma durumunun tespitini talep etmesinin ardından ilgili siyasi partinin büyük kongresinde başka bir siyasi parti ile birleşme veya kapanma kararı alması durumunda talebin konusuz kaldığından bahisle karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar vermektedir.<sup>54</sup>

AYM, siyasi partiler kapanma yönünde karar almaması veya alamaması halinde dağılma durumunun tespitine yönelik sürece dâhil olmaktadır. Anayasa Mahkemesinin dağılma durumunun tespitine yönelik verdiği karar, kapatılma benzeri hukuki sonuçlar doğurması sebebiyle mahkeme tarafından son çare olarak değerlendirilmektedir. Daha açık bir ifadeyle AYM siyasi parti kapanma kararını, dağılma durumunun tespitine ilişkin karara tercih etmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı demokratik hayatın vazgeçilmez unsuru olan siyasi partilerin hukuki varlıklarını bir mahkeme kararı ile değil de iradi bir kararla sona erdirilmesini teşvik etmesi ve öncelemesi açısından demokratik değerlerle uyumludur.

## SONUÇ

Temel amacı ülkeyi yönetmek olan siyasi partilerin kanunların aradığı asgari standartları karşılamaları ve en azından hukuki varlıklarını devam ettirerek faaliyetlerini sürdürmeleri beklenir. Aksi halde siyasi partilerin bu eylemsizlik halleri sebebiyle dağılma durumlarının tespit edilmesi gereklidir.

<sup>50</sup> AYM, T. 16.03.2016, E. 2015/3 (Değişik İşler), K. 2016/1.

<sup>51</sup> AYM, T. 25.06.2020, E. 2018/8 (Değişik İşler), K. 2020/20.

<sup>52</sup> AYM, T. 17.05.2012, E. 2012/2 (Değişik İşler), K. 2012/3.

<sup>53</sup> AYM, T. 09.10.1984, E. 1984/440 (Değişik İşler), K. 1984/24.

<sup>54</sup> AYM, T. 31.05.2017, E. 2017/1 (Değişik İşler), K. 2017/5; AYM, T. 20.09.1984, E. 1984/129 (Değişik İşler), K. 1984/22.

Anayasa Mahkemesinin dağılma durumunun tespitinde ilgili siyasi partinin savunmasını alması, yasal süreler dolduktan sonra olsa da yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde ilgili siyasi partilerin dağılma durumlarının tespiti taleplerini reddederek hukuki varlıklarının devam ettiklerine hükmetmesi, dağılma durumunun tespiti sürecinde kapanma ve başka bir siyasi partiyle birleşme kararı alan siyasi partilere yönelik yapıcı yargısal tutumları demokratik değerlerle uyumludur.

Siyasi partiler demokratik hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır ve dağılma durumlarının tespit edilmesi kapatılmaya benzer sonuçlar doğurmaktadır. Siyasi partilerin kapatılma benzeri sonuç doğuran dağılma durumunun tespitinin hangi hallerde geçerli olacağı, bunun yargılama usullerinin yollama ile özel kanunda değil de genel kanunda yer alması siyasi partilerin anayasal değerleri ile uyumlu değildir. Yasama organının siyasi partiler hukukuna ilişkin farkındalığının yüksek olması ve gelişen koşullar ışığında yeni fiili ve hukuki durumlar karşısında inisiyatif alması oldukça önemlidir.<sup>55</sup>

Siyasi Partiler Kanunu'nda siyasi partilerin dağılma durumu ile ilgili açık bir düzenlemenin yer almaması sebebiyle uygulama yorum yoluyla ve içtihadı olarak daralıp genişlemektedir. Örneğin AYM, bir dönem dağılma durumunun tespiti ile ilgili olarak ihtar başvurusunu bir ön şart olarak belirlemişken daha sonra bu içtihadını terk etmiştir. Benzer şekilde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 2002 yılında, 2001 yılında kurulan bir siyasi parti hakkında kuruluş tarihinden on dört ay sonra dağılma durumunun tespitini talep etmiştir.<sup>56</sup>

Siyasi partilerle ilgili yasal düzenlemeler, siyasi partilerin içinde faaliyet gösterdiği kurumsal düzenleyici ortamın hem yapılarının hem de davranışlarının önemli bir belirleyicisi olarak kabul edilmektedir.<sup>57</sup> Siyasi parti davranışlarını ve siyasi parti mevzuatını değiştirmeyi amaçlayan Avrupa, kurumlarının bu süreçte güçlü bir normatif ve düzenleyici standart uyguladığını göstermiştir.<sup>58</sup>

Bu çerçevede Siyasi Partiler Kanunu'nda, siyasi partilerin dağılma durumunun tespitine ilişkin net, anlaşılır ve tereddüde mahal bırakmayacak yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin oluşturduğu içtihat temelinde siyasi partilere özgü dağılma durumu tespit nedenleri Siyasi Partiler Kanunu'nda açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca Siyasi Partiler Kanunu'nda, dağılma durumunun tespiti talebinin hangi makam ya da kişiler tarafından yapılabileceği, başvuru ve karar sürecinde savunma aşamasını kapsayacak usul kuralları da düzenlenmelidir.

Dağılma durumunun tespiti başvurularının makul sürede karara bağlanması ve Anayasa Mahkemesinin gündeminde uzunca bir süre bekletilmesinin önlenmesi amacıyla Siyasi Partiler Kanunu'na 2014 yılında eklenen siyasi parti isim, amblem ve rumuzlarının sicilden terkin edilmesine yönelik başvurularda öngörülen 30 (otuz) günlük süreye benzer azami bir kanuni sürenin siyasi partilerin dağılma durumunun tespitinde de uygulanmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

<sup>55</sup> GÜLER, *Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler*, s. 158-159.

<sup>56</sup> AYM, T. 12.07.2006, E. 2002/9 (Değişik İşler), K. 2006/5.

<sup>57</sup> GAUJA, Anika: "Comparative Gatekeeper Provisions in Party and Electoral Law: Sustaining the Cartel?", *The Legal Regulation of Political Parties Working Paper 10*, 2011, s. 3.

<sup>58</sup> MOLENAAR, Fransje: "The Development of European Standards on Political Parties and Their Regulation", *The Legal Regulation of Political Parties Working Paper 4*, 2010, s. 42.

**KAYNAKÇA**

- AKÇAAL, Mehmet: “Derneğin Mahkeme Kararıyla Sona Ermesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 1, s. 73-84.
- AKINTÜRK Turgut / ATEŞ Derya: *Medeni Hukuk*, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- AKKAYA, Tolga: “Medeni Usul Hukukunda Hükümün (Nihai Kararların) Tamamlanması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 1, s. 19-60.
- BENLİ, Fatma: *Derneklerin Sona Erme Nedenleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı 7, s. 373-398.
- ÇELİKYAY, H. Sabri: *1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Rejimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission): *Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84<sup>th</sup> Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010)*, 2010.
- GAUJA, Anika: “Comparative Gatekeeper Provisions in Party and Electoral Law: Sustaining the Cartel?”, *The Legal Regulation of Political Parties Working Paper 10*, 2011.
- GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÜLER, Fatih: “1982 Anayasası Döneminde Açılan Siyasi Parti Kapatma Davalarında Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal Tutumları Üzerine Ampirik Bir Araştırma”, *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPIR)*, 2021, Cilt 7, Sayı 1, s. 192-208.
- GÜLER, Fatih: “Anayasa Mahkemesi Tarafından Siyasi Partilerin Mali Denetim Sonucunda İçtihadı Olarak Oluşturulan Yeni Bir Karar Türü: Kabul Edilmesinin Mümkün Olmaması”, *Toplum, Ekonomi ve Yönetim Dergisi*, 2021, Cilt 2, Sayı 1, s. 34-51.
- GÜLER, Fatih: *Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021 (Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler).
- İYİMAYA, Ahmet: “Siyasal Parti Kongrelerinin Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 64, s. 189-250.
- MEHTER, Hamdi: *Siyasi Partilerin Mali İşlemleri ve Denetimleri*, Genişletilmiş 2. Baskı, TÜRMOB Yayınları-344, Ankara, 2008.
- MOLENAAR, Fransje: “Latin American Regulation of Political Parties: Continuing Trends and Breaks with the Past”, *The Legal Regulation of Political Parties Working Paper 17*, 2012.
- MOLENAAR, Fransje: “The Development of European Standards on Political Parties and Their Regulation”, *The Legal Regulation of Political Parties Working Paper 4*, 2010.
- ORMANOĞLU, Hatice Derya: “Türkiye’de Seçim Barajı Uygulamasının Temsilde Adalet İlkesine Etkisi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 6, Sayı 2, s. 387-410.
- ÖDEN, Melih: *Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- ÖZCAN Hüseyin / YANIK Murat: *Siyasi Partiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Der Yayınları, 2011.
- SALDIRIM Mustafa: “Cumhuriyet Savcısı’nın Özel Hukukta Dernek ve Sendika Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı 59, s. 359-376.

- ŞAHİN, Adil: “İnsan Hakları Hukukunda Siyasal Parti Özgürlüğü ya da AİHM’in 30 Haziran 2009 Tarihli Batasuna Kararını Yeniden Düşünmek”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 65, Sayı 1, s. 135-174.
- TOPÇUOĞLU, Metin: “Anonim Şirketlerin Mahkeme Kararıyla Feshi”, *Öneri Dergisi*, 1997, Cilt 2, Sayı 8, Adnan Tezel Anısına Özel Sayı, s. 99-115.
- TURHAN, Mehmet, “Siyasi Partilere İhtar”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 57, Sayı 1, s. 137-155.
- UMAR, Bilge: “Aciz Hali - Borca Bataklik Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni Medeni Kanun Metninin Düştüğü Bir Yanlılık (Medeni Kanun m. 605 f. II, 618)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 1, Sayı 1, s. 329-326.
- UZUN, C. Duran: *Siyasi Partilerin Finansmanı Devlet Yardımı, Sınırlamalar ve Mali Denetim*, SETA Yayınları-110, İstanbul, 2014.
- ÜZELTÜRK, Sultan T. / KÜÇÜK, Tefik S.: *Anayasa Hukuku ve Türk Anayasa Hukuku Uygulamaları*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013.
- YENİCE, Kazım: “Dernekler - Yönetimsel ve Yargısal Denetim”, *Danıştay Dergisi*, 1977, Sayı 26-27, s. 4-19.



## 1912 Seçimleri: Demokratik Seçim İlkeleri Işığında Kısa Bir İnceleme<sup>(\*)</sup>

*The 1912 Elections: A Brief Review in the Light of the Democratic Election Principles*

**Bahar ÖNGÜÇ**  

Öğretim Görevlisi

*Mardin Artuklu Üniversitesi Meslek Yüksek Okulu*

*Yönetim ve Organizasyon Bölümü*

### Anahtar Kelimeler

*Demokrasi,  
Seçimler,  
Demokratik Seçim  
İlkeleri,  
İttihat ve Terakki  
Cemiyeti,  
Hürriyet ve İtilaf  
Fırkası.*

### Öz

Demokrasi, halkın siyasi karar alma sürecine katılımı anlayışına dayanan en meşru yönetim biçimidir. Karar alma sürecine katılım ise seçimler vasıtasıyla mümkün olmaktadır. Seçimler, bir toplumun demokratik olup olmadığını belirleyen önemli bir öge olmakla beraber tek başına yeterli değildir. Demokrasinin bir diğer gerekliliği ise bu seçimlerin de kendi içinde demokratik nitelikler taşıması yani adil ve özgür olmasıdır. Nitekim seçimlerin yönetime meşruiyet kazandırması, farklı fikirleri temsil eden siyasi partilerin serbest bir şekilde örgütlenebilmesini ve iktidara giden bu yolda yapılan yarışın her türlü baskıdan uzak ve özgürlükçü bir ortamda gerçekleştirilmesini de şart koşmaktadır. Aksi halde seçim, yönetimin meşru gösterilmesi için bir vasıtadan öteye geçemeyecektir. Türkiye'nin demokratikleşme sürecine "sopalı ve dayaklı seçimler" olarak damgasını vuran 1912 genel seçimleri zora dayalı bir egemenlik biçimi olan İttihat ve Terakki'nin bir yöntem veya araç olarak şiddet unsurunu kullanması açısından önemli bir yere sahiptir. Bu çalışma, demokrasi tarihinin ilk erken genel seçimi olan 1912 seçimlerinin demokratik seçim ilkelerini ihlal ettiğini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

### Keywords

*Democracy, Elections,  
Democratic Election  
Principles,  
Committee of Union  
and Progress,  
Freedom and Accord  
Party.*

### Abstract

Democracy is the most legitimate form of government based on the mentality of people's participation in the political decision-making process. Participation in the decision-making process is possible through elections. Although elections are an important element when determining whether a society is democratic or not, it is not sufficient by itself. Another requirement of democracy is that these elections should also have democratic qualities, that is, they should be fair and free. Thus, the fact that the elections give legitimacy to the administration also stipulates that political parties representing different ideas can organize freely and that the race to power should be carried out in a libertarian environment free from all kinds of oppression. Otherwise, the election will not go beyond a means to legitimize the administration. The 1912 general elections, which marked Turkey's democratization process as "elections with beating and violence", have an important place in the use of violence as a method or tool by the Committee of Union and Progress, a form of government type based on force. This study aims to propound that the 1912 elections, the first early general election in the history of democracy, violated the democratic election principles.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.  
Gönderim Tarihi: 16.02.2021, Kabul Tarihi: 02.07.2021.

## GİRİŞ

Demokrasi, halkın siyasal karar alma sürecine doğrudan veya temsili olarak katılımı anlayışına dayanan en ideal yönetim biçimidir. Günümüz geniş hacimli topluluklarda doğrudan demokrasi uygulamalarının neredeyse imkânsız olması, pratik bir zorunluluk olarak temsil mekanizması ile seçim olgusunu da beraberinde getirmektedir. İktidar ve halk arasında bir çeşit uzlaş (consensus) anlamına gelen seçim, demokratik toplumların onsuz olmaz koşuludur. Fakat tek başına yeterli değildir. Demokrasinin bir diğer gerekliliği ise bu seçimlerin de kendi içinde demokratik nitelikler taşıması gerektiğine ilişkindir. Kuşkusuzdur ki seçimlerin yapılacağı ortam ile özgürlükler rejimi arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim farklı görüşlerin açıklanabildiği ve bu görüşlerin siyasi partiler vasıtası ile serbestçe temsil edilebildiği, siyasi rekabetin dürüstlük ve serbestlik ilkesi ışığında gerçekleşebildiği çoğulcu toplumlarda seçimlerin demokratikliğinden söz edilebilir.<sup>1</sup> Aksi halde demokrasi, siyasal iktidarın meşruiyetinin aracı olmaktan öteye geçemez ve anlamını yitirir. Çoğulculuk vasfının geri plana atıldığı bir demokratik rejim söylemi zora dayalı bir egemenlik anlayışının salt biçimsel sembolü haline gelir.

Doğrudan demokratik rejimlerin yıkılmasının ardından çok uzun bir süre tarihin tozlu raflarında saklanan demokrasi, Fransız Devrimi ve aydınlanma düşüncesinin etkisiyle 19. yüzyılda bir yönetim biçimi olarak tarih sahnesinde tekrar yerini almıştır. Fransız Devrimi ile küresel anlamda yayılmaya başlayan eşitlik, özgürlük, adalet gibi başat kavramlar kuşkusuz Osmanlı Devleti’ni de tesiri altına almış ve adeta dağılmanın eşiğine gelen devletin kurtuluşu dönemin entelijansiyası tarafından meşruiyetin ilanına bağlanmıştır. Böylece Osmanlı, yabancı olduğu demokratik anlayış ve kurumlarla tanışmış; demokratikleşmenin ilk adımları atılmıştır. Bu çalışmada, Türkiye’nin demokratikleşme serüveninde oldukça önemli bir yer edinmiş olan 1912 genel seçimleri demokratik seçim ilkeleri ışığında ele alınmıştır. Demokrasi tarihinin ilk erken genel seçimi olan 1912 seçimleri İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin bir araç ve yöntem olarak şiddet unsurunu kullanması nedeniyle “dayaklı ve sopalı seçimler” olarak Türkiye’nin modernleşme sürecine damgasını vurmuştur.

Çalışmanın birinci bölümünde, genel olarak demokrasinin temel taşı olan seçim olgusu ve demokratik seçim ilkeleri hakkında genel bir bakış açısı oluşturulmaya çalışılmıştır. Daha sonra 1912 genel seçimlerinin kendine özgü koşul ve dinamiklerini anlayabilmek için meşruiyetin ilanından itibaren İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin baş aktörü olduğu siyasi olaylara değinilerek bir zemin oluşturulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde, 1912 seçimlerinin nasıl bir seçim ortamında gerçekleştirildiği ve iktidar-muhalefet cepheleşmesinin seçimlere etkisi ele alınmış ve nihayet seçimler demokratik seçim ilkeleri temelinde değerlendirilmiştir.

## I. DEMOKRASİLERDE SEÇİMLERİN GEREKLİLİKLERİ

### A. Demokrasi Kavramına Kısa Bir Bakış

Etimolojik olarak Yunanca *demos* (halk), *kratos* (iktidar-egemenlik) kelimelerinin birleşiminden oluşan demokrasi en yalın haliyle “halkın egemenliği” anlamına gelmektedir.<sup>2</sup> Başka bir ifadeyle demokrasi, egemenliğin kaynağının aşkın olandan (ilahi) alınıp dünyevi olana (halk) teslim edilmesi demektir. Temelini Antik Yunan’da bulduğumuz ve aydınlanma felsefesinin en önemli parametrelerinden biri olan demokrasi, yani egemenliğin halka devredilmesi fikri, siyaset biliminin ve siyasetçilerin temel söylemlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaygın kullanımına ve en meşru yönetim biçimi olarak kabul edilmesine rağmen günümüzde kavramın herkesin mutabık olduğu bir tanımına

<sup>1</sup> TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 240.

<sup>2</sup> SARTORI, Giovanni: *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev.) KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer / TURHAN, Mehmet, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 301.



rastlamak oldukça güçtür. Kuşkusuzdur ki bu güçlük, demokrasinin bir kavram olmakla beraber aynı zamanda bir ideali de temsil etmesinden ileri gelmektedir. Yine de kavrama ilişkin yapılan şu veya bu tanımların hepsinde başat olarak “egemenliğin halka dayandırılması fikri” mevcuttur.

Halk egemenliği anlayışı ilk defa *Rousseau*'nun “Toplum Sözleşmesi” adlı yapıtında ustaca ve sistemli bir biçimde ortaya konulmuştur.<sup>3</sup> *Rousseau*'ya göre egemenlik bireylerin iradelerinin toplamından oluşur:

“Devletin on bin vatandaştan oluştuğunu varsayalım. Egemen ancak ortak olarak ve bir bütün olarak düşünülebilir. Ama her tek insan uyruk olmakla birey sayılır. Böylece egemenin uyrukla ilişkisi on binin birle ilişkisi gibidir. Yani devletin her üyesinin payına egemen gücün onda biri düşer.”<sup>4</sup>

Egemenliğin bizatihi halka ait olduğu anlayışını savunan *Rousseau*'ya göre bu yetki temsil edilemez ve devredilemez niteliktedir. Kendisinin “yüce yönetim” olarak adlandırdığı hükümet egemen güç olan halkın yalnızca bir aracıdır:

“Burada egemenin basit görevlileri olan yöneticiler onun adına güç kullanırlar, egemen de bu yetkeyi sınırlandırabilir, değişikliğe uğratabilir, dilediği zaman geri alabilir, böyle bir hakkın başkasına aktarılması toplumsal yapının doğasına aykırıdır, birleşmenin amacına da ters düşer.”<sup>5</sup>

*Rousseau*, Toplum Sözleşmesi'nde ortaya koyduğu temsili mümkün olmayan egemenlik anlayışı ile doğrudan demokrasiyi savunmaktadır. Bu anlayışa göre egemenlik vatandaşlar arasında bölüştürülmekte ve her vatandaş bölüştürülen parçaların birleşiminden meydana gelen egemenliğin bütününe tabi olmakla beraber, aynı zamanda onun kendi payına düşen bir parçacığına da sahip olmaktadır.<sup>6</sup> Antik Yunan'da Atina sitesinin yönetimi anlamında kullanılan doğrudan demokrasinin başat önermesi; yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinin doğrudan ve etkin olarak halk tarafından yürütülmesidir. Bu bağlamda doğrudan demokrasi, kendi kendini yöneten bir demokrasi anlamına gelmekte ve - demokrasi idealine en yakın sistem olarak ifade edilse de- günümüz koşullarında uygulanması pek de mümkün görünmemektedir.<sup>7</sup> Zaman içinde demografik ve coğrafi anlamda daha büyük ölçekli devletlerin kurulması, Antik Yunan'da var olan yüz yüze ilişkilerin çözülmesi ve toplumsal homojenliğin ortadan kalkması gibi nedenler temsil mekanizmasını bir zorunluluk haline getirmiştir.<sup>8</sup> Böylece halk, kaynağı kendisinde bulunan yönetme yetkisini doğrudan kullanmanın pratik zorlukları sebebiyle, kendi seçtiği ve kendisine karşı sorumlu olan temsilciler aracılığıyla kullanmaya başlamıştır.<sup>9</sup> Temsili demokrasi yahut modern demokrasi adı verilen bu rejim, bireylerin yönetime belirli bir ölçüde katılmasına izin vermekte; bu katılım ise seçimler aracılığı ile gerçekleşmektedir.<sup>10</sup>

Demokratik teoriye göre iktidarın meşruiyeti, halkın rıza ve muvafakatinden doğmaktadır. Halkın muvafakatinden yoksun olan iktidar, hak edilmiş bir iktidar olamayacaktır. Bir çeşit *consensus* olan bu rıza, demokratik kamu yönetiminin alametifarikası olan “seçimler” vasıtasıyla dış dünyada somutlaşmaktadır.<sup>11</sup> Politika bilimi bağlamında seçim, bir kişiyi kamu görevini yerine getirmesi için seçme veya oylama yoluyla bir siyasi fikri kabul etme veya reddetme anlamına gelen resmi süreçtir.<sup>12</sup> Diğer bir ifadeyle seçim, bireyin siyasal karar alma mekanizmalarına müdahalesi anlamına gelen bir irade

<sup>3</sup> TEZİÇ, s. 93.

<sup>4</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques: *Toplum Sözleşmesi*, (Çev.) TİMUÇİN, Ali, 2. Baskı, Bulut Yayınları, İstanbul, 2019, s. 131-132.

<sup>5</sup> ROUSSEAU, s. 130.

<sup>6</sup> KAPANİ, Münci: *Politika Bilimine Giriş*, 15. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2003, s. 73.

<sup>7</sup> SARTORİ, s. 303-307.

<sup>8</sup> SEZEN, Saim: *Seçim ve Demokrasi*, 1. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1994, s. 42.

<sup>9</sup> ALİFENDİOĞLU, Yılmaz: “Temsili Demokrasinin Seçim Ayağı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı 60, s. 71.

<sup>10</sup> TEZİÇ, s. 240.

<sup>11</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer: *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 13.

<sup>12</sup> <https://www.britannica.com/topic/election-political-science> (E.T.: 26.12.2020).

açıklamasıdır. Halka siyasi iktidarı belirleme, önceki rızasını yenileme, hatta bu rızayı geri çekebilme fırsatını veren seçimler, demokratik toplumların temel taşı olsa da tek başına belirleyici olmaktan uzaktır. Demokrasinin bir diğer ögesi ise bu seçimlerin de kendi içinde demokratik nitelikler taşıması gerektiğine ilişkindir.<sup>13</sup> Nitekim seçimlerin yönetime meşruiyet kazandırması, farklı fikirleri temsil eden siyasi partilerin serbest bir şekilde örgütlenebilmesini ve iktidara giden bu yolda yapılan yarışın her türlü baskıdan uzak ve özgürlükçü bir ortamda gerçekleştirilmesini de şart koşmaktadır.<sup>14</sup> Özetle, seçimler ile yansiyacak halk iradesinin özgür ve serbest olması gerekmektedir. Aksi durumda yani tek partili ya da monist rejimlerde seçim, yönetimin meşru gösterilmesi için bir araç haline gelecektir.

## B. Demokratik Seçim İlkeleri

Seçimlerin otoriter-totaliter yönetimlerin kurdukları baskıcı rejimlerin halka benimsetilmesi için bir araç olmaktan çıkması, başka bir ifadeyle seçimlerin “aldatmaca” olmaması ve halkın iradesini doğru bir biçimde yansıtabilmesi için seçimlerin de kendi içinde demokratik nitelikler taşıması gerektiği kuşkusuzdur. Demokratik seçim ise en yalın ifadesiyle “adil ve özgür seçimler”dir.<sup>15</sup> Adil ve özgür seçimlerin temini için günümüz liberal demokrasilerinde genel oy, eşit oy, gizli oy, seçimlerin serbestliği, tek dereceli seçim, açık sayım ve döküm, seçimlerin yargısal organların yönetim ve denetiminde yapılması ilkelerinden faydalanılmaktadır.

*Genel oy ilkesi*, vatandaşların eğitim, yetenek, servet, cinsiyet, ırk gibi birtakım niteliksel ayrımlara tabi tutulmaksızın herkesin oy hakkına sahip olduğu bir düzeni ifade eder.<sup>16</sup> Kısıtlı oy uygulamasının tam tersi olan genel oy ilkesi, seçmen kitlesini olabildiğince geniş tutmayı hedefleyen kuşatıcı bir anlayışın ürünüdür. Nitekim seçimlere katılım ne kadar çok ise o seçimlerin demokratiklik niteliği bir o kadar artmaktadır. Modern demokrasilerin olmazsa olmaz şartlarından biri olan genel oy ilkesi, 19. ve 20. yüzyılın ilk yarısında uğruna siyasi mücadelelerin verildiği önemli bir kazanımı anlatmaktadır. Zira 20. yüzyılın ilk yarısına kadar devam etmekte olan kısıtlı oy uygulaması, seçmenlik sıfatını vergi ödeme, yetenek, cinsiyet, ırk gibi bazı ölçütlere bağlamış; bu durum seçmen kitlesini daraltarak sınıfsal bir hegemonya yaratmış ve halk arasında hoşnutsuzluğa sebep olmuştur.<sup>17</sup> Daha sonra demokratik gelişmelerin günden güne yoğunluk kazanması, oy verenlerin dar çemberini genişletmiş ve böylece kısıtlı oydan genel oya doğru bir evrim yaşanarak seçimlerin katılımcılık vasfı artırılmıştır. Bir başka ifadeyle oy verme hakkı zümreden kitleye doğru genişlemiştir.<sup>18</sup> Günümüz modern demokrasilerinde oy verme hakkının ancak yaş, kısıtlılık, mahkûmiyet gibi sebepler ile sınırlandırılabilmesi kabul görmektedir. Başka bir anlatımla genel oy ilkesindeki “genel” kelimesi, seçme yeterliliğine sahip olan tüm vatandaşların oy hakkının olduğunu ifade etmek üzere kullanılır. Yani genel oy, Anayasa ya da kanunlar tarafından öngörülmuş koşulları haiz, seçmen olabilme ehliyetine sahip olan her vatandaşın oy kullanabileceği bir düzeni ifade eder. Bu koşulların varlığı ise genel oy ilkesine aykırılık oluşturmaz.<sup>19</sup>

*Eşit oy ilkesi*, sosyal ve ekonomik statüleri ne olursa olsun her seçmenin tek ve eşit oy hakkına sahip olduğu bir seçim anlayışını ifade eder.<sup>20</sup> “Tek kişi, tek oy” anlamında kullanılan eşit oy ilkesi, seçmenler arasındaki siyasal eşitliği sağlamak amacıyla düşünülmüş ve geliştirilmiş adil bir yöntemdir. Eşit oy ilkesinin tam zıttı olan ve “tek kişi tek oy” anlayışını zedeleyen uygulamaların başında ise

<sup>13</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, s. 13-14; GÜVEYİ, Ümit: *Demokratik Devlet İlkesi Çerçevesinde Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 23-24.

<sup>14</sup> ALİEFENDİOĞLU, s. 72.

<sup>15</sup> GÜVEYİ, s. 48.

<sup>16</sup> ALİEFENDİOĞLU, s. 89.

<sup>17</sup> DEMİREL, Duygu: “Oy Deyip Geçmeyin”, *Hukuk Gündemi*, 2007, Sayı 8, s. 57-60.

<sup>18</sup> SEZEN, s. 68; KARAMUSTAFAOĞLU, s. 16.

<sup>19</sup> TEZİÇ, s. 244.

<sup>20</sup> TEZİÇ, s. 253.

“çoğul” veya “katmerli oy” uygulaması gelmektedir. Oy hakkının etki derecesinin bazı kıstaslara göre farklılaşması anlamına gelen çoğul oy uygulaması, sınırlı oy sisteminin bir kalıntısı olarak farklı farklı tiplerde karşımıza çıkmaktadır.<sup>21</sup> Tarihte, söz gelimi, kamu görevlerini ifa edenlere, aile reislerine, servet sahibi olanlara yahut belli bir düzeyden fazla öğrenim görmüş olanlara birden çok oy hakkının tanınmış olduğunu görmek mümkündür.<sup>22</sup> Nitekim Belçika’da 1893’te yapılan bir Anayasa değişikliği ile 35 yaşında evli ve çocuk sahibi vatandaşlar ile devlete yılda 5 franktan az olmamak koşulu ile vergi ödeyen kimselere birden fazla oy kullanma hakkı tanınmıştır. Yine İngiltere’de 1948 yılına değin bir kimsenin hem ikametgâhında hem de en az 10 İngiliz lirası değerinde bir iş yerine sahip bulunduğu çevrede oy verebilmesi mümkün kılınmıştır. Çeşitli görünümlere sahip olan çoğul oy ilkesi, bazı kimselerin oylarının diğerlerinden daha değerli olduğu varsayımına dayanmakta ve elitist bir anlayışı beslemektedir.<sup>23</sup> Savunucularının dahi sağlam bir temele oturtmayı başaramadığı çoğul oy uygulaması, batı demokrasilerinde Birinci Dünya Savaş’ının ardından birtakım anayasal değişikliklerle terkedilmiştir. Günümüz demokrasilerinin hemen hepsi eşit oy ve genel oy ilkelerini kabul etmiştir. Ancak salt bu iki ilkenin uygulanması ile bütün sorunların çözüleceğine inanmak büyük bir yanılgıdan ibarettir. Bir başka ifadeyle genel ve eşit oyun seçmen kitlesindeki gerçek iradeyi yansıtabilmesi için seçmenler üzerindeki her türlü etki ve müdahalenin ortadan kaldırılması bir zorunluluktur.<sup>24</sup> İşte tam da burada *Maurice Duverger*’in demokrasi tarifindeki asıl vurgulanmak istenen unsur olan “seçimlerin serbestliği ilkesi” devreye girmektedir. Zira *Duverger* tarafından oldukça yalın ve gerçekçi bir biçimde tarif edildiği üzere demokrasi, “yöneticilerin dürüst ve serbest seçimler yoluyla yönetilenler tarafından seçildiği rejimdir”.<sup>25</sup>

*Seçimlerin serbestliği ilkesi*, seçmenlerin herhangi bir baskı ve müdahale olmaksızın oylarını kendi özgür iradeleriyle kullanabilmeleri anlamına gelir.<sup>26</sup> Diğer bir ifadeyle serbest seçim, seçmenler üzerindeki icrai ve ihmali nitelikteki her türlü müdahalenin kaldırıldığı bir seçimi işaret eder.<sup>27</sup> Bu ilke vasıtasıyla seçmenin iradesi korunmakta ve oy hakkının sağlıklı ve geçerli bir şekilde kullanılması sağlanmaktadır. Bu amaçla ülkeden ülkeye değişkenlik gösteren çeşitli önlemlerin alınabilmesi mümkündür.<sup>28</sup> Öte yandan bu ilke, oy vermenin bir zorunluluk haline getirilemeyeceğini de hatırlatır. Gerçekten de siyasal katılımın gönüllülük esasına dayandırılması oy vermenin yasal bir zorunluluk olmasına bağlıdır. Oy vermenin “hak” olmaktan çıkıp “yükümlülüğe” dönüşmesi ise seçimlerin anlamının değişmesine sebep olur ve sonuç olarak seçimler, totaliter rejimlerde olduğu gibi siyasal iktidarın meşruiyetinin sağlanmasına yönelik bir vasıtaya dönüşebilir. Bu ilke aynı zamanda, seçmenin tek tip propagandalara maruz kalmasına engel olarak seçimlerin çoğulcu bir ortamda gerçekleştirilmesini sağlar.<sup>29</sup> Böylece seçmen, birbirinden farklı fikirlerin tartışılması ve muhakeme edilmesi imkânına kavuşarak kendi doğrusuna ulaşır.

*Gizli oy ilkesi*, seçimlerin serbestliği ilkesinin onsuz olmaz (*sine qua non*) şartıdır. Gizli oy, seçmenin iradesinin sandığa her türlü etki ve müdahaleden uzak, serbest bir biçimde yansımaları gerektiğini ifade eder.<sup>30</sup> Bir başka ifadeyle gizli oy, muhtemel bir baskıyı engellemek adına seçmenin hangi yönde oy kullandığının kimse tarafından bilinmemesi, kapalı bir oy verme yerinde ve kapalı bir zarfta kendi istenci ve tercihinin göre dış etkilerden uzak bir şekilde iradesini ortaya koymasına esasına day-

<sup>21</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, s. 132.

<sup>22</sup> ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 85.

<sup>23</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, s. 130-131.

<sup>24</sup> SEZEN, s. 79-80.

<sup>25</sup> SEZEN, s. 37.

<sup>26</sup> ÖZBUDUN, s. 84.

<sup>27</sup> GÜVEYİ, s. 45.

<sup>28</sup> GÜVEYİ, s. 44.

<sup>29</sup> ALİEFENDİOĞLU, s. 86.

<sup>30</sup> TEZİÇ, s. 255.

nır.<sup>31</sup> Bunu sağlamak ve teminat altına almak ise büyük ölçüde devletin ve yasa koyucunun görevidir. 19 yüzyıla değin oy verme, genellikle açık yapılması gereken bir eylem olarak kabul edilmiş ve böylece gizli oy ilkesinin tam tersi olan “açık oy” usulü savunulmuş ve uygulanmıştır. Bu uygulama, oy vermenin bir hak değil bir kamu görevi olarak sayılması anlayışına dayanmaktadır. Özetle açık oy uygulaması ile seçmenin istenci değil, kamunun üstün menfaatinin korunması amaçlanmakta; her kamu görevinde olduğu gibi oy verme işleminin de kamunun gözetimi ve denetimi altında yapılması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>32</sup> Sebebi her ne olursa olsun açık oy uygulaması beraberinde birçok sorunu getirmekte, seçmenin çekimsizliğini arttırmakta ve seçimlerin adil ve dürüst ortamda yapılmasına engel olmaktadır.

*Tek dereceli seçim ilkesi*, seçmenlerin temsilcilerini aracısız, doğrudan doğruya seçmeleri anlamına gelir. İki dereceli seçimde ise seçmen önce ikinci seçmen adı verilen delegeleri seçer ve bu delegeler de yeni bir seçimle milletvekillerini seçerler. Örneğin 18. yüzyıl Fransa’sında anayasa hazırlanırken “İtimat aşağıdan, iktidar ise yukarıdan gelir.” anlayışıyla hareket edilerek ilçe, il ve ülke çapında olmak üzere üç kademeli bir seçim öngörülmüştü. Kuşkusuzdur ki tek dereceli seçim, iki dereceli seçimden daha demokratiktir. Zira tek dereceli seçim, genel oy ilkesi ile bağdaşmaktadır. Bu açıdan iki dereceli seçim genel oy ve tek dereceli seçim ilkelerine bir direnmedir. Seçimlerin iki dereceli olmasının en büyük sakıncası seçmenin çekimsizliğini arttırmasıdır. Demokrasinin tarihsel gelişimi ile iki dereceli seçim terk edilerek tek dereceli seçime doğru bir geçiş yaşanmıştır.<sup>33</sup>

*Açık sayım ve döküm ilkesi*, bizzat seçmen iradesi tarafından belirlenmiş sonuçların gerçeğe uygun ve doğru bir biçimde ilan edilmesini sağlar. Oyların sayımı ve sayılan oyların siyasi partilere göre dökümü işleminin aleni bir biçimde yapılması gerektiği esasına dayanan açık sayım ve döküm ilkesi, seçmenin iradesinin yansıdığı oyunun olası bir usulsüzlüğe maruz kalmasını engelleyen, yani seçimlerin dürüstlük ilkesine uygun bir biçimde yapılmasını temin eden önemli bir mekanizmadır.<sup>34</sup>

Seçim öncesi, seçim sırası ve seçim sonrasında ortaya bazı uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmazdır. Bu uyuşmazlıkların çözümü usulü ise seçim hukukunun temel sorunlarından birini oluşturmaktadır. Buradaki temel amaç, seçim sürecinin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi, varsa uygunsuzluğun giderilmesidir. Seçim uyuşmazlıklarının çözümü için başlıca iki yolun izlendiği görülmektedir: Bunlardan ilki seçim uyuşmazlıklarının Meclis tarafından, ikincisi ise siyasi baskılardan uzak özel bir yargılama makamı tarafından çözülmesidir.<sup>35</sup> Aslında uyuşmazlıkların çözümünün ilk bakışta parlamentonun üstünlüğü ilkesi gereğince Meclis’e bırakılması daha demokratik gözükebilir. Fakat Meclis tarafından yapılan denetimlerde denetim işine siyasi tercihlerin karıştırılması ihtimali, Meclis üyelerinin bitaraf kalmalarının güçlüğü ve seçimlerle ilgili uyuşmazlıkların çözüm yerinin yargısal işlevle ilintili olması gibi nedenler, seçimlerin demokratikleşme süreci içinde yargı yoluyla denetlenmesi ve seçimden doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin yargı makamı olması yönündeki görüşü kuvvetlendirmiştir. Sonuç olarak uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız yargı makamları eliyle çözümüne hizmet eden bir anlayış olan *seçimlerin yargısal organların yönetim ve denetiminde yapılması* ilkesi benimsenmiştir.<sup>36</sup>

## II. ZORA DAYALI EGEMENLİĞİN BİR TEZAHÜRÜ: 1912 SEÇİMLERİ

### A. 1908-1912 Arası Siyasi Gelişmeler

19. yüzyılın sonlarına doğru Osmanlı Devleti’nin içinde bulunduğu bunalım ve toplumsal memnuniyetsizlik Yeni Osmanlılar adı verilen ideolojik bir hareketin doğmasına sebep olmuştur. Fikirleri dev-

<sup>31</sup> ALİEFENDİOĞLU, s. 88.

<sup>32</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, s. 151-152.

<sup>33</sup> TEZİÇ, s. 247-248; SEZEN, s. 76.

<sup>34</sup> ALİEFENDİOĞLU, s. 90; ÖZBUDUN, s. 86.

<sup>35</sup> TEZİÇ, s. 272.

<sup>36</sup> ALİEFENDİOĞLU, s. 90.

rim sonrası Fransa'sından gelen ve Tanzimat Dönemi'nin entelektüel sınıfın gelişimini sağlayan etkisiyle ortaya çıkan Yeni Osmanlılar, artık devletin mutlakiyetçi bir yönetim anlayışı ile ıslah edilemeyeceği, sultan ile tebaası arasında oluşturulacak bir anayasa ile tüm bu devlet meselelerini tartışacak ve yasalar çıkartacak temsili bir hükümetin kurulmasının elzem olduğu fikrini savunmuşlardır.<sup>37</sup> Nitekim Osmanlı ekonomisinin Avrupa'ya eklenmesi ve idari yapıdaki gerilemenin tek çözümü, onlar için halkın da içinde olduğu ve padişahın hukuk ile bağlandığı bir yönetim anlayışıydı. Bu programın hayata geçirilebilmesi için ya Yeni Osmanlılar'ın iktidara gelmesi ya da devlet adamlarının II. Abdülhamit'i meşrutiyet idaresini kurmak konusunda ikna etmeleri gerekmekteydi. Fakat Yeni Osmanlılar, iktidarı ele geçirmek için herhangi bir teşebbüste bulunmayıp yer altı faaliyetleri ve çeşitli yayın araçları ile hürriyet, eşitlik ve meşrutiyet fikirlerini halk içinde yaymaya başladılar. Özellikle İstanbul'da bir grup aydın, subay ve hatta bazı devlet adamları, bu cezbedici fikirleri benimsemeye başladılar.<sup>38</sup> Böylece içlerinde Namık Kemal, Ziya Paşa, Şinasi, Suavi, Mithat Paşa gibi isimlerin yer aldığı bir grup entelektüelin düşünsel temellerini oluşturduğu, Osmanlı'nın mevcut sınırları içinde varlığını koruyup devam ettirebilmesi gibi oldukça realist bir amaç üzerine inşa edilen I. Meşrutiyet ilan edildiğinde Osmanlı anayasal bir düzene kavuşmuş oldu.<sup>39</sup> Türkiye modernleşmesi açısından oldukça önemli bir dönüm noktası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin ilanı ile o güne kadar mutlak monarşik bir yapıda olan Osmanlı Devleti, meşrutiyet monarşiye geçmiştir. Bir başka ifadeyle o güne kadar Osmanlı hanedanının mutlak bir biçimde temsil ettiği devlet idaresine, parlamenter bir sistem ile halkın katılımı sağlanmış ve "temsil mekanizması" Osmanlı siyaset literatüründe ilk kez yerini almıştır.<sup>40</sup> Nitekim bu tarihten önce seçim, parlamento, temsil gibi kavramlardan bahsetmenin imkânı yoktu. Zira Kanun-i Esasi ilan edilmeden önce halk temsilcilerinin meydana getirdiği bir Meclis olmadığından siyasi seçimler de söz konusu olamazdı. Meşrutiyet öncesi dönemde devlet işlerinin görüldüğü "divan" ismi verilen bir meclis bulursa da bu organ halkın temsilcisi olma vasfından tamamen uzaktı.<sup>41</sup> Anayasa'nın getirmiş olduğu en önemli yenilik olan temsilin bir neticesi olarak ilk Meclis 1877 yılında toplanmıştır. Önemli bir çoğunluğu Müslümanlardan oluşan Meclis bu toplantıda hükümeti acımasızca eleştirmiş; Meclis'in bu eleştirel tutumunu bir tehdit olarak gören Sultan II. Abdülhamit, Osmanlı-Rus savaşını bahane etmiş ve parlamentoyu 14 Şubat 1878 tarihinde süresiz bir biçimde tatil ederek eski idare şekline geri dönmüştür.<sup>42</sup> Anayasa resmen kaldırılmamış olsa da artık meşrutiyet rejiminin fiilen son bulduğu kuşkusuzdur. Bu tarihten itibaren Sultan II. Abdülhamit 30 yıl boyunca mutlak bir hükümdar olarak hüküm sürmüş ve istibdat dönemini başlatmıştır.<sup>43</sup>

Görüleceği üzere I. Meşrutiyet döneminde Meclis-i Mebusan seçimlerinden bahsetmek mümkün değildir. Osmanlı'nın kuramsal olarak seçimler ile tanışması, ancak 1908 yılında II. Meşrutiyet'in ilanını ile mümkün olabilmıştır.<sup>44</sup> Nitekim 1877 yılında toplanan Meclis'in üyeleri halk tarafından değil, vilayet ve sancak meclisleri tarafından seçilmiştir. Öyle ki bazı yerlerde vali tarafından doğrudan doğruya bir atama yapıldığı dahi görülmüştür. Bir başka ifadeyle bu dönemde halk, sürece hiçbir şekilde dâhil olmamıştır.<sup>45</sup> II. Meşrutiyet'in ilanı ile birlikte ilk Meclis yine aynı yılın Aralık ayında

<sup>37</sup> AHMAD, Feroz: *Bir Kimlik Peşinde Türkiye*, (Çev.) KARADELİ, Sedat Cem, 6. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 39-40.

<sup>38</sup> KARAL, Enver Ziya: *Osmanlı Tarihi 8. Cilt: Birinci Meşrutiyet ve İstibdat Devirleri (1876-1907)*, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 211.

<sup>39</sup> KARAL, s. 241.

<sup>40</sup> KARAL, s. 241.

<sup>41</sup> ARMAĞAN, Servet: "Memleketimizde İlk Parlamento Seçimleri", *Armağan: Kanun-i Esasi'nin 100. Yılı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, (Memleketimizde Seçimler), s. 149.

<sup>42</sup> KARPAT, Kemal: *Kısa Türkiye Tarihi*, 9. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2019, s. 79-80.

<sup>43</sup> ZÜRCHER, Eric Jan: *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, (Çev.) SANER, Yasemin, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020, s. 99-100.

<sup>44</sup> ARMAĞAN, Servet: "Türkiye'de Parlamento Seçimleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1967, Cilt 33, Sayı 3-4, (Türkiye'de Seçimler), s. 58.

<sup>45</sup> 1877 tarihli ilk parlamento seçimleri, Kanun-i Esasi'de belirtilen usule göre değil "Talimat-ı Muvakkate" isimli bir belgedeki hükümler dairesinde yapılmıştır. Kanun-i Esasi'den daha önce kabul edilen ve onunla farklı hükümler ihtiva eden bu belge, seçim kanunu yapılmaya kadar geçici ihtiyacı karşılamak üzere kaleme alınmıştır. Talimatın 2. maddesine göre mebuslar, vilayet, liva ve kazaların idare meclisleri azaları tarafından seçilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARMAĞAN, *Memleketimizde Seçimler*, s. 153-155.

toplantı ve ilk genel seçimini 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin "Heyet-i Mebusan" başlığını taşıyan hükümleri ve 1877 yılında Meclis-i Mebusan tarafından hazırlanmış ve fakat padişah tarafından onaylanmadığı için yasalaşmamış olan İntihab-ı Mebusan Kanunu'na göre yapmıştır.<sup>46</sup> Kanun-i Esasi'nin anılan maddeleri genel olarak vekil sayısını, vekil seçilebilme yeterliliğini, kimlerin vekil adayı olmayacağı, seçimlerin kaç yılda bir tekrarlanacağı, seçimlerin hangi usuller dairesinde yapılması gerektiğine dair temel esasları ortaya koymuştur.<sup>47</sup> İntihab-ı Mebusan Kanunu'na göre basit çoğunluk usulüne göre yapılacak olan seçimlerde seçmen olabilme hakkı yalnızca erkeklere, vergi verenlere ve başkasının hizmetinde çalışmayanlara tanınmış bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan Kanun, iki dereceli seçim sistemini öngörmektedir: İlk olarak *müntehib-i evvel* adı verilen birinci seçmenler, *müntehib-i sani* adı verilen seçmeni belirleyecektir. Mebuslar ise *müntehib-i saniler* tarafından seçilecektir.<sup>48</sup> Seçim kanununda yer alan bu şartların, dönemin liberal demokratik rejimlerdeki seçmenlik şartlarına benzer nitelikte olması sebebiyle liberal olduğunu söylemek mümkündür. Öte yandan bu şartların seçimleri kadınlara, başkasının hizmetinde çalışanlara ve devlete vergi veremeyecek kadar yoksul olanlara kapatması nedeniyle demokratik nitelikte olduğunu söylemek çok da mümkün değildir.<sup>49</sup>

Seçmenler, adayları tanımadıkları halde kendilerini meşrutiyetin mimarı olarak gördükleri için İttihat ve Terakki Cemiyeti'ne<sup>50</sup> karşı sempati beslemekteydi. Öte yandan eski rejimin çökmesi bir yasa ve düzen eksikliği olması, halkın da desteğini alan Cemiyet'in Abdülhamit üzerinde baskı kurmasına yaramış ve böylece Cemiyet, her ne kadar resmi bir ideolojisi olmasa da lider partisi olarak isimlendirilmiş ve dönemin kontrolünü eline geçirmiştir.<sup>51</sup> İttihat ve Terakki'nin hala bir siyasi parti olmaması seçimde başat rolü oynamasına engel olmamıştır. Nitekim Cemiyet, halk tarafından en çok tutulan, en örgütlü ve daha da önemlisi ordu desteğine sahip tek güçtü.<sup>52</sup> Öte taraftan kendilerine muhalefet edecek başka bir siyasi teşkilat da yoktu. Bu yüzden 1908 seçimleri İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin lehine gözükmekteydi. Seçimlerde, Anayasa'nın 30 yıl aradan sonra geri gelmesi ve meşrutiyetin yeniden ilanının asıl kahramanı olan İttihat ve Terakki Cemiyeti adaylarına oy verilmiştir.<sup>53</sup> Öyle ki Türk olmayan gruplar dahi Osmanlılık fikrinden hareketle İttihatçıların reform programlarını destekler hale gelmişlerdir. İşler tam İttihatçıların açısından yolunda giderken Prens Sabahattin'in Avrupa'dan dönüşü ile ilk gerçek muhalefet partisi olan Osmanlı Ahrar Fırkası kurulmuştur. 1908'in Eylül'ünde kurulan ve merkezileşmiş hükümet yanlısı olan İttihatçıların aksine Ahrar Fırkası, azınlık grupların bağımsızlığını sağlayacak adem-i merkeziyetçiliği savunmaktaydı.<sup>54</sup> Liberaller olarak adlandırılan Ahrar Fırkası'nın yanı sıra oldukça az sayıda bağımsız adayın katıldığı 1908 seçimlerini İttihat ve Terakki Cemiyeti, ezici bir çoğunlukla kazanmıştır. Prens Sabahattin ve yandaşlarından oluşan Ahrar Fırkası ise ancak

<sup>46</sup> DEMİR, Fevzi: "İzmir Sancağı'nda 1912 Meclis-i Mebusan Seçimleri", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 1991, Cilt 1, Sayı 1, (İzmir Sancağı), s. 156.

<sup>47</sup> 1876 tarihli Kanun-i Esasi metni için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/> (E.T.: 17.12.2020).

<sup>48</sup> GÜNEŞ, İhsan: *Türk Parlamento Tarihi Cilt 1*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları, Ankara, 1997, (Parlamento Tarihi), s. 246; DEMİR, *İzmir Sancağı*, s. 157.

<sup>49</sup> KANSU, Aykut: *1908 Devrimi*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995, s. 275.

<sup>50</sup> "Bu devlet nasıl kurtarılabilir?" sorusuna cevap aramak için örgütlenmiş Yeni Osmanlılar, en başından beri ikiye bölünmüş bir haldeydi. Muhalefet ve sürgün döneminde ortaya çıkmış olan bu bölünmüşlüğün bir tarafında liberaller vardı ve belli bir ölçüde adem-i merkeziyetçilikten ve dini, milli azınlıkların kısmen dahi olsa tanınmasından yanaydılar. Öte yanda ise milliyetçiler gitgide daha açık bir biçimde merkezi yönetim ve Türk egemenliği istiyordu. İkinci grubun elindeki araç İttihat ve Terakki Cemiyeti'di. Başlangıçta tahtın arkasında kendisini gizleyen bir güç olan Cemiyet, daha sonraları mutlak bir otorite talep eden pervasız bir taraf haline geldi. Liberaller ise kendi içlerinde çok sayıda gruba bölündüler ve fazla ömürlü olmayan bir dizi parti oluşturdular. Bunların içinde en önemlileri 1908 tarihinde kurulan liberal Ahrar Fırkası ve 1911 tarihli Hürriyet ve İtilaf Fırkası'dır. Ayrıntılı bilgi için bkz. LEWIS, Bernard: *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, (Çev.) TURNA, Boğaç Babür, 11. Baskı, Arkadaş Yayınları, Ankara, 2020, s. 288-290.

<sup>51</sup> AHMAD, s. 53-54.

<sup>52</sup> TANÖR, Bülent: *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 33. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 183.

<sup>53</sup> ARMAĞAN, *Türkiye'de Seçimler*, s. 58-59.

<sup>54</sup> AHMAD, Feroz / RUSTOW, Dankwart: "İkinci Meşrutiyet Döneminde Meclisler: 1908-1918", *Güneydoğu Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 1976, Sayı 4-5, s. 252; LEWIS, s. 289-290.

bir adayını Meclis'e sokabilmiştir. Adayların belirlenmesi ve oy verme işlemleri İttihatçıların yoğun baskısı altında gerçekleşmiştir. Bu durum, seçimlerin İttihat ve Terakki Cemiyeti lehine sonuçlanmasında önemli bir etken olarak görülmektedir.<sup>55</sup> 1908 seçimlerini Türkiye demokrasi tarihi açısından önemli bir dönüm noktası olarak görmek mümkündür. Nitekim bu seçim ile birlikte halk ilk defa seçimlerde etkin bir rol üstlenmiş, birden fazla parti arasında seçim yaparak iradesini ortaya koyabilme fırsatını yakalamış ve modern demokrasi ile böylece tanışmıştır.

1908 seçimlerini halk -tüm sorunları seçimlerin çözeceğine dair inançlarından dolayı- kitlesel olarak coşkuyla karşılamıştır. Fakat seçim sonrası ortaya çıkan siyasal durum, özgürlük ve demokrasi ortamının yeni bir boyut kazanmasına sebep olmuştur. Tüm Osmanlılar için eşitlik ve hürriyet söylemi ile yola çıkan Cemiyet'in, meşrutiyetin ilanından hemen sonra Türkçü tarafını ortaya koyması, kendisinin seçtiği Türk veya Müslüman olmayan mebuslar ile arasının açılmasına sebep olmuş ve meşrutiyetin ilanı ile çözülmesi beklenen sorunlara bir de Cemiyet içi anlaşmazlıklar eklenmiştir.<sup>56</sup> Ayrıca Cemiyet'in devleti gözlerden uzak, on iki kişilik merkez komitesi aracılığıyla yönetmekte ısrarcı olması, halka dayalı bir teşkilat kurmasına engel olduğu gibi ülkede demokrasiden oldukça uzak bir idare şekli ortaya çıkarmıştır.<sup>57</sup> Öte yandan seçimlerden büyük bir hüsrana uğrayan Ahrar Fırkası, Cemiyet'in baskıcı tutumuna gittikçe öfke besleyen bir muhalefete dönüşmüştür. Fakat Cemiyet'in uğraşmak zorunda olduğu tek muhalefet odağı Ahrar Fırkası değildi. Bundan başka ulema ve tarikat şeyhlerinin alt tabakasından oluşan muhafazakâr dinci çevre Cemiyet'in mücadele etmesi gereken diğer bir muhalefet odağı olarak baş göstermişti. Jön Türkler'in Avrupalı politikaları ve laik yaklaşımına karşı gelen bu topluluk gerici isyanın fitilini ateşlemiş ve "Şeriat isteriz!" sloganıyla Türk tarih kayıtlarına "31 Mart Vakası" olarak geçen karşı devrim niteliğindeki ayaklanmayı başlatmıştır.<sup>58</sup> İsyana, İttihatçıların büyük kayıplar vermesine sebep olmuş, hadise üzerine Meclis'teki çoğunluğu elinde bulunduran Cemiyet, başkentten kaçmak zorunda kaldığı için Meclis'teki yeterli sayıyı kaybetmiştir. Ahrar Fırkası ise ilk günden isyanı destekleyerek Cemiyet aleyhtarı bir olaya dönüştürmeye çalışmıştır.<sup>59</sup> Zira Ahrarcılara göre seçim yolu ile sağlanamayan siyasal iktidarın el değiştirmesi ancak böyle bir hukuk dışı eylem ile mümkün olabilecekti. Ancak günlerce süren olaylar Ahrar Fırkası'nın tasarladığı hedefin oldukça uzağına düşmüş ve onlar da yaşanan yenilgiye ortak olarak asilerle birlikte suçlu sandalyesine oturtulmuşlardır.<sup>60</sup>

Gerici isyan, hükümet ve Meclis'te ciddi bir zafiyet yaratmış ve bu boşluk padişahın tekrardan öne çıkmasına yaramıştır. İstibdat Dönemi'nin mimarı olan Abdülhamit'in tekrardan yükselişe geçmesine karşı olan Cemiyet'in Selanik'teki birlikleri, "Hareket Ordusu" adıyla İstanbul'da asayişin yeniden tesis etme üzere askeri müdahalede bulunmuştur. Böylece kontrolü ve iktidarı ele geçiren ordu, partiler üstü bir söylem çizgisi ortaya koyarak ilk iş padişah değişikliği yoluna gitmiş ve meşrutiyet yanlısı Mehmet Reşat'ın tahta geçmesini sağlamıştır.<sup>61</sup>

İsyanın bastırılmasından itibaren 1912 yılına kadar ordu ve başkomutanı Mahmut Şevket Paşa, iktidarı ele geçirerek hukukun da üstünde yer aldı. Halka dayalı bir teşkilat olmaktan uzak ve resmi bir ideolojisi olmayan Cemiyet ise 31 Mart Vakası üzerine tam anlamıyla dağıldı.<sup>62</sup> Kuşkusuz, ordunun yönetimi ele geçirmesi sadece Cemiyet'in değil, aynı zamanda ayaklanmanın Cemiyet aleyhtarı bir hal alması için çaba harcayan Ahrar Fırkası'nın da derin bir yara almasına sebep oldu. Nitekim Mahmut Şevket Paşa kontrolü ele geçirdikten hemen sonra, ayaklanmaya karışanların cezalandırılması amacıyla-

<sup>55</sup> TANÖR, s. 183.

<sup>56</sup> TANÖR, s. 183; DEMİR, *İzmir Sancağı*, s. 157.

<sup>57</sup> KARPAT, s. 86.

<sup>58</sup> ZÜRCHER, s. 121-122; LEWIS, s. 292.

<sup>59</sup> ZÜRCHER, s. 123.

<sup>60</sup> TUNAYA, Tarık Zafer: *Türkiye'de Siyasal Partiler Cilt 1*, 3. Baskı, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988, (Cilt 1), s. 148.

<sup>61</sup> TANÖR, s. 189-190.

<sup>62</sup> ZÜRCHER, s. 125.

la Divan-ı Harp meclislerinin kurulması için talimat vermiş; İttihat ve Terakki Cemiyeti ayaklanmadan asıl sorumlu olanların Ahrar Fırkası mebusları olduğunu iddia ederek bunların Divan-ı Harp Meclisi'nde yargılanmaları için yoğun bir çaba içerisine girmişlerdir. Ahrar Fırkası mensupları, kendilerini bekleyen sonun gelmesinden endişe ederek teker teker İstanbul'u terk etmiş, kalan birkaç mebus ise kendilerini temize çıkarmak için mücadele etmek zorunda kalmış, neticede ortada aslında Ahrar Fırkası diye bir şey kalmamıştı.<sup>63</sup>

## B. 1912 Seçimleri: Demokratik Seçim İlkelerinin Açık İhlali

31 Mart Vakası'nın İttihat ve Terakki Cemiyeti'ni huzursuz ettiği ve bazı yaralar almasına sebep olduğu kuşkusuzdur. Fakat Cemiyet, bu durumu kendisi açısından bir fırsata çevirerek en önemli muhalefet odağı olan Ahrar Fırkası'nı yok etmek için ayaklanmayı kullanmaktan geri kalmamış, hatta başarılı da olmuştur. Ahrar Fırkası'nın dağılmasıyla muhalefet sindirilmiş fakat ortadan tamamen kalkmamıştır. Cemiyet'in baskıcı yöntemleri, Cemiyet içi fikir ayrılıkları ve hükümetin başarısızlıkları, Cemiyet'in saygınlığını kaybetmesine yol açmış ve bu sayede muhalefet tekrardan can bulmuştur. Öte yandan İtalya'nın savaş ilan edip Afrika'daki son Osmanlı kalesi olan Trablusgarp'ı işgal etmesi, Hakkı Paşa'nın istifasına ve yerine Sait Paşa'nın sadaret makamına geçmesine sebep olmuş; bu durum halk arasında memnuniyetsizlikle karşılanmıştır.<sup>64</sup> Özetle Cemiyet'in, dağılmanın adeta eşliğinde olan imparatorluğun meşrutiyetle birlikte artan ve kronikleşmiş iç ve dış sorunlarına bir türlü çözüm üretememesi, özgürlük ve demokrasiyi ülkenin kurtuluşu için salt birer araç olarak görmesinden kaynaklanan tekelci ve Jakoben tutumu muhalefet cephesinin hızla şekillenmesine sebep olmuştur.<sup>65</sup> Tüm bu hadiseler neticesinde basın cephesinde entelektüel muhalifler, Meclis cephesinde ise Cemiyet'ten kopan mebuslar yavaş yavaş hatırı sayılır bir kitle oluşturarak partileşmeye başlamışlardır. Meclis içi partileşmenin en önemlisi ise 21 Kasım 1911'de kurulan, esasen İttihatçıların çeteciliğini ve komitacılığını önlemek ve iktidar tekelini kırmak amacına sahip olan Hürriyet ve İtilaf Fırkası olmuştur.<sup>66</sup> Böylece demokratik rejimlerin onsuz olmaz koşulu olan muhalefet partisi doğmuş ve çoğulculuk teorik olarak artık mümkün hale gelebilmiştir.

*Ali Birinci*'nin "İttihat ve Terakki'ye karşı çıkanlar" olarak nitelendirdiği Hürriyet ve İtilaf Fırkası, gayri mütecanis bir yapıdaydı. Başka bir ifadeyle bu parti, ideolojisi ne olursa olsun, İttihat ve Terakki Cemiyeti'ne karşı olan neredeyse tüm grup, parti ve bireylerin bir araya gelmesinden oluşmaktaydı.<sup>67</sup> *Tunaya*'nın dikkat çekici tarifıyla Hürriyet ve İtilaf Fırkası "*Yönetime günden güne egemenliğini kormakta olan İttihat ve Terakki'nin karşısındaki muhalefet ırmaklarının döküldüğü bir göldür.*"<sup>68</sup> İtilafçıların bu heterojen yapısı, partinin kısa vadede etkili olmasının önüne geçememiştir. Öyle ki henüz kurulmuş olan bu parti, İstanbul mebusu Rıfat Paşa'nın Paris Büyükelçiliğine atanması üzerine 1911 yılında yapılan ara seçimleri bir oy farkla kazanmıştır.<sup>69</sup> Bu durum İtilafçıları sevindirdiği kadar, İttihatçıları büyük bir panik havasına sürüklemiştir. Zira özgürlük ve eşitlik söylemiyle yola çıkan İttihatçılar zamanla zora dayanan bir egemenlik haline gelmiş ve halkın istencini yansıtan bu sonucu hazmedememişlerdir. 1911 seçimleri, meşrutiyetin getirdiği liberal havayı dağıtması ve akışı değiştirmesi bakımından oldukça önemlidir. Zira bu tarihten sonra iktidar ve muhalefetin katılacağı tüm seçimler, parlamenter bir siyasal yarışma olmanın çok uzağında, adeta bir zorbalık havasına bürünecektir.<sup>70</sup>

<sup>63</sup> KALUÇ, Şenol: "Osmanlı Ahrar Fırkası'nın Kuruluşu, Faaliyetleri ve Sonu", *Liberte Düşünce Dergisi*, 2009, Sayı 54, s. 219-220.

<sup>64</sup> ZÜRCHER, s. 128.

<sup>65</sup> DEMİR, Fevzi: *Osmanlı Devleti'nde II. Meşrutiyet Dönemi Meclis-i Mebusan Seçimleri 1908-1914*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007, (Mebusan Seçimleri), s. 164-165.

<sup>66</sup> TANÖR, s. 198-199; TUNAYA, *Cilt 1*, s. 268.

<sup>67</sup> LEWIS, s. 300.

<sup>68</sup> TUNAYA, *Cilt 1*, s. 264-265.

<sup>69</sup> OLGUN, Kenan: "Osmanlı Mebusanı'nda Ara Seçimler (1908-1912 Dönemi)", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 2012, Cilt 28, Sayı 82, (Ara Seçimler), s. 10.

<sup>70</sup> KARAMUSTAFAOĞLU, s. 105.



Gittikçe büyüyen muhalefetin karşısında Cemiyet, 1911 seçim sonuçlarından pay biçerek vakit harcamadan duruma müdahale etmesi gerektiğine karar verdi. Aksi halde 1908'den beri yegâne silahı olan Meclis üzerindeki hâkimiyetini kaybetmesi artık an meselesiydi. Zira yeni kurulmuş olan bir partinin, Cemiyet'in oldukça güçlü olduğu düşünülen başkentte seçimi kazanması, Fırka'nın örgütlenmesini tamamlaması halinde gireceği ilk genel seçimde iktidara gelme ihtimalini kuvvetlendirmektedir.<sup>71</sup> Bu ihtimali göze alamayan Cemiyet, demokrasinin olmazsa olmaz koşullarını ayaklar altına alma pahasına Meclis'in feshini kurgulamaya başladı. Fakat büyük bir titizlikle tezgâhlanmış olan bu planı fiiliyata geçirmek o kadar da kolay bir iş değildi. Zira Kanun-i Esasi'nin 35. maddesi buna büyük bir engeldi ve öncelikle bu maddenin değiştirilmesi gerekiyordu. 1876 Kanun-i Esasi'sinin anılan maddesi hükümet ile Meclis arasındaki bir anlaşmazlıkta hükümetin kararında ısrar etmesi ve Meclis'in bu kararı reddetmesi halinde padişahın Meclis'i feshedebileceğini öngörüyordu.<sup>72</sup> 1909 yılında yapılan değişiklik ile madde şu şekilde değiştirildi:

*“Hükümet ile meclis arasında bir anlaşmazlık çıktığında hükümet kendi görüşlerinde direnir, meclis ise iki defa üst üste bu görüşü reddederse, hükümet ya meclisin kararını kabul etmek ya da istifa etmek zorundadır. İstifa ettikleri takdirde, yeni hükümet bir öncekinin görüşünde direnir ve meclis yine buna karşı çıkarsa, padişah Heyet-i Ayanın onayını almak ve üç ay içerisinde seçim yapmak şartıyla meclisin feshine karar verebilir”.*

Bu değişiklik ile yürütmenin asıl silahı olan fesih hakkı kısıtlandı ve parlamenter sistemin bir gereği olarak fesih yetkisi padişahın tek başına kullanamayacağı bir yetkiye dönüştü.<sup>73</sup>

Cemiyet'in kendi eseri olan 1909 değişikliklerinin öngördüğü fesih mekanizmasının, 1876'daki biçimine geri döndürülmesi için Cemiyet kollarını sıvadı ve Sadrazam Mehmet Sait Paşa'ya bir Anayasa değişikliği önergesi (m. 7, 35) verdirdi. Fakat bu teşebbüs, Hürriyet ve İtilaf Fırkası tarafından doğal olarak pek hoş karşılanılmayarak *irtica-i siyaset* ve *Meşrutiyet-şikename* olarak görüldü.<sup>74</sup> Böylece muhalefet, toplantı yeter sayısına ulaşılmasını önlemek amacıyla *tıkac* veya *obstrüksiyon*<sup>75</sup> adı verilen bir yönetime başvurarak oylamaya katılmadı. Fakat Cemiyet'in vazgeçmeye hiç niyeti yoktu ve nihayet Meclis'in toplanmamasını iki kere üst üste “ret kararı” saydı ve İttihatçılar bu engeli de bertaraf etmeyi başardı.<sup>76</sup> Artık Kanun-i Esasi değişikliği önergesi Meclis'te görüşülebilirdi. On gün süren şiddetli tartışmaların neticesinde değişiklik için gerekli olan üçte ikilik çoğunluk elde edilememiş, güvensizlik olarak değerlendirilen muhalefetin tutumu üzerine Meclis feshedilmiştir.<sup>77</sup> Burada asıl dikkat çekici olan husus, İttihatçıların Meclis'in feshini tadilini istedikleri 35. maddeye dayanarak gerçekleştirilmesidir. Sonuç olarak İttihatçılar, hukuku araç kılarak kaybetmekten korktukları egemenliği zora dayalı yöntemlerle pekiştirmek için uygun zemini hazırlamış oldular.

18 Ocak 1912 tarihinde Meclis'in feshedilmesi üzerine yapılacak olan seçimlerde 1876 tarihli Kanun-i Esasi, 1908'de yasalaşan İntihab-ı Mebusan Kanunu ve Seçim Kanununun Tatbikine Dair Talimat uygulanmıştır. Kanun-i Esasi'nin seçimler ile ilgili olan 65. maddesi her 50.000 erkek nüfusa bir mebusun düşeceğine, 66. maddesi seçimlerin gizli yapılacağına, 67. maddesi mebusluk ve hükümet memuriyetinin tek bir kişide birleşmeyeceğine, 68. maddesi kimlerin mebus seçilemeyeceğine, 72.

<sup>71</sup> DEMİR, *Mebusan Seçimleri*, s. 172.

<sup>72</sup> OKUR, Mehmet: “II. Meşrutiyet Dönemi Siyasi Partileri”, *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, 1999, Sayı 11, s. 237.

<sup>73</sup> TANÖR, s. 195.

<sup>74</sup> BİRİNCİ, Ali: *Hürriyet ve İtilaf Fırkası*, 2. Baskı, Dergah Yayınları, İstanbul, 2012, s. 115.

<sup>75</sup> Dr. Rıza Nur durumu şöyle anlatır: “... Benim aklıma bir çare gelmişti. O da Avrupa meclislerinde tatbik edilen ve obstrüksiyon denilen şeydi, fakat bu şimdiye kadar bizde ne tatbik edilmiş ne de kimsenin bildiği bir şeydi. Hemen Meclis'in kütüphanesine koştum ve orada mevcut Fransız Grande Encyclopedie'si namındaki muhit-il maarifin bu bahsini mütalaa ettim. İkdam gazetesi kütüphanesinde bu bahse dair bir iki eser buldum. Bu tetkikat neticesinde bizim için yegane halas çaresinin bunda olduğunu gördüm. Tıkac veya insidad-ı müzakere diye tercüme ettim”. Ayrıntılı bilgi için bkz. TUNAYA, *Cilt 1*, s. 276.

<sup>76</sup> TANÖR, s. 199-200.

<sup>77</sup> OKUR, s. 237.

maddesi ise seçimlerin dört yılda bir yapılacağına dair temel esaslar niteliğinde düzenlemeler getirmiştir.<sup>78</sup> Seçimlerin nasıl yapılacağına dair daha özel hükümler ise İntihab-ı Mebusan Kanunu'nda yer almaktaydı. Kanun'a göre kaza belediye reisi, muhtarlar, imam, haham ve papazların sorumluluğunda *defatir-i esasi* adı verilen seçmen listesinin oluşturulması gerekiyordu. Seçmen listesine yirmi beş yaşını bitirmiş olan, iflas durumunda olmayan, medeni haklardan mahrum olmayan, *devlete az çok vergi veren*<sup>79</sup> Osmanlı uyruklarından erkekler kaydedilebilecekti. *Heyet-i Teftişîye*<sup>80</sup> tarafından gönderilen bir görevli başkanlığında imam, papaz ve iki nahiye meclisi üyesinden oluşan sandık kurulu ise oy verilmesi ve sayımını denetleyecekti. *Müntehib-i evveller* üç yüz beş yüz kişilik gruplar halinde belirlenen yerde ve zamanda oy vereceklerdi. Belirlenen *müntehib-i sani* sayısı kadar aday isimlerin yazıldığı pusulalarla sandık başına gelen seçmenler, oylarını kullanacaktı. Kazanan *müntehib-i saniler* ise kaza merkezlerinde belirlenen yerde mebusları seçmek üzere oy vereceklerdi.<sup>81</sup> Öte yandan İntihab-ı Mebusan Kanunu, seçimlerin kaza ve nahiye merkezlerinde yapılmasını öngörmüştü. Devletin pek çok yerinde henüz nahiye merkezlerinin kurulmamış olması nedeniyle hükümet, Seçim Kanununun Tatbikine Dair Talimat yayınlayarak Kanun'daki bu eksikliğin giderilmesi yoluna gitti.<sup>82</sup> Fakat dönemin seçim kanununda yer alan bu belirsizlik ve boşluklar birçok sorunun baş göstermesine sebep olmuş, Cemiyet iktidarda olmanın avantajlarını kullanarak bu boşluk ve belirsizlikleri kendi yararına kullanmış ve seçim çevrelerini partizan amaçlarla düzenlemiştir.

1912 baharında kendine özgü koşullara sahip olan yeni bir seçim dönemine girildi. Seçimlere İttihat ve Terakki Cemiyeti ile adeta bir muhalefet partileri koalisyonu haline gelen Hürriyet ve İtilaf Fırkası katıldı.<sup>83</sup> Bu dönemde, bir taraftan Osmanlı-İtalya savaşı, diğer taraftan 31 Mart Vakası nedeniyle ilan edilen sıkıyönetimin hala devam ediyor olması halkı yeterince huzursuz etmekteydi. Bir de buna İttihatçı-İtilafçı cepheleşmesinin eklenmesi ülkeyi derin bir açmaza sürüklemiş ve ülkede tam anlamıyla kaotik bir ortam baş göstermiştir. Nitekim bu dönemde iktidar ve muhalefet, sahip oldukları tüm olanakları seçim meydanlarına sürmekten geri kalmıyor, birbirlerinin mebus adaylarına sözlü, yazılı ve hatta filli saldırılarda bulunmayı meşru kabul ediyorlardı.<sup>84</sup> Bu dönemde İtilafçılar, geleneksel doğu toplumlarını aksiyona sürüklemeye yönelik en etkili araç olan dini kullanarak Jönler olarak adlandırdıkları İttihatçıların halkı dinsizleştireceklerini iddia ediyorlardı.<sup>85</sup> Öyle ki İtilafçıların seçim propagandası olarak işlediği en ilginç tema, Kanun-i Esasi değişikliği ile ilgili olandır. İttihat ve Terakki'nin Meclis'e değiştirilmesi teklifiyle getirdiği 7. ve 35. maddeleri İtilafçılar halka şu şekilde anlatmışlardır: "(...) 35. madde nedir bilir misiniz? 35. madde demek oruçla namaz demektir. Oruç otuz gün, namaz da beş vakit, etti 35. madde!"<sup>86</sup> Fakat bürokrasi desteğine ve güçlü bir örgütlenmeye sahip Cemiyet, muhalefetin tüm seçim çalışmalarını etkisiz hale getirmek için türlü türlü yöntemlere başvurmuş, özellikle İtilafçı basına karşı adeta savaş başlatmıştır. İtilafçı gazeteler "zihinleri karıştırıcı yayın yapmaları" gerekçesiyle birbiri ardına kapatılmış; muhalefetin seçim broşürleri ve bildirileri ise "yıkıcı ve zararlı" bulunarak Divan-ı Harb-i Örfi kararıyla toplattırılmıştır.<sup>87</sup> Öte yandan Cemiyet,

<sup>78</sup> ERASLAN, Cezmi / OLGUN, Kenan: *Osmanlı Devleti'nde Meşrutiyet ve Parlamento*, 3F Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 70-71.

<sup>79</sup> Bu şart o zaman bile eleştirilmiştir. Esasiye Hukuku Hocası Celaleddin Arif Bey şöyle demektedir: "... fakat fikrimizce bu selahiyeti yalnız vergi verenlere hasrettirmemelidir. Böyle bir vazifei mühimmenin yalnız vergi verenlere inhisar ettirilmesi caiz midir?". Bkz. ARMAĞAN, *Türkiye'de Seçimler*, s. 60.

<sup>80</sup> Belediye reisinin başkanlığında, belediye meclis üyeleri arasından seçilenlerden oluşan Heyet-i Teftişîye, kazada seçim işlemlerini yürütmek ve denetlemekle görevlidir. Bkz. AKSOY, Volkan: "Yeni Bilgi ve Belgeler Işığında Trabzon'da 1912 Seçimleri", *Karadeniz İncelemeleri Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 23, s. 165.

<sup>81</sup> DEMİR, *İzmir Sancağı*, s. 164.

<sup>82</sup> ERASLAN / OLGUN, s. 72.

<sup>83</sup> Osmanlı Demokrat Fırkası, Mutedil Hürriyetperveran Fırkası ve Ahali Fırkası Hürriyet ve İtilaf Fırkasının listesinden seçime katılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BİRİNCİ, s. 47-49.

<sup>84</sup> GÜNEŞ, İhsan: "1912 Seçimleri ve Eskişehir'de Meydana Gelen Olaylar", *Belleten*, 1992, Cilt 56, Sayı 216, (1912 Seçimleri ve Eskişehir), s. 469.

<sup>85</sup> ERASLAN / OLGUN, s. 106-107; GÜNEŞ, *1912 Seçimleri ve Eskişehir*, s. 471-472.

<sup>86</sup> TUNAYA, Tarık Zafer: *Türkiye'de Siyasal Partiler Cilt 3, 4*, Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009, s. 494.

<sup>87</sup> DEMİR, *Mebusan Seçimleri*, s. 267.

iktidarda olmanın avantajlarını kullanarak seçim kararı alındıktan hemen sonra kabinede bir dizi değişiklikler yapmış, geçici kanunlar çıkararak muhalefeti olabildiğince engellemiş ve hatta seçim öncesi idari kadrolarda değişiklikler yaparak bazı sancakların kaymakamlarını dahi değiştirmişlerdir.<sup>88</sup> Özellikle Trabzon valisinin İttihatçılara seçimi kazandırma vaadiyle atanmış olması bu bağlamda oldukça dikkat çekicidir. Nitekim atanan vali adeta bir partizan gibi hareket ederek seçim sandıklarının başına oturmuş ve İttihatçı adayların seçilmesine yönelik seçmenler üzerinde baskı kurmuştur. Yine Giresun'da kaymakam ve komiserin bir grup İttihatçı ile bir araya gelerek halkı tehdit ve darp etmeleri ve benzer hadiselerin Ordu ve Gümüşhane'de de yaşanması, devlet görevlilerinin seçime açık müdahalesinin somut örneklerindedir.<sup>89</sup> Askerler de yine benzer bir biçimde Cemiyet lehine seçimlere müdahale etmiş; tüm şikâyetlere rağmen bu tutumlarına engel olunamamıştır. Diğer taraftan Cemiyet'in başkaları adına ve kendi menfaatine oy kullanması, seçim yolsuzluklarını ayyuka çıkartan en çarpıcı hadiselerden olmuştur.<sup>90</sup> Özetle söylemek gerekirse, bu seçimlerde halkın istenci yok sayılarak demokratik seçimlerin en önemli parametrelerinden biri olan katılımçılık vasfı geri plana itilmiş ve dönemin demokratik rejim söylemi, zora dayalı egemenlik anlayışının salt biçimsel bir sembolü haline gelmiştir.

Bir diğer dikkat çekici hadise ise seçimler esnasında alınan güvenlik önlemlerine ilişkindir. Seçimler sırasında iktidar ve muhalefet cepheleşmesinin şiddeti, seçim güvenliğine daha fazla önem verilmesi gerekliliğini beraberinde getirmiş fakat tek yanlı bir biçimde alınan bu önlemler, İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin daha geniş bir açılım sağlamasına yönelik olmuş ve iktidara hizmet etmiştir.<sup>91</sup> Böylece Hürriyet ve İtilaf Fırkası sadece Cemiyet'e karşı değil, bütün devlet teşkilatına karşı seçim mücadelesini eşit olmayan koşullarda yürütmek zorunda kalmıştır.<sup>92</sup>

Seçimlerin sonuçlarına o güne kadar görülmemiş itirazlar yapılmıştır. Hükümet, şikâyet konusu hadiseleri araştıracağı yerde geçiştirerek üstü kapalı bir biçimde bu itirazları incelemeyi reddetmiştir.<sup>93</sup> Böylece seçim öncesi, seçim sırası ve seçim sonrasında yaşanan uygunsuzluklar giderilmediği gibi bu seçimlerin hukuka uygun olup olmadığının denetimi de sağlanamamıştır. Zira şikâyetler, Cemiyet'in elinde olan Meclis tarafından incelenmiş ve bu incelemeye Meclis'in siyasi tercihleri karışmıştır. Her ne kadar bu şikâyetler sonuçsuz kalmış olsa da seçimlerin nasıl bir ortamda gerçekleştiğini anlamak bakımından dikkate değer niteliktedir.

Bu seçimler, İttihat ve Terakki'nin bir yöntem veya araç olarak hukukun yanında şiddet unsurunu kullanması açısından oldukça önemlidir. Hürriyet ve İtilaf Fırkası mebus adayı olan Rıza Tevfik'in seçim bölgesi Gümölcine'de İttihatçılar tarafından dövülmesi, bu seçimlerin Türk siyasi hayatında "sopalı ve dayaklı seçimler" olarak adlandırılmasına neden olan ilk hadisedir. Diğer taraftan sadece mebus adayları değil aynı zamanda seçmen de bu durumdan nasibini almıştır. Zira yeni tanıştıkları bir kavram olan seçime karşı halk tecrübesizdi ve henüz seçim olgunluğuna erişememiş toplumu her türlü vasıta ile birbirine karşı kıskırtmak çok da zor değildi. Nitekim İttihat ve Terakki'nin milliyetçi ve Türkçü bir program izlemesi, Türk ve Müslüman olmayan unsurların İtilafçıların etrafında toplanmalarına ve cepheleşmelerine sebep olmuş, bu iki cephe arasında uzlaşma ise artık imkânsız bir hal almış ve toplumsal olaylar baş göstermiştir.<sup>94</sup> Sonuç olarak kendine özgü özellik ve dinamikleri göz önünde bulundurulduğunda 1912 seçimlerinin serbest ve dürüst bir ortamda gerçekleşmediği kuşkusuzdur.

<sup>88</sup> OLGUN, Kenan: "II. Meşrutiyet Dönemi Seçim Sistemi ve 1912 Seçimlerinde İzmit Sancağında Uygulanışı", *Istanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi*, 2004, Sayı 39, (İzmit Sancağı), s. 152.

<sup>89</sup> EMİROĞLU, Kudret: "Trabzon'da Sopalı Seçimler", *Tarih ve Toplum*, 1992, Cilt 17, Sayı 97, s. 44.

<sup>90</sup> BİRİNCİ, s. 164-165.

<sup>91</sup> GÜNEŞ, *Parlamento Tarihi*, s. 261.

<sup>92</sup> BİRİNCİ, s. 154.

<sup>93</sup> GÜNEŞ, *Parlamento Tarihi*, s. 262.

<sup>94</sup> ARMAĞAN, *Türkiye'de Seçimler*, s. 62.

İttihatçıların yoğun baskısı altında gerçekleştirilen bu seçimlerin neticesinde 264 İttihatçı mebus Meclis'e girerken, muhalefet sadece 6 sandalyede kalabilmiştir.<sup>95</sup> Cemiyet Meclis'in ezici çoğunluğunu elinde bulundurmasına rağmen iktidar olmuş, fakat Meclis dışı güçlerin etkisinde kaldığı için muktedir olamamıştır.<sup>96</sup> Meşrutiyetin en çok suçlanan ve kanunsuz sayılan 1912 seçimlerinde sosyal ve ekonomik koşullar seçme ve seçilme hakkını kısmakla beraber seçimlerin genelliğini de daraltmıştır. Zira iki dereceli gerçekleştirilen bu seçimde halk seçimlerde aktif bir rol oynayamamış, seçme ve seçilme hakkı yalnızca erkeklere tanınarak kadınlar sistem dışına itilmiştir.

Kısıtlı oyun bir türü olan kadınlara o y hakkının tanınmaması, 20. yüzyılın yarısına değin pek çok batı ülkesinde uygulanmış olan ve siyasetin salt erkeklere özgü bir eylem sayılmasından kaynaklanan zihniyetin bir ürünüdür. Günümüzde artık hiçbir değeri kalmamış bu antidemokratik uygulama ABD'de 1918 yılında, Fransa'da De Gaulle'nin girişimleriyle 1944 yılında, İsviçre'de ise 1977 yılında terkedilmiştir.<sup>97</sup> Bu mukayeseden sonra, dönemin iç ve dış dinamikleri bir arada değerlendirildiğinde demokratik anlayış ve kurumlarla henüz tanışmış ve ataerkil bir yapıya sahip olan Osmanlı'nın kadınlara oy hakkı tanınmasını beklemek, dönemin realitesini görmezden gelen eksik incelemenin bir ürünü olacaktır. Öte taraftan seçme hakkına sahip olabilmek için "devlete az çok vergi vermek" şartı dönemin seçim yasasında yer almış ve Meclis'te tartışma konusu haline gelmiş servete bağlı kısıtlı oy uygulamasının bir başka türüdür. Varlıklı sınıfların seçme ve seçilmeyi kendi tekellerinde kabul etmelerinden kaynaklanan bu uygulamanın en tipik olanları ABD'de 1964 yılına değin uygulanan "Polltax" sistemidir. Asıl amacı siyahilerin seçmen olabilmesini engellemek olan bu sisteme göre bazı eyaletlerde oy kullanabilmek, 1 ila 5 dolar arası vergi ödemeye bağlanmıştır.<sup>98</sup> Servet sahibi olmayanların yöneticileri seçmemesi gerektiği anlayışına dayanan ve ekonomik gücün aynı zamanda siyasi gücü de beraberinde getirdiği fikrine sahip olan bu antidemokratik uygulama bazı belirsizlikleri beraberinde getirmiş ve uygulayıcılar üzerinde kararsızlık yaratmıştır. Nitekim ne Kanun-i Esasi'de ne de dönemin seçim yasasında bu verginin adı açıkça belirtilmiştir.<sup>99</sup> Kısıtlı oyun en eski türü olan servete bağlı oy uygulaması I. ve II. Meşrutiyet Dönemleri'nde devam etmiş, seçim kanunlarında 1924 yılında yapılan değişiklikle birlikte servete bağlı oy uygulaması kaldırılarak erkek seçmen çerçevesi önemli ölçüde genişletilmiştir.<sup>100</sup> Ardından kadınlara da seçme hakkının tanınması ile Türkiye'de genel oy ilkesinin tümüyle yerleşmesi 1934 yılını bulmuştur. Böylece oy hakkının kapsamı genişletilerek seçim işlemlerinin katılımcı vasfı artırılmış ve seçimler daha demokratik bir içeriğe kavuşmuştur.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Halkın egemenliği anlayışına dayanan ve en meşru yönetim biçimi olarak kabul edilen demokrasi süreç içerisinde tedrici bir gelişim göstermiş; demokrasinin en ideal şekli olan doğrudan demokrasinin günümüz koşullarında uygulama imkânının bulunmaması, temsil mekanizmasını pratik bir zorunluluk haline getirmiştir. Teokratik ve monarşik bir yapıya sahip olan Osmanlı'nın temsil mekanizmasını işletmek suretiyle seçimler ile tanışması ve halkın bu sürece etkin bir biçimde dâhil olması ise II. Meşrutiyet'in ilanından hemen sonra olmuştur. 1908 yılında gerçekleştirilen ilk genel seçimler İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin mutlak zaferiyle nihayete ermiş, muhalefet ise ancak tek bir adayını Meclis'e sokabilmiştir. Seçim sonrası Meclis'teki ezici çoğunluğu elinde bulunduran Cemiyet, muhalefet odaklarından çıkacak tek bir sese dahi tahammül edemez olmuş ve bir sonraki seçimde mutlak iktidarını kaybetme korkusuyla her türlü yonteme başvurmaktan geri kalmamıştır. Bilhassa iktidar tekeli kır-

<sup>95</sup> TANÖR, s. 200.

<sup>96</sup> OLGUN, Kenan: "Türkiye'de Cumhuriyetin İlanından 1950'ye Genel Seçim Uygulamaları", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 79, (Genel Seçim Uygulamaları), s. 7.

<sup>97</sup> TEZİÇ, s. 244; DEMİREL, s. 58-59.

<sup>98</sup> TEZİÇ, s. 243; DEMİREL, s. 57.

<sup>99</sup> GÜNEŞ, *Parlamento Tarihi*, s. 251.

<sup>100</sup> GÜVEYİ, s. 40.

mak amacıyla kurulmuş olan Hürriyet ve İtilaf Fırkası'nın 1911 ara seçimlerinde kazandığı zafer, Cemiyet'in antidemokratik eylem planını devreye sokmasında muharrik güce sahip olmuştur. Demokrasilerin "seçimle gelen seçimle gider" düsturunu içselleştiremeyen ve henüz seçim olgunluğuna erişememiş olan Cemiyet, mutlak iktidarını pekiştirmek için Meclis'in feshini kurgulayıp hayata geçirmiş, iktidarı elinde bulundurmanın avantajlarını kullanarak geçici kanunlar çıkartıp kilit idari kadrolarda bir takım değişiklikler yapmış, dönemin anayasası ve seçim kanunlarında koruma altına alınmış olan siyasal hak ve özgürlüklere oldukça sert sınırlandırmalar getirmiş ve 1912 seçimleri için kendisi lehine uygun zemini yaratmıştır. Demokrasi, özgürlük ve eşitlik söylemleriyle yola çıkan Cemiyet'in süreç içerisinde programını değiştirerek tekelci ve Jakoben bir tutum izlemesi, gerektiğinde demokratik olan tüm mekanizmalar ile temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırması ve tüm bunları yaparken "ülkenin çıkarlarını" öne sürerek eylemlerini haklı ve meşru göstermesi yeni bir istibdat döneminin habercisi olmuştur. Öte yandan Cemiyet'in Osmanlılık fikrini bir araç olarak kullanarak Türkçülük üzerine bir aksiyon izlemesi etnik, dinsel ve dilsel anlamda heterojen bir yapıya sahip olan Osmanlı toplumunun kendi içerisinde cepheleşmesine sebep olmuştur. Böylece seçim öncesi süreç fesada uğratılmış gerek muhalefetin mebus adaylarına gerekse seçmene yönelen baskıcı ve zora dayalı uygulamalar 1912 seçimlerinde ayyuka çıkmış ve "dayaklı ve sopalı seçimler" in demokrasi tarihindeki yerini almasına sebep olmuştur.

İktidarın bir yöntem olarak şiddet unsurunu kullanması bakımından oldukça dikkat çekici olan bu seçimlerin baskıdan uzak, özgürlükçü ve demokratik bir ortamda gerçekleştiğini söylemek oldukça güçtür. Zira Cemiyet, seçmenin sandık başında adil ve özgür bir biçimde oy kullanma hakkını gerek hukuki gerekse fiziki anlamda temin edememiş; seçmenin düşünce, kanaat özgürlüğü ile ifade özgürlüğünü kısıtlamıştır. Öte yandan muhalefetin eşit şartlarda siyasi faaliyette bulunma hakkı elinden alınmış, Anayasa tarafından koruma altına alınan toplantı yapma özgürlüğü fiilen kullandırılmamış ve muhalefet yanlısı basın susturulmuştur. Seçim kapsamında ortaya çıkan uygunsuzluklar giderilmediği gibi seçim uyuşmazlıkları adil ve objektif bir şekilde çözümlenmemiştir. Özetle Cemiyet, muhalefetin hukuka dayalı iktidar olmasını engellemek amacıyla oy hakkını zedeleyici her türlü yola başvurmaktan geri kalmamıştır. Halkın özgür ve serbest rızasından yoksun olan bu seçimlerin meşruiyeti günümüzde dahi enine boyuna tartışılmaktadır. Zira Türk siyasal hayatında etki derecesi oldukça yüksek olan bu seçimler, "ülkenin siyasal bütünlüğü ve üstün çıkarları" söz konusu olduğunda ve "gerektiğinde" demokratik yöntemlerden vazgeçmeyi meşru kabul eden ve haklılaştıran kötü bir örnek olarak varlığını sürdürmektedir.

**KAYNAKÇA**

- AHMAD, Feroz / RUSTOW, Dankwart: “İkinci Meşrutiyet Döneminde Meclisler: 1908-1918”, *Güneydoğu Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 1976, Sayı 4-5, s. 245-284.
- AHMAD, Feroz: *Bir Kimlik Peşinde Türkiye*, (Çev.) KARADELİ, Sedat Cem, 6. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019.
- AKSOY, Volkan: “Yeni Bilgi ve Belgeler Işığında Trabzon’da 1912 Seçimleri”, *Karadeniz İncelemeleri Dergisi*, 2017, Cilt 12, Sayı 23, s. 163-196.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Temsili Demokrasinin ‘Seçim’ Ayağı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Sayı 60, s. 71-96.
- ARMAĞAN, Servet: “Memleketimizde İlk Parlamento Seçimleri”, *Armağan: Kanun-i Esasi’nin 100. Yılı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978 (Memleketimizde Seçimler).
- ARMAĞAN, Servet: “Türkiye’de Parlamento Seçimleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1967, Cilt 33, Sayı 3-4, s. 45-100 (Türkiye’de Seçimler).
- BİRİNCİ, Ali: *Hürriyet ve İtilaf Fırkası*, 2. Baskı, Dergah Yayınları, İstanbul, 2012.
- DEMİR, Fevzi: “İzmir Sancağı’nda 1912 Meclis-i Mebusan Seçimleri”, *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 1991, Cilt 1, Sayı 1, s. 155-182 (İzmir Sancağı).
- DEMİR, Fevzi: *Osmanlı Devleti’nde II. Meşrutiyet Dönemi Meclis-i Mebusan Seçimleri 1908-1914*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007 (Mebusan Seçimleri).
- DEMİREL, Duygu: “Oy Deyip Geçmeyin”, *Hukuk Gündemi*, 2007, Sayı 8, s. 57-61.
- EMİROĞLU, Kudret: “Trabzon’da Sopalı Seçimler”, *Tarih ve Toplum*, 1992, Cilt 17, Sayı 97, s. 41-46.
- ERASLAN, Cezmi / OLGUN, Kenan: *Osmanlı Devleti’nde Meşrutiyet ve Parlamento*, 3F Yayınevi, İstanbul, 2006.
- GÜNEŞ, İhsan: “1912 Seçimleri ve Eskişehir’de Meydana Gelen Olaylar”, *Belleten*, 1992, Cilt 56, Sayı 216, s. 459-482 (1912 Seçimleri ve Eskişehir).
- GÜNEŞ, İhsan: *Türk Parlamento Tarihi Cilt 1*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları, Ankara, 1997 (Parlamento Tarihi).
- GÜVEYİ, Ümit: *Demokratik Devlet İlkesi Çerçevesinde Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- KALUÇ, Şenol: “Osmanlı Ahrar Fırkası’nın Kuruluşu, Faaliyetleri ve Sonu”, *Liberte Düşünce Dergisi*, 2009, Sayı 54, s. 191-227.
- KANSU, Aykut: *1908 Devrimi*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995.
- KAPANİ, Münci: *Politika Bilimine Giriş*, 15. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2003.
- KARAL, Enver Ziya: *Osmanlı Tarihi 8. Cilt: Birinci Meşrutiyet ve İstibdat Devirleri (1876-1907)*, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer: *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- KARPAT, Kemal: *Kısa Türkiye Tarihi*, 9. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2019.
- LEWIS, Bernard: *Modern Türkiye’nin Doğuşu*, (Çev.) TURNA, Boğaç Babür, 11. Baskı, Arkadaş Yayınları, Ankara, 2020.
- OKUR, Mehmet: “II. Meşrutiyet Dönemi Siyasi Partileri”, *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, 1999, Sayı 11, s. 225-238.

- OLGUN, Kenan: “II. Meşrutiyet Dönemi Seçim Sistemi ve 1912 Seçimlerinde İzmit Sancağında Uygulanışı”, *İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi*, 2004, Sayı 39, s. 139-154.
- OLGUN, Kenan: “Osmanlı Mebusanı’nda Ara Seçimler (1908-1912 Dönemi)”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 2012, Cilt 28, Sayı 82, s. 1-24.
- OLGUN, Kenan: “Türkiye’de Cumhuriyetin İlanından 1950’ye Genel Seçim Uygulamaları”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 2011, Cilt 27, Sayı 79, s. 1-36.
- ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: *Toplum Sözleşmesi*, (Çev.) TİMUÇİN, Ali, 2. Baskı, Bulut Yayınları, İstanbul, 2019.
- SARTORİ, Giovanni: *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev.) KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer / TURHAN, Mehmet, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- SEZEN, Saim: *Seçim ve Demokrasi*, 1. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1994.
- TANÖR, Bülent: *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 33. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2020.
- TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- TUNAYA, Tarık Zafer: *Türkiye’de Siyasal Partiler Cilt 1*, 3. Baskı, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988 (Cilt 1).
- TUNAYA, Tarık Zafer: *Türkiye’de Siyasal Partiler Cilt 3*, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009.
- ZÜRCHER, Erik Jan: *Modernleşen Türkiye’nin Tarihi*, (Çev.) SANER, Yasemin, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.







## İdari Sözleşme Ölçütleri<sup>(\*)</sup>

### *Criteria for Administrative Contracts*

**Abdurrahim ÇINAR**  

Araştırma Görevlisi

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*İdare Hukuku Anabilim Dalı*

#### **Anahtar Kelimeler**

*İdare,  
İdarenin Sözleşmeleri,  
İdari Sözleşme  
Ölçütleri,  
Rekabet,  
Kamu Hizmeti.*

#### **Öz**

İdare, yükümlü olduğu kamu hizmetlerini topluma sunarken tek başına işlem yapabileceği gibi özel hukuk kişileriyle sözleşme ilişkisi kurabilme yetkisine de sahiptir. İdarenin yaptığı sözleşmelerin hangi hukuk dalına tabi olacağı uzun zamandır süregelen bir tartışma konusudur. Bu tartışmanın çözümlenmesi amacıyla idari yargı kararlarının doktrinde uzun süren çalışmalarla sistematikleştirilmesi sonucunda idari sözleşme ölçütleri ortaya konulmuştur. Söz konusu ölçütler, idarenin sözleşmelerine hangi hukuk kurallarının uygulanacağı ve bu sözleşmelerden doğacak uyumsuzluklarda hangi yargı merciine başvurulacağını belirlemek açısından önem taşımaktadır. İdari sözleşme ölçütlerinin idarenin sözleşmelerini nitelendirmedeki yeterlilikleri ise doktrinde tartışılan bir başka konu olarak karşımıza çıkar.

Bu çalışmada öncelikle idarenin sözleşme yapabilme yetkisi, özel hukuk kökenli bir kavram olan sözleşmenin idare hukukuna dâhil olması ve idari sözleşmelerin hukuki niteliği belirtildikten sonra idarenin sözleşmelerinin kanunla nitelendirilmesi hususlarına değinilecektir. Son başlıkta ise idari sözleşme ölçütleri açıklanacak, bu ölçütlerin günümüzde idarenin sözleşmelerini nitelendirme konusunda yeterlilikleri ve söz konusu ölçütlere getirilen eleştiriler ortaya konulacak, idari sözleşme ölçütleriyle açıklanamayan faaliyetler ve idari sözleşme ölçütlerine farklı bir bakış açısı getiren rekabet yaklaşımı ele alınacaktır.

#### **Keywords**

*Administration,  
Contracts of  
Administration,  
Criteria for  
Administrative  
Contracts,  
Competition,  
Public Service.*

#### **Abstract**

The administration has the authority to establish a contractual relationship with private law persons while providing the public services it is obliged to. It is a long-standing debate on which branch of law the contracts made by administration will be subject to. In order to resolve this debate, administrative contract criteria have been introduced as a result of the systematization of administrative judicial decisions with long-term studies in the doctrine. The criteria in question are important in determining which legal rules will be applied to contracts of the administration and which judicial authority will have jurisdiction over disputes arising from these contracts.

In this study, the authority of the administration to make contracts, the inclusion of the contract into administrative law and after specifying the legal nature of administrative contracts, the issues of characterizing the contracts of the administration by law will be examined. In last part of the study, the criteria for administrative contracts will be explained, the adequacy of these criteria in characterizing the contracts of the administration and the criticisms made against these criteria will be revealed and activities that cannot be explained by the criteria for administrative contracts and the competition approach will be discussed.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 19.05.2021, Kabul Tarihi: 06.07.2021.

## GİRİŞ

Günümüzde kamu hizmeti kavramının sınırları genişlediği için bu hizmetlerin tamamının sadece idarenin imkânlarıyla yerine getirilebilmesi mümkün değildir. Tek yanlı işlem yapma yetkisine sahip olan idare, kendisine verilen görevleri yerine getirirken sahip olduğu bu yetkinin yanı sıra özel hukuk kişilerinden yardım almayı da tercih edebilir. Şüphesiz ki, idarenin yaptığı bütün işlemler kamusal alana hitap etmemektedir. İdare, faaliyetlerini yerine getirirken özel hukuk kişileriyle birbirinden farklı özellikler taşıyan anlaşmalar yapabileceği gibi sözleşme ilişkisi içine de girebilir. İdarenin yaptığı sözleşmeler, başka bir deyişle idarenin sözleşmeleri, literatürde iki ayrı başlık altında incelenmekte; idarenin kamusal nitelik taşıyan, kamu yararı güden faaliyetleri dolayısıyla yaptığı sözleşmelere “idari sözleşme”, kamusal nitelikte olmayan sözleşmelerine ise “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” adı verilmektedir.

İlk bakışta her ne kadar iki sözleşme türü arasındaki fark aşikâr gözükse ve bir yanda idari nitelik taşıyan, kamu yararını sağlamak amacıyla yapılan idari sözleşmeler; diğer yanda ise özel hukuktaki klasik sözleşme tanımından ayrıştırıcı bir niteliği olmayan, herhangi bir şekilde idari ve kamusal bir nitelik taşımayan özel hukuk sözleşmeleri yer alsada uygulamada kavramlar arasındaki sınır her zaman net olmamakta ve birbirlerinden kolayca ayırt edilememektedir. Bu duruma bir çözüm getirmek amacıyla yargı kararları ve doktrindeki çalışmalar doğrultusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş, idari sözleşme ölçütleri ortaya atılmıştır. İdari sözleşme ölçütlerinin ortaya konulması idarenin yaptığı sözleşmelerin hangi yargı koluna tabi olacağını, bu sözleşmelerin denetimi ve doğacak uyuşmazlıkların çözülmesinin hangi yargı merci tarafından yerine getirileceğini belirleyebilmek açısından büyük bir önem taşımaktadır.

İdari sözleşme ölçütlerini incelemeye başlamadan önce bir hususun altının çizilmesinde fayda vardır: Kanunlarla idarenin sözleşmelerinin hangi hukuk dalına tabi olacağını belirlebilmesi mümkün olmakla birlikte idari sözleşme ölçütlerini kanunlardan çıkartabilmek mümkün değildir. İdarenin yaptığı sözleşmelere hangi hukuk kurallarının uygulanacağı tartışmasında, idari yargının günümüze kadar geçirdiği dönüşüm incelendiğinde bu sözleşmelere farklı anlamlar yüklendiği ve farklı açılardan değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. İdari sözleşme ölçütleri, yargı kararlarının doktrinindeki çalışmalar sonucunda sistematikleştirilmesi ile ortaya atılmış olan doktrin ve içtihat kaynaklı söylemlerdir.<sup>1</sup> Yargı kararlarının incelenmesi sonucunda organik ve maddi görüş ortaya çıkmış, bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olması için sahip olması gereken belirli şartlar ileri sürülmüştür.

Bu çalışmada idarenin diğer kamu veya özel hukuk kişileriyle kurduğu sözleşme ilişkileri genel olarak değerlendirilecek ve bu sözleşmelerin tabi oldukları hukuk dalı bakımından nasıl birbirinden ayırt edilebileceği sorusu üzerine idari sözleşme ölçütleri incelenecektir. Ayrıca idari sözleşme ölçütlerinin günümüzdeki yeterliliği tartışılacak, konuya ilişkin farklı yaklaşımlar ve idari sözleşme ölçütleriyle açıklanamayan faaliyetler ele alınacaktır.

## I. İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI

İdari sözleşme kavramı kendi içerisinde bir tezat barındırmaktadır. Bir tarafta özel hukuk araçlarından biri olan sözleşme, diğer tarafta da idare hukukunun kendine has niteliklerinden olan kamusal olma yer alır. Özel hukuk sözleşmelerinde görülen, karşılıklı ve eşit iki iradenin bulunması, kişinin sözleşmenin tarafını ve içeriğini belirlemede serbest olması hususlarının idari sözleşmeler için geçerli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu durum sonucunda sözleşme kavramının idare hukuku ile bir araya gelmesinde, bu hukuk dalının özelliklerine göre farklı biçimsel özelliklere ve içeriğe sahip olacağı savı ileri sürülebilir. *Bilgen*, “*idare hukuku ve özel hukukta tek bir sözleşme kavramının bulun-*

<sup>1</sup> TAN, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1995, Cilt 50, Sayı 3, s. 292.

*duğunu, ancak sözleşmenin bu alanlarda farklı rejimlere tabi olacağını*” ifade etmiştir.<sup>2</sup> Onar ise “*kamu hizmeti kavramının genişlemesi ve yaygınlaşması dolayısıyla sözleşme kavramının da idare hukukuna geçtiğini ve bu hukukun özelliklerine göre şekil aldığı*” belirtmiştir.<sup>3</sup>

İdari sözleşmelerin alışlagelmış sözleşme kavramının özelliklerine uymaması ve kendine has nitelikler taşıması nedeniyle sözleşme niteliğinde olup olmadığı tartışılmış, bu konuda farklı fikirler ileri sürülmüştür.<sup>4</sup> *Duguít*, idarenin yaptığı sözleşmelerin idari veya özel hukuk sözleşmeleri şeklindeki ayrımını kabul etmemiş;<sup>5</sup> buna karşılık *Jéze* idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayırarak, idari sözleşmelerin sözleşme ilişkisinde idarenin konumu ve yetkileri dolayısıyla özel hukuk sözleşmelerinden farklı özellikleri olduğunu, idari sözleşmelere özel bir hukuki rejim uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>6</sup> İdari sözleşmelerin *Jéze*'nin de ifade ettiği üzere, idare hukukunun özel hukuktan ayrılan nitelikleri dolayısıyla farklı bir rejime tabi tutulmaları söz konusu olsa da her iki hukuk dalında da sözleşmenin temelde aynı karaktere sahip olduğunu söyleyebilmenin mümkün olduğu kanısındayız.

İdari sözleşmelerin hukuki niteliğine dair bir diğer görüş ise bu sözleşmelerin temel olarak bir sözleşme değil, bir “katılmalı işlem” olduğuna yöneliktir. Bu görüş, idari sözleşmelerin hazırlanmasında tarafların sözleşme üzerinde karşılıklı bir anlaşma sağlayarak bu sözleşmeyi imzalamadığını, sözleşmenin idare tarafından önceden hazırlanmış olduğunu ve özel hukuk kişinin yalnızca sözleşmeyi imzalama konusunda bir tercih hakkına sahip olduğunu, bu sebeple idari sözleşmenin hukuki niteliğinin sözleşmeden ziyade katılmalı işlem şeklinde olduğunu belirtmiştir.<sup>7</sup>

Giriş bölümünde de belirttiğimiz üzere, günümüzde kamu hizmeti kavramının sınırlarının genişlediğini, idarenin kamu hizmeti adı altında topluma sunduğu hizmetlerin sayısının arttığını söylemek mümkündür. İdarenin sunmakla yükümlü olduğu bütün kamu hizmetlerini kendi personeli ve maddi olanaklarıyla yerine getirebilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda idarenin, tek yanlı işlem yapma yetkisine sahip olduğu halde kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel hukuk kişileriyle sözleşme ilişkisi kurması günümüz idare hukukunda kabul edilmektedir. Doktrindeki tartışma ve görüş ayrılıkları, idarenin sözleşmelerinin nasıl birbirinden ayırt edileceği ve idari sözleşmenin hukuki niteliği bakımından ortaya çıkmaktadır. İdari sözleşmelerin de birer sözleşme olduğu yönündeki görüşün hâkim görüş olduğunu belirtmek gerekir. İdari sözleşme yapılmasının nedenlerine farklı bir yaklaşım getiren *Çal*, “*sözleşme yapılarak kamusal alana taşınma faaliyeti ile kamusal ihtiyaçlar gereğince idarenin özel hukuk kişisiyle yapmış olduğu sözleşmeye müdahale edebilmesine olanak tanındığını*” ileri sürmüştür.<sup>8</sup>

İdari sözleşme ölçütlerini incelemeye başlamadan önce bu sözleşmelerin kanunla nitelendirilmesinden de bahsedilmesi gerektiğine inanıyoruz. Esasında kanunla nitelendirilme hususunun idari sözleşme ölçütlerinin değerlendirmeye konu olabilmesi için olumsuz bir ön koşul teşkil ettiği ifade edilebilir. Keza idarenin yapmış olduğu bir sözleşmenin tabi olduğu hukuk dalı kanunla belirtildiğinde, o sözleşme için belirtilen hukuk kuralları uygulanacak idari sözleşme ölçütlerinin tartışılmasına gerek kalmayacaktır.

<sup>2</sup> BİLGEN, Pertev: *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970, s. 4.

<sup>3</sup> ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, Ankara, 1966, s. 1591.

<sup>4</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 486.

<sup>5</sup> ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, Cilt 2, Sayı 2, s. 148; Bilgen, s. 2.

<sup>6</sup> KESİCİ, Fatih Sultan: *İdari Sözleşmelerin Türleri, Kapsamı ve Yargısal Denetimi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 9; BİLGEN, s. 3.

<sup>7</sup> ÖZEL, Kadir Can: “İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2020, Sayı 12, s. 184; ODYAKMAZ, s. 148; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 486.

<sup>8</sup> ÇAL, Sedat: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 14, Sayı 1, (İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu), s. 238.

## II. İDARENİN SÖZLEŞMELERİN KANUNLA NİTELENDİRİLMESİ

İdarenin yaptığı sözleşmelerin kanun vasıtasıyla belirli bir hukuk dalına tabi kılınması, idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Kanunun sözleşmenin hangi hukuk dalına ait olacağını ifade etmiş olması, o sözleşmeye uygulanacak kuralları ve çıkabilecek uyuşmazlıklarda hangi yargı makamına başvurulacağını ortaya koyar. Dolayısıyla söz konusu sözleşmenin idari sözleşme ölçütleri kapsamında değerlendirilmesine gerek kalmaz. Kanunun yapmış olduğu düzenleme sözleşmenin hukuki rejimini belirler.<sup>9</sup> Türk hukukunda yasa koyucunun kanunlar aracılığıyla idarenin yaptığı bir sözleşmenin hukuki rejimini belirleyebilmesi konusunda Anayasa’da engelleyici bir hüküm mevcut değildir.<sup>10</sup>

İdarenin sözleşmelerinin kanunlarla nitelendirilmesi farklı çeşitlerde, doğrudan veya dolaylı olarak<sup>11</sup> karşımıza çıkabilir. Doğrudan nitelendirme idarenin sözleşmelerinin özel hukuk veya idari sözleşme olarak belirtilmesiyken, dolaylı nitelendirme sözleşmenin hangi hukuk kurallarına tabi olacağını belirtme veya sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda görevli olan yargı merciinin<sup>12</sup> kanun hükmünün lafzına bağlı olarak yapılacak yorumla sözleşmenin hangi hukuk kurallarına tabi olacağını belirleyebilmek mümkün olacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, yasa koyucunun idarenin sözleşmelerini kanunla nitelendirmesi konusunda sahip olduğu yetki, sözleşmelerin hukuki rejimini doktrindeki ölçüt tartışmalarına girmeden belirleyebilmek açısından önemli bir yere sahiptir, ancak bu yetkinin de belirli sınırları mevcuttur. İdarenin yapmış olduğu sözleşmelerin niteliğini belirten kanun maddesinin anayasaya uygun olup olmadığının denetlenmesiyle kanun koyucunun bu bağlamdaki yetkisi de denetlenmiş olacaktır.<sup>13</sup> Türk hukukunda idarenin sözleşmelerinin kanunlar aracılığıyla nitelendirilmesine örnek olarak 5441 sayılı Devlet Tiyatroları Personeli Hakkında Kanun’un birçok maddesinde idare ile özel hukuk kişileri arasında yapılan idari sözleşmelerden söz edilmesi gösterilebilir.<sup>14</sup>

Türk hukukunda kanunla nitelendirme yetkisinin nasıl yer bulduğunu incelendiğinde, Anayasa Mahkemesinin 1994 yılında vermiş olduğu bir kararda idari nitelikteki işlem ve eylemlerin idari yargının görev alanı kapsamında bulunduğunu, idari niteliğe sahip sözleşmelere özel hukuk hükümlerinin uygulanamayacağını ifade ettiğini; bu konuda kanun koyucunun idarenin sözleşmelerini kanun yoluyla nitelendirme yetkisini kısıtladığını görmek mümkündür.<sup>15</sup> Kanun koyucunun idari nitelikteki bazı sözleşmeleri kanunlarla özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmesi ve adli yargının görev alanına dâhil etmesi bir hukuk problemi haline gelmiş; buna karşılık Anayasa Mahkemesi idari yargının görev alanını korumaya yönelik bir tavır sergilemiştir.<sup>16</sup> Bu kapsamda 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun’un 5. maddesinin Anayasa’ya uygunluğunu inceleyen mahkeme bu yasa kapsamındaki sözleşmeleri idari sözleşme olarak kabul etmiş, 5. maddedeki yap-işlet-devret sözleşmelerinin de birer idari sözleşme olduğunu, bu sözleşmelerin özel hukuk kurallarına tabi tutularak idari yargı denetiminin kapsamı dışında bırakıldığını ifade etmiş ve söz konusu maddeyi Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesinin bu yorumu ve benimsediği görüşü aşabilmek amacıyla kanun koyucu Anayasa’nın değiştirilmesi yoluna gitmiştir. 1999 yılında Anayasa’nın 47. maddesinde değişiklik yapılmış ve söz konusu değişiklik-

<sup>9</sup> YILDIRIM, Turan: “İdari İşlemler”, (Ed.) YILDIRIM, Turan: *İdare Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 519.

<sup>10</sup> TANK, Mehmet: “Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 4, s. 527.

<sup>11</sup> TEKİNSOY, Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 55, Sayı 2, (İdari Sözleşmelerde Ölçüt), s. 185; ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 228.

<sup>12</sup> KESİCİ, s. 24; ALAMUR, Seher: *Türk Hukuku’nda İdari Sözleşmeler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 21-22; GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2020, s. 422.

<sup>13</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 188.

<sup>14</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 186; ÖZEL, s. 192.

<sup>15</sup> AYM, T. 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2.

<sup>16</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 189-190; ÖZEL, s. 192-193.

<sup>17</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 189-190; ÖZEL, s. 192-193.

le, devlet veya diğer kamu tüzel kişilerince yürütülen hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi yoluyla özel hukuk kişilerine gördürülebileceği konusunda kanunla belirleme yapılabileceği ifade edilmiştir.<sup>18</sup>

İdari sözleşme ölçütlerini incelemeye geçmeden önce 1982 Anayasası'nın 47. maddesinin 4. fıkrasının da değerlendirilmesi gerektiğine inanıyoruz. Madde metnine bakıldığında idarenin hizmet ve yatırımlarını idari sözleşmelerle yapabileceğine dair bir ibare bulunmaması dikkat çekicidir. Bu madde hükmüne yönelik olarak *Tekinsoy*, “*idarenin özel hukuk sözleşmesine nazaran idari sözleşme yapmasının daha normal karşılandığını, idarenin kanunda açık bir ifade bulunmasa da idari sözleşme yapabilecek olmasını*” belirtmiştir.<sup>19</sup> Ayrıca 47. maddenin söz konusu fıkrası, idarenin ancak yasalarla öngörülen durumlarda özel hukuk sözleşmesi yapabileceği ve dolaylı olarak idarenin sözleşmenin hukuki niteliğini, rejimini belirlemede takdir yetkisinin bulunmadığı anlamına gelmektedir.<sup>20</sup> Keza bu hüküm, kanunda açıkça düzenlenmediği sürece, kamu hizmetlerinin tabi olacağı asıl hukuk dalının kamu hukuku olacağını da bir bakıma teyit etmektedir.<sup>21</sup>

### III. İDARİ SÖZLEŞME ÖLÇÜTLERİ

İdarenin yaptığı sözleşmeler için kanunlarda herhangi bir şekilde uygulanacak hukuk kuralları belirtilmemişse bu sözleşmelerin hangi hukuk dalına tabi olacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. İşte bu soruna çözüm getirebilmek amacıyla yıllarca idari yargının sözleşmelere ilişkin önüne gelen davalarda kararlarını dayandırdığı gerekçe ve ölçütler doktrinde sistematikleştirilerek idari sözleşme ölçütleri ortaya koyulmuştur.<sup>22</sup> Her ne kadar günümüzde yeterlilikleri tartışılır olsa da bu ölçütler hem idarenin sözleşmelerinin tabi olacağı hukuk dalının hem de sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda başvurulacak yargı makamlarının belirlenmesi açısından büyük bir öneme sahiptir. *Bilgen*, “*idarenin yapmış olduğu bir sözleşmeyi idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmenin sonuçlarından ilkinin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda başvurulacak yargı yerinin adli veya idari yargı makamı olarak belirlenmesi olduğunu söylemiş ancak bu nitelendirmenin asıl sonucunun sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimi belirlemek olduğunu*” ifade etmiştir.<sup>23</sup>

İdari sözleşme ölçütlerini, doktrinde alışlageldiği şekilde, organik ve maddi ölçütler olarak iki ayrı başlık altında inceleyeceğiz.<sup>24</sup>

#### A. Taraflara Yönelik (Organik) Ölçüt

Organik ölçüt, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilebilmesi için sözleşmeciler tarafından birinin idare ya da idare adına faaliyette bulunan bir kamu tüzel kişisi olması gerektiğini kabul eder. *Onar*, “*sözleşmenin taraflarından birinin idare olmasının, sözleşmenin idari olarak nitelendirilebilmesi için ilk şart olduğunu, söz konusu şartın idari sözleşme ölçütleri açısından önemli bir yeri olduğunu, özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yapacağı sözleşmelerin kamu hizmetine yönelik olsa dahi idari sözleşme sayılmayacağını*” ifade etmiştir.<sup>25</sup> *Tekinsoy* ise, “*organik ölçütün, idari sözleşme açısından bir önkoşul teşkil ettiğini*” belirtmiştir.<sup>26</sup> Gerçekten de sözleşmenin taraflarından birinin idare olması şartı, tanımı itibarıyla idari sözleşmeyi nitelendirebilmek için temel bir konumdur. An-

<sup>18</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 189-190; ÖZEL, s. 192-193.

<sup>19</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 191.

<sup>20</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 191; TEKİNSOY, Ayhan: *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002, (İdari Sözleşme Rejimi), s. 22-23.

<sup>21</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 191; TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 22-23.

<sup>22</sup> GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku*, 2. Cilt, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s. 39.

<sup>23</sup> BİLGİN, s. 134-135.

<sup>24</sup> GÖZLER / KAPLAN, s. 423-425.

<sup>25</sup> ONAR, s. 1599.

<sup>26</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 192.

cak bu konumuna rağmen organik ölçütün idari sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayırt edebilmek için yeterli olduğunu söyleyebilmek mümkün görünmemektedir ve bu görüşe çeşitli eleştiriler getirilmiştir.

Öncelikle idare adına sözleşmeye taraf olacak kamu tüzel kişisini belirleyebilmek her zaman kolay değildir. Bilgen, “Anayasada hüküm bulunması dolayısıyla köy, belediye, il ve üniversitelerin tüzel kişilikleri konusunda herhangi bir şekilde tereddüt bulunmadığını ancak bazı kamu tüzel kişilerinin, kamu yararı taşıyan ancak resmi niteliklere sahip olmayan, idareye yabancı özel kişilerden ayırt edilmesinin zor olduğunu belirtmiş, örnek olarak da iktisadi devlet teşekküllerini göstermiştir. Taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olmasının ölçüt olarak kabul edilmesi durumunun bir çözüm olmaktan ziyade tartışmayı farklı bir alana taşıdığını” ifade etmiştir.<sup>27</sup>

Organik ölçütün açıklamakta yetersiz kalacağı bir diğer konu idarenin yapacağı özel hukuk sözleşmeleridir. Kamu tüzel kişilerinin bütün faaliyetlerinin kamusal nitelikte, idari olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu kişilerin kendi aralarında veya özel hukuk tüzel kişileriyle idari sözleşmenin yanı sıra özel hukuk sözleşmesi de yapabilmesi mümkündür. Bu bağlamda Tan, “organik ölçütün tek başına sözleşmelerin nitelendirilmesinde belirleyici bir unsur olamayacağını, idarenin özel hukuk sözleşmesi yapma yetkisine de sahip olduğunu ve sözleşmenin taraflarından birinin idare olmasının sözleşmeyi idari sözleşme kabul etmeye yetmeyeceğini” ifade etmiştir.<sup>28</sup> Aynı şekilde Onar da, “sözleşmenin taraflarından birinin idare olması şartının sözleşmeyi idari olarak nitelendirebilmek için yeterli olmayacağını, idarenin taraf olduğu sözleşmelerden birçoğunun özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu” belirtmiştir.<sup>29</sup>

Organik ölçüt kapsamında incelenmesi gerektiğine inandığımız bir diğer konu ise özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmelerin herhangi bir koşulda idari nitelik taşıyıp taşımayacağıdır. Doktrinde bu konuya ilişkin hâkim görüşün “iki özel hukuk kişisinin kendi arasında yapmış olduğu sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilemeyeceği, taraflardan birinin idare olması gerektiği” şeklinde olduğunu söyleyebilmek mümkündür.<sup>30</sup> Ancak Fransa’da Uyuşmazlık Mahkemesi 1963 yılında verdiği kararda,<sup>31</sup> imtiyaz sahibi olan şirketle müteahhit arasında imzalanan sözleşmeyi, taraflar devlet adına faaliyette bulunduğu ve sözleşme kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olduğu sebepleriyle idari bir sözleşme olarak nitelendirmiştir.<sup>32</sup> Bu kararı değerlendiren Çal, “kamu yararına ilişkin olduğu sürece, kimlerin arasında yapıldığının bir önemi bulunmaksızın bütün sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabul edilebileceğini” belirtmiştir.<sup>33</sup> Türk hukukunda ilgili kararın, anlayışın geçerli olmasına yönelik herhangi bir uygulamaya ya da düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ancak ülkemizde imtiyaz yolu ile yerine getirilen telefon, telekomünikasyon hizmetlerinde farklı operatörler arasındaki bağlantının sağlanabilmesi için özel hukuk kişileri arasında imzalanması gereken ara bağlantı sözleşmesi idari sözleşme olarak kabul edilmiştir.<sup>34</sup>

Sonuç olarak, organik ölçüt idari sözleşmelere ilişkin çok temel bir hususu barındırmak ve taraflardan birinin idare olması gerektiğini belirtmekle birlikte bu ölçütün idari sözleşmelerin nitelendirilmesinde tek başına yeterli olmadığı aşikârdır. Öncelikle idare ağırlıklı olarak kamu hizmetlerini yerine getirme amacıyla hareket ediyor ve idarenin faaliyetlerinin büyük çoğunluğu kamu hukuku sınırları içerisinde gerçekleşiyor olsa dahi idarenin özel hukuk sözleşmesi yapabilme yetkisinin bulunduğu

<sup>27</sup> BİLGİN, s. 23.

<sup>28</sup> TAN, s. 293.

<sup>29</sup> ONAR, s. 1599.

<sup>30</sup> BİLGİN, s. 25; ODYAKMAZ, s. 149; ONAR, s. 1599; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 490.

<sup>31</sup> ÖZEL, s. 196; TOKALI, Muhammed: *İdari Sözleşmeler ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2010, s. 13.

<sup>32</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 194; TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 102; ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255.

<sup>33</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255.

<sup>34</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 195.

konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Bu kapsamda idare adına faaliyet gösteren kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında veya özel hukuk kişileriyle yapacakları özel hukuk sözleşmelerini açıklamakta organik ölçüt yetersiz kalacaktır. Ayrıca iki özel hukuk kişinin kendi arasında yaptığı sözleşmenin idari bir niteliğe sahip olabilmesi durumu da tartışmalıdır. Yargı organlarının somut olayın özelliklerine bağlı olarak, kamu yararının ön planda olduğu bir durumda yapılan sözleşmeyi, özel hukuk kişileri arasında olsa dahi, idari sözleşme sayabilmeleri mümkün olacaktır.

## B. Sözleşmenin İçeriğine Yönelik (Maddi) Ölçüt

Organik ölçütün idarenin sözleşmelerinin birbirinden ayırt edilmesinde yeterli olmaması dolayısıyla yargı organlarının farklı yöntemlere başvurduğu görülmüştür. Bu yöntemler sözleşmenin taraflarından ziyade sözleşmenin içeriğine yöneliktir. Maddi ölçüt kapsamındaki yargı kararları idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesinde görülemeyecek şartlara sahip olması gerektiği, özel hukuku aşan şartlara ve rejime tabi olması gerektiği ve kamu hizmetine yönelik olması gerektiği şeklindedir.<sup>35</sup>

### 1. Kamu Hizmeti ile İlişkili Olma

*Duguít ve Jéze* tarafından<sup>36</sup> ortaya atılan bu görüş, idari sözleşmelerin kamu hizmetlerine yönelik olmasını ve kamu hizmetleri ile belirli bir bağlantı içerisinde bulunması gerektiğini belirtmektedir. Kamu hizmeti, idarenin gerçekleştirmesi gereken temel faaliyetlerinden birisidir ve idari sözleşmelerin nitelendirilmesinde yargı organlarının bu kavrama başvurmaları doğaldır. Ancak her ne kadar kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun temel kavramlarından biri olsa da bu kavramın herkes tarafından kabul edilen bir tanımı mevcut değildir. Doktrindeki çalışmalar incelendiğinde bu kavrama yönelik birçok farklı tanımın yapıldığına rastlayabilmek mümkündür. Biz kamu hizmetinin tanımı konusunda, *Bilgen*'in, “*görülmesinde kamu yararının bulunduğu, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak amacıyla kamu tüzel kişileri tarafından veya onların denetimi altında gerçekleştirilen faaliyetler*” ifadesini kullanmayı uygun buluyoruz.<sup>37</sup>

Kamu hizmeti ile ilgili üzerinde durulması gereken bir başka husus da bu kavramın doğası gereği dinamik bir yapıya sahip olmasıdır. Bu yapı nedeniyle kamu hizmetinin sınırının net bir şekilde belirlenebilmesi konusunda güçlük yaşanması normal karşılanmaktadır. Teknolojinin gelişmesi ile toplumsal ihtiyaçların da kapsamı genişlemiş, dolayısıyla idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetlerin sayısı artmıştır. Kamu hizmetlerinin belirlenmesi genel olarak idari bir tercih olduğundan hangi faaliyetlerin bu kapsama dâhil edileceği konusunda çeşitli tutarsızlıklar yaşanabilmesi mümkündür. Belirttiğimiz üzere, kamu hizmetinin tanımlanması ve kapsamının belirlenmesinde yaşanabilmesi muhtemel sorunlar, idari sözleşmelerin nitelendirilmesinde de kamu hizmeti ölçütünün uygulanabilmesini zorlaştırmaktadır.<sup>38</sup> İdari sözleşme kavramının içerisinde barındırdığı tezat durum kamu hizmeti ölçütünde belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Kamu hizmetleri genel olarak kamu hukukuna çerçevesinde değerlendirilirken sözleşme ise özel hukuk kökenli bir kavram olup bir özel hukuk aracı olarak karşımıza çıkar.<sup>39</sup> Burada kamu hizmetlerinin sözleşme yoluyla yerine getirilmesi halinde söz konusu kamu hizmeti ile sözleşme arasında sıradan bir ilişki olması yeterli değildir; belirli seviyede bir bağlantı bulunması gerekmektedir.<sup>40</sup> Bu bağlantının boyutu ise sözleşme ilişkisinin kurulduğu hukuki düzleme göre farklılıklar gösterecektir.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> GÖZLER / KAPLAN, s. 425.

<sup>36</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 238.

<sup>37</sup> BİLGİN, s. 115.

<sup>38</sup> ÖZEL, s. 199.

<sup>39</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 197.

<sup>40</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 197.

<sup>41</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 197.

Kamu hizmeti günümüzde hiç şüphesiz kamu hukukunun, özellikle idare hukukunun, temel kavramlarından biri haline gelmiştir. Bu özelliği dolayısıyla günümüzde idari sözleşmelerin nitelendirilmesinde ana ölçütlerden biridir. 1873 yılında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin “Blanco” kararı ile birlikte idare hukukunu derinden etkileyen bir zihniyet değişikliği meydana gelmiş, kamu hizmeti kavramı idare hukukunun kapsamını belirlemede temel bir ölçüt halini almıştır.<sup>42</sup> Blanco kararının etkileri ise ilk defa 1903 yılında verilen “Terrier” kararında kendini göstermektedir.<sup>43</sup> Bu karara göre, kamu hizmetinin teşkilatına ve işleyişine dair her türlü eylem idari nitelikte olup idari yargının görev alanına dâhildir.<sup>44</sup> Fakat bir kamu hizmeti yerine getirileceği zaman idare kamu tüzelkişisi olması dolayısıyla sahip olduğu imkânlardan yararlanmak yerine özel hukuk kişisi olarak faaliyette bulunmayı tercih edebilir.<sup>45</sup>

Organik ölçütü incelerken söylediğimiz idari sözleşmeler için temel teşkil etme durumu kamu hizmeti kavramı için de geçerliliğini korumaktadır. Blanco kararıyla ortaya atılan kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun ve idari yargının kapsamının belirlenmesinde kilit bir rol oynamıştır. Bu sebeple idarenin sözleşmelerinin nitelendirilmesinde en sık başvuru olan ölçütlerden biri olması da doğal kabul edilmektedir. Ancak organik ölçütü ele alırken belirttiğimiz gibi gerek tanımlanması gerek dinamik yapısı ve kapsamının belirlenmesinin zor olması nedeniyle, idarenin sözleşmelerinin nitelendirilmesinde kamu hizmeti ölçütü de tek başına her zaman yeterli değildir.

## 2. Özel Hukuku Aşan Şartlar İçerme (Kamu Gücü)

Maddi ölçütün diğer bir görünümü ise *Hauriou*'nun<sup>46</sup> ileri sürdüğü kamu gücü ölçütü bir başka deyişle idari sözleşmenin özel hukuku aşan, özel hukukta görülmesi mümkün olmayan şartlara sahip olmasıdır. Fransa’da, Conseil d’Etat’ın 1912 yılında verdiği “*Granits des Vosges*” kararıyla hukuki zemin kazanan bu ölçüt, idari sözleşmenin nitelendirilmesinde kamu hizmetleriyle ilişkisine değil, sözleşmenin hükümlerine bakılması gerektiğini ortaya koymuştur.<sup>47</sup> Özel hukuk ele alındığında, birbirine eşit iki iradenin serbestçe karşılıklı uyuşmaları sonucunda sözleşme ilişkisinin kurulduğu görülmektedir. Ancak sözleşme kavramının idare hukukuna dâhil olmasıyla beraber kamu hukukunun getirdiği farklı niteliklere sahip olacağı da bilinen bir durumdur. Özel hukuku aşan şartlar içerme ölçütü hukukumuzda *Bilgen* tarafından desteklenmiş, “*söz konusu şartlar kamu gücü ayrıcalıkları nedeniyle özel hukuktan ayrılan şartlar olarak belirtilmiş, sözleşmenin idari niteliğinin özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak içerdiği hükümlerden kaynaklandığı*” ifade edilmiştir.<sup>48</sup>

İdari sözleşmelerin idare hukuku rejiminin gerekleri sonucunda özel hukuk sözleşmesinden farklı, üstün kabul edilebilecek özellikler gösterebilmesi normaldir. Ancak buradaki asıl sorun, kamu hizmetini incelerken de ifade ettiğimiz üzere kavramın içeriğinin belirsizliğinden meydana gelmektedir. Bir başka ifadeyle, özel hukuku aşan şartların nasıl ayırt edilebileceği, bu şartların neler olduğu konusunda net bir söylem mevcut değildir. Sonuç olarak kamu gücü ölçütünün uygulanabilirliği yargı organlarının yorumuna bırakılmıştır. Bu durum da kamu gücü ölçütü olarak adlandırılan özel hukuku aşan şartlar içerme ölçütünün uygulanmasında problemler meydana getirmektedir. *Tekinsoy*, “*özel hukuku aşan şartları belirlemenin zor olduğunu belirtmiş, kamu gücü ölçütüne dair en büyük problemin özel hukuku aşan şartların tanımlanması olduğunu*” ifade etmiştir.<sup>49</sup> *Çal* ise, “*kamu gücü ölçütünü bir idari sözleşme ölçütü olarak kabul eden görüşe karşı çıkarak, kamu gücünün başlı başına bir ölçüt olarak*

<sup>42</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 198-199.

<sup>43</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 198-199.

<sup>44</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 198-199.

<sup>45</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 198-199.

<sup>46</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 238.

<sup>47</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 201.

<sup>48</sup> BİLGİN, s. 136.

<sup>49</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 202.



*değerlendirilebilmek için isabetsiz ve yetersiz olduğunu*” ileri sürmüştür.<sup>50</sup> İdari sözleşmelerin barındırdığı özel hukuku aşan şartları, kamu gücü yetkisini ayırt etme konusundaki güçlükleri bertaraf edebilmek amacıyla, Conseil d’Etat verdiği kararlarda özel hukuku aşan şartlara ilişkin belirli kıstaslar ortaya koymuştur. Buna göre mahkeme, idarenin sözleşme ilişkisinde sahip olduğu “*sözleşmenin diğer tarafını denetleyebilme, sözleşmede tek taraflı olarak değişiklikler yapabilme, re’sen hareket edebilme ve yargıya başvurmaksızın alacağını elde edebilmesi ve benzeri yetkilerini*” özel hukuku aşan şartlar olarak kabul etmiştir.<sup>51</sup>

### 3. Özel Hukuku Aşan Rejime Tabi Olma

Fransa’da 1973 yılında, Conseil d’Etat’ın “*Rivière du Sant*” kararıyla<sup>52</sup> ortaya atılan bu görüş, idari sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesi yerine, bu sözleşmenin ayrı bir rejime tabi olmasını, sözleşmeye özel olarak uygulanacak belli hukuk kurallarının mevcut olmasını ifade etmektedir. Söz konusu kararda, Fransa’da elektrik ileten ve elektrik üreten iki şirket arasında yapılmış bir sözleşme, herhangi bir şekilde kamu hizmeti ile ilişkisi olmamasına ve özel hukuku aşan şartlar içermemesine rağmen idari sözleşme olarak kabul edilmiştir.<sup>53</sup> Mahkeme, sözleşmeye uygulanacak belirli yasa hükümlerinin bulunduğunu ve bu hükümler bir arada değerlendirildiğinde özel hukuku aşan bir rejimden söz edilebileceğini ifade etmiştir.<sup>54</sup> Burada ifade edilen sözleşmenin özel bir düzenlemeye tabi olması durumu konuya farklı bir bakış açısı sağlamaktadır. Özel hukuku aşan rejim ölçütü ile sözleşmenin nitelendirilmesinde sözleşmenin içeriğinin incelenmesinden ziyade bir rejimin ele alınmış olması bu ölçütün diğer maddi ölçütlerden farkını gözler önüne sermektedir.<sup>55</sup> Ancak bu ölçütün temelde özel hukuku aşan şartlar içermeye ölçütünden ayırt edilebilecek derecede fark içermediğini belirten görüşler de mevcuttur.<sup>56</sup>

### C. İdari Sözleşme Ölçütleriyle Açıklanması Mümkün Olmayan Faaliyetler

Doktrinde tartışmalara ve yargı kararlarına konu olan, günümüzde temel olarak kabul edilen idari sözleşme ölçütlerini önceki başlıklarda ele almaya çalıştık. Söz konusu ölçütlere ilişkin değerlendirmelerimize sonuç bölümünde genel olarak yer vereceğiz, ancak öncesinde bu ölçütlerle açıklanamayan belirli faaliyetlerden ve idari sözleşme ölçütlerine farklı bir bakış açısı getiren rekabet yaklaşımından söz etmekte yarar görüyoruz.

İdari sözleşme ölçütleri, doktrin ve içtihat kaynaklı olmaları dolayısıyla yasal bir zemine sahip değildir. Bu nedenle yargı makamlarının her olayda bu ölçütleri aynen uygulamalarını beklemek de mümkün değildir. Ayrıca bazı faaliyetlere dair sözleşmelerin niteliği konusunda da doktrin ile yargı içtihatlarının farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Kamu hizmetleri ve idarenin faaliyetlerinin kapsamının genişlemesi sebebiyle idarenin bütün sözleşmelerinin idari sözleşme ölçütleriyle açıklanabilmesi olanak dışıdır. Burada idari sözleşme ölçütleriyle açıklanabilmesi mümkün olmayan bazı durumları incelenenektir.

İlk örneğimiz orman ve maden işletme sözleşmeleridir. Bu sözleşmelerin içerik bakımından herhangi bir kamu hizmeti ile bağlarının bulunmadığı görülmektedir. Buna rağmen, söz konusu sözleşmeler idari sözleşme olarak nitelendirilmişlerdir. Bu durumun arkasında yatan sebebe ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler, “*orman ve madenlerin devletin hâkimiyetinde olan ve tasarruf edebileceği kabul edilmesi, orman ve madenlerin taşıdıkları önem, ülkenin geleceğini etkile-*

<sup>50</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 240.

<sup>51</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 203.

<sup>52</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 204.

<sup>53</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 119.

<sup>54</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 119.

<sup>55</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 120-121.

<sup>56</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşme Rejimi*, s. 120-121.

*me potansiyeline sahip konumda bulunmaları nedeniyle idari sözleşme kabul edilerek bir kamusal korunma sağlama gerekliliği” şeklinde sıralanabilir.<sup>57</sup>*

Gaz, su ve elektrik gibi ticari nitelikli kamu hizmetlerinin görülmesinde, bu hizmetlerden yararlananlarla idare arasında yapılan abonman sözleşmeleri de idari sözleşme ölçütleriyle açıklanması güç faaliyetlerdendir. Organik ölçüt açısından bakıldığında idare abonman sözleşmelerinin taraflarındandır, maddi ölçüt açısından bakıldığında ise ifade ettiğimiz üzere bu sözleşmeler kamu hizmetlerine ilişkindir ve sözleşme ilişkisi içerisinde idareye özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen çeşitli yetkiler tanınmıştır.<sup>58</sup> İlginç olan durum, bütün idari sözleşme ölçütlerini karşılıyor olmasına rağmen abonman sözleşmelerinin bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul ediliyor olmasıdır.<sup>59</sup> Doktrinde, bu duruma yönelik olarak, “*idari yargının görev alanının daraltıldığı, idari yargı kolunun etkisizleştirilmeye çalışıldığı*” yorumları yapılmıştır.<sup>60</sup> Abonman sözleşmelerine ilişkin bu durum, idari sözleşme ölçütlerinin eksikliğini gözler önüne sermektedir.

İdari sözleşme ölçütleriyle açıklanamayan faaliyetlere bir başka örnek ise istikraz sözleşmeleridir. İdarenin çeşitli senetler aracılığıyla özel hukuk kişilerinden borç alması olarak nitelendirilebilecek bu sözleşmelerde herhangi bir şekilde kamu hizmeti bağlantısı bulunmamakla beraber, sözleşmeye konu olan senetler hacizden muaf tutulmakta ve para olarak işlem görmektedirler.<sup>61</sup> Görüldüğü üzere, özel hukuku aşan şartlar ölçütü dolayısıyla istikraz sözleşmeleri de idari sözleşme sayılmıştır. *Özel*, bu nitelendirmenin yanlış olduğuna dikkat çekmiş, “*sözleşmede idareye tanınan yetkilerin idari nitelikteki sözleşmelerden farklı olan sözleşmelerde de görülebilecek nitelikte olduğunu*” ifade etmiştir.<sup>62</sup> *Çal*’a göre ise “*istikraz sözleşmelerine idari nitelik atfedilmesinin asıl nedeni, kamu borçlanmaları konusu ile ülke geleceği arasında sıkı bir ilişki bulunmasıdır.*”<sup>63</sup>

Sözleşme ölçütleriyle açıklanamayan faaliyetlerle ilgili olarak ele alacağımız son örnek ise bayındırlık sözleşmeleridir. Bu sözleşme türünün nitelendirilmesinde de abonman sözleşmelerinin nitelendirilmesinde görülen durumun farklı bir örneği mevcuttur. Türk hukukunda bayındırlık sözleşmeleri, sözleşmenin bir tarafı idare olmasına, sözleşmenin kamu hizmeti ile ilgisinin bulunmasına rağmen özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Doktrinde bu konu bayındırlık sözleşmelerinin ekonomik olarak ülkeye etkisi yönünden tartışılmaktadır. *Özel*, konuya ilişkin olarak, “*kamu yararı barındıran, ülke ekonomisine ciddi boyutlarda etki edebilme ve kamuya ciddi zararlar verebilme potansiyeline sahip olan bayındırlık sözleşmelerinin doğrudan özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yerinde değildir*” ifadelerini kullanmıştır.<sup>64</sup> Bu konuda idari sözleşme ölçütlerine başvurulmalıdır. Bunun sebebi de konuyu kamusal alana taşıyarak kamusal bir korunma sağlamanın gerekli olması düşüncesidir.<sup>65</sup>

İdari sözleşme ölçütleri ve bu ölçütlerle açıklanamayan faaliyetler bir bütün olarak ele alındığında, idarenin yapmış olduğu sözleşmelerin nitelendirilmesi konusunda bir uzlaşma bulunmadığı, ölçütlerin idarenin faaliyetlerini açıklamakta tek başlarına veya zaman zaman birlikte kullanılmasına rağmen yetersiz kaldıkları görülmektedir. Doktrinde bu ölçütlerin birlikte kullanılmasını eleştiren görüşler de mevcuttur.<sup>66</sup> Günümüzde hâlihazırda kullanılan idari sözleşme ölçütlerini değerlendiren *Çal*, “*bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesinin temelinde kamusal korunma düşüncesinin, gerekliliğinin yattığını ifade etmekte-*

<sup>57</sup> ÖZEL, s. 207; ODYAKMAZ, s. 153; ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 247.

<sup>58</sup> ODYAKMAZ, s. 153.

<sup>59</sup> YILDIRIM, s. 511.

<sup>60</sup> ÖZEL, s. 210; ODYAKMAZ, s. 153.

<sup>61</sup> ÖZEL, s. 208-209.

<sup>62</sup> ÖZEL, s. 208-209.

<sup>63</sup> ÇAL, Sedat: “Kamu İstikraz Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2009, Sayı 63-64, s. 91.

<sup>64</sup> ÖZEL, 209.

<sup>65</sup> ÖZEL, 209.

<sup>66</sup> GÖZLER, s. 48.

*dir. Bu ifadeyi kullanırken, idari sözleşme ölçütlerinde kullanılan kamu gücü, kamu hizmeti kavramlarının görünen tanımlarından, görünürde ifade ettiklerinden ziyade korudukları amaçların, nedenlerin incelenmesi gerektiğini”* belirtmiştir.<sup>67</sup> Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi’ne dair sözleşmeleri örnek gösteren Çal, “*bu sözleşmelerde herhangi bir kamu malının kullanılmadığının, herhangi bir şekilde kamu hizmeti faaliyetiyle ilişki olmadığına altını çizmiş, idari sözleşme ölçütleri bakımından değerlendirildiğinde bu sözleşmeleri idari sözleşme sayma olanağının bulunmadığını”* ifade etmiştir.<sup>68</sup>

#### **D. İdari Sözleşme Ölçütlerine Farklı Bir Bakış Açısı**

İdari sözleşme ölçütlerine dair son olarak bu ölçütlere farklı bir bakış açısı getiren idarenin sözleşmelerini rekabet ve tekel kavramları ekseninde değerlendiren ekonomik yaklaşıma yer vermeyi uygun buluyoruz. Söz konusu yaklaşım, yeni bir idari sözleşme ölçütü ortaya koymaktan ziyade rekabet kavramının idarenin sözleşmelerini nitelendirme konusunda önemli olabileceği düşüncesi ve “*hâlihazırda mevcut olan sözleşme ölçütlerini daha iyi anlayabilme amacıyla*”<sup>69</sup> ileri sürülmüştür.

Rekabet yaklaşımına göre özel hukuk kişileri veya idare tarafından topluma sunulan kamu hizmetleri, hukuken veya hizmetin niteliği gereği doğal olarak tekel alanı şeklinde belirlenebilir.<sup>70</sup> Doğal tekellerde faaliyetin niteliği gereğince belirlenen kişiden başkasının hizmeti sunabilmesi mümkün olmazken, hukuki tekel kapsamında hizmetin yalnızca belirlenen kişi tarafından görülmesi bir tercih olarak değerlendirilebilir. Doğal tekellerde, hizmetin niteliği dolayısıyla rekabet faktöründen söz edilemeyecektir.<sup>71</sup> Bu durumda kamu hizmetinin gerektiği gibi topluma sunulmaması hali nedeniyle problemlerle karşılaşmak mümkündür.<sup>72</sup> Bireylerin söz konusu tekeller karşısında zor durumda kalmaması için, tekel eliyle yürütülen hizmetlere kamusal nitelik atfedilmesi ve kamu hukuku rejimi kapsamında sınırlamalara tabi tutulması gerekliliği ileri sürülebilir.<sup>73</sup> Burada kamusal korunma gerekliliğinin etkilerinin bulunduğu söylenebilir.<sup>74</sup>

Kamu hizmetinin ve idarenin faaliyetlerinin temel amacı olan kamu yararının tekel olmayan, rekabetin sağlanabildiği alanlarda nasıl sağlanacağı ise ayrı bir tartışma konusudur. İdarenin yanı sıra özel sektörün de faaliyet göstermesine olanak tanınan bir kamu hizmeti alanında, eğer yeterince rekabet sağlanabiliyor, hizmet gerektiği gibi topluma sunulabiliyorsa bu kamu hizmetinin kamusal alana taşınarak kamu hukuku rejimine göre yerine getirilmesi, kamusal korunma gerekliliğinin sağlanması için geçerli bir neden bulunmamaktadır.<sup>75</sup> Ancak altını çizmek gerekir ki, söz konusu kamu hizmeti alanında rekabetin yeterli olması buradaki ana ölçüttür ve rekabet fiili olarak da işliyor olmalıdır.<sup>76</sup>

Rekabet yaklaşımında maddi ölçütün daha iyi anlaşılabilmesi ve asıl olarak idari sözleşme ölçütlerinin görünen kısmından ziyade bu ölçütlerle amaçlananın ne olduğunun ortaya konulabilmesi hedeflenmiştir. Kamu hizmetlerinin sunulmasının temelinde yatan kamu yararı düşüncesi, idari sözleşme ölçütlerini belirleme ve uygulamada toplum menfaatinin asıl ölçüt olarak göz önünde bulundurulmasıyla sağlanabilir. Eğer toplum menfaati yeterli rekabet ortamının sağlanması sonucunda kamu hizmetinin gerektiği gibi yerine getirilmesi ile tatmin edilebiliyorsa söz konusu kamu hizmetini kamusal bir zemine taşıyıp kamu hukuku kurallarıyla sınırlamanın, hizmete müdahale etmenin bir gereklilik olmadığından söz edilebilecektir.

<sup>67</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 253-254.

<sup>68</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 253-254.

<sup>69</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 226.

<sup>70</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

<sup>71</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

<sup>72</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

<sup>73</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

<sup>74</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

<sup>75</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

<sup>76</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 255-265.

## SONUÇ

Teknolojinin ve toplum ihtiyaçlarının günden güne gelişmesi ve değişmesi sonucunda idarenin faaliyet alanı genişlemiş, sunmakla yükümlü olduğu kamu hizmeti sayısı artmıştır. Bunun sonucu olarak da idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin her birini kendi personeli ve maddi imkânlarıyla sunabilmesi mümkün görünmemektedir. Tek taraflı işlem yapma yetkisine sahip olan idare, kamu hizmetlerini yerine getirirken kendi arasında veya özel hukuk kişilerle sözleşme ilişkisi kurabilme yetkisine de sahiptir. İdarenin sözleşmelerinin hangi hukuk dalına tabi olacağı ise uzun süredir devam eden bir tartışma konusudur.

İdarenin sözleşme ölçütlerini değerlendirmeye geçmeden önce, bu ölçütlere neden gerek olduğu, neden bir sözleşmenin idari veya özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenmesi gerektiği sorusunun üzerinde durulmalıdır. İdari sözleşme ölçütlerinin, bir sözleşmenin idari veya özel hukuk sözleşmesi olarak ayırt edilmesinin idari sözleşmelere şekli olarak bir etkisinin olmadığını, asıl olarak kurulan sözleşme ilişkisinin nitelendirildiğini idrak etmek gerekir.<sup>77</sup> İdari sözleşme ölçütleriyle temelde incelenmesi gereken idari sözleşmenin yapılmasıyla ortaya çıkan ilişkinin idari nitelik taşıyıp taşımadığıdır.<sup>78</sup> Bu incelemenin de sonucu, idarenin sözleşmelerine hangi hukuk kurallarının uygulanacağını ve sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda hangi yargı koluna başvurulacağını belirlenmesi şeklinde olacaktır.

İdari sözleşme ölçütleri, idari yargı makamlarının kararlarında kullandığı yöntemlerin doktrinde uzun süren çalışmalarla sistematikleştirilmesi sonucunda ortaya konulmuştur. Bu doğrultuda, idarenin sözleşmelerini birbirlerinden ayırt etmek için organik ve maddi ölçütler belirlenmiştir. Organik ölçüte göre bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için taraflarından birinin idari olması gerekmektedir. Özel hukuk kişilerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmeler kamu hizmetine ilişkin olsa veya taraflar idare adına hareket ediyor olsalar dahi idari sözleşme olarak kabul edilemez. Maddi ölçüt ise kendi içerisinde farklı yaklaşımlar barındırmaktadır. Bu yaklaşımlar; sözleşmenin kamu hizmetleriyle bir ilişkisinin bulunması, özel hukuku aşan şartlar içermesi veya özel hukuku aşan, kendine özgü bir rejime tabi olması yönündedir.

Sözleşmenin taraflarına yönelik olan organik ölçüt, idari sözleşmelere yönelik çok temel bir hususa yönelik olmakla birlikte bu ölçütün günümüzde etkisinin azaldığı, yetersiz kaldığı ileri sürülebilir. Çünkü idarenin yaptığı bütün sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmayıp taraflardan birinin idare olduğu bir özel hukuk sözleşmesinin yapılabilmesi gayet doğaldır. Ayrıca iki özel hukuk kişisinin kendi aralarında yaptığı sözleşmelerin de idari sözleşme sayılabilir olması organik ölçütün belirleyiciliğinin azaldığına örnek olarak gösterilebilir.

Organik ölçüte nazaran maddi ölçüt yaklaşımlarının günümüzde daha etkili olduklarını söyleyebilmek mümkün olmakla birlikte, bu ölçütler de kendi içlerinde çeşitli problemler barındırmaktadır. Maddi ölçütün yargı kararlarında en sık rastlanan görünümü olan kamu hizmeti ölçütü, kamu hizmeti kavramının idare hukuku alanında önemi düşünüldüğünde büyük bir yere sahiptir. Ancak burada da kamu hizmeti kavramının tanımlanmasında yaşanan güçlükler ve bu kavramın dinamik yapısı nedeniyle kapsamının belirlenmesinin zor olması uygulamada sorun teşkil edebilmektedir.

Maddi ölçütün bir diğer görünümü olan ve özel hukuku aşan şartlar olarak ifade edilen kamu gücü ölçütü ise “belirleyicilik açısından eksik olması ve söz konusu şartların günümüzde özel hukuk sözleşmelerinde görülememesi durumunun gerçekçi olmaması” nedenleriyle eleştirilmektedir.<sup>79</sup> Belirleyici olmak bakımından eksik olma hususunu, özel hukuku aştığı iddia edilen şartların hangileri olduğu konusunda görüş birliği olmamasına bağlayabilmek mümkündür. Özel hukuku aşan rejim ise tam bir

<sup>77</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 224.

<sup>78</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 224.

<sup>79</sup> TEKİNSOY, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt*, s. 224.

ölçüt olmak için yetersiz bulunmuş, özel hukuku aşan şartlardan büyük bir farklılık getirmediği düşüncesiyle eleştirilmiştir.

İdarenin sözleşmelerinin nitelendirilmesinde sözleşme ölçütlerinin konularını incelemeden önce bu sözleşmelerin kanunla nitelendirilebilmesi hususu da ele alınmalıdır. Hiç şüphesiz idarenin sözleşmelerinin hangi hukuk dalına tabi olacağı, 1982 Anayasası'nın 47/4. maddesinde ifade edildiği üzere kanunlarla belirlenebilir. Bir sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları kanun yoluyla belirlenmişse idari sözleşme ölçütlerine başvurabilmek mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucuya sözleşmenin niteliğini belirleme konusunda önemli bir yetkisi verilmiş olsa da bu yetki sınırsız değildir. Söz konusu kanunun Anayasa'ya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılabilecek ve bu yolla kanun koyucunun takdir yetkisi denetlenebilecektir.

İdari sözleşme ölçütlerine dönecek olursak, yukarıda ifade ettiğimiz nedenlerle bu ölçütlerin tek başlarına veya bir arada kullanıldıkları halde günümüzde idarenin faaliyetlerini açıklama konusunda yetersiz kaldıkları, sözleşmeleri nitelendirmede ağırlıklı olarak sözleşmenin içeriğine yönelik saptamalarda buldukları görülmektedir. Bu nedenle idarenin abonman sözleşmesi, bayındırlık sözleşmesi ve benzeri faaliyetlerine dair sözleşmeler idari sözleşme ölçütleriyle örtüşmemektedir. Buradaki uyumsuzluğun idari sözleşme ölçütleriyle açıklanamama durumunun, idari sözleşme ölçütü olarak karşımıza çıkmayan ancak bir sözleşmeye kamusal nitelik tanınmasında önemli bir yere sahip olan kamusal korunma gerekliliği, sözleşmeyi kamusal alana taşıyarak idarenin müdahil olabilmesini sağlama düşüncesi ile bir bağının bulunduğunu düşünüyoruz. Söz konusu düşünce her ne kadar göz önünde olmasa da idarenin sözleşmelerinde ölçütlerle açıklanamayan durumların ifade edilebilmesinde “*arkada yatan neden*” olarak mevcut olduğu ileri sürülebilir.<sup>80</sup> Kamusal korunma gerekliliğinin ön plana çıkartılması aslında idari sözleşme ölçütlerinin uygulamayı yansıtma konusunda eksikliğini ifade etmek içindir. İdarenin sözleşmelerini sadece sözleşmelerin içeriğine ve biçimsel özelliklerine bakarak açıklayabilmek mümkün görünmemektedir. Bu sözleşmelere dışarıdan, farklı bir bakış açısıyla yaklaşmak, nitelendirme sorununu aşabilmek açısından bir çözüm sağlayabilir. Rekabet yaklaşımının da burada ifade ettiğimiz şekilde, uygulamayı yansıtma açısından önemli bir yer tuttuğuna ve idari sözleşme ölçütlerine farklı bir bakış açısı kattığına inanıyoruz.

<sup>80</sup> ÇAL, *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, s. 253; ÖZEL, s. 209.

**KAYNAKÇA**

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.
- ALAMUR, Seher: *Türk Hukuku'nda İdari Sözleşmeler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- BİLGİN, Pertev: *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970.
- ÇAL, Sedat: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 14, Sayı 1, 223-274 (İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu).
- ÇAL, Sedat: “Kamu İstikraz Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2009, Sayı 63-64, s. 1-98.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2020.
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku*, 2. Cilt, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- KESİCİ, Fatih Sultan: *İdari Sözleşmelerin Türleri, Kapsamı ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1998, Cilt 2, Sayı 2, s. 141-195.
- ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, Ankara, 1966.
- ÖZEL, Kadir Can: “İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2020, Sayı 12, s. 181-220.
- TAN, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1995, Cilt 50, Sayı 3, s. 291-309.
- TANK, Mehmet: “Yargı Kararları Işığında İdari Sözleşme Kriterleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 4, s. 509-542.
- TEKİNSOY, Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 55, Sayı 2, s. 181-227 (İdari Sözleşmelerde Ölçüt).
- TEKİNSOY, Ayhan: *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2002 (İdari Sözleşme Rejimi).
- TOKALI, Muhammed: *İdari Sözleşmeler ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2010.
- YILDIRIM, Turan: “İdari İşlemler”, (Ed.) YILDIRIM, Turan, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 407-526.



## Ekonomik Kamu Düzeninin Korunmasına Yönelik Kamu İhale Hukuku İlkeleri (Rekabet / Eşitlik / Kaynakların Verimli Kullanılması İlkeleri)<sup>(\*)</sup>

*Principles of Public Tender Law on the Protection of the Economic Public Order  
(Competition / Equality / Efficient Use of Resources)*

Adem AVCI    
Avukat  
İstanbul Barosu

### Anahtar Kelimeler

*Ekonomik Kamu Düzeni,  
Kamu İhaleleri,  
Rekabet İlkesi,  
Eşitlik İlkesi,  
Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi.*

### Öz

Kamu düzeni devletin varlığını idame ettirebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bireylerin sağlıklı, huzurlu ve güvenli bir şekilde yaşamaları durumunu ifade eden kamu düzeni, ekonomik kamu düzenini de içine alan geniş bir kavramdır. Dolayısıyla ekonomik kamu düzeninin korunması, kamu düzeninin de korunmasına katkı sağlayacaktır. Ekonomik kamu düzeni, ekonomik ilişkilerin güven ve düzen içerisinde bulunması durumu olarak tanımlanmaktadır. Kamu ihalelerinde kamu kaynaklarının ve harcamalarının finansal açıdan yönetimi söz konusu olduğundan, bu alanda yapılan düzenlemeler ve oluşturulacak etkin bir denetim mekanizması ekonomik kamu düzeni açısından önemlidir. Aksi halde önemli ekonomik kayıplar ve yolsuzluklar söz konusu olabilir. İşte bu ekonomik kamu düzenini sağlama amacıyla kamu ihale mevzuatında birtakım ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkelerden rekabet, eşitlik ve kaynakların verimli kullanılması bu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda söz konusu ilkeler Kamu İhale Kurulu (KİK), Rekabet Kurumu (RK) ve yargı kararları ışığında açıklanmıştır.

### Keywords

*Economic Public Order,  
Public Tenders,  
Competition Principle,  
Equality Principle,  
Efficient Use of Resources Principle.*

### Abstract

Public order is significant in terms of maintaining the existence of the state. Public order, which expresses the health, peaceful and safe life of individuals, is a broad concept that includes the economic public order. Therefore, protection of the economic public order will contribute to the protection of the public order. Economic public order is defined as a state of trust and order in economic relations. Since the financial management of public resources and expenditures is in question in public tenders, regulations made in this field and an effective control mechanism to be established are important for the economic public order. Otherwise, significant economic losses and corruption may occur. A number of principles are included in the public tender legislation in order to ensure this economic public order. Among these principles, competition, equality and efficient use of resources constitute the subject of this article. In this context, these principles are explained in the light of the decisions of Public Tender Board, Competition Board and judiciary.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.01.2021, Kabul Tarihi: 29.07.2021.

## GİRİŞ

Günümüzde ekonomik kamu düzeninin korunması için birtakım anayasal ve yasal düzenlemeler konulmuştur. Türkiye’de 1961 Anayasası’nın ekonomik düzen öngörmesi, dönemin en önemli özelliği olarak söylenmekte olup 1982 Anayasası da ekonomik düzene ilişkin birçok hüküm öngörmektedir. 1982 Anayasası Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğunu ifade ettikten sonra, ekonomik düzen açısından iki önemli hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkı (m. 35) ile çalışma ve sözleşme özgürlüğünü (m. 48) düzenlemiştir. Ayrıca Anayasa’nın “Kamulaştırma” başlıklı 46. maddesi, “Devletleştirme ve Özelleştirme” başlıklı 47. maddesi, “Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey” başlıklı 166. maddesi, “Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi” başlıklı 167. maddesi, “Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi” başlıklı 168. maddesi, “Kooperatifçiliğin geliştirilmesi” başlıklı 171. maddesi, “Tüketicilerin korunması” başlıklı 172. maddesi ve “Esnaf ve sanatkârların korunması” başlıklı 173. maddesi de ekonomik kamu düzenine ilişkin düzenlemelerdir.<sup>1</sup>

Kamu ihale sürecindeki uyulması gereken kuralları ve yaptırımları düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KK),<sup>2</sup> mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin korunması amacıyla gerekli denetleme ve düzenlemeleri kapsayan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK),<sup>3</sup> genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini düzenleyen 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DK)<sup>4</sup> ve rüşvet ve yolsuzlukla mücadele etmek amacıyla kamu görevlileri ile bazı diğer kişilerin mal bildiriminde bulunmalarını, bildirimlerin yenilenmesini, mal edilmelerin denetimiyle, haksız mal edinme veya gerçeğe aykırı bildirimde bulunma halinde uygulanacak hükümleri, bazı suçlardan dolayı kamu görevlileri ve suç ortakları hakkında takip ve yargılama usulünü düzenleyen 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu<sup>5</sup> söz konusu yasal düzenlemelerdir.

İhale sürecine ilişkin temel ilkeler, KK’nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre, “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.”. RKHK ise salt rekabet ilkesinin korunmasına yönelik bir kanundur. Söz konusu ilkeler, ihale hukukunun referans değerlerini temsil ettiğinden hem ihale sürecine ilişkin diğer teknik nitelikli hükümlerin bu ilkeleri güvence altına alacak bir niteliği haiz olması hem de uygulayıcıların her türlü iş ve işlemlerinde bu ilkelerin amacına uygun davranmaları gerekmektedir.<sup>6</sup> Bu ilkeler ekonomik kamu düzenine ilişkin ilkeler olmakla beraber, tüm bu ilkelerin detaylı olarak incelenmesi bir makalenin konusunu aşacağı için biz bu çalışmada sadece rekabet, eşit muamele ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerini açıklamaya çalışacağız. Bu bağlamda çalışmada, genel olarak ekonomik kamu düzeni açıklandıktan sonra ekonomik kamu düzeninin korunmasına yönelik kamu ihale hukuku ilkelerinden rekabet, eşit muamele ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri KİK ve Danıştay kararları ışığında açıklanmaya çalışılacak ve rekabet ilkesi açısından RK kararlarına da yer verilecektir.

<sup>1</sup> TAN, Turgut: “Ekonomik Düzen ve Anayasa”, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Türkiye Barolar Birliği, Yayın No: 12, Ankara, 2001, s. 858-861.

<sup>2</sup> 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmî Gazete.

<sup>3</sup> 13.12.1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmî Gazete.

<sup>4</sup> 10.09.1983 tarihli ve 18161 sayılı Resmî Gazete.

<sup>5</sup> 04.05.1990 tarihli ve 20508 sayılı Resmî Gazete.

<sup>6</sup> ÖZKAN, Gürsel: *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Temel İlkeler), s. 173.



## I. GENEL OLARAK EKONOMİK KAMU DÜZENİ

Kamu düzeni idare hukukunun en temel kavramlarından biri olup kamu düzeninin sağlanması bir kamu hizmeti faaliyeti olan kolluk faaliyetinin temel amacını oluşturmaktadır.<sup>7</sup> Bu bakımdan kamu düzeni kavramının “asayiş” kavramı ile ifade edilebileceği düşünülse de tam olarak aynı anlama geldikleri söylenemez. Asayiş kavramı esasen kamu güvenliğine (genel güvenlik) karşılık gelmektedir.<sup>8</sup> Kamu güvenliği ise klasik anlayışa göre kamu düzeninin üç temel unsurundan biridir. Diğer unsurlar ise kamu huzuru ve kamu sağlığı unsurlarıdır. Kamu güvenliği, “şahsa ve eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğu”; kamu huzuru, “cemiyette, intizamsızlığın, karışıklığın yokluğu, hayatın normal seyrini takip etmesi”; kamu sağlığı ise “bireylerin bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunması, sosyal hayatın sağlık koşulları içinde sürmesi” olarak ifade edilebilir.<sup>9</sup> Modern anlayış ise bu unsurların dışında; genel ahlak, kamusal estetik, insan onuru ve bireylerin kendilerine karşı korunması gibi yeni unsurlara da yer vermektedir.<sup>10</sup>

Kamu düzeni kavramı zamanla “ekonomik kamu düzeni”, “sosyal kamu düzeni” ve “çevresel kamu düzeni” gibi daha özel alanları kapsayacak şekilde yeni kavramları ortaya çıkarmıştır.<sup>11</sup>

Ekonomi hukuku,<sup>12</sup> ekonomik alana ilişkin hukuk kurallarının tümünü içermekte olup ekonomik hukuk<sup>13</sup> ise en genel tanımıyla bir ekonomik faaliyete uygulanan ve çeşitli hukuk dallarına tabi kurallar bütünüdür.<sup>14</sup> Bazen birbirlerinin yerine de kullanılan bu iki kavram esasen iki farklı anlayışı yansıtmakta olup ekonomik hukuk kuralların özgünlüğü ile belirginleşmekte, soruna disiplinler arası mukayese açısından yaklaşmakta ve hukukun yeni bir dalını teşkil etmektedir.<sup>15</sup> Ekonomik kamu düzeni ise 1850’lerden itibaren özellikle de 20. yüzyılda yeni bir kamu düzeni anlayışı olarak ortaya çıkmış olup<sup>16</sup> ekonomik ilişkilerin güven ve düzen içerisinde bulunması durumunu ifade eder.<sup>17</sup>

Ekonomik ilişkilerin ve ticari faaliyetlerin yaygınlaşması, bu alandaki düzenlemelerin artışına bağlı olarak, kural ihlallerinin de artmasına sebebiyet vermektedir. Ekonomik hayatın düzenlenmesine ilişkin kuralların temel amacı, bireylerin ve toplumun ekonomik menfaatlerinin korunması suretiyle genel ve ekonomik kamu düzeninin sağlanması olup bu düzenin hukuka aykırı yollarla ihlal edilmesi ekonomik suçları veya kabahatleri oluşturabilmektedir.<sup>18</sup>

“Planlı ekonomi”, “karma ekonomi” ve “serbest piyasa ekonomisi” olmak üzere ekonomik kamu düzeninin temelini oluşturan üç temel ekonomi modeli bulunmaktadır. Günümüz dünyasında ağırlıklı olarak serbest piyasa ekonomisi modeli uygulanmakta olup bu modelde devletin ekonomideki rolü deği-

<sup>7</sup> GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku, Cilt II*, Gürsel Kaplan’ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, (Cilt II), s. 477.

<sup>8</sup> ULUSOY, Ali D.: *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, (Yeni Türk İdare Hukuku), s. 538.

<sup>9</sup> GÖZLER, *Cilt II*, s. 478.

<sup>10</sup> GÖZLER, *Cilt II*, s. 479-482.

<sup>11</sup> ORER, Gürsel: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, Sayı 6, s. 363.

<sup>12</sup> “droit de l’économie”.

<sup>13</sup> “droit économique”.

<sup>14</sup> LINOTTE, A. / MESIRE, A.: *Services publics et droit public économique*, Librairies Techniques, C. I, Paris, 1982 (Aktaran: TAN, Turgut: *Ekonomik Kamu Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984, s. 6).

<sup>15</sup> TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 7.

<sup>16</sup> OKAY, Özge: *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 142.

<sup>17</sup> KAĞITCIOĞLU, Mutlu: *Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 37; “Anayasa hukukunda artık kamu düzeni deyimi ile yetinilmemekte, kamu düzeninin yanında ekonomik kamu düzeni de yer almaktadır. Ekonomik kamu düzeni sadece hukuk kavramlarını ihtiva etmemekte, ekonomi-hukuk işbirliğiyle düzeni saptamaktadır.”, Danıştay, 3. D., T. 13.10.1980, E. 1980/157, K. 1980/181 (Aktaran: ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, Cilt 67, Sayı 4, (Ekonomik Kamu Düzeni), s. 81).

<sup>18</sup> TİRYAKİ, Tercan / GÜRİSOY, Türker: “Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, 2004, Sayı 55, s. 53.

şime uğramış ve devlet, işletmeci olmak yerine düzenleyici olmayı benimsemiştir.<sup>19</sup> Ancak günümüz ekonomilerinde para ve sermaye piyasalarının güvenli ve sağlıklı bir biçimde çalışması, bu alandaki faaliyetlerin etkin bir şekilde denetimine ve etkili bir yaptırım mekanizmasına bağlıdır. Zira bu tür piyasalarda faaliyette bulunan kişilerin ve kurumların sebebiyet verebileceği zararlar, bütün ülke ekonomisine ciddi zararlar verebilmektedir. Kamu düzeninin devamını sağlamak amacıyla oluşturulan denetim faaliyetlerinin etkin işleyebilmesi ise zamanında uygulanabilen ve caydırıcı nitelikteki yaptırımların varlığını zorunlu kılmaktadır.<sup>20</sup> Ekonomik kamu düzeninin sağlanması idare için bir yükümlülüktür. İdarenin bu yükümlülüğünü gereği gibi ifa edebilmesi için ise regülasyona<sup>21</sup> tabi kurum ve kişilerle temas halinde bulunması ve faaliyetlerini denetlemesi gerekmektedir. Gerek ülkemiz hukuk sisteminde gerekse de diğer hukuk sistemlerinde, piyasaların denetim ve gözetimi düzenleyici ve denetleyici kurumlar aracılığıyla yürütülmektedir. Bu kurumlar, ekonomik kolluk yetkilerini “izin verme”, “yasaklama” veya “yaptırım uygulama” biçiminde kullanmakta olup<sup>22</sup> alanlarıyla ilgili piyasaları düzenleyip dikkatli bir şekilde takip etmekte, denetlemekte ve gerektiğinde yaptırım uygulamakta; böylelikle oluşabilecek riskleri ortadan kaldırmak yoluyla kamu düzeninin bozulmasının önüne geçmektedirler.<sup>23</sup>

## II. REKABET İLKESİ

### A. Rekabet İlkesinin Anlam ve Kapsamı

“Rekabet” Arapça kökenli bir kelime olup “*aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış*” anlamlarına gelmektedir.<sup>24</sup> RKHK’nin 3. maddesinde rekabet şöyle tanımlanmıştır: “*Rekabet, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış ifade eder.*”.

Kamu ihaleleri açısından rekabet “*isteklilerin kamu ihale sürecine özgürce katılmaları ve karar alabilmelerine imkân sağlayacak bir ortamın oluşturulması*” olarak tanımlanabilir.<sup>25</sup> Bu bağlamda rekabet, kamu görevlilerinin ve adayların ihalelerdeki rekabeti bozan hal ve hareketleri ile rüşvet gibi bazı yasal olmayan ilişkileri men etmeyi zorunlu kılmaktadır.<sup>26</sup> Rekabet ilkesi ise “*idarenin en ehil sözleşmeciyi en ucuz bedele bulabilmesini, diğer bir ifadeyle, en kaliteli mal ve hizmeti en uygun bedelle alabilmesini sağlamayı amaçlayan*”<sup>27</sup> temel bir kamu ihale hukuku ve rekabet hukuku ilkesidir.

Rekabet ilkesi, Anayasa’da açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” alt başlıklı 48. maddesinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmektedir.<sup>28</sup> Buna göre,

<sup>19</sup> ÖZKAN, *Ekonomik Kamu Düzeni*, s. 92.

<sup>20</sup> TİRYAKİ / GÜRİSOY, s. 67.

<sup>21</sup> Regülasyon bazen sadece denetleme, bazen sadece düzenleme, bazen de düzenleme ve denetleme olarak ifade edilmektedir. ULUSOY, Ali: *Rekabet Kurumu Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu*, Ankara, 15-16 Mart 2001, s. 57 (Aktaran: GÜVENEK, Burcu: “Devletin Regülasyonlar Yoluyla Piyasalara Müdahalesi ve Türkiye Enerji Piyasaları”, *Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2009, Cilt 9, Sayı 18, s. 50); *Ulusoy*’a göre regülasyon, belli bir faaliyete ilişkin olarak “oyunun kurallarının belirlenmesi (düzenleme)” ve bu kurallara riayetinin sağlanması (denetim) olarak tanımlanabilir. ULUSOY, Ali: “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2000, Sayı 2, s. 46; regülasyon, türü bakımından ekonomik regülasyon ve sosyal regülasyon olarak ikiye ayrılmaktadır. Ekonomik regülasyon, piyasaya giriş ve çıkışların, fiyatlandırmanın, karlılık ve rekabetin düzenlenmesini içermekte iken; sosyal regülasyon ise sağlık, güvenlik ve çevre gibi sosyal nitelikteki konulara özgülenmektedir. SCHWARTZ, Bernard: *Administrative Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Littell, Brown and Company, Boston and Toronto, 1984, s. 17, VISCUSI, W. Kip / HARRINGTON, Joseph H. / VERNON, John M.: *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 4<sup>th</sup> ed., 2005, s. 691-692 (Aktaran: ŞAHİN, Cenk: *Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 2).

<sup>22</sup> AKINCI, Müslüm: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, *Rekabet Dergisi*, 2001, Sayı 5, s. 5.

<sup>23</sup> ORER, s. 385.

<sup>24</sup> TÜRK DİL KURUMU, *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları: 549, Ankara, 2005, s. 1650.

<sup>25</sup> ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 199; GÖK, Yaşar: “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, *Dış Denetim Dergisi*, 2010, Sayı 2, s. 14.

<sup>26</sup> SEZER, Yasin: “Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 3913.

<sup>27</sup> GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 476; GÖZLER, *Cilt II*, s. 118.

<sup>28</sup> ÖZ, Gamze: *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötiye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, s. 6.

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” Bu hürriyetin sınırları ise Anayasa’nın 167. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”

Rekabet ilkesi, DK’nin 2. maddesinde “Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır.” şeklinde ve KK’nin 5. maddesinde ise “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Rekabet ilkesi ihalelere olabildiğince çok isteklinin katılmasını, bu isteklilerin özgür iradeleriyle tekliflerini yapabilmelerini, gizli anlaşmaların önlenmesi gibi gerekli tedbirlerin alınmasını, kısaca rekabet ortamının sağlanmasını amaçlamaktadır.<sup>29</sup> Keza Devlet İhale Kanunu ve KK’de, söz konusu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak bazı yaptırımlar öngörülmüştür.<sup>30</sup> Buna göre, DK’nin 83. maddesinde, ihale işlemlerinin hazırlanması, uygulanması ve neticelendirilmesi esnasında yasak fiil ve davranışlar sayılmış; 84. maddesinde bu yasağa uymayanların 1 yıla kadar tüm ihalelere katılmalarının yasaklanacağı, yine 85. madde ve devamındaki hükümlerde yaptırım ve ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler yer almıştır. KK’nin ise 17. maddesinde yasak fiil ve davranışlar düzenlenmiş, bunlara aykırı davranışlar hakkında ihaleye katılmaktan yasaklama kararı gibi yaptırımlar ise 58 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Ayrıca, rekabet ilkesini sağlama amacıyla, iki kanunda da ihale yetkilisi idarenin ve personelinin belli dereceye kadar yakınlarının ihaleye katılması yasaklanmıştır (DK, m. 6; KK, m. 11). Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun<sup>31</sup> 235. maddesinde “ihaleye fesat karıştırma suçu” düzenlenmiştir. KK’nin 17. maddesinde öngörülen yasak fiil ve davranışlar<sup>32</sup> aynı zamanda rekabeti önleyici nitelikte eylem ve davranışlardır.<sup>33</sup>

KK’nin 12. maddesinde, teknik şartnamelerde yer alan teknik kriterlerin fonksiyonelliği ve verimliliği sağlamaya ilişkin olacağı, rekabeti engelleyici konular içermeyerek fırsat eşitliği sağlaması gerektiği, belli isteklilerin ihaleye katılmalarına imkân verecek ve diğerlerini engelleyecek şekilde teknik şartnamelerde belirli bir patent, model veya marka belirtilemeyeceği ve bunlara ilişkin tanımlama ve özelliklere yer verilemeyeceği ve bunun istisnası belirtilmiştir. Buna göre, “Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde ‘veya dengi’ ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilir.”

Adil bir rekabetin gerçekleşebilmesi için mümkün olduğu kadar fazla kişinin ihaleye katılması ve bunlar arasında gerçek bir rekabetin olması gerekir.<sup>34</sup> Örneğin, ihaleye katılanlar arasında gizli bir

<sup>29</sup> GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 200; ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdare Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 583.

<sup>30</sup> ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 561.

<sup>31</sup> 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

<sup>32</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOLAK, Mustafa / BAFRA, Erdem: “Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen Yasak Fiil ve Davranışlar”, (Ed.) ÇOLAK, Mustafa / DEMİRBOĞA, Dursun Ali: *Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, Kamu Kurumu Yayınları, Yayın No: 1, Ankara, 2014, s. 54-90; KK’nin 17. maddesine göre bu fiil ve davranışlar şunlardır: “a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak. c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek. e) 11’inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”

<sup>33</sup> ÇAĞLAYAN, s. 583.

<sup>34</sup> GÖZLER / KAPLAN, s. 476.

anlaşma yapıldıysa, ihaleye katılanlardan biri hile, tehdit gibi bir yolla diğerlerinin ya da diğerlerinden birinin iradesini sakatlamışsa veya ihale sürecine rüşvet gibi bir yolla fesat karıştırıldıysa serbest rekabet ilkesine aykırı davranılmış olunur.<sup>35</sup> Bu ilkeye aykırı davranıldığı takdirde ise kamu alımları daha pahalı hale gelebileceği gibi, yolsuzluklara da yol açabilir.<sup>36</sup>

Rekabet ilkesi gereği olabildiğince fazla kişinin ihaleye katılması istenmekle birlikte, rastgele herkesin ihaleye girmesi de işi yapabilecek nitelikteki isteklilerin ihaleye katılımını veya tespitini zorlaştıracağından bazı kısıtlamalar getirilmiştir.<sup>37</sup> Bu nedenle, KK'nin 10. maddesinde, teknik ve mesleki yeterlik ile mali ve ekonomik yeterliklerin tespit edilmesi için gerekli olan bilgi ve belgeler ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

## B. Rekabet İlkesinin İstisnası

KK'nin 63. maddesi gereği, ihalelerde yalnızca yerli isteklilerin yer alacağına ilişkin bir düzenleme ya da yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanması rekabet ilkesinin istisnası olarak kabul edilebilir.<sup>38</sup> Bu durum aynı zamanda eşitlik ilkesinin de bir istisnası niteliğinde olduğu için mükerrerliğe düşmemek amacıyla "Eşitlik İlkesinin İstisnası" başlığı altında daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

KK'nin 63. maddesinde, yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında kalan ihalelerde sadece yerli isteklilerin katılabileceğine ilişkin düzenleme yapılabileceği; hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine, mal alımı ihalelerinde ise yerli malı teklif eden istekliler lehine %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabileceği; Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak orta ve yüksek teknoloji sanayi ürünleri arasından belirlenen ve Kamu İhale Kurumu tarafından ilan edilen listede yer alan malların ihalelerinde, yerli malı teklif eden istekliler lehine ve yerli yazılım ürünü teklif eden istekliler lehine %15 oranında fiyat avantajı sağlanmasının zorunlu olduğu; yapım işlerinde kullanılacak makine, malzeme ve ekipman ile yazılımın tamamının veya belli bir kısmının yerli malı olması şartının getirilebileceği, ancak Kamu İhale Kurumu tarafından ilan edilen listede yer alan ve ihale konusu işte kullanılacak makine, malzeme ve ekipmanın yerli malı olmasının şart olduğu ve ortak girişimlerin yerli istekli sayılabilmesi için bütün ortaklarının yerli istekli olmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir.

KK'nin 63. maddesine ilişkin olarak Uygulama Yönetmelikleri (Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği,<sup>39</sup> Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (HAİUY),<sup>40</sup> Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği,<sup>41</sup> Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği<sup>42</sup> ve Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği)<sup>43</sup> ve Kamu İhale Genel Tebliği (KİGT)<sup>44</sup> ile ayrıntılı düzenlemeler yapılmış olup 6.9.2011 tarihli ve 28046 sayılı Resmi Gazete'de "*Tasarruf ve rekabet ilkelerine uygun hareket edilmesi kaydıyla, ülkemiz ihtiyaçlarının yerli ürünlerden karşılanması ekonomimiz açısından büyük önem taşımaktadır.*" gerekçesiyle yerli ürün kullanılmasını teşvik eden 2011/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır.

<sup>35</sup> GÖZLER, *Cilt II*, s. 118.

<sup>36</sup> SANCAKDAR, Oğuz: *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 599.

<sup>37</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 516.

<sup>38</sup> GÖZLER / KAPLAN, s. 477.

<sup>39</sup> 04.03.2009 tarihli ve 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

<sup>40</sup> 04.03.2009 tarihli ve 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

<sup>41</sup> 04.03.2009 tarihli ve 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

<sup>42</sup> 04.03.2009 tarihli ve 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

<sup>43</sup> 04.03.2009 tarihli ve 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

<sup>44</sup> 22.08.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmî Gazete.

### C. Rekabet İlkesine İlişkin Kamu İhale Kurulu Kararları

“394 Kalem Merkez Laboratuvarı Sarf Malzemeleri Alımı” konulu bir ihalede, teknik şartnamede belirtilen tüm kitlerin aynı marka olması koşulundan ötürü bir şirket teklif verememiş ve KİK, rekabet koşullarının sağlanmadığının ileri sürüldüğü itirazın şikâyet başvurusunu yerinde görmüştür. Gereğince olarak, bir akademik kuruldaki alınan teknik görüş doğrultusunda, “iş akışı ve maliyetlerdeki avantaj nedeniyle laboratuvar sarf malzemeleri alımlarında bazı kitlerin bir arada ihaleye çıkılmasının kamu yararına uygun olmasına rağmen söz konusu şartnamede tüm kitlerin aynı marka olması şartının aranması rekabet koşullarını sağlamadığı” dolayısıyla Kanun’un 5. maddesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.<sup>45</sup>

“Kent içi Temizlik ve Çöp Toplama ile Nakli Hizmet Alımı” konulu bir ihale için itirazın şikâyet başvurusunda bulunan bir şirket, iddialarının birinde idari şartnamenin 7.4. maddesinde yapılan “Bu ihalede benzer iş olarak, kent temizliğine yönelik çöp toplama, çöplerin kamyon ile nakli. cadde-sokak süpürme işleri bir bütün olarak kabul edilecektir.” şeklindeki benzer iş tanımının rekabeti engelleyecek nitelikte olduğunu belirtmiştir. KİK, bu iddiayı değerlendirirken, rekabet ilkesine ilişkin Kanun’un 5. maddesine ve benzer iş ile ilgili HAIUY’nin 3.<sup>46</sup> ve 42.<sup>47</sup> maddelerine atıf yapmış ve bu hükümleri gereğince göstererek şöyle demiştir: “Başvuru konusu ihalede, kent temizliğine yönelik çöp toplama, çöplerin kamyonla nakli ile nitelikli olarak kabul edilmeyecek cadde-sokak süpürme işlerin bir bütün olarak benzer iş olarak belirlenmesinin rekabeti engelleyecek nitelikte olduğu, dolayısıyla başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”<sup>48</sup> Kanaatimizce idari şartnamede benzer iş

<sup>45</sup> KİK, 24.07.2006, UM.Z-1762,

[http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=7102&Itemid=31](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=7102&Itemid=31) (E.T.: 25.08.2020);

“İhaledeki şikâyete konu kalemlerin aynı marka olması koşulunun rekabeti engellediği ve idarece bu konuda yapılan düzenlemenin 4734 sayılı Kanunun 5’inci maddesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varıldığından ihalenin iptali gerekmektedir.”; KİK, 24.07.2006, UM.Z-2745; ABACIOĞLU, Muhittin / ABACIOĞLU, Ali: Açıklamalı - İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 61; “İdari şartnamede ‘...cihaz ve kitlerin CE veya ISO belgeleri akredite bir kurum tarafından verilmiş olmalıdır. Tüm kitler aynı marka olmalıdır ve çalışabilmesi için birbirinin alternatifi olabilen en az iki adet HPLC cihazı bulundurulmalıdır...’ düzenlemesi bulunmamaktadır. Alınan teknik görüş doğrultusunda; ihaledeki şikâyete konu kalemlerin aynı marka olmasının rekabeti engellediği ve idarece bu konuda yapılan düzenlemenin 4734 sayılı Kanunun 5’inci maddesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varıldığından başvuru sahibinin bu konudaki iddiası yerinde görülmüştür. İhale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline...”, KİK, 24.07.2006, 2006/UM.Z-1761, [http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=7100&Itemid=31](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=7100&Itemid=31) (E.T.: 25.08.2020);

DOĞANYİĞİT, Sadettin: Açıklamalı - İçtihatlı - Sorun Çözümü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 163.

<sup>46</sup> “Benzer iş: İhale konusu hizmet veya hizmetin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan hizmetler.”

<sup>47</sup> “...İş deneyiminde değerlendirilecek benzer işler; ihale konusu hizmet veya hizmetin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan hizmetlerdir. Tanımlarda belirtilen esaslara uygun biçimde, hangi nitelikteki iş ya da işlerin benzer iş kabul edileceği ilgili idarece tespit edilerek ihale veya ön yeterlik dokümanında ve ihale veya ön yeterliğe ilişkin ilan veya davet belgelerinde belirtilir...”

<sup>48</sup> KİK, 21.01.2008, 2008/UH.Z-252, [http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=13100&Itemid=57](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=13100&Itemid=57) (E.T.: 01.09.2020); ABACIOĞLU / ABACIOĞLU, s. 63; “...başvuru sahibi benzer iş tanımının ihalede rekabeti engellediğini iddia etmektedir. İhale ilanının 4.4 ve İdari şartnamenin 7.4’üncü maddesinde benzer işin ‘Kamu ya da özel sektörde sözleşmeye dayalı temizlik ve çöp toplama işi’ olarak tanımlandığı anlaşılmıştır. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ‘Tanımlar’ başlıklı 3’üncü maddesinde; ‘Benzer iş: İhale konusu hizmet veya hizmetin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan hizmetleri ifade eder.’ hükmü yer almaktadır. Söz konusu iş bünyesinde yer alan temizlik ve çöp toplama işi, benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan hizmetler olarak görüldüğünden, idarece benzer iş olarak, söz konusu işlerin tamamının beraber yapılmış olarak istenilmesi anılan mevzuat hükmüne aykırılık teşkil ettiği gibi, ihaleye katılmı sınırlayıcı nitelikte bulunduğundan başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.”; KİK, 14.01.2008, 2008/UH.Z-224, [http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=13071&Itemid=31](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=13071&Itemid=31) (E.T.: 01.09.2020);

“Uygulamada, personelin tamamının silahlı veya bir kısmı silahlı, bir kısmının da silahsız veya tamamının silahsız personel marifetiyle özel güvenlik hizmeti alındığı bilinmektedir. Bu hizmetler için düzenlenen iş deneyim belgelerinde hizmetin silahlı veya silahsız olduğuna ilişkin ayrıca bir tanımlama yapılmasını da zorunlu kılan bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu itibarla, şikâyete konu silahlı özel güvenlik hizmeti ihalesinde benzer iş tanımının ‘silahlı özel güvenlik hizmeti’ şeklinde yapılması suretiyle, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin dördüncü maddesinde tanımlanan benzer iş kapsamında değerlendirilmesi gereken ihale konusu hizmet ile benzer nitelikte olan silahsız özel güvenlik hizmetinden edinilen iş deneyimi ile ihaleye katılma imkan verilmediği anlaşılmıştır. Sonuç olarak, idarelerce ilgili mevzuatı uyarınca gerekli izinler alınmak kaydıyla ihtiyacın niteliği dikkate alınarak temin edilecek hizmetin silahlı ve/veya silahsız olduğuna ilişkin belirleme yapılabileceği; ancak, benzer iş olarak kabul edilecek işlerin belirlenmesinde ‘silahlı’ veya ‘silahsız’ ayrımı yapılmasının katılımlı engelleyici nitelikte olduğu anlaşılmıştır.”; KİK, 01.10.2007, 2007/UH.Z-3164, <https://www.kikkararlari.com/360-79/> (E.T.: 01.09.2020).

olarak gösterilen işler Yönetmelik'te belirtilen ihale konusu hizmet veya hizmetin bölümleriyle büyüklük ve nitelik açısından benzerlik göstermemekte, benzer iş tanımının bu şekilde ihale konusu hizmetle benzerlik göstermeyecek şekilde geniş tutulmuş olması ise rekabeti engelleyici nitelik taşımaktadır. Çünkü benzer iş tanımının yönetmeliğe aykırı bir şekilde bu şekilde düzenlenmesi, ihaleye katılabilecek olanların dar tutulmasına sebebiyet vermiştir.

“Bina ve Lojman Dış Cephe, Tribün Altı Onarımı, Mantolama, Kanalizasyon, Kalorifer İşleri ve Trafo Yapımı” ihalesi, ihale yetkilisi tarafından 5 adet ihale dokümanı satın alındığı halde ihaleye 1 adet teklifin verilmesi sebebiyle yeterli rekabetin sağlanmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. İtirazen şikâyet başvurusunda bulunan şirket ise ihalenin açık ihale usulü ile yapıldığını ve 5 adet ihale dokümanının satın alındığını, açık ihale usulü ile yapılmış olan ihalede rekabetin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ihaleye katılan istekli sayısına bağlı olmadığını dolayısıyla rekabetin gerçekleşmiş olduğunu iddia etmiştir. KİK ise KK'nin 40. maddesi gereği ihale yetkilisinin ihaleyi iptale yetkili olduğunu ve bu yetkiyi kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda kullandığını, dolayısıyla idari işlemin KK'ye uygun olduğunu belirterek başvurusunun iddiasını yerinde görmemiştir.<sup>49</sup> Öncelikle başvurusunun iddia ettiği gibi, ihalede rekabetin gerçekleşip gerçekleşmemesinin ihaleye katılan istekli sayısına bağlı olmadığını belirtmek gerekir. Ancak KİK da sadece bunu gerekçe göstermemiş, bu konuda ihale yetkilisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda ihaleyi iptal edebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Kurul, ihale yetkilisinin bu konuda takdir yetkisi olduğunu ifade etmek istemiştir. Bununla birlikte idarenin takdir yetkisi sınırsız değildir; söz konusu kavramlar muğlak kavramlar olduğu için Kurul, rekabet ilkesinin neden ihlal edilmediğini daha somut bir biçimde ortaya koyarak bu sonuca varsaydı daha yerinde bir karar vermiş olurdu.

“İşin teslim süresinin 10 gün olarak belirlendiği, ithal edilerek teslim edilecek panoramik röntgen cihazlarının bu kadar kısa sürede temin edilmesinin istenmesinin, ancak cihazı stokunda bulduran firmaların teklif vermesini sağlayarak, ihaleye katılımı kısıtlayan bir düzenleme olduğu”nun iddia edildiği bir uyuşmazlığa ilişkin olarak KİK şöyle karar vermiştir: “Şikâyete konu ihalede, kesinleşen ihale kararının bütün isteklilere bildiriminden itibaren beş gün geçmedikçe sözleşme imzalanamayacağı ve idari şartnamenin 40. maddesinde belirtilen sürelerin de malın temini hususunda dikkate alınması, dolayısıyla malın teslim süresi olarak öngörülen sürenin tek başına değerlendirilmemesi gerektiği, bununla birlikte, idarelerin ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik teslim süresine ilişkin belirleme yapma konusunda takdir haklarının olduğu da değerlendirilerek, bu hususa yönelik iddia yerinde görülmemiştir.”<sup>50</sup> Ancak Kurulun bu kararında bir çelişki bulunmaktadır. Çünkü her ne kadar karardan ihale üzerinde kalanın 10 günlük süreden fazla süresinin olduğu anlaşılmakta ise de idari şartnamede,<sup>51</sup> ihale üzerinde bırakılan isteklinin davet yazısının bildirim tarihini izleyen günden itibaren 10 günlük süre içinde kanuni yükümlülüklerini yerine getirerek sözleşmeyi imzalamasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla başvuru şirketine iddia ettiği gibi, ihale konusu cihazların temini için 10 günlük sürenin kısa bir süre olduğu ve rekabeti engelleyici bir koşul olduğunu belirtmek gerekir.

<sup>49</sup> KİK, 11.09.2006, 2006/UY.Z-2080, [http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=7456&Itemid=31](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=7456&Itemid=31) (E.T.: 15.09.2020); KİK, ihale dokümanı satın alanların sayısının 8, ihaleye teklif veren istekli sayısının 2, geçerli teklif veren istekli sayısının 1 olduğu ve ihalenin tek geçerli teklif sahibi Philips Medical Systems üzerinde bırakıldığı uyuşmazlık konusu olaya ilişkin benzer bir karar vermiştir: “... gerek ihale dokümanına yönelik itirazen şikâyet başvurusu üzerine alınan teknik görüş yazısının işaret ettiği hususlar, gerekse ihale dokümanı satın alan istekli olabilecek sayısına karşılık ihaleye katılan istekli sayısının azlığı göz önünde bulundurulduğunda, teknik şartnamenin ‘Tanım’ başlıklı 1’inci maddesinde ve 2’nci maddesinin G bölümünün 1’inci fıkrasındaki şikâyete konu edilen düzenlemeler nedeniyle Kamu İhale Kanununun ‘Temel ilkeler’ başlıklı 5’inci maddesi, anılan Kanunun ‘Şartnameler’ başlıklı 12’nci maddesi, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ‘Teknik şartname’ başlıklı 14’üncü maddesi hükümlerine aykırı olarak ihalede yeterli rekabetin sağlanmadığı ve ihaleye katılımın kısıtlandığı anlaşılmıştır.”, KİK, 11.06.2012, 2012/UM.II-2411 (Aktaran: DOĞANYİĞİT, s. 160).

<sup>50</sup> KİK, 26.01.2012, 2012/UM.II-618 (Aktaran: DOĞANYİĞİT, s. 160).

<sup>51</sup> İdari Şartnamenin “Sözleşmeye davet” başlıklı 40’inci maddesinde; “40.1. 4734 sayılı Kanunun 41’inci maddesinde belirtilen sürenin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan istekli sözleşmeye davet edilir. Bu davet yazısında, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde yasal yükümlülüklerini yerine getirmek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istektiler için bu süreye on iki gün ilave edilecektir. 40.2. İsteklinin, bu davet yazısının bildirim tarihini izleyen on gün içinde yasal yükümlülüklerini yerine getirerek sözleşmeyi imzalaması zorunludur.” düzenlemesi yer almaktadır.

Rekabet ilkesi uyarınca, idarelerin yaptıkları ihalelerde rekabeti engelleyici katılım şartları da belirlenmemeleri gerekmektedir. KİK bir kararında, idari şartnamenin bir maddesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde kullanılacak ölçütler arasında yer alan “*Şirket merkezinin İstanbul’da olması tercih sebebidir.*” şartının bulunmasını rekabeti engelleyici bir unsur olarak değerlendirerek KK’nin 5. maddesinin ilk fıkrasına aykırı bulmuştur. İdari şartnamede böyle bir şartın olması, şirket merkezi İstanbul’da olmayan şirketler açısından bir dezavantaj sağlayacağı için, bu şartın Kurul tarafından rekabet ilkesine aykırı olduğunun belirtilmesi yerinde olmuştur.<sup>52</sup>

Kurul bir temizlik hizmeti için araç kiralama ihalesinin iptaline ilişkin vermiş olduğu bir kararda, ihaleye konu işin yapılabilmesi için gerekli görülen teçhizat, makine ve ekipman için kendi malı olma koşulu aranmamasının kural olduğunu, ancak işin niteliğinin gerektirdiği durumlarda idare tarafından bazı araçların isteklinin kendi malı olması gerektiğine yönelik düzenleme yapılabileceğini, bununla birlikte söz konusu düzenlemenin ihaleye katılımı ve ihalede rekabeti engellememesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>53</sup>

#### D. Rekabet İlkesine İlişkin Danıştay Kararları

Danıştay bir kararında, geçerli tekliflerin birbirine çok yakın olması nedeniyle ilgili idarece rekabet ve kamu yararı oluşmadığı şeklinde değerlendirme yapılarak ihalenin iptaline karar verilmesi işlemini hukuka uygun bulan KİK kararını yerinde bulmuştur.<sup>54</sup> Danıştay başka bir kararında çok isteklinin ihaleye katılmasını değil, ihalede verilen teklifler ile yaklaşık maliyet arasındaki farkı dikkate alarak bir değerlendirmede bulunmuştur. Yüksek Mahkeme söz konusu kararda rekabet ortamının oluştuğunu, bazı eksiklikler sebebiyle davacı firmanın ihale dışı kalması ve ihalede tek geçerli teklifin kalmış olmasının ihalenin iptali için tek başına yeterli neden oluşturmayacağını, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>55</sup> Danıştay 10. Dairesi de Tüpraş’ın özelleştirilmesine ilişkin ihaleye sadece iki firmanın katılmış olması hususunu şöyle değerlendirmiştir: “*Kararda yer alan iki firmanın katılmış olması nedeniyle ihalede rekabetin sağlanamadığı yolundaki gerekçe(de); ihale ilanının yurt içinde ve yurt dışındaki gazetelerde yayımlanmış, yabancı ülkelerde ihale ile ilgilenebilecek şirketlerle toplantılar yapılarak, brifing verilmiş olması, ihaleye katılma iradesini açıklayan 29 şirket ile gizlilik anlaşması yapılması, bu şirketlerden 16 tanesinin şartnameyi satın aldıktan sonra, 9 tanesinin ise bilgi odasına girerek şirket ile ilgili her türlü değerlendirmeyi yapmış olması, ihaleye katılımı artırabilmek için teklif verme süresinin 18.9.2003’den 24.10.2003 tarihine kadar uzatılmış olması karşısında, geniş bir duyurunun yapılması, işin boyutu itibarıyla ikiden fazla firmanın katılmamasının ihalede rekabe-*

<sup>52</sup> “4734 sayılı Kanununun 5’inci maddesinde ise ihalelerde rekabetin sağlanması ilkesi benimsenmiştir. Bu hüküm gereğince idarelerin, yaptıkları ihalelerde rekabeti engelleyici katılım şartları belirlemeleri gereklidir. İdari şartnamenin 7.3.4’üncü maddesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde kullanılacak kriterler arasında yer alan ‘Şirket merkezinin İstanbul’da olması tercih sebebidir’ şartının bulunması rekabeti engelleyici bir unsur olup 4734 sayılı Kanunun Temel İlkeler başlıklı 5’inci maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir.”, KİK, 26.08.2003, 2003/UK.Z-368, [http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1224&Itemid=31](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1224&Itemid=31) (E.T.: 20.09.2020).

<sup>53</sup> “... başvuruya konu ihalede farklı nitelikte araçlar bulunmasına karşın detaylı teknik özellikleri belirlenen ve işin ana unsurunu oluşturan 5 adet hidrolik sıkıştırma çöp kamyonundan 3’ünün isteklinin kendi malı olarak istenilmesinin ihalede rekabeti engelleyebileceği, nitekim ihale işlem dosyasında diğer istekli olabileceklerin de kendi malı düzenlemesine yönelik başvuruları bulunduğu gibi 33 adet ihale dokümanı indirilen ihaleye sadece 6 istekli tarafından teklif verildiği, 5 isteklinin teklifinin ise kendi malı olarak istenen araçlara yönelik belgelendirmenin uygun görülmemesi gerekçesiyle de değerlendirme dışı bırakıldığı ve mevcut düzenlemenin ihale sonucu üzerinde etkisinin bulunduğu, nihai olarak ihalenin tek geçerli teklif sahibi istekli üzerinde bırakıldığı hususları bir arada değerlendirildiğinde başvuru sahibinin ikinci iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.”, KİK, 23.12.2020, 2020/UH.I-2136, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (E.T.: 05.01.2021).

<sup>54</sup> “...ihalede geçerli olan tekliflerin birbirine çok yakın olması, yaklaşık maliyetin 89.469,61 TL olduğu ihalede en düşük teklifin 77.000,00 TL olduğu, en düşük teklifin yaklaşık maliyetten %14 düşük olduğu, ihalenin iptal edilmesinden sonra aynı işe ilişkin olarak yapılan ihalede ise yaklaşık maliyete göre %64 tenzilat yapıldığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, ihaleyi yapan idarece ihalede rekabet ve kamu yararı oluşmadığı gerekçesiyle ihalenin iptal edilmesi işlemi hukuka uygun olduğundan, bu işleme karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”, Danıştay, 13. D., T. 26.04.2012, E. 2009/3516, K. 2012/864, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 205-206.

<sup>55</sup> “...yaklaşık maliyeti 1.770.000,00 TL olan uyuşmazlık konusu ihaleye 2 firmanın katılması, bu firmalardan bir tanesinin yaklaşık maliyete göre %58 tenzilatla 747.105,00 TL olması diğer firmanın teklifinin ise %26 tenzilatla 1.308.000,00 TL olduğu hususu göz önüne alındığında ihalede rekabet ortamının oluştuğu anlaşılmakta olup...” Danıştay, 13. D., T. 19.04.2012, E. 2009/1160, K. 2012/836, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 206.

*tin sağlanmadığı sonucunu doğurmayacağından isabet bulunmamakta(dır).”<sup>56</sup> Dolayısıyla rekabet ihlalinin tespitinde önemli olan, ihaleye az kişinin katılıp katılmadığı değil ihalenin etkili araçlarla duyurulup duyurulmadığıdır.<sup>57</sup> Ancak ihale dokümanında istenilen belgeler ihaleye katılımı sınırlandırıyorrsa rekabeti engelleyici bir durum oluşabilir.<sup>58</sup>*

Samsun Büyükşehir Belediyesi İmar ve İstimlak Dairesi Başkanlığı tarafından açık ihale usulü ile gerçekleştirilen “Samsun Kıran Mahallesi Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Projesi” ihalesine ilişkin olarak yapılan itirazın şikâyet başvurusunda, başvuru sahibi nazım imar planı ve uygulama imar planı yapılması işlerinin sunmuş olduğu iş deneyim belgesi kapsamında olmadığını kabul etmekle beraber, bu işlerin toplam işin %10’unu oluşturduğunu, geriye kalan %90’lık kısmın ise sunulan iş deneyim belgesi kapsamında olduğunu, bu nedenle benzer iş olarak kabul edilmesini gerektiğini belirtmiştir. Ancak KİK, İdari Şartnamenin 7.6. maddesinde “... işlerin tamamını yapmış olmak benzer iş olarak kabul edilecektir.” ifadesinin açık bir şekilde yer aldığı, dolayısıyla başvuru sahibi tarafından sunulan ve yapılacak işin %90’ını karşıladığı iddia edilen iş deneyim belgesinin yapılan benzer iş düzenlemesine uygun olmadığı ve iş deneyim belgesinin benzer iş tanımı yönüyle eksik olduğu gerekçesiyle başvuru sahibinin teklifinin ihale komisyonu tarafından değerlendirmeye alınmamasını uygun bulmuştur.<sup>59</sup> Bu karara karşı başvuru sahibi şirket tarafından idare mahkemesi nezdinde dava açılmış ve mahkeme dava konusu işlemde hukuka aykırılık görmemiştir. Yerel mahkeme kararı ise benzer iş tanımının işin kendisi ile birebir aynı olmaması gerektiği, ihale şartnamesindeki benzer iş tanımının rekabeti engellediği, ihaleye katılımı azalttığı, tek geçerli teklif kaldığından ihalede rekabetin oluşmadığı, ihaleye sundukları iş deneyim belgesinin ihale konusu işin %90’ıyla benzer nitelikte olduğu, (A) grubu planlama karnesi ile imar planlama işleri yapan ve Şehir Plancıları Odasında tescilli olan bir firma oldukları iddialarıyla temyiz edilmiştir. Ancak Danıştay 13. Dairesi, temyiz istemini yerinde bulmayarak kararı oyçokluğuyla onamıştır. İki üye ise karşı oylarında, “*Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği doğrultusunda ihale konusu işle ilgili genişletici bir benzer iş tanımı yapılmadığı, benzer işin tamamını sağlama koşulu getirildiği, ihaleye yalnız 3 isteklinin başvurduğu, aynı zamanda bu isteklilerden 2 isteklinin iş deneyim belgesinin benzer işe uygun olmaması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılarak tek geçerli teklifin kaldığı, yapılan işin benzer iş tanımını içermesi nedeniyle ihaleye katılımı kısıtlandığı ve rekabeti engellediği*” dolayısıyla daraltıcı bir benzer iş tanımı yapıldığı ve dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle mahkeme kararının bozulması gerekirken aksi yöndeki karara katılmadıklarını belirtmişlerdir.<sup>60</sup> Kanaatimizce de karşı oy görüşü yerinde olup dava konusu işlemin iptaline karar vermeyen mahkeme kararının bozulması gerekirken aksi yönde verilen kararda hukuka ayarlık bulunmamaktadır. Çünkü idarelerin benzer iş tanımı yapmaları konusunda takdir yetkileri bulunmakla beraber, bu yetki sınırsız olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda kullanılmalıdır. Yine bu yetki kullanılırken KK’nin 5. maddesinde belirtilen temel ihale ilkelerinin de göze-

<sup>56</sup> Danıştay, 10. D., T. 26.11.2004, E. 2004/8257, K. 2004/7618, Aktaran: ÖZDEMİR, Halit Eyüp: *Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005, s. 59.

<sup>57</sup> GEDİK, Ömer: “Kamu İhalelerine Hakim Olan İlkeler”, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, No. 2010-95, İstanbul, 2011, s. 171.

<sup>58</sup> “*Dava konusu ihaleye ait İdari Şartnamenin 7.5.4. maddesinde, Teknik Şartnamedeki belgeleri isteklilerin teklifleri kapsamında sunmalarının istenildiği, Teknik Şartname’nin 3.12. maddesinde ise mezkûr 10 adet KTS belgesinin sunulması gerektiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, birden fazla SBYS yazılımlı alınmak istendiğinde, alımların ayrı ayrı yapılması ya da ilgili KTS belgesine sahip alt yüklenicilerin de ihaleye katılabilecek şekilde düzenlenmesi mümkünken, sadece 3 firmanın sahip olduğu 10 adet KTS belgesinin sunulması istenilerek ihaleye katılımın sınırlandırıldığı, bunun rekabeti engelleyici nitelikte olduğu, bu durumun dava konusu ihaleye iki isteklinin katılmasına sebebiyet verdiği, dolayısıyla rekabet ortamı sağlanarak ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine aykırı davranıldığı sonucuna ulaşıldığından dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.*”, Danıştay, 13. D., T. 16.09.2020, E. 2020/1552, K. 2020/2112, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (E.T.: 06.01.2021).

<sup>59</sup> KİK, 14.02.2012, K. 2012/UH.1-872, [http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1224&Itemid=31](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1224&Itemid=31) (E.T.: 21.03.2021).

<sup>60</sup> Danıştay, 13. D., T. 09.09.2013, E. 2013/346, K. 2013/2147 (karar yayımlanmamıştır); “... ihale şartnamesinde yer alan 1 adet diyetisyen, 10 adet aşçı, 15 adet garson, 3 adet teknik eleman ve 6 adet santral operatörü tarafından yerine getirilecek işlerin, farklı teknik bilgi ve farklı uzmanlık gerektiren işler olması nedeniyle bu işlerin benzer iş niteliği taşımadığı, benzer iş niteliği taşımayan işlerin bir arada ihale edilmesinin rekabeti engelleyici hususları göz önüne alındığında, Kamu İhale Kurulu tarafından ihalenin bu gerekçeyle iptal edilmesini gerektirmediğinden...”, Danıştay, 13. D., T. 16.04.2012, E. 2009/1735, K. 2012/722, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 207.



tilmesi gerekmektedir. HAIUY'nin 3. maddesinde benzer iş, “ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan işleri” şeklinde tanımlanmış olup aynı maddeye göre iş deneyim belgesi ise adayın veya isteklinin ihale konusu hizmet veya benzer hizmetlerdeki mesleki deneyimini gösterir. İhale dokümanında “benzer iş” niteliğinin sınırlarının belirlenmesinde verimlilik, fonksiyonellik, fırsat eşitliği ve rekabet gibi ilkeler dikkate alınarak<sup>61</sup> şartnamelerde daraltıcı değil, genişletici bir “benzer iş” tanımının yapılması gerekmekte ve bu tanımın ihale konusu işi birebir tarif etmemesi gerekir. Nitekim KİK bir kararında, bu gerekliliği “İhale mevzuatı gereği benzer iş tanımının ihale konusu işi birebir tarif etmemesi, nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik göstermesi, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilmesi, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellikler taşıması gerekmektedir.” şeklinde açıklamıştır.<sup>62</sup>

Danıştay'ın başka bir kararı şöyledir: “30 firma tarafından ihale dokümanı satın alınmasına rağmen, dava konusu ihaleye yalnızca 4 isteklinin katıldığı, isteklilerden 2'sinin geçici teminatlarının yetersiz olduğu için elenmiş olduğu, davacı şirket ile birlikte kalan diğer istekli firmanın verdikleri dokümanı satın alan bir kişi tarafından, teklif zarfının daha önce aralarında anlaşan firmalarca ihale komisyonuna verilmesinin engellendiği iddiasıyla, ihale tarihinde imzalanarak Bitlis Valiliğine gönderilen ihbar mektubuna istinaden Bitlis Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından konu ile ilgili olarak soruşturma başlatılmış olduğu hususları dikkate alındığında, ihalede istenilen rekabet ortamı oluşmadığı kanaatine varılarak ihalenin iptal edilmesinde kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”<sup>63</sup> Ancak bu kararda, rekabetin engellendiğine ilişkin tespit yapılırken ihaleye katılan kişilerin sayısından ziyade, özellikle geçirilen soruşturmadan ötürü ihaleye katılımın engellendiği iddiası dikkate alınmıştır.

İhaleye katılan şirketlerin ortak hareket etmesi de rekabeti engelleyici bir duruma sebebiyet verir. Nitekim Danıştay'ın birçok kararı bu yöndedir.<sup>64</sup> Ancak Danıştay bir kararında, kardeş olan kişilerin aynı ihaleye farklı firma şeklinde teklif vermiş olmasını bir yasaklama sebebi olarak değerlendirmemiştir.<sup>65</sup>

## E. Rekabet İhlalinin Denetimi Bakımından Kamu İhale Kurumu ile Rekabet Kurumunun Görev Kapsamı ve Rekabet İlkesine İlişkin Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet ilkesi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yanı sıra Devlet İhale Kanunu ve KK'de de düzenlendiği için, bu ilkenin ihlali halinde KİK ve RK'den hangisine başvurulması gerektiğinin tespiti önem arz etmektedir.

<sup>61</sup> DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar: “Kamu İhale Hukukunda ‘Benzer İş’ Kavramı ve İş Deneyim Belgeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 72, Sayı 2, s. 163.

<sup>62</sup> KİK, 07.12.2009, K. 2009/UH.III-2894, [http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1224&Itemid=31](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1224&Itemid=31) (E.T.: 21.03.2021).

<sup>63</sup> Danıştay, 13. D., T. 21.01.2011, E. 2008/5507, K. 2011/196, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 207.

<sup>64</sup> “Dosyanın incelenmesinden; Milli Savunma Bakanlığı Malatya İnşaat Emlak ve Nato Enf. Bölge Başkanlığı tarafından, Bingöl... İç Güvenlik Komutanlığı kışla akaryakıt istasyonu binasının bakım ve onarımına ilişkin ihaleye, aralarında davacı şirketin de bulunduğu dört şirket ve bir şahsın katıldığı, açık ihale yöntemiyle 22.08.2005 tarihinde yapılan ihalede, davalı idarece yapılan araştırmada; ihaleye katılan dört şirkete ait teklifleri oluşturan imalat kalemlerine ait miktarların ve bunlara ait birim fiyatların birbirinin aynı olduğu, beyannamelerin aynı yazı tipinde ve düzeninde ortak bir elden oluşturulduğu ve ihaleye teklif veren bütün isteklilerin fiyatlarının yaklaşık maliyete göre yüksek ve birbirine çok yakın olduğu hususlarının tespit edildiği ve dosyada bulunan bilgi ve belgelerle, sunulan hukuki delillerden de firmaların ihale öncesi ortak hareket ederek ihalede rekabeti engelleyici davranışlarda buldukları anlaşılmaktadır.”, Danıştay, 13. D., T. 07.06.2010, E. 2008/10796, K. 2010/4769, <https://www.corpus.com.tr> (E.T.: 06.01.2021); “... Limited Şirketi'nin, ihale kapsamında sunması gereken ihale evraklarının, aynı ihaleye teklif veren... Şirketi adına hareket eden... tarafından ihaleyi yapan idareye teslim edildiği, ayrıca davacı şirket ile birlikte ihaleye davet edilen diğer firmaların ortak hareket etmek suretiyle ihale sürecinde rekabet ve güvenilirlik ilkelerini ihlal ettiği ve bu şekilde 4734 sayılı Kanun'un yukarıda hükmüne yer verilen 17. maddesinin (a) bendinde belirtilen yasak fiil ve davranışın oluştuğu sonucuna varılmaktadır.”, Danıştay, 13. D., T. 07.02.2013, E. 2011/4252, K. 2013/292, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 208.

<sup>65</sup> “... kamu ihale mevzuatımızda kardeş olan kişilerin ortak olduğu şirketlerin aynı ihaleye katılmasını yasaklayan herhangi bir kuralın yer almadığı, anılan isteklilerin ihalede rekabetin oluşmasını etkileyecek herhangi bir davranışının tespit edilemediği hususları dikkate alındığında, davacıların ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemler ve bu işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”, Danıştay, 13. D., T. 20.12.2012, E. 2012/3421, K. 2012/3923, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 209.

RKHK'nin ilk maddesine göre “*Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.*”.

RKHK'nin 2. maddesine göre ise “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*”.

RKHK'nin 3. maddesinde “teşebbüs” ifadesinin tanımı yer almıştır. Buna göre teşebbüs, “*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*” ifade etmektedir. Kanun, rekabet ilkesinin denetimi görevini Rekabet Kurumuna vermiştir. RKHK'de yasaklanan hukuki işlemler ve faaliyetlerle ilgili, resen veya başvuru üzerine inceleme, soruşturma ve araştırma yapmak, bu Kanun'a aykırı hareket edildiğinin belirlenmesi üzerine, bu ihlal ya da ihlallerin sona erdirilmesi için gerekli önlemleri alarak sorumlu kişilere idari para cezaları uygulamak, Kurumun karar organı olan RK'nin görev ve yetkilerindedir.

DK anlamında ihale, hem kamuya gelir getirici sözleşmeler öncesindeki süreci başka bir ifadeyle kamunun sahip olduğu malların satımı ve kiralanması sürecini hem de kamunun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımları ile yapım işleri sürecinde uygulanacak usulü kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktayken KK ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun<sup>66</sup> yürürlüğe girmesiyle artık kamuya gelir getirici işlemlerle harcamayı gerektirecek işlemler ayrı kanunlarla belirlenmiştir. Buna göre kamu idarelerinin alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri gibi kamu harcaması gerektiren işlerin ihaleleri KK ve 4735 sayılı Kanun'a göre yapılacak olup satım, kiraya verme, trampa ve sınırlı aynı hak tesisi gibi kamuya gelir sağlayıcı işlerin ihaleleri ise DK'ye göre yapılacaktır.<sup>67</sup> DK'nin kapsadığı kurumlar ise genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idareler,<sup>68</sup> il özel idareleri ve belediyelerdir. Bu nedenle KİT'ler ve sosyal kamu kurumları gibi özerk bütçeli kuruluşlar bu kanun kapsamı dışındadır.<sup>69</sup>

KK'nin kapsamı ve istisnaları 2. ve 3. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre, Kanun'un 2. maddesinde sayılan “*idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri*” KK kapsamına girmektedir. Yine Kanun'un “Amaç” başlıklı 1. maddesinden de Kanun'un kapsamına ilişkin kriterlerin sunulduğunu belirtmek mümkündür. Buna göre kural olarak “*kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihaleler*” Kanun kapsamına girmektedir. Kanun'un 3. maddesinde ise Kanun kapsamında sayılan 2. maddedeki kuruluşlardan olsalar dahi bunların bazı mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin kapsam dışı oldukları öngörülmüştür. KK ile verilen görevleri yerine getirmek üzere ise Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kurum'un karar organı KİK olup Kanun kapsamındaki “*ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak*” Kurulun temel görevidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, KK'nin 68. maddesine göre “*Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983*

<sup>66</sup> 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmî Gazete.

<sup>67</sup> ÜNAL, Nurdoğan / EROL, Mesut: *Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 7.

<sup>68</sup> 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile katma bütçeli idarelerin bir kısmı genel bütçeli bir kısmı ise özel bütçeli idareler kapsamına alınmıştır.

<sup>69</sup> GÖZLER, *Cilt II*, s. 111.

*tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.*” Dolayısıyla DK kapsamında yapılan bir ihalede usulsüzlük yapıldığı ve rekabet ilkesi gibi bir veya birden fazla kamu hukuku ilkesine aykırı davranıldığı iddia ediliyorsa bu ihaleler KİK’in görevi dışında kaldığından bu tür ihalelerde idarenin kararına karşı idari yargı yoluna başvurulması gerekir.<sup>70</sup>

Kamu alımına ilişkin ihalelerdeki aktörler, alıcı konumunda olan kamu idareleri ile teklif veren konumundaki tedarikçi ve yükleniciler, başka bir ifade ile ihale katılımcılarıdır. Bu ihalelerde ortaya çıkan rekabet sorunları her iki taraftan da kaynaklanabilmektedir.<sup>71</sup> Kamu ihalelerindeki girişimlerden kaynaklanan rekabet problemleri, isteklilerin kendi aralarında yapmış olduğu anlaşmalar yahut tek taraflı davranışlarıyla ortaya çıkabilmektedir.<sup>72</sup> Kamu ihale piyasalarındaki girişimlerin kendi aralarında anlaşmaları sonucu ortaya çıkan yasak eylemler,<sup>73</sup> RKHK’nin “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*” başlıklı 4. maddesi kapsamında incelenirken;<sup>74</sup> hâkim durumdaki bir girişimin tek başına veya başkalarıyla anlaşarak bu durumu kötüye kullanımına ilişkin rekabeti bozmaya yönelik yasak davranışları<sup>75</sup> RKHK’nin “*Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*” başlıklı 6. maddesi kapsamında incelenmektedir.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> “*Kamu İhale Kurumunun görevi, ‘4734 sayılı Kanuna göre yapılacak ihaleler’ ile ilgili olarak ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmaktır. Dolayısıyla Kurumun 4734 sayılı Kanuna göre yapılmayan ihaleler ile ilgili şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırma görevi bulunmamaktadır. İhale ilanının incelenmesi neticesinde, başvuruya konu ihalenin Kamu İhale Kanunu’na göre yapılmadığı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde yapıldığı dolayısıyla başvurunun Kamu İhale Kurumu’nun görev alanına girmediği, bu ihaleye ilişkin olarak yapılan başvuruyu Kurumun inceleme ve sonuçlandırma görevinin bulunmadığı, bu ihalede idarenin kararına karşı yetkili idare mahkemesine başvurulması gerektiği anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince; başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir.*”, KİK, 05.09.2019, 2019/UH.IV-1058, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (E.T.: 14.03.2021).

<sup>71</sup> ÜNÜBOL, Neyzar: “*Kamu Alım İhalelerinin Etkinliğinde Rekabet Hukuku ve Politikasının Rolü*”, (Ed.) ÜÇİŞİK, Fehim / ARSLAN, Çetin / HAKKAKUL, Seyyid Ahmet: *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 246.

<sup>72</sup> ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 222.

<sup>73</sup> Ankara Altındağ Belediyesinin Kurul önüne getirdiği olayda; içten yanmalı motorların yenilenmesi sektöründe faaliyet gösteren tedarikçilerin aralarında anlaşarak suretiyle bir dernek çatısı altında toplanarak aralarında bir protokol imzaladıkları, buna göre ortak fiyat listesi belirledikleri, liste dışına çıkarak iş yapmalarının yasaklandığı, kura sonucu tarafların kendilerine verilen sıra ile ihalelere girebilmesinin düzenlendiği tespit edilmiş ve Kurul söz konusu protokolün Rekabet Kanunu’nu ihlal ettiğine ve protokolü imzalayan teşebbüslerin oluşturduğu birliğin idari para cezasına tabi olduğuna hükmetmiştir, RK, 27.02.2001, 01-10/100-24, Aktaran: ATAÇ, Fatma: “*Rekabet Hukuku ve Kamu İhalelerinde Rekabet*”, (Ed.) ÜÇİŞİK, Fehim / ARSLAN, Çetin / HAKKAKUL, Seyyid Ahmet: *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 232.

<sup>74</sup> “*1- Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama 620 A.Ş.’nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı granisetron ihalelerinin tamamına Beşer Eczacıbaşı Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. ile katılmasının, rekabetin engellenmesine yol açtığına ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğuna, 2- 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştiren Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. ve Beşer Eczacıbaşı Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.’nin, aynı Kanun’un 16. maddesi uyarınca cezalandırılmalarına, 3- Yukarıda adı geçen teşebbüslerin, 2002 yılında oluşan yıllık net 630 satışlarının takdiren %1’i, oranında olmak üzere; Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.’ye 3.505.784,18 TL ve Beşer Eczacıbaşı Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti.’ye 404.768,67 TL idari para cezası verilmesine...*”, RK, 18.02.2010, Dosya S. 2004-1-121, K. 10-18/207-78, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Gerekceli-Kurul-Karar-Listesi> (E.T.: 01.10.2020); RK, ihale katılımcısı teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşma doğrultusunda, ihalelerin dönüşümlü olarak belirlenen tarafta kalmasının sağlanmasına ilişkin rekabet ihlali iddiasına ilişkin bir olayda, firmaların aralarındaki iletişim ve bilgi paylaşımını ihale piyasalarındaki rekabeti ortadan kaldıracak şekilde kullanarak çeşitli devlet ve üniversite hastanesi ihalelerinin aralarından birisinde kalmasını veya birkaçı arasında paylaşılmasını sağladıklarını tespit etmiş ve soruşturmaya konu tarafların diyaliz cihazları ve diyaliz sarf malzemeleri piyasasında rekabete aykırı bir anlaşma içinde oldukları ve RKHK’yi ihlal ettiklerine ve idari para cezası almalarına karar vermiştir, RK, 23.12.2010, Dosya S. 2009-2-60, K. 10-80/1687-640, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Gerekceli-Kurul-Karar-Listesi> (E.T.: 01.10.2020).

<sup>75</sup> “*4054 sayılı Kanun’un ‘Hakim Durumun Kötüye Kullanılması’ başlıklı 6’ncı maddesinde ‘bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanımının hukuka aykırı ve yasak’ olduğu düzenlenmiştir. 6’ncı maddenin a bendinde ise kötüye kullanma hallerinden biri ‘ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler’ şeklinde belirlenmiştir. Yukarıdaki delil ve tespitler, Anadolu Cam’ın 9.6.2003 tarihli Tekel ihalesindeki fiyat politikası ile Marmara Cam’ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacıyla eylemlerde bulunarak hâkim durumunu kötüye kullandığını göstermektedir. 4054 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştiren Anadolu Cam’a aynı Yasa’nın 16’ncı maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.*”, RK, 1.12.2004, Dosya S. 2003-1-92, K. 04-76/1086-271, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Gerekceli-Kurul-Karar-Listesi> (E.T.: 01.10.2020).

<sup>76</sup> ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 222-224; 4 ve 6. maddeler uyarınca RK’nin izlediği usullere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOYLU, Özge: *4054 Sayılı Kanun’un 4 ve 6. Maddeleri Uyarınca Rekabet Kurulu’nun İzlediği İdari Usuller*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.

RK, vermiş olduğu kararlarda kamu alım piyasasında kamu idarelerinden kaynaklı rekabet ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin başvuruları RKHK kapsamında değerlendirmeyerek reddetmektedir.<sup>77</sup> RK, bir bilgisayar şirketinin bilgisayar alımlarında, TSE uygunluk belgesinin yeterli görülmemeyerek FCC uygunluk belgesinin aranmasının bu belgeye sahip olmayan firmalar bakımından rekabeti bozduğu gerekçesiyle Milli Savunma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Devlet Malzeme Ofisini şikâyeti üzerine verdiği bir kararda, haklarında şikâyet bulunan kamu kurumlarının RKHK'nin 3. maddesinde tarifi yapılan teşebbüs tanımına uymadıklarından, kendisini kamu alımlarındaki rekabet ihlalleri konusunda yetkili görmemiş ve bu ihlalin Devlet İhale Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husus olduğunu belirtmiştir.<sup>78</sup>

Belirtmek gerekir ki, rekabet ihlalinin teşebbüslerden kaynaklandığı durumlarda rekabet ihlali denetiminin RKHK kapsamında ve RK tarafından değerlendirileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte kamu kurumlarından kaynaklı bir rekabet ihlali durumunda denetimin hangi kanun kapsamında yapılacağı sorusunun cevabı, kamu kurumlarının RKHK kapsamında bir teşebbüs sayılıp sayılmayacağı sorusuna verilecek cevaba bağlı olacaktır. İncelenen kararlar çerçevesinde, kamu kurumlarının RKHK kapsamında bir teşebbüs sayılmamaları yönünde kararlar verildiği görülmektedir.<sup>79</sup> Dolayısıyla kamudan kaynaklı rekabet ihlali denetimleri, KK kapsamında KİK tarafından incelenmektedir.

Son olarak, kamu iktisadi teşebbüslerinin (KİT) RKHK'nin 3. maddesindeki teşebbüs tanımına girip girmediklerine, dolayısıyla Rekabet Kurumu'nun yetki alanında olup olmadıklarına değinmek gerekir. Söz konusu tanımın “*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*” şeklinde olduğunu ve RKHK'nin 2. maddesinde “*her türlü teşebbüs*” ibaresinin geçtiğini belirtmiştik. 3. maddedeki teşebbüs tanımından çıkan sonuca göre gerçek veya tüzel kişilik sahibi olmayıp bağımsız karar verebilen ve ekonomik açıdan bir bütünlük teşkil eden birimler teşebbüs sayılacakken, gerçek veya tüzel kişilik sahibi bir birim, ancak bağımsız karar verebilme ve ekonomik açıdan bir bütünlük teşkil etme koşulunu yerine getirmesi halinde, RKHK kapsamında bir teşebbüs sayılacaktır.<sup>80</sup> Kanun'da söz konusu teşebbüsün kamu teşebbüsü mü, özel teşebbüs mü olduğu açıkça belirtilmemiş olmakla beraber, 2. maddenin gerekçesi, “*Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarından istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur.*” Şeklinde-dir.<sup>81</sup> Anayasa'nın 167. maddesinin gerekçesinde de benzer şekilde, Devlet'in piyasada fiili ve anlaşma sonucu tekelleri önlemesi görevinin hem özel hem de kamu kesimi için öngörüldüğü belirtilmiştir.<sup>82</sup>

KİT'ler 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KİTHKHK)<sup>83</sup> ile düzenlenmiş olup bu KHK'nin 2. maddesine göre kamu iktisadi teşebbüsü, iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır. İktisadi devlet teşekkülü, “*sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsü*” iken, kamu iktisadi kuruluşu “*sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördü-*

<sup>77</sup> UZ, Abdullah: *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 50.

<sup>78</sup> RK, 03.12.1997, 41/269-19, 14.11.1998 tarih ve 23523 sayılı R.G.; TAN, Turgut: “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)”, *Rekabet Dergisi*, 2000, Cilt 1, Sayı 4, (Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti), s. 15-16.

<sup>79</sup> ÜNÜBOL, s. 253.

<sup>80</sup> ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları”, *Rekabet Dergisi*, 2009, Cilt 10, Sayı 3, (Kamu Teşebbüsleri), s. 119-120.

<sup>81</sup> <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gerekceleri> (E.T.: 15.03.2020).

<sup>82</sup> AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Abdullah: *1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, s. 684.

<sup>83</sup> 18.06.1984 tarihli ve 18435 sayılı Resmî Gazete.

ğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür.”. KİTHKHK’ye göre, KİT’lerin bazı özellikleri bulunmaktadır. Buna göre KİT’ler, özerk bir tarzda ve ekonominin kurallarına uygun olarak ticari esaslara göre yönetilen, ekonomik gereklere uygun olarak karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda kendi aralarında ve milli ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım eden ve bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratan, özel hukuk hükümlerine tabi, özerk bütçeli ve tüzel kişiliği haiz idari işlemle kurulan teşebbüslerdir (KİTHKHK, m. 1, 4). Ayrıca KİT’ler KK’ye tabi iken, DK’ye ve Sayıştay denetimine tabi değildir (KİTHKHK, m. 4/3).

KİT’lerin RKHK kapsamında olup olmadığı meselesi oldukça tartışmalı bir konudur. Ege’ye göre, RKHK’nin 3. maddesindeki “bağımsız karar verebilen” ibaresi, başta KİTHKHK olmak üzere mevzuattaki çeşitli düzenlemeler dikkate alındığında, lafzi ve katı bir yorumla KİT’leri neredeyse tamamen RKHK’nin, dolayısıyla rekabet kurallarının dışında bırakabilmektedir. Çünkü KİT’ler ile ilgili söz konusu mevzuat hükümleri KİT’lerin pek çok önemli konuda bağımsız bir şekilde karar alabilmelerine imkân vermemektedir.<sup>84</sup> Çamlıca’ya göre RKHK’nin ruhuna uygun yorum yapıldığında KİT’ler piyasalara mal ve hizmet sunsalar ve “her türlü teşebbüs” kapsamına girseler de bağımsız olarak karar alamadıkları için (KİTHKHK, m. 35/2)<sup>85</sup> RKHK anlamında teşebbüs tanımına girmedikleri tartışmasına neden olmaktadır. Ancak yazara göre, KİT’ler genel hukuk alanında RKHK’ya tâbidir ve Bakanlar Kurulunun<sup>86</sup> müdahalesiyle KİT’lerin bağımsız karar alamamalarından dolayı dahi RKHK’den kaynaklanan sorumlulukları ortadan kalkmamaktadır. Ayrıca Yazar, RK’nin KİT’lere karşı rekabet kurallarının uygulanmasında ortaya çıkan mevzuata dair olumsuzlukların giderilmesi için görüş bildirmekle görevli olduğunu belirtmiştir.<sup>87</sup> Köksal’a göre de KİT’lerin Bakanlar Kurulunun müdahaleleri olsa dahi, RKHK’den kaynaklanan rekabet kurallarına uygun bir şekilde faaliyette bulunma sorumlulukları ortadan kalkmayacaktır. Yazara göre, KİT’lerin yerine karar alan Bakanlar Kurulu dışarıdan müdahale eden bir organ niteliğinde olmayıp bahse konu teşebbüsün yönetiminin yerine geçen bir irade niteliğinde olduğundan, Bakanlar Kurulunun o işlemle sınırlı olarak adeta bir karar organı gibi değerlendirilmesi gerekir.<sup>88</sup> Tan’a göre ise söz konusu teşebbüs tanımında, kamu veya özel ayrımı yapmaksızın “tüzel kişiler” ibaresi kullanıldığı için, tanıma uyan her iktisadi birim teşebbüs niteliğinde olduğu gibi KİT’ler de RKHK kapsamındadır.<sup>89</sup> Danıştay da RKHK’de, rekabet kurallarına uyma yükümlülüğü konusunda kamu kurum ve kuruluşları ile özel teşebbüsler arasında herhangi bir farklılığın öngörülmediğini, Kanun’un kapsamını belirleyen 2. maddesinde kamu-özel ayrımı yapmaksızın “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün” rekabet kurallarına uymakla yükümlü olduğunun belirtildiğini ifade etmiştir. Danıştay ayrıca Kanun’un 2. maddesinin gerekçesinde de rekabet kurallarının ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanması gerektiğinin, teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemini bulunmadığının, her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçlanıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerektiğinin vurgulandığını belirtmiştir. Danıştay devamında ise kamu teşebbüslerinin faaliyetlerinin rekabet kurallarına tabi olduğunun genel kural olduğunu ancak kamu teşebbüslerinin asli faaliyetleri-

<sup>84</sup> EGE, Yavuz: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, *Rekabet Dergisi*, 2002, Sayı 9, s. 15.

<sup>85</sup> KİTHKHK m. 35/1, “Teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıklar, işletmelerinde mal ve hizmet fiyatlarını tespit etmekte serbesttir.” şeklinde iken, KİTHKHK m. 35/2’ye göre, “Cumhurbaşkanı; teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıkları faaliyet alanlarıyla ilgili olarak görevlendirebilir veya mal ve hizmetlerin fiyatlarını tespit edebilir.”

<sup>86</sup> 2.7.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK’nin 133’üncü maddesiyle, KİTHKHK’nin 35. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ‘Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu’ ibaresi ‘Cumhurbaşkanı’ şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>87</sup> ÇAMLICA, Bülent: “Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından Muaf Mıdır?”, *Rekabet Bülteni*, 1999, Cilt 1, Sayı 1, s. 75-83.

<sup>88</sup> KÖKSAL, Tunay: Avrupa Toplulukları Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İhbari Haklar, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2002, s. 143, Aktaran: ÖZKAN, *Kamu Teşebbüsleri*, s. 133.

<sup>89</sup> TAN, *Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti*, s. 7-8.

nin yerine getirilmesinin rekabetin sınırlanmasına göre daha üstün bir menfaat doğurduğu hallerde rekabet kurallarının uygulanıp uygulanmayacağına da ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>90</sup>

RK'nin bu konudaki kararları ise istikrarlı değildir. Örneğin RK, bazı şeker fabrikaları tarafından Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle RKHK'yi ihlal ettiği iddiasıyla yapılan şikâyete ilişkin, "... Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin %... oranındaki pazar payı ve kanunen sahip olduğu münhasır hakları ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesi anlamında ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu; ancak bir KİT olan Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin ilgili pazardaki faaliyetlerini, özellikle şekerpancarı alış fiyatını ve şeker satış fiyatını serbestçe belirleyememekte olduğu; şirketin bu faaliyetlerinin, kamu yararı gözetilerek, kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile ve 4054 sayılı Kanun anlamında birer 'teşebbüs' olmayan Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından belirlenmekte olduğu şeklindeki tespitler çerçevesinde, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili 6'ncı maddesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine yönelik bir önaraştırma yapılmasına gerek olmadığına" gerekçesiyle karar vermiştir.<sup>91</sup> RK, Eti Holding A.Ş.'nin hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle RKHK'yi ihlal ettiği iddiasıyla yaptığı incelemede ise Eti Holding A.Ş.'nin RKHK kapsamında olup olmadığını tartışmadan, Kanun'un 6. maddesi bakımından inceleme yapmış ve hâkim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığına dair karar vermiştir.<sup>92</sup> RK, Toprak Mahsulleri Ofisine (TMO) fındık piyasasında yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle RKHK'nin 6. maddesine aykırı olarak hâkim durumun kötüye kullanıldığı iddiasına ilişkin olarak yaptığı incelemede ise TMO'nun teşebbüs niteliğini haiz olup olmadığını açıkça tartışmıştır. RK, kararında TMO'nun bir iktisadi devlet teşekkülü olduğunu, TMO Ana Statüsü ve KİTHKHK hükümlerinin TMO'ya faaliyetlerine yönelik alım-satım fiyatlarını belirleme serbestisi tanımakla birlikte bazı durumlarda bu serbestinin ortadan kalkma olasılığının bulunduğunu, bu nedenle kural olarak TMO'nun teşebbüs niteliğine sahip olduğunu ancak bazı istisnai durumlarda müdahalede bulunulan faaliyeti bakımından teşebbüs niteliğinde olmadığını, şikâyete konu eylem bakımından ise teşebbüs niteliğinde olduğunu, ancak şikâyete konu eylemin bir yıkıcı fiyat uygulaması olmaması nedeniyle 6. madde kapsamında bir ihlal olmadığına dair karar vermiştir.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Danıştay, 10. D., T. 05.12.2003, E. 2001/4817, K. 2003/4770, <https://www.corpus.com.tr> (E.T.: 17.03.2021); aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay, 10. D., T. 09.01.2001, E. 1999/1253 ve K. 2001/3 ve Danıştay, 10. D., T. 09.01.2001, E. 1999/2611 ve K. 2001/4, Aktaran: GÜZEL, Ögüzkan: *Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, s. 56.

<sup>91</sup> RK, 13.08.1998, K. 78/603-113, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar> (E.T.: 15.03.2021).

<sup>92</sup> RK, 21.12.2000, K. 00-50/533-295, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar> (E.T.: 15.03.2021); bu karara karşı Danıştay'da açılan iptal davası üzerine ise Danıştay 10. Dairesi işlemede hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay, 10. D., T. 05.02.2003, E. 2001/306, K. 2003/424, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari> (E.T.: 15.03.2021).

<sup>93</sup> RK, 14.08.2008, K. 08-50/720-280, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar> (E.T.: 15.03.2021); "*Bakanlar Kurulu'nun kararıyla TMO'nun fındık piyasasını düzenleyici rolüne son verilmiştir. TMO'nun fındık piyasasından çekilmesi ekonomik bir nedenden ziyade bir politika tercihi sonucunda ortaya çıkan bir idari işlemdir. Bu sebeple asıl olanın 4054 sayılı Kanun açısından TMO'nun teşebbüs olduğu ancak faaliyetlerine müdahale edilebilmesi olasılığından hareketle istisnai bazı durumlarda müdahalede bulunulan faaliyetleri bakımından TMO'nun teşebbüs niteliğinde olmadığı kanaatine varılmıştır.*", RK, 10.10.2012, K. 12-49/1435-486, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar> (E.T.: 15.03.2021); "*ÇAY-KUR... piyasada mal üretim pazarlayan, bağımsız karar verebilen ve tüzel kişiliği olan ÇAY-KUR, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 'teşebbüs' tanımının yapıldığı 3'üncü maddesinde yer alan, 'Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler' hükmü doğrultusunda bir teşebbüstür. Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü (TEKEL)... gerek anılan KHK'da gerekse ana statüsünde belirtildiği üzere özel hukuk hükümlerine tabidir. Dolayısıyla, TEKEL 4054 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi kapsamında bir teşebbüstür... ÇAY-KUR tarafından bayilik sistemine ilişkin olarak 01.01.1995 tarihli sözleşmeler ile daha sonra Mayıs 1998 tarihinden itibaren imzalanan EK sözleşmeler ve ayrıca TEKEL'le imzalanan 'Çay Satış Protokolü'nde yer alan ve yukarıda değerlendirilen maddelerin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 6'ncı maddelerini ihlal ettiğine; ancak, söz konusu sözleşmeler ile protokolün dayanağının, ÇAY-KUR'un bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanan ve anılan teşebbüsün irade özgürlüğünü ortadan kaldıran düzenlemenin geniş yorumlanmasından kaynaklanması, ayrıca 4054 sayılı Kanun'un yeni olması ve ilgili piyasaya yönelik olarak uygulamanın ilk kez yapılıyor olması nedenleriyle, ilgili teşebbüsler hakkında bu aşamada 4054 sayılı Kanun'un 41'inci maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına...*", RK, 22.06.1999, K. 99-31/277-167, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar> (E.T.: 17.03.2021); "*İDT niteliğindeki ÇAYKUR, sermayesi kamuya ait olan ve piyasada etkinlik, verimlilik ve karlılık gibi piyasa ilkelerine göre hareket eden ekonomik bir teşebbüstür. ÇAYKUR, dayandığı mevzuata göre normal koşullarda fiyatlama davranışını kendisi belirlemektedir. İDT'lerin ürettikleri mal ve veya hizmetlerin fiyatları yetkili karar organı olan yönetim kurullarınca prensip olarak serbestçe belirlenebilmektedir. Ancak gerek görüldüğü durumlarda Cumhurbaşkanı ya da belirleyeceği bakanlık tarafından fiyat tespiti yapılabilmektedir. ÇAYKUR özelinde ise 2017 Ekim ayında alınan %20 fiyat zammı kararı*

### III. EŞİTLİK (EŞİT MUAMELE) İLKESİ

#### A. Eşitlik İlkesinin Anlam ve Kapsamı

Eşitlik, bireylerin toplumsal ve ekonomik açıdan kendilerini gerçekleştirme olanaklarının bulunmasını ifade etmektedir.<sup>94</sup> Eşitlik ilkesi, Anayasa'dan kaynaklanan ve ekonomik kamu hukukunun ilkelerinden biri olmasının yanında, aynı zamanda kamu ihale hukukunda da temel bir ilkedir.<sup>95</sup>

Eşitlik ilkesi veya KK'deki ifadesiyle eşit muamele ilkesi, idarenin kamu ihalelerine katılanlar arasında tarafsız ve eşit davranmasını, taraflar arasında herhangi bir ayrımcılığa gitmemesini ifade etmektedir.<sup>96</sup> Bu ilke, ihale dokümanının hazırlanması aşamasından başlayarak tekliflerin alınması, değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve sözleşmenin imzalanması aşamalarının tümünü kapsar.<sup>97</sup> KK'nin 12. maddesinde de teknik şartnamelerde yer alan teknik kriterlerin fonksiyonelliği ve verimliliği sağlamaya ilişkin olacağı, rekabeti engelleyici konular içermeyerek fırsat eşitliği sağlaması gerektiği ayrıca belirtilmiştir. Kamu ihalelerinin ilanı ve kişilerin doğrudan teklif verebilmesi, ihalelerde eşitliği sağlamanın en önemli vasıtalarından biridir. Bununla birlikte bazı hallerde ihalelere, sadece idarece davet edilen kişilerin teklif verebilmesine olanak tanınarak istisnalar öngörülmüştür. Bu usul rekabet ve eşitlik gibi temel ilkeleri zedeler nitelikte olsa da sadece kanunda öngörülen istisnai hallerde uygulanabilir.<sup>98</sup>

Eşitlik ilkesi, mutlak ve nispi eşitlik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak eşitlik, kanunların herkese karşı eşit olarak uygulanması olup kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmamaktadır. Nispi eşitlik ise aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tabi tutulmasıdır. Başka bir ifadeyle nispi eşitliğe göre eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir.<sup>99</sup> Gerek Danıştay gerekse de Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda nispi eşitlik ilkesini benimsemiştir.<sup>100</sup> Kamu hizmetlerine ilişkin temel ilkelerden biri olan eşitlik ilkesi “*aynı hukuki durumda bulunanlara aynı kuralların uygulanması, fırsat eşitliğinin sağlanması, kamu hizmetine girmede eşitlik, ayrımcılık yasağı ve pozitif ayrımcılık*” gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir.<sup>101</sup>

Eşit muamele ilkesinin temeli Anayasa'nın 10. maddesidir.<sup>102</sup> Anayasa'nın “Kanun önünde eşitlik” alt başlıklı 10. maddesinin ilk fıkrasına göre “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” Maddenin son fıkrası ise şöyledir: “*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*”. Bu bağlamda İdare isteklilerin dini, etnik kökeni, siyasal düşüncesi ve inancı gibi sebepler bakımından bir ayırım yapamaz.<sup>103</sup>

*İlgili KHK hükmüne istinaden iptal edilerek mevcut fiyat düzeyinde kalması hükümet tarafından kararlaştırılmıştır... ÇAYKUR'un incelenen dönemde fiyatlama politikasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında yıkıcı fiyatlama olarak nitelendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır.*”, RK, 14.11.2019, K. 19-40/645-272, <https://www.rekabet.gov.tr/Kararlar> (E.T.: 17.03.2021).

<sup>94</sup> UYANIK, Halit: *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 25.

<sup>95</sup> KUTLU, Meltem: *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 75, İzmir, 1997, s. 180.

<sup>96</sup> ÇAĞLAYAN, s. 584.

<sup>97</sup> SANCAKDAR, s. 599.

<sup>98</sup> SEZER, s. 3914.

<sup>99</sup> GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku, Cilt I*, Gürsel Kaplan'ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 148.

<sup>100</sup> AYM, T. 13.04.1976, E. 1976/3, K. 1976/3; AYM, T. 27.09.1989, E. 1988/7, K. 1988/27; Danıştay, 10. D., T. 23.06.1999, E. 1996/993, K. 1999/3627; Danıştay, 8. D., T. 18.02.1998, E. 1996/4715, K. 1998/490; kararlar için bkz. GÖZLER, *Cilt I*, s. 148-149.

<sup>101</sup> YILDIRIM, Turan / GÖÇGÜN, Muhammed: “İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 3, Sayı 2, s. 40.

<sup>102</sup> YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / ÇAKIR, Hüseyin Melih / OKAY TEKİNSOY, Özge: (Ed.) YILDIRIM, Turan: *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 721.

<sup>103</sup> GÜNDAY, s. 202; GÖZLER / KAPLAN, s. 477.

Anayasa m. 10'daki eşitlik ilkesinin gerçek hayatta yansımaları bulması bazı sosyal, kültürel ve ekonomik sebeplerle mümkün olmamakta ve fiili sebeplerle kişiler arasında çeşitli hususlarda eşit olmayan durumlar meydana gelebilmektedir. Söz konusu fiili eşitsizliği gidermek ve dezavantajlı gruplar bakımından gerçek bir eşitlik oluşturmak adına pozitif ayrımcılıktan yararlanılmaktadır.<sup>104</sup>

Anayasa'nın 10. maddesine 7/5/2004 ve 7/5/2010 tarihli kanunlar ile eklenen "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz." ve "Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." şeklindeki cümleleri, AB sözleşmeleri ve AB direktiflerine uygun olarak ilk defa pozitif ayrımcılığı anayasal düzeyde bir temel ilke olarak kabul etmekte, ayrıca devleti ve organlarını bu ilkeyi hayata geçirme bakımından yükümlü kılmaktadır. Bu bağlamda bazı hallerde bu ilkeyi hayata geçirme bakımından pozitif ayrımcılık yapma durumunda kalınırsa bu işlemler eşitlik ilkesine aykırı olarak değerlendirilmeyecektir.<sup>105</sup> Örneğin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde engelli işçiler bakımından pozitif ayrımcılık yapılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyecektir. Nitekim KİGT m. 78.28'e göre "İsteklilerin aynı il sınırları içerisinde birden fazla iş yerinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, ihale dokümanında aynı il bazında elli veya daha fazla işçi çalıştırılmasının öngörüldüğü ihalelerde 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen asgari orana uyulmak kaydıyla idarece tespit edilen engelli işçi sayısı ile bu işçilerin tabi olacağı ücret grubu idari şartnamenin ilgili maddesinde belirtilecek ve bu işçiler için birim fiyat teklif cetvelinde ayrı satır açılacaktır. İdareler tarafından İş Kanununda belirtilen asgari oranının üzerinde engelli işçi çalıştırılmasını öngören düzenleme yapılması da mümkündür. İstekliler tarafından ihale dokümanında öngörülen engelli işçi sayısı ve bu işçiler için Hazinece karşılanacak prim teşvik tutarları dikkate alınarak teklif bedelleri oluşturulacaktır. İlgili mevzuatında engelli işçi çalıştırılmasını kısıtlayan hükümler saklıdır.". 4857 sayılı İş Kanunu'nda<sup>106</sup> (İK) belirtilen asgari oranlar da Kanun'un 30. maddesinde<sup>107</sup> düzenlenmiştir. Örneğin Bolu İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği tarafından gerçekleştirilen "Bolu İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliğine Bağlı Sağlık Tesisleri İçin 412 Kişi ile 2016-2017-2018 Yılları 33 Aylık Malzemeli Genel Temizlik Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak Ottoman Entegre Tesis Profesyonel Hizmet Yönetimi A.Ş.'nin yaptığı itirazın şikayet başvurusundaki iddialardan biri de "ihale dokümanında hizmetin 412 personel istihdam edilerek gerçekleştirileceğinin ve söz konusu personelden 12'sinin engelli personel olacağını belirtildiği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30'uncu maddesinde oranın hesaplanmasında yarım kadar kesirlerin dikkate alınmayacağı, yarım ve daha fazla olanların tama dönüştürüleceğinin hüküm altına alındığı, bu durumda söz konusu ihalede asgari çalıştırılması gereken işçi sayısının  $(412 \times \%3 = 12,36)$  12 kişi olduğu, ihale dokümanında ise ihale konusu işte çalıştırılacak engelli personel sayısının 20 kişi olarak belirtildiği, yapılan düzenlemenin Kanun'a aykırı olduğu, bu konuda Kamu İhale Kurulunun 07.01.2016 tarih ve 2016/UH.1-54 sayılı kararının bulunduğu" şeklinde olup KİK, KİGT'nin 78.28'inci maddesine de atıf yaptıktan sonra "incelenen ihalede idarece İş Kanunu'nda belirtilen zorunlu çalıştırılması gereken asgari personel sayısından fazla engelli personel çalıştırılacağına düzenlendiği, bu hususta da idarenin takdir yetkisi bulunduğu anlaşıl-

<sup>104</sup> GÜNDAY, s. 64-65.

<sup>105</sup> ULUCAN, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan Özel Sayısı, s. 372; GÜNDAY, s. 65.

<sup>106</sup> 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmî Gazete.

<sup>107</sup> Hükmün ilk iki fıkrası şöyledir: "İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21'inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.

Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Oranın hesaplanmasında yarım kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür. İşyerinin işçisi iken engelli hâle gelenlere öncelik tanınır."



*dığından...*” gerekçesiyle başvuru sahibinin bu iddiasını yerinde bulmamıştır. Dolayısıyla Kurul, engelli personel çalıştırılması bakımından yapılan pozitif ayrımcılığı hukuka aykırı olarak değerlendirmemiş ve bu konuda idarenin takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir.

Eşitlik ilkesi gereği, ihalelerde istenilecek belgeler, bu belgelerin yeterlik ölçütleri ve teknik şartname kuralları için gereğine uygun şekilde objektif kriterlere göre belirlenir.<sup>108</sup> İsteklileri farklı incelemeye tabi kılmak, bilgi veya belgelerinde eksiklik bulunan isteklilerden bir kısmı bu nedenle değerlendirmeye alınmazken bazılarında hiçbir işlemin yapılmaması, yine bazı isteklilere aynı veya benzer nitelikteki bir eksikliği tamamlama olanağı tanınırken bazılarında bu olanağı tanımamak, aşırı düşük teklife ilişkin bilgi tamamlama ve açıklamaya yönelik tanınan süreleri her istekli açısından aynı belirlememek eşit muamele ilkesine aykırı davranışlara örnek olarak verilebilir.<sup>109</sup>

## B. Eşitlik İlkesinin İstisnası

KK, ihalelerde yerli isteklilerin bazı durumlarda kayırılmasına olanak tanımaktadır.<sup>110</sup> Kanun’un 63. maddesine göre, eşik değerinin altında kalan ihalelerde yalnızca yerli isteklilerin katılabilmesine imkân veren düzenleme yapılabilir, ayrıca yerli istekliler ve yerli malı teklif eden istekliler lehine olacak şekilde fiyat avantajı temin edilebilir.

Eşik değer, ihale ilan süreleri ve kuralları ile ihalelere yalnızca yerli isteklilerin katılmasına veya yerli malı teklif eden yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında kullanılmak üzere, mal alımları için KK’nin 8. maddesinde<sup>111</sup> belirlenen ve aynı Kanun’un 67. maddesi<sup>112</sup> uyarınca güncellenen parasal limitleri ifade etmektedir.<sup>113</sup> Bu suretle, KK’nin “Eşik değerler” başlıklı 8. maddesinde ve aynı Kanun’un 13 ve 63. maddelerinde yer alan hükümlerine uygulanmasına esas olmak üzere yaklaşık maliyet<sup>114</sup> dikkate alınarak kullanılacak eşik değerler düzenlenmiştir.

KK m. 4’te yerli istekli kavramı “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikleri*” şeklinde ifade edilmişken, yabancı istekli kavramı tanımlanmamıştır. Anayasa m. 66’ya göre “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk olup, yine Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür.*”. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun<sup>115</sup> 3. maddesine göre ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun<sup>116</sup> 3. maddesine göre yabancı “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi*” ifade eder.

KK’nin 63. maddesinin gerekçesine göre “*Yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması, eşik değerinin üzerinde olan ihalelerde ise yerli istekliler lehine %15*

<sup>108</sup> SANCAKDAR, s. 599.

<sup>109</sup> SANCAKDAR, s. 599-600.

<sup>110</sup> GÜNDAY, s. 202; ÇAĞLAYAN, s. 583.

<sup>111</sup> “*Bu Kanunun 13 ve 63’üncü maddelerinin uygulanmasında yaklaşık maliyet dikkate alınarak kullanılacak eşik değerler aşağıda belirtilmiştir:*

a) Genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idarelerin mal ve hizmet alımlarında üçyüzmilyar Türk Lirası.

b) Kanun kapsamındaki diğer idarelerin mal ve hizmet alımlarında beşyüzmilyar Türk Lirası.

c) Kanun kapsamındaki idarelerin yapım işlerinde onbirtrilyon Türk Lirası.”

<sup>112</sup> “*Bu Kanunda belirtilen eşik değerler ve parasal limitler bir önceki yılın Toptan Eşya Fiyat Endeksi esas alınarak Kamu İhale Kurumu tarafından güncellenir ve her yıl 1 Şubat tarihinden geçerli olmak üzere aynı tarihe kadar Resmî Gazetede ilân edilir. Ancak güncellemede bir milyon Türk Lirasının altındaki tutarlar dikkate alınmaz. Bu Kanunda belirtilen eşik değerler ve parasal limitler, olağanüstü hallerde, belirtilen tarihin dışında da Kurumun teklifi üzerine Cumhurbaşkanlığı Kararı ile güncellenebilir.*”

<sup>113</sup> ÇOLAK, H. Bayram: “İhale Mevzuatımızda Yaklaşık Maliyet Eşik Değer İlişkisi”, <http://www.hacibayramcolak.net/makaleler> (E.T.: 19.03.2021) (Yaklaşık Maliyet Eşik Değer).

<sup>114</sup> KK’nin “Yaklaşık maliyet” başlıklı 9. maddesine göre, “*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz.*”

<sup>115</sup> 12.06.2009 tarihli ve 27256 sayılı Resmî Gazete.

<sup>116</sup> 11.04.2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmî Gazete.

oranına kadar fiyat avantajı sağlanması ile ilgili ihale dokümanına hükümler konulabilmesi konusunda idarelere imkân tanınmıştır.”. Dolayısıyla bu konuda istisnai olarak idarelere bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak bu konuda idarelere tanınan takdir yetkisi sınırsız olmayıp bu yetki ihalenin yaklaşık maliyetinin eşik değerlerin altında veya üzerinde olmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle idarelerin, ihale dokümanlarına yalnızca yerli isteklilerin katılabilmesi konusunda hüküm koymak koşuluyla ihaleyi yabancı isteklilerin katılımına kapatabilmesi olanağı, ancak yaklaşık maliyeti eşik değer altında olan ihaleler için söz konusu olacaktır. Yaklaşık maliyeti eşik değer üzerinde olan hizmet alımları ve yapım işlerinde ise isteklilerin %15 oranına kadar fiyat avantajından yararlanabilmesi için yerli istekli olmaları yeterli iken; yaklaşık maliyeti eşik değer üzerinde olan mal alımı ihalelerinde isteklilerin %15 oranına kadar fiyat avantajından yararlanabilmesi için yerli istekli olmaları yeterli olmayıp bunun yanında yerli malı sayılan malları da teklif etmeleri gereklidir.<sup>117</sup> Ayrıca KK'nin 63. maddesinin f bendine göre, ortak girişimlerin yerli istekli kabul edilebilmesi için tüm ortakların yerli istekli olması şarttır. Yani yabancı isteklilerle bir iş ortaklığı kurarak ihaleye katılan yerli isteklilerin fiyat avantajından yararlanması mümkün değildir.

KK'nin “Temel ilkeler” başlıklı 5. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.” şeklindeki ilke de yine idareleri bağlayıcıdır. Ayrıca KK'nin 24. maddesinin g bendinde “ihalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı”nın ihale ilanlarında belirtilmesinin zorunlu olduğu ve aynı hususun 27. maddesinin l bendinde idari şartnamede de belirtilmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yerli istekliler lehine sağlanan bu düzenlemeler rekabet ve eşitlik gibi temel ilkeleri zedeler nitelikte olsa da Anayasa'ya aykırılık söz konusu değildir. Zira Anayasa'nın “Yabancıların durumu” başlıklı 16. maddesine göre “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.”. Bu maddenin gerekçesinde ise “ülkede bulunan yabancıların hak ve hürriyetlerinin gereken hallerde, vatandaşın farklı olarak düzenlenip sınırlanabileceğini hüküm altına almaktadır. Madde bir yabancıya ülkeye giriş yahut ülkede seyahat ve yerleşme hürriyeti, basın hürriyeti elbette vatandaşın farklı olacaktır... Vatandaş ve yabancı arasında gözetilen bu ayırım milletlerarası hukuka uygun olmalıdır...” denilerek bu husus daha açık bir şekilde ifade edilmiştir.<sup>118</sup> Bu bağlamda milletlerarası hukuka aykırı olmamak kaydıyla yabancılar için temel hak ve hürriyetler konusunda kanunla sınırlama getirilebilir. Söz konusu istisna da bir kanunla getirilmiş olduğu için Anayasa'ya aykırılık söz konusu değildir. Bununla birlikte yerli isteklilere avantaj sağlanması Türkiye'nin AB üyeliği açısından problem teşkil etmeye devam edecektir. KK'nin 63. maddesi, alımı yapacak idareye takdir yetkisi tanımış olmakla beraber, uygulamada yabancı istekliler ihalelerde dezavantajlı duruma gelmekte ve yabancı isteklilerin eşik değer altında ihalelere katılımının önüne geçilmektedir.<sup>119</sup>

### C. Eşitlik İlkesine İlişkin Kamu İhale Kurulu Kararları

Kamu İhale Kurumu, gerek KK'nin 56. maddesinin 2. fıkrası gerekse de İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in<sup>120</sup> 18. maddesi uyarınca itirazın şikâyet başvurularını, diğer ilkelere farklı olarak, başvuru tarafından ileri sürülmesi bile itiraz edilen işlemler açısından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediğini kendiliğinden inceler.<sup>121</sup>

<sup>117</sup> ÇOLAK, *Yaklaşık Maliyet Eşik Değer*.

<sup>118</sup> AKAD / DİNÇKOL, s. 87-88.

<sup>119</sup> ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 220.

<sup>120</sup> 03.01.2009 tarihli ve 27099 sayılı Resmî Gazete.

<sup>121</sup> “Hem 4734 sayılı Kanunun 56. maddesi hem de İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 18. maddesi uyarınca Kamu İhale Kurumu kendisine yapılan itirazın şikâyet başvurularıyla ilgili olarak, şikâyet konuları dışında, itiraz edilen işlemler bakımından idarece eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden de inceleme yapmak zorunda olduğu gözetildiğinde; dava konusu edilen kurul kararında, ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından sunulan teklif mektubunun mevzuata ve standart forma uygun olarak düzenlenme-

KİK, idarece aşırı düşük teklif açıklamalarının değerlendirilmesinde istekliler tarafından sunulan belgelerin aynı kriterler gözetilerek değerlendirilmemesini eşit muamele ilkesine aykırı görmektedir.<sup>122</sup> Kurul, yerli ve yabancı istekliler bakımından farklı teslim sürelerinin öngörülmesini de eşit muamele ilkesine aykırı bulmaktadır.<sup>123</sup>

KİK, “Görüntüleme Sonuç Hizmet Alımı” konulu bir ihalede, bir firmanın aşırı düşük teklif sorgulamasının diğer firmalarla eş zamanlı olarak yapılmadığı iddiasına ilişkin şöyle bir karar vermiştir: “İdarece 4734 sayılı Kanun’un 38’inci maddesi uyarınca yapılacak aşırı düşük teklif sorgulamasında isteklilerin tümünden idarece aynı tarihte açıklama istenilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, idarelerce anılan Kanun’un temel ilkelerinden eşit muamele ilkesi uyarınca tüm isteklilerden aynı tarihte açıklama istenilmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte, söz konusu ihalede farklı tarihlerde açıklama istenilmesinin esasa etkili sonuç doğurmadığı ve dolayısıyla eşit muamele ilkesine aykırılık oluşmadığı görüldüğünden bu husustaki iddia yerinde bulunmamıştır.”<sup>124</sup>

KİK, Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğünün yaptığı “Özel Güvenlik” ihalesine ilişkin itirazın şikâyet başvurusu üzerine, Teknik Şartname’de çalıştırılacak personelin boy ve kilosuna yönelik düzenlemelerin Anayasa ve İK’nin eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasını “İdarelerin ihtiyaçları ve ihale konusu işin niteliğine göre işte çalışacak personele dair kriterleri belirlemek konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de, söz konusu kriterlerin 4734 sayılı Kanun’un 5’inci ve 12’nci maddeleri uyarınca rekabeti engellemeyecek ve fırsat eşitliğini sağlayacak ve Anayasada düzenlenmiş olan kişi çalışma hak ve hürriyetini kısıtlamayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Özel güvenlik hizmetlerine ilişkin olarak ilgili mevzuatta güvenlik görevlilerinin belirli boy ve kiloda olmasına yönelik özel bir şartın yer almadığı, ancak başvuru konusu ihalede ihale konusu işte çalıştırılacak personel yönünden herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm personele ilişkin boy ve kilo şartı getirildiği dikkate alındığında, idarenin takdir yetkisi sınırlarının aşıldığı ve Anayasa’da yer alan çalışma hak ve hürriyetinin kısıtlandığı sonucuna ulaşılmıştır.” gerekçesiyle yerinde görerek ihalenin iptaline karar vermiştir.<sup>125</sup>

#### D. Eşitlik İlkesine İlişkin Danıştay Kararları

Danıştay, bir ihale sürecinde doküman talep edilmiş olmasına rağmen doküman verilmeyen veya davet edilmeyen gerçek veya tüzel kişiler olmasını eşit muamele ilkesine aykırı görmektedir.<sup>126</sup> Bunun-

*diği iddiası yönünden yapılan incelemede; ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından sunulan anahtar teslim götürü bedel teklif mektubu yönünden bir değerlendirme yapıldığı halde, diğer geçerli teklif sahibi istekliler tarafından sunulan teklif mektupları yönünden değerlendirme yapılmadığı anlaşıldığından, bu yönüyle Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”, Ankara 3. İdare Mahkemesi, T. 06.05.2020, E. 2020/563, K. 2020/807, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (E.T.: 05.10.2020).*

<sup>122</sup> “Murat Özel Güvenlik ve Koruma Hizmetleri Ltd. Şti.’nin aşırı düşük teklif açıklamasını tevsik etmek üzere sunduğu sigorta belgesinin bölge müdürlüğü veya genel müdürlük onayının olmadığı gerekçesiyle idarece uygun bulunmadığı, bununla birlikte Çakay Özel Güvenlik Hizmetleri Tic. ve San. Ltd. Şti.’nin aşırı düşük açıklamalarını tevsik etmek üzere kullandığı sigorta belgesinin de genel müdürlük veya bölge müdürlüğü onayı bulunmamasına karşın söz konusu belgenin idarece uygun bulunduğu anlaşılmıştır. İdarece aşırı düşük teklif açıklamalarının değerlendirilmesinde; özel güvenlik mali sorumluluk sigortası bedelini tevsik etmek üzere isteklilerce sunulan sigorta teklifine ilişkin belgelerin uygunluğunun belirlenmesi açısından eşit muamelede bulunulmadığı ve bunun 4734 sayılı Kanunun 5’inci maddesinde yer alan; ‘İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; eşit muameleyi, ... sağlamakla sorumludur.’ hükmüne aykırı olduğu anlaşılmıştır.”, KİK, 03.11.2008, 2008/UH.II-4516, [http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=17343&Itemid=31](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=17343&Itemid=31) (E.T.: 10.10.2020).

<sup>123</sup> “İdari şartnamenin 49’uncu maddesinde düzenlenen teslim sürelerinin yerli isteklilerin aleyhine düzenleme olduğu iddiası; İdari Şartnamenin ‘işe başlama ve bitirme (malın teslim) tarihi’ başlıklı 49.2’nci maddesinde, teslim süreleri yerli ve yabancı istekliler için farklı düzenlenmiştir. 4734 sayılı Kanunun ‘Temel İlkeler’ başlıklı 5’inci maddesinde, ‘İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.’ hükmü yer almaktadır. Yerli ve yabancı istekliler açısından farklı teslim sürelerinin öngörülmesi, 4734 sayılı Kanunun 5’inci maddesine aykırılık teşkil etmektedir.”, KİK, 17.02.2004, 2004/UK.Z-174, Aktaran: DOĞANYİĞİT, s. 164.

<sup>124</sup> KİK, 17.09.2014, 2014/UH.III-3173, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 245.

<sup>125</sup> KİK, 23.09.2020, 2020/UH.I-1536, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (E.T.: 10.10.2020).

<sup>126</sup> “Davacının teklif mektubundaki tutarların birbirleriyle uyumlu olmaması dışında, şartname gereği teklif mektubunda belirtmesi gerektiği halde hasarsızlık indirimine de yer vermediği görüldüğünden, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği açık olduğu gibi, eşit muamele ilkesinin, aynı nitelikte belgeler ya da aynı hukuki sorunu barındıran teklifler nedeniyle idarece farklı muameleye tabi tutulma durumunun söz konusu olduğu hallerde uygulanabileceği, diğer istekliler bakımından davacının durumunda olduğu gibi, teklif mektubu ile teklif cetveli açı-

la birlikte bir şirket davet edilmiş olmasına rağmen teklif zarfında sunulması zorunlu belgeleri sunmamışsa değerlendirme dışı bırakılabilir. Örneğin davacı şirket tarafından, davalı idarece pazarlık usulü ile 25/09/2019 tarihinde yapılan “Hizmet Alımı İşi” ihalesine davet edilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada idare mahkemesi “*davacı şirket tarafından pazarlık usulü ile yapılacak olan ihalelere ilişkin kendisine davetiye gönderilmesi istemiyle 10/09/2019 tarihinde davalı idareye başvuruda bulunduğu dikkate alındığında, dava konusu ihaleye davet edilecek firmaların belirlenmesinde davacı şirketin başvurusunun da göz önünde bulundurulmasının gerektiği ve davacı şirketin dava konusu ihaleye davet edilmeyerek katılmasının haklı gerekçe bulunmaksızın engellendiği anlaşıldığından, dava konusu işlemlerde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde belirtilen saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleri yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*” gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Ancak Danıştay 13. Dairesi bu gerekçeyi “*...davalı idarenin pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ihalelere davet edeceği şirketleri belirlemek noktasında takdir yetkisinin bulunduğu, kamu hizmetinin aksamaya uğramaması amacıyla 25/09/2019 tarihinde gerçekleştirilmesine karar verilen dava konusu ihale için 24/09/2019 tarihinde davetiyelerin gönderildiği, bir gün önce (23/09/2019) gerçekleştirilen ihalede teklif mektubu kapsamında sunulması zorunlu olan birçok belgeyi sunmayan davacı şirkete yer verilmemesinin haklı ve makul bir sebebi bulunduğu sonucuna ulaşıldığından...*” gerekçesiyle yerinde bulmamıştır.<sup>127</sup>

Danıştay eşit muamele ilkesini Anayasa’nın 10. maddesinin yorumlanmasında olduğu gibi mutlak eşitlik olarak değil, nispi eşitlik olarak uygulamaktadır. Başka bir ifadeyle, Danıştay’a göre aynı hukuki durumda olanların aynı muameleye tabi tutulmaları gerekmekte, aynı hukuki durumda bulunmayanların farklı hukuki muameleye tabi tutulmaları eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.<sup>128</sup>

Danıştay, daha önce bir takım haklara sahip olan kişilerin kazanılmış hak ilkesi gereği korunması gereken hukuki durumların korunmamasını da eşit muamele ilkesine aykırı görmektedir.<sup>129</sup>

#### IV. KAYNAKLARIN VERİMLİ KULLANILMASI İLKESİ

##### A. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesinin Anlam ve Kapsamı

KK’nin 5. maddesine göre, “*İdareler, kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur*”. Kaynakların verimli kullanılması ilkesi, kaynakların israf edilmeden kullanılması anlamına gelmektedir. Bu ilkeye uygun davranılabilmesi için, iyi bir ön çalışma yapılması, önceliklerin belirlenmesi ve ihtiyaç için en uygun yöntemin tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin, hizmet ve yapım işleri için gerekli alt yapı (kamulaştırma vb.) hazırlanmadan ihaleye çıkılmamalıdır.<sup>130</sup>

*sından herhangi bir uyumsuzluğun bulunmadığı, hasarsızlık indirimi konusuna ilişkin olarak da eşit durumda olmadıkları dikkate alındığında, eşit muamele ilkesi gereğince incelemeye geçilmesi mümkün olmadığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.*”, Danıştay, 13. D., T. 28.03.2011, E. 2010/1948, K. 2011/1181; ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 245.

<sup>127</sup> Danıştay, 13. D., T. 16.03.2020, E. 2020/440, K. 2020/873, <https://www.corpus.com.tr/#!/Danistay> (E.T.: 15.10.2020).

<sup>128</sup> “*Davacının teklif mektubundaki tutarların birbiriyle uyumlu olmaması dışında, şartname gereği teklif mektubunda belirtmesi gerektiği halde hasarsızlık indirimine de yer vermediği görüldüğünden, davacının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği açık olduğu gibi, eşit muamele ilkesinin, aynı nitelikte belgeler ya da aynı hukuki sorunu barındıran teklifler nedeniyle idarece farklı muameleye tabi tutulma durumunun söz konusu olduğu hallerde uygulanabileceği, diğer istekliler bakımından davacının durumunda olduğu gibi, teklif mektubu ile teklif cetveli açısından herhangi bir uyumsuzluğun bulunmadığı, hasarsızlık indirimi konusuna ilişkin olarak da eşit durumda olmadıkları dikkate alındığında, eşit muamele ilkesi gereğince incelemeye geçilmesi mümkün olmadığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.*”, Danıştay, 13. D., T. 08.12.2010, E. 2010/2738, K. 2010/8376, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 246.

<sup>129</sup> “*Gerçek ve tüzel kişi istekli tarafından serbest şehircilik faaliyetlerini sürdürdüğüne dair TMMOB Şehir Plancıları Odasından ilk ilan veya son başvuru tarihinin içerisinde bulunduğu yılda alınmış ‘Serbest Şehircilik Büro Tescil Belgesi’ aranılmakla, Plan Yapımını Yüklenecek Müelliflerin Yeterliliği Hakkında Yönetmeliğin geçici 1. maddesi hükmüne aykırı olarak sadece TMMOB Şehir Plancıları Odası’ndan alınmış ‘Serbest Şehircilik Büro Tescil Belgesi’ sahiplerinin ön yeterliliğe başvurabilmelerine imkân verilmek suretiyle, mülga İmar Planlarının Yapımını Yüklenecek Müellif ve Müellif Kuruluşlarının Yeterlilik Yönetmeliğine göre daha önce ‘Planlama Yeterlik Belgesi’ almış Mimarlar Odası’na kayıtlı mimarların ön yeterliliğe başvurabilmelerine imkân verilmediği; bu durumun Kamu İhale Kanunu’nun temel ilkelerinden olan saydamlığı, rekabeti ve ilgili mevzuatı gereğince hak sahibi bulunanlar arasında eşit muameleyi ihlal edici nitelikte olduğundan mevzuata aykırılık oluşturduğu; tesis edilen işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı açıktır.*”, Danıştay, 13. D., T. 30.05.2012, E. 2009/1688, K. 2012/1367, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 247.

<sup>130</sup> ÇAĞLAYAN, s. 585.

Kaynakların verimli kullanılmasının sağlanmasında, zamanlama çok önemlidir. Eğer en uygun zaman seçilmezse, uygun şartlarla temin etmeyi ve kaynakların verimli kullanılmasını güçleştirecek veya imkânsız hale getirebilecektir.<sup>131</sup>

Kaynakların verimli kullanılması ilkesi, ihtiyaç duyulan mal ve hizmet alımı ile yapım işinin ekonomik açıdan en avantajlı fiyat verene bırakılmasını da gerektirmektedir.<sup>132</sup> Nitekim KK'nin 40. maddesinin ilk fıkrasına göre "... yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır." Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise "ekonomik açıdan en avantajlı teklif'in ne olduğu açıklanmıştır. Bu düzenlemeye göre, "Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir.". İşte yetkili idare ihaleyi, ekonomik açıdan en avantajlı teklif veren istekli üzerinde bırakarak kaynakların verimliliği ilkesine uygun davranmış olur.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun<sup>133</sup> 8. maddesine göre "Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır.". Keza 10. maddede bakanların, 11. maddede üst yöneticilerin ve 32. maddede harcama yetkililerinin kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasından sorumlu oldukları düzenlenmiştir. 71. maddede ise kamu zararı "kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır." şeklinde tanımlanmış ve kamu zararına sebebiyet veren bir eylem olarak "iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması" belirtilmiştir.

## B. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesine İlişkin Kamu İhale Kurulu Kararları

Balıkesir Üniversitesi İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı tarafından "36 Aylık (2015-2016-2017) Malzemeli Genel Temizlik ve Kampüs Yeşil Alanların Bakımı ve Korunması Hizmeti Alımı" ihalesi gerçekleştirilmiştir. Daha sonra idare tarafından yaklaşık maliyette sehven yapılan hatadan kaynaklanan maliyet hesabındaki değişiklikten dolayı kamu zararının ortaya çıkabileceği tespit edilmiş ve kaynakların verimli kullanılması ilkesi göz önünde bulundurularak ihalenin iptal edilmesine karar verilmiştir. Bu karara karşı yapılan itirazen şikâyet başvurusunda ise "İdarece verilen ihalenin iptal edilmesi kararının mevzuata uygun olmadığı, şöyle ki; yaklaşık maliyet hesabındaki hatanın, teklif bedellerini ve tekliflerin sıralamasını değiştiren bir husus olmadığı, sözleşmeye davet edildikten sonra tavsiye niteliğinde olan ön mali kontrol raporunun gerekçe gösterilerek idarece verilen ihalenin iptal edilmesi kararının mevzuata aykırı olduğu" iddialarına yer verilmiştir. KİK "ihale komisyonu kararı üzerine idarenin, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu, bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği, diğer taraftan idarenin ihaleyi iptal yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğu anlaşılmıştır. Bu çerçevede, yukarıda açıklandığı üzere yaklaşık maliyetin hatalı olarak yüksek hesaplandığı ve ihaledeki tek geçerli teklifin, olması gereken yaklaşık maliyet tutarının üzerinde olduğunun görüldüğü ve idarenin yukarıda anılan Tebliğ'in 16.3.1'inci maddesi çerçevesinde işlem tesis ederek ihaleyi iptal etmesinin mevzuata aykırılık taşımadığı anlaşılmış olup" gerekçesiyle başvuruçunun iddialarını yerinde bulmayarak itirazen şikâyet başvurusunun reddine karar vermiştir.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> SANCAKDAR, s. 600.

<sup>132</sup> AKSOY, Mehmet / ŞİMŞEK, Mehmet: *En Son Değişikliklerle Kamu Alımları İhale Süreci*, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, No. 2010/402, Ankara, 2010, s. 36.

<sup>133</sup> 24.12.2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmî Gazete.

<sup>134</sup> KİK, 31.12.2014, 2014/UH.I-4237, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (E.T.: 20.03.2021).

“Çöp Toplama ve Nakli, Çevre Temizliği, Molozların Toplanması ve Taşınması” ihalesine ilişkin olarak bir şirket, “ihale üzerinde bırakılan isteklinin sunmuş olduğu aşırı düşük teklif açıklamasının Kamu İhale Genel Tebliği'nin 79'uncu maddesine uygun yapıлып yapılmadığı, ihale dokümanında yer alan teklif fiyata dâhil olan giderler başlıklı maliyet kalemleri ile araç ve ekipmana ilişkin maliyet kalemlerinin açıklama kriterlerine uygun açıklanabilip açıklanamadığı, araç giderlerinden akaryakıt gideri, amortisman gideri, yedek parça ve tamir-bakım maliyetleri, sigorta, resim ve harç giderleri, sarf malzemeleri maliyetleri, giyim maliyeti, sağlık giderleri ve sözleşme giderlerinin Kamu İhale Genel Tebliği'nin 79.4.2.3'üncü maddesinde belirtilen hangi yöntemle belgelendirildiğinin belirtilmediği, teklif edilen bedellerle hizmetin sağlıklı yürütülemeyeceği” iddialarında bulunmuştur. KİK, ihalede tek geçerli teklifin kalması ve bu teklifin de yaklaşık maliyet tutarına çok yakın olmasını rekabet ilkesine ve kaynakların verimli kullanılması ilkesine aykırı bularak, ihalenin iptaline karar vermiştir.<sup>135</sup> Gerçekten de aşırı düşük tekliflerin usulüne uygun olarak açıklanması gerekmektedir. Zira bu açıklama, teklif edilen bedellerle hizmetin sağlıklı yürütülmesi dolayısıyla da kaynakların verimli kullanılması ilkesine uygunluğun tespiti açısından önem arz etmektedir.

Haydarpaşa Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesinin yapmış olduğu “252 Kalem Laboratuvar Tıbbi Sarf Malzemeleri Alımı İhalesi” ihalesine ilişkin olarak şikâyetçi şirket itirazın şikâyet dilekçesinde; idarece alımı yapılacak olan C-14 Üre Nefes Testinin radyoaktif olduğu, keza teknik şartnamede alım konusu malın özelliklerinin belirtildiği listenin 4. no.lu kısmında “C-14 üre kapsül 1 uCi (bir mikroküri) dozdan fazla olmamalıdır.” denildiği, mikroküri ifadesinin söz konusu maddenin radyoaktivite miktarını göstermekte kullanılan bir standart ölçüyü yansıttığı, C-14 Üre Nefes testinin kullanma talimatı içerisinde de radyoaktivite durumunu gösteren mikroküri standardı ile alakalı herhangi bir bilginin bulunmadığı, özellikle hasta hakları açısından ele alındığında hastanın radyoaktiviteye maruz bırakılacağını bilmeksizin bu ürünün kullanılmasına muvafakat edecek olmasının hasta haklarına tümü ile aykırılık teşkil ettiği, radyoaktif madde içeren böylesi bir testin çocuk ve gebe hastalar üzerinde uygulanmasının mümkün olmadığı, C-13 üre nefes testinin zararlı hiçbir yan etkisi bulunmadığı halde toplum sağlığı riske atılarak radyoaktif madde içeren bir ürünün tercih edilmesine bir mana verilemediği, ayrıca hastalarda kullanılan C-14 Üre Nefes Testinin kullanma talimatında ürünün radyoaktif olduğunu belirten bir ifadeye yer verilmemesi ve sadece ürünün “bir mikroküri dozdan fazla olmamalıdır” şeklinde cinsine yer verilmek sureti ile bunun radyoaktif olduğunu hastaların bilme şansının bulunmadığı, C-13 üre nefes testi yerine sadece C-14 üre nefes testinin alınmasına çıkılmış olmasının kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasına ve rekabet ilkesine aykırılık teşkil etmekte olduğunu iddia etmiştir. KİK bu iddiaya ilişkin olarak “... teknik görüş yazısı doğrultusunda C-14 üre nefes testinin özelliklerinin C-13 üre nefes testine göre daha üstün olduğu gibi bir değerlendirmenin bulunmadığı, C-13 üre nefes testinin aynı amaç için kolaylıkla kullanılabileceği, C-13 üre nefes testinin SGK tarafından karşılanmaya başlandığı ve C-14 üre nefes testinin SGK tarafından Mayıs 2013 tarihinden itibaren karşılanmadığı anlaşıldığından, C-13 üre nefes testi yerine sadece C-14 üre nefes testinin alınmasına çıkılmış olmasının kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasına ve rekabet ilkesine aykırılık teşkil etmekte olduğu yönündeki iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.”<sup>136</sup> şeklinde karar vermiştir.

### C. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesine İlişkin Danıştay Kararları

Danıştay vermiş olduğu bir kararda; idare tarafından, idari şartname uyarınca, yeterlik kriteri olarak işin yürütülmesi sırasında “ihtiyaç duyduğu takdirde” gerekli olacak ilave ekip ve donanım taah-

<sup>135</sup> KİK, 26.05.2014, 2014/UH.III-2172, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (E.T.: 03.11.2020); ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 264.

<sup>136</sup> KİK, 04.09.2013, 2013/UM.III-3503, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (E.T.: 20.11.2020).

hütnamesi istenmesinin belirsizlik oluşturacağı, bu belirsizliğin teklif verme aşamasında isteklileri tereddüde düşüreceği, dolayısıyla katılımı ve rekabeti engelleyici niteliği olduğu kadar, ihaleye katılacak isteklilerce verilecek teklif fiyatını da olumsuz yönde etkileyeceği, buna göre de ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını da engelleyecek niteliği olduğunu belirtip KK'nin 5. maddesine aykırılıktan dolayı ihalenin iptali gerektiğine ilişkin karar vermiştir.<sup>137</sup> Gerçekten yeterlik kriteri olarak ilave ekip ve donanım taahhütnamesi isteminin “ihtiyaç duyduğu takdirde” şeklinde muğlâk bir ifadeye bağlanması ihaleye katılacak istekliler nezdinde bir tereddüde yol açacak, verilecek teklif fiyatını etkileyecek, dolayısıyla da kaynakların verimli kullanılması ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu bağlamda, söz konusu karar yerinde olmuştur.

Danıştay başka bir kararında ihaleyi alan firmanın teklif dışı kalması sonucu, geriye kalan iki firmanın yaklaşık maliyetin üzerinde teklifler verdiklerini ve bundan dolayı yeterli rekabetin oluşmadığının anlaşıldığı, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkesine aykırı olduğu ve tekliflerin kamu yararına uygun bulunmadığı sonucuna varmıştır.<sup>138</sup> Ancak Danıştay DSİ 8. Bölge Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen “Erzurum Şenkaya Tütenocak Göleti Sulaması” ihalesinin iptaline ilişkin ihale komisyonu kararının iptali istemiyle açılan davada yerel mahkeme, davaya konu ihaleye toplamda üç firmanın teklif verdiği ve geçerli iki teklif bulunduğu hususunu dikkate alarak yeterli rekabet şartlarının oluştuğu kanaatine varıp bu firmalardan birisinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasını, rekabet koşullarını sakatlayıcı bir neden olarak görmeyerek dava konusu işlemin iptali yönünde karar vermiştir. Danıştay ise bu kararın, “...4734 sayılı Kanun uyarınca ihaleyi yapan idarenin, anılan Kanun'un 5. maddesinde belirtilen kaynakların verimli kullanılması, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve rekabet gibi ilkeleri gözetmek zorunda olduğu, söz konusu ilkelere uygun olarak ihale işlemlerinin yerine gerilmemesi durumunda, kanunla idareye tanınan ihaleyi iptal yetkisini kullanabileceği dikkate alındığında, ihalede 2 geçerli teklifin kalması ve söz konusu, tekliflerin de yaklaşık maliyetin üzerinde olması nedeniyle idarenin takdir yetkisi çerçevesinde ihalenin iptali için makul sebebin olduğu sonucuna varıldığından...” gerekçesiyle bozulmasına hükmetmiştir.<sup>139</sup> Danıştay'ın da belirttiği üzere, yaklaşık maliyetin üzerinde teklif söz konusu olduğunda idarenin ihalenin iptaline karar vermek konusunda bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte böyle bir durumda idarenin takdir yetkisi sınırsız olmayıp hangi kriterlere bakılacağı KİGT'nin 16.3. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre ihale komisyonu,

- Yaklaşık maliyet hesaplanırken değerlendirilmeyen herhangi bir husus olup olmadığını,
- Yaklaşık maliyet güncellenerek tespit edilmişse, güncellenmenin doğru yapıp yapılmadığını,
- Verilen teklif fiyatlarının piyasa rayiç fiyatlarını yansıtmayı yansıtmadığını,

sorgulayarak verilen teklifleri yaklaşık maliyete göre mukayese eder ve bütçe ödeneklerini de göz önünde bulundurarak teklif fiyatlarını uygun bulması halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifi ve varsa ikinci teklifi belirlemek veya verilen teklif fiyatlarını uygun bulmaması halinde ihalenin iptaline karar vermek konusunda takdir yetkisine sahiptir. Yine aynı hükmün ikinci fıkrasına göre “Yaklaşık maliyetin üzerinde olmakla birlikte teklifin kabul edilebilir nitelikte görülmesi halinde idarenin ek ödeneğinin bulunması veya ilgili mali mevzuatı gereği ödenek aktarımının mümkün olması durumlarında teklifler kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak kabul edilebilir.”. Ancak bu durumda sorumluluğun idareye ait olacağı belirtilmiştir.

<sup>137</sup> Danıştay, 13. D., T. 11.06.2010, E. 2007/15919, K. 2010/5017, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 261.

<sup>138</sup> “İhale Komisyonu tarafından iki firmanın, itirazın şikâyet başvurusu üzerine de Kamu İhale Kurulu kararı ile ihaleyi alan firmanın ihale dışı bırakılması karşısında, geriye ihaleye teklif veren iki firmanın kaldığı, yaklaşık maliyeti 3.613.542,43 TL olarak belirlenen ihalede, teklifi değerlendirmeye alınacak olan iki firmadan davacı şirketin 3.690.000,00 TL ve Piripak Endüstriyel Temizlik organizasyon Pazarlama Sanayi Anonim Şirketi'nin 3.740.000,00 TL teklif verdiği, bu iki firmanın teklifinin yaklaşık maliyeti üzerinde olduğu dikkate alındığında, yeterli rekabetin oluşmadığı ihalede, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin gerçekleşmediği anlaşıldığından, yeterli rekabetin sağlanmadığı ve tekliflerin kamu yararına uygun bulunmadığı sonucuna varılarak...”, Danıştay, 13. D., T. 18.12.2009, E. 2007/3465, K. 2009/11125, Aktaran: ÖZKAN, *Temel İlkeler*, s. 262.

<sup>139</sup> Danıştay, 13. D., T. 07.03.2018, E. 2017/1599, K. 2018/896, <https://www.corpus.com.tr> (E.T.: 25.11.2020).

Danıştay başka bir kararında ise ihale yetkilisi tarafından ihaleye katılan isteklilerin tekliflerinin arasındaki fiyat farklarının çok yüksek olmasından dolayı, kamu menfaati gereği iptal edilen ihaleye ilişkin olarak, idarenin KK'nin 5. maddesindeki temel ilkeleri gözetmek zorunda olduğunu, idare tarafından aynı Kanun'un 40. maddesiyle verilen takdir yetkisinin kamu kaynaklarının verimli kullanılması ve kamu yararına uygun olarak kullanıldığının anlaşıldığı sonucuna varmıştır.<sup>140</sup>

## V. ÜÇ İLKENİN İLİŞKİSİ VE KAMU YARARI

Rekabet, eşit muamele ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin birbirleriyle sıkı bir ilişkisi vardır. Hatta gerek KİK kararları gerekse de yargı kararları açısından bu ilkeler çoğu zaman birlikte zikredilmektedirler.

Rekabet ilkesi, eşitlik ilkesinin tamamlayıcısıdır.<sup>141</sup> Çünkü bu ilke sayesinde, herkesin yasa önünde eşit olmasının bir sonucu olarak, her özel hukuk kişisi ihaleyi elde etmek için şansını deneme imkânına sahip olmaktadır.<sup>142</sup> Nitekim KİK'in bir kararı özetle şöyledir: “Anılan düzenlemeden ihale konusu için esas itibarıyla özellik gerektirmeyen personel çalıştırılmasına dayalı bir hizmet alımı olduğu anlaşılmaktadır. İhale konusu için tanımı, yaklaşık maliyet, idari şartnamede belirlenmiş olan %50'lik iş deneyim oranı, ihaleye teklif veren isteklilerin sayısı ve bu isteklilerden yalnızca tekinin iş deneyimi ile ilgili idari şartnamede belirtilen yeterlik kriterlerini sağladığı hususları birlikte düşünüldüğünde, idare tarafından benzer işin rekabeti artırıcı şekilde belirtilmediği tespit edilmiş olup, şikâyete konu ihalede eşitlik ve rekabet ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarının da benzer iş kapsamına alınmasının uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır.”<sup>143</sup> Sayıştay da bu iki ilkeyi birlikte değerlendirdiği kararında şöyle demiştir: “İhaleye katılan üç firma arasında en düşük fiyatı veren firmanın, idarece eksik olduğu tespit edilerek tamamlanması istenilen belgeleri kendilerine tanınan süre içerisinde idareye sunmuş olmasına rağmen ihale dışı bırakılması, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ‘temel ilkeler’ başlıklı 5. maddesindeki ihalede rekabet ve eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle sözleşmenin tescili mümkün değildir.”<sup>144</sup> Yine haksız rekabetin önlenmesi rekabet ilkesinin bir gereği olduğu gibi, eşit muamele ilkesinin de bir gereğidir. Örneğin, bir ihalede ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişilerin eşi veya çocukları da ihaleye katılırsa o ihalede adil bir rekabette söz edilemeyeceği gibi, eşit muamele ilkesi de zedeleneyecektir.<sup>145</sup> Nitekim kanun koyucu bunu önlemek amacıyla ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişilerin belirli dereceye kadar yakınlarının o ihaleye girmesini yasaklamıştır (KK, m. 17; DK, m. 6).

Kaynakların verimli kullanılması ilkesinin gerçekleşmesi açısından rekabet ilkesi önem arz etmektedir.<sup>146</sup> KİK, olaya ilişkin durumun bu iki ilkeyi de ihlal ettiği şeklinde kararlar verebilmektedir:

<sup>140</sup> “Dava; davacı şirketin, ihalesinin iptaline ilişkin işleme yönelik yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin 28/01/2015 tarihli ve 2015/UH.I-301 sayılı Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi’nce; ihaleye üç isteklinin katıldığı, 19.12.2014 tarihli ihale komisyonu kararı ile davacı dışındaki diğer iki isteklinin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak, davacı şirketin ihalede ekonomik en avantajlı teklif sahibi olarak belirlendiği, ancak aynı tarihte ihale yetkilisi tarafından ihalenin iptaline karar verildiği, kesinleşen ihale kararında iptal gerekçesi olarak ‘Çöp toplama, süpürme, park, bahçelerin temizlenmesi ve taşıma ihalesi, ihale yetkilisi tarafından teklifler arasındaki fiyat farklarının çok yüksek olmasından dolayı, kamu menfaati düşünülerek iptal edilmiştir.’ ifadelerine yer verildiği, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesiyle belirlenen temel ilkeleri gözetmek zorunda olan idarenin, aynı Kanun’un 40. maddesiyle verilen takdir yetkisini kamu kaynaklarının verimli kullanılması ve kamu yararı çerçevesinde ihalenin iptali yolunda kullandığının anlaşıldığı, bu nedenle itirazın şikâyet başvurusunun reddi yolundaki dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. ... temyiz istemi yerinde görülmemekle anılan Mahkeme kararının ONANMASINA...”, Danıştay, 13. D., T. 09.09.2015, E. 2015/3797, K. 2015/3046, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb> (E.T.: 01.12.2020).

<sup>141</sup> KUTLU, s. 192; YILMAZ, Bekir Mustafa: *Kamu Alımlarında İdari Denetim*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 93.

<sup>142</sup> KUTLU, s. 192.

<sup>143</sup> KİK, 16.09.2008, 2008/UH.I-3872, [http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16711&Itemid=31](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16711&Itemid=31) (E.T.: 01.01.2021).

<sup>144</sup> Sayıştay Daireler Kurulu, T. 01.12.2004, K. 1159/1, Aktaran: ABACIOĞLU / ABACIOĞLU, s. 64; benzer bir karar için bkz. Sayıştay Daireler Kurulu, T. 08.10.2003, K. 1127/3, Aktaran: ABACIOĞLU / ABACIOĞLU, s. 65.

<sup>145</sup> ULUSOY, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 639.

<sup>146</sup> GÖZLER / KAPLAN, s. 478; GÖZLER, *Cilt II*, s. 121.



“Değişken açılı çift dedektörlü gama kamera sistemi ile tek şırıngalı bilgisayarlı tomografi enjektörü alımının aynı kalemde ihale edilmesi 4734 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinde yer alan, idarenin rekabeti ve kaynakları verimli kullanmasını sağlama ilkesine aykırı olduğu...”<sup>147</sup> Benzer şekilde Kurulun başka bir kararı şöyledir: “İhalede tek geçerli teklif kaldığı ve bu teklifin de yaklaşık maliyete oldukça yakın olduğu dikkate alındığında kaynakların verimli kullanılması ilkesi ile uyumlu olmadığı ve rekabetin oluşmadığı sonucuna ulaşıldığından ihalenin iptali gerekmektedir.”<sup>148</sup>

Kamu ihaleleri istekliler arasında bir yarış niteliğinde olduğu için bu yarış sonucunda en iyi şartları sunan adaya iş bırakılır. Ancak rekabetin olmadığı bir yarışta adaylar kendilerini zorlamazken, rekabetin olduğu bir yarışta adaylar ellerinden geleni yaptıkları için kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanımı sağlanmış olacaktır.<sup>149</sup> Dolayısıyla bir ihale sistemi mümkün olduğunca rekabeti sağlamaya yönelik olmalı, bu sistemde rekabeti önleyen düzenlemeler yapılmasından kaçınılmalıdır.<sup>150</sup>

İdare hukukunda tesis edilen tüm işlemlerin nihai amacı kamu yararadır. Bu nedenle rekabet ilkesi, eşit muamele ilkesi, kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesine aykırılık aynı zamanda kamu yararına da aykırılık oluşturacaktır. Nitekim KİK bir kararında bu durumu şöyle açıklamıştır: “İdare tarafından gerçekleştirilen bütün işlemler için geçerli amacın ‘kamu yararı’nın sağlanması olduğu ve bu amacın, bütün kamu makamlarının faaliyetlerinde izlemeleri gereken genel bir kural olduğu, anılan Kanunun yukarıda belirtilen maddesinde sayılan ilkelerin de, ‘kamu yararı’ genel ilkesinin gerçekleşmesine hizmet eden ‘özel maksatlar’ olduğu, bu çerçevede mevzuatta yer verilen hükümlere uygun olarak, hizmetin gerekleriyle bağdaşmayacak düzenlemelere ihale dokümanında yer verilmemesi, ihaleye katılımın mümkün olduğunca fazla olmasının sağlanmasının, ‘rekabetin sağlanması’, ‘kaynakların verimli kullanılması’ ilkelerinin ve bu ilkelerle bağlantılı olarak ‘kamu yararı’ ilkesinin gereği olduğu açıktır.”<sup>151</sup>

## VI. ÜÇ İLKENİN İHALE USULLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamu alımları kapsamında ihale, kamu kurumlarının hedeflerine ulaşabilmeleri için gereksinim duydukları mal, hizmet ve yapım işlerini en uygun fiyatla, yüksek kaliteden teminini, başka bir ifadeyle ödedikleri paranın karşılığının tam olarak alınmasını amaçladıkları bir süreç olarak ifade edilmektedir.<sup>152</sup> KK’nin Genel Gereğesi’ne göre “Bu Kanunda; ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları, tahmini bedel baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması yerine, işlerin istekliler tarafından piyasa rayiçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesi amaçlanmıştır.”<sup>153</sup> Yine Kanun’un 5. maddesinin gereğesine göre “Bu Kanunun hazırlanma amacının gerçekleştirilebilmesi için, idarelerin ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu kılınması gerekli görülmüştür.”<sup>154</sup> Dolayısıyla belirtilen temel ilkeler söz konusu amacın gerçekleştirilmesi için diğer maddelerin yorumlanması ve uygulanması bakımından da önem arz etmektedir. Bu bağlamda ihale usulleri ve ihale sü-

<sup>147</sup> KİK, 03.10.2011, 2011/UM.İ-3318, Aktaran: ABACIOĞLU / ABACIOĞLU, s. 61.

<sup>148</sup> KİK, 08.08.2011, 2011/UM.II-2717, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> (E.T.: 01.01.2021).

<sup>149</sup> YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / ÇAKIR / OKAY TEKİNSOY, s. 721.

<sup>150</sup> ÖZDEMİR, s. 57.

<sup>151</sup> KİK, 08.08.2011, 2011/UH.III-2667, Aktaran: ABACIOĞLU / ABACIOĞLU, s. 60.

<sup>152</sup> ERTAŞ, Rıza Cem: *Kamu Kaynaklarının Etkin Kullanımı Açısından Kamu İhale Kanununda Öngörülen İhale Usullerinin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 102-103.

<sup>153</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (E.T.: 27.03.2021).

<sup>154</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (E.T.: 27.03.2021).

reci açısından da bu ilkelerin dikkate alınması gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu ilkelerin birbirleriyle sıkı bir ilişkisi bulunmaktadır.

Kamu alımlarında rekabeti etkili bir şekilde sağlayabilmek için alımlar hakkındaki detaylı ve anlaşılır bilgilerin mümkün olan en geniş alanda ilan edilmesi, istekliler arasında ayrımcılık yapılmaması, isteklilere makul bir teklif hazırlayabilecekleri kadar geniş bir sürenin verilmesi, kazanan teklifin tespit edilmesinde kullanılacak kriterin önceden açıklanması, alımı yapan idarelerin şeffaf çalışarak kamuoyu önünde hesap verebilir olması gerekmektedir. Yine sürecin etkin kılınması ve rekabet karşıtı anlaşmaların önlenmesi açısından giriş engellerinin kaldırılması veya olabildiğince azaltılması ve ihale sürecinde rekabetin sağlanmasına yetecek kadar isteklinin bulunması uygun olacaktır.<sup>155</sup>

İdarenin gerek ihale usulü seçiminde gerekse de ihale sürecindeki yaptığı tüm işlemlerde takdir yetkisini kullanmasında ve yaptığı değerlendirmelerde isteklilere eşit davranması, tarafsız olması ve her türlü ayrımcılık yapılmasını önlemesi durumunda idare eşit muamele ilkesine uygun davranmış olur. İdarelerin temin edecekleri mal, hizmet ya da yapım işinin durumuna göre mevsim, depolama imkânları, piyasa koşullarını dikkate alarak ihtiyaçlarını karşılamada en uygun zamanı seçmeleri ve ihtiyaçların maliyet tespitini piyasaya araştırmasına dayalı olarak en uygun fiyat bazında yapmaları kaynakların verimli kullanılması ilkesine hizmet eder.<sup>156</sup> Yine kaynakların verimli kullanılması ilkesi, kaynakların israf edilmeden kullanılması anlamına gelmekte olup bu ilkeye uygun davranılması iyi bir ön çalışma yapılmasını, önceliklerin belirlenmesini ve ihtiyaç için en uygun yöntemin tespit edilmesini gerektirmektedir. Örneğin, hizmet ve yapım işleri için gerekli alt yapı (kamulaştırma vb.) hazırlanmadan ihaleye çıkılmamalıdır.<sup>157</sup>

İhale usulünün seçimi, kamu ihalesinden beklenen amaçla doğrudan ilişkili olup satın alınan mal veya hizmet, kamu ihtiyacını en uygun şekilde karşılamalıdır. Bu nedenle idare, öncelikli olarak, söz konusu mal, hizmet ya da yapım işini doğru belirlemeli ve bu doğrultuda ihtiyaç duyduğu özelliklere sahip doğru tedarikçiyi tespit etmelidir. Ayrıca mal veya hizmetin teminine ilişkin sözleşme kamu yararı gözetilerek olabildiğince en iyi koşullarda yapılmalıdır. Tedarik sürecinde rekabet ortamında, yolsuzluklara izin vermeksizin kamu alımlarının en uygun bedelle alınmasının sağlanması kamu kaynaklarının etkin kullanımı sonucunu doğuracak ve kamu yararı gerçekleşecektir. Aksi halde yani kamu kaynaklarının kullanımını gerçekleştiren yetkili kişilerin menfaatleri uğruna usulsüz işlemlerle kamu alımları yapmaları durumunda yolsuzluğa açık bir ortam oluşacak ve kamu yararına aykırılık söz konusu olacaktır.<sup>158</sup>

Özetle şartnamelerin hazırlanması, ilan ya da davetten ihale usullerinin seçimi, ihalenin yapılması ve sözleşmenin imzalanmasına kadarki süreçte kamu ihalelerine yönelik temel ilkelere uyulduğu ölçüde, yüksek kalitede mal ve hizmetlerin uygun bedelle elde edilmesi sağlanacağından, kamu kaynaklarının kullanılmasında verimlilik ve etkinlik de artacaktır.<sup>159</sup>

DK m. 35'e göre beş tür ihale usulü öngörülmüş olup bunlar; kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulüdür. Aynı hükme göre, işin gereğine göre bu usullerden hangisinin uygulanacağı bu Kanun hükümlerine uyularak idarelerince tespit edilecektir. Kanun'un 36. maddesine göre kapalı teklif usulü esas olup diğer usuller ise istisnai usullerdir.

Kapalı teklif usulü, Devlet İhale Kanunu'nun 35 ila 43. maddeleri arasında düzenlenmiş olup bu usulde teklifler yazılı olarak yapılır. İstekliler kapalı zarf içinde yani diğer isteklilerden ve idarenin bu işle görevlendirdiği komisyon üyelerinden gizli olarak tekliflerini verirler. Bu zarflar iki adettir. Birin-

<sup>155</sup> BİLİR, Hakan: "Kamu İhaleleri ve Rekabet", *Kamu İhaleleri ve Rekabet Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2002, s. 39.

<sup>156</sup> ERTAŞ, s. 104.

<sup>157</sup> ÇAĞLAYAN, s. 585.

<sup>158</sup> ŞAHİN, Serdar: *Türkiye'de Kamu İhale Usullerinin Değerlendirilmesi ve Analitik Hiyerarşi Proses Yöntemi ile Karşılaştırmalı Analizi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 160-161, (Kamu İhale Usulleri).

<sup>159</sup> ERTAŞ, s. 105.

cisine isteklilerin teklif ettikleri bedel konur ve bu birinci zarf, isteklilerin ihaleye katılma şartlarına sahip bulduklarını gösteren belgelerle beraber, ikinci bir zarfa konur. İstekliler bu tekliflerini, kapalı zarfların açılması için öngörülmüş olan saate kadar ihale komisyonuna verebilecekleri gibi taahhütlü olarak da gönderebilirler. İhale komisyonu ve hazır bulunan istekliler huzurunda önce dış zarflar açılır ve isteklilerin gerekli şartları haiz olup olmadıkları, geçici teminatı yatırap yatırmadıkları belirlenir. Şayet şartları yerine getirmeyen istekli varsa bu isteklilerin zarfları kendilerine iade olunur ve bunlar ihaleye katılamazlar. Daha sonra gerekli şartları yerine getirenlerin ikinci zarfları açılarak en uygun bedel tespit edilir ve idare ile sözleşme yapacak olan kişi tespit edilmiş olur.<sup>160</sup> Görüldüğü üzere kapalı teklif usulünde süreç, son derece saydam (şeffaf) bir şekilde öngörülmüştür. Kaldı ki, saydamlık ilkesi uyarınca ihalelerin şeffaf bir şekilde başka bir ifadeyle *gün ışığında* gerçekleştirilmesi zorunludur. Bu aynı zamanda gerçek bir rekabeti ve eşitliği de sağlamaktadır. Böylece sadece belirli kişilerden ya da kuruluşlardan mal edinme sakıncası da bertaraf edilmiş olur.<sup>161</sup> Yine bu kriterlere uygun bir ihalenin yapılması durumunda kamu kaynakları da verimli bir şekilde kullanılmış olacaktır.

Devlet İhale Kanunu m. 45'e göre, tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihaleler açık teklif usulüyle yapılabilir. Açık teklif usulü, Devlet İhale Kanunu 45 ila 49. maddeleri arasında düzenlenmiş olup bu usulde ihaleler, ihale şartlarını yerine getiren isteklilerin katılımıyla ilanda belirtilen ihale saatinde yapılır. Bu usulde ihale komisyonu önünde istekliler tekliflerini sözlü olarak belirtebilecekleri gibi, iadeli taahhütlü bir mektupla da gönderebilirler. Birinci teklifler tutanağa geçirildikten sonra, istekliler sırayla ikinci tekliflerini bildirirler. Bu teklifler de alındıktan sonra en uygun bedel tespit edilir. Bu usulde de ilan söz konusu olduğundan saydamlık ve rekabet ilkeleri bakımından bir sorun bulunmamaktadır.

Devlet İhale Kanunu m. 44/I'e göre "*Uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazimat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayii ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapı işleri bedii ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi; diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir.*". Dolayısıyla belli istekliler arasında kapalı teklif usulü sadece Kanun'da belirtilen teknik konularda yapılabilir ve bu ihalenin rekabeti sağlamak adına en az üç istekli arasında yapılması gerekir. Ancak maddenin son fıkrasına göre bu ihalelerde ilan zorunlu değildir. Dolayısıyla bu da saydamlık ve rekabet ilkeleri bakımından eleştirilebilir.

Devlet İhale Kanunu m. 52/I'e göre "*İdareler her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işleri gerekli görüldüğünde, yarışma ile yaptırabilirler. Bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya, pazarlıkla ihale edilebilir.*". Ancak KK'nin yürürlüğe girmesiyle DK'de öngörülen pazarlık usulü ile yarışma usulünün uygulama alanı kalmamıştır. Çünkü DK'deki pazarlık usulü ile yaptırılacak işlerin tamamı KK'deki pazarlık usulüne tabi tutulmuş ve DK'deki yarışma usulü ile yaptırılacak işlerin tamamına KK'deki tasarım yarışmaları usulü uygulanmaktadır.<sup>162</sup>

KK'nin 18 ila 23. maddelerinde; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü, doğrudan temin usulü ve tasarım yarışmaları usulü olmak üzere beş çeşit ihale usulü öngörülmüştür. Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Dolayısıyla diğer ihale usulleri Kanun'da öngörülen özel hallerde istisnai olarak uygulanabilirler.

<sup>160</sup> GÜNDAY, s. 204.

<sup>161</sup> GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun: *İdare Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2008, s. 1027.

<sup>162</sup> GÜNDAY, s. 205.

KK'nin 19. maddesine göre açık ihale usulü bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Ancak açık ihale usulü, tekliflerin açık olması anlamına değil ihalenin herkese açık olduğu anlamına gelmektedir. Buna göre Kanun'da ve ihale şartnamesinde yazılı genel şartları haiz olan herkes bu ihaleye katılabilecektir. Eşitlik ilkesinin mutlak eşitlik anlamına gelmeyip aynı şartları taşıyanlar arasında aynı hukuki muameleye tabi olması anlamına geldiğini belirtmiştik. Bu bağlamda açık ihale usulü eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde en uygun ihale yöntemi olarak değerlendirilebilir. Zira bu usulde şartları haiz herkes teklif verebilmekte ve eşit bir şekilde teklifleri incelenerek sonuca ulaşılabilmektedir. Gerek açık ihale usulünde gerekse de birazdan bahsedeceğimiz belli istekliler arasında ihale usulünde izlenmesi gereken ilan prosedürü ve ihalenin etkinliğini sağlayabilecek sayıda isteklinin katılımına uygunluğunu sağlaması nedeniyle, bu usuller eşitlik ilkesinin yanı sıra saydamlık ve rekabet ilkesi ile de ilişkilendirilebilir.<sup>163</sup> Yine açıklık ilkesi ilan yoluyla sağlandığı gibi, ihale sırasında tekliflere ilişkin zarfların açılması ve hazır bulunan istekliler önünde bunun yapılması ile de sağlanmaktadır.<sup>164</sup>

KK'nin 20/I. maddesine göre belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirilmesi neticesinde idarece davet edilen isteklilerin teklif verebileceği bir usuldür. Yine aynı hükme göre yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir. Dolayısıyla bu usul herkesin teklif verebileceği bir usul olmadığı gibi, her işte de uygulanamayacaktır.<sup>165</sup> Nitekim madde gerekçesinde de “İşin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı işlerin belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılmasına imkân tanınmıştır.” Denilmiştir.<sup>166</sup> Bu usulde, son yeterlik başvuru tarihinden itibaren en az on dört gün önce bir ön yeterlik ilanının yapılması gerekir (KK, m. 13/a-2). Başvuruların alınmasından sonra, Kanun'un 10. maddesine uygun olarak tespit edilen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme ölçütlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Söz konusu asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli olarak kabul edilmezler. Daha sonra yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir (KK, m. 20/III). Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde Kanun'un 40. maddesine uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme ölçütlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ise ihale iptal edilir (KK, m. 20/IV). Böyle bir durumda ihalenin iptal edilecek olmasının adil bir rekabete imkân tanıma amacıyla öngörülmüş olduğu anlaşılmaktadır. Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir (KK, m. 20/V). Madde gerekçesinde, söz konusu hükmün uluslararası mevzuata uyum sağlamak adına getirildiği belirtilmiştir.<sup>167</sup>

KK'nin 21/I. maddesine göre, şu hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:

“a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması, b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörüle-

<sup>163</sup> ÜSTÜN, Ümit Süleyman / ÇALIŞ, Hande Sena: “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na Hakim Olan İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 26, Sayı 2, s. 115.

<sup>164</sup> GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s. 1027.

<sup>165</sup> GÖZLER, *Cilt II*, s. 125.

<sup>166</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (E.T.: 27.03.2021).

<sup>167</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (E.T.: 27.03.2021).

*meyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması, e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi, f) İdarelerin yaklaşık maliyeti elli milyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.”*

Madde gerekçesine göre, “Kanunda pazarlık usulüne uluslararası mevzuatta yer alan hükümlerle ve uygulama şekliyle yer verilmiştir. Pazarlık usulü ile yaptırılacak işlerin belirlenmesi sırasında, işlerin özelliği ve ivedilik gibi kriterler esas alınmıştır.”<sup>168</sup> Maddenin ikinci fıkrasına göre “(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterli belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.”. İlan yapıp yapılmaması konusunda öngörülen söz konusu takdir yetkisi her ne kadar esasen ivedi durumlar için getirilmiş olsa da bu durum saydamlık ve rekabet ilkesini zedeler niteliktedir. Ancak bu ilkeleri sağlamak amacıyla hükümden aynı zamanda ilan yapılmayan haller için en az üç isteklinin davet edilme şartı getirilmiştir. Nitekim madde gerekçesine göre de “Ayrıca rekabetin sağlanabilmesi amacıyla, bu maddede belirtilen ilan yapılma zorunluluğu bulunmayan hallerde en az 3 isteklinin ihaleye davet edilmesi, ilan yapılacak hallerde ise teklif veren istekli sayısının en az 3 olması hüküm altına alınmıştır.”<sup>169</sup> Bununla birlikte sadece idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebilmesi de esasen eşitlik ve rekabet gibi temel ilkeleri zedeler niteliktedir.<sup>170</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki, pazarlık usulüne tabi olmayan ancak hukuka aykırı bir şekilde pazarlık usulü ile yapılan ihaleler söz konusu olabilir. Yine bu şekilde yapılan kamu alımları, eksik rekabet ortamı içerisinde yapılabileceği gibi, kamu kaynakları da usulsüz bir şekilde özel teşebbüslere aktarılabilir.<sup>171</sup>

KK'nin 22. maddesinde belirtilen hallerde ihtiyaçların ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabileceği belirtilmiştir. Hükümün son fıkrasına göre “Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10'uncu maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir.”. Hükümün gerekçesinde, işin doğası gereği ilan yapılmaksızın ihtiyacın belirli bir istekliden karşılanmasının kaçınılmaz olduğu haller dikkate alınarak bu usulün düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir. Yine bu usulün bazı bentlerinin uluslararası mevzuat paralelinde hazırlanmış olduğu ve bu bentlerin uygulanmasında, idarelerin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılamasını sağlamak amacıyla isteklilerle teknik şartlar ve fiyat üzerinde görüşme yapmasının mümkün kılındığı ifade edilmiştir.<sup>172</sup> Bu usul her ne kadar istisnai olarak ve belirli konularda uygulanabilmekte ise de ilanın yapılmaması saydamlık ilkesini zedeler niteliktedir.

KK'nin 23. maddesinde, idarelerin tasarım yarışmaları düzenleyebilecekleri öngörülmüştür. Buna göre idareler, gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge planlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plan veya tasarım projesi elde edilmesi amacıyla, ilgili mevzuatında belirlenecek usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ilan yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabilirler. Dolayısıyla bu usul açısından rekabet özellikle belirtilmiştir. Kaldı ki, yarışmaların temelinde rekabet bulunmaktadır. Bu bakımdan bu tür yarışma şeklinde yapılan ihalelerde adil bir rekabetin bulunması elzemdir. Yine bu tür yarışmalarda özellikle değerlendirme yapılırken eşit muamele ilkesi ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla jüri tarafından bu ilkeye uygun olarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

<sup>168</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (E.T.: 27.03.2021).

<sup>169</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (E.T.: 27.03.2021).

<sup>170</sup> SEZER, s. 3944.

<sup>171</sup> DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar: “İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend ‘Açık İhale’ Usulünün Terki ‘Pazarlık Yoluya İhale’ Usulünün Keşfi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Sayı 115, s. 125.

<sup>172</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (E.T.: 27.03.2021).

## SONUÇ

Rekabet, eşit muamele ilkeleri ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkeleri kamu ihale hukukuna hâkim olan ve ekonomik kamu düzenini sağlamaya yönelik temel ilkelere aittir. Bu ilkeler, birbirleriyle sıkı bir ilişki içinde oldukları için çoğu kez bunlardan birinin ihlali, aynı zamanda diğer birinin veya diğer ikisinin de ihlali anlamına gelebilmektedir. Bu anlamda, bu ilkeleri birbirinden kesin bir şekilde ayırmak zor olsa da, bu çalışmada söz konusu ilkeler ayrı başlıklar altında incelenmiş ve KİK, RK ve yargı kararlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

İhalelere olabildiğince çok isteklinin katılmasını, bu isteklilerin özgür iradeleriyle tekliflerini yapabilmelerini, gizli anlaşmaların önlenmesi gibi gerekli tedbirlerin alınmasını, kısaca rekabet ortamının sağlanmasını amaçlayan rekabet ilkesine; idarenin kamu ihalelerine katılanlar arasında tarafsız ve eşit davranmasını, taraflar arasında herhangi bir ayrımcılığa gitmemesini ifade eden eşit muamele ilkesine ve kaynakların israf edilmeden kullanılması anlamına gelen kaynakların verimli kullanılması ilkesine aykırılığın önlenmesi veya bu ilkelere uygunluğun sağlanmasıyla ekonomik kamu düzeni sağlanmış olacak, bu da nihai olarak kamu yararına hizmet edecektir.

İhale usulünün seçimi, kamu ihalesinden beklenen amaçla doğrudan ilişkili olup satın alınan mal veya hizmet, kamu ihtiyacını en uygun şekilde karşılamalıdır. Dolayısıyla idare, öncelikli olarak, söz konusu mal, hizmet ya da yapım işini doğru belirlemeli ve bu doğrultuda ihtiyaç duyduğu özelliklere sahip doğru tedarikçiyi tespit etmelidir. Ayrıca tedarik sürecinde rekabet ortamında, yolsuzluklara izin vermeksizin kamu alımlarının en uygun bedelle alınmasını sağlanması kamu kaynaklarının etkin kullanımını sonucunu doğuracak ve kamu yararı gerçekleşecektir. Aksi halde yolsuzluğa açık bir ortam oluşacak ve kamu yararına aykırılık söz konusu olacaktır.<sup>173</sup> Şartnamelerin hazırlanması, ilan ya da davetten ihale usullerinin seçimi, ihalenin yapılması ve sözleşmenin imzalanmasına kadarki süreçte kamu ihalelerine yönelik temel ilkelere uyulduğu ölçüde yüksek kalitede mal ve hizmetlerin uygun bedelle elde edilmesi sağlanacağından, kamu kaynaklarının kullanılmasında verimlilik ve etkinlik de artacaktır.<sup>174</sup> Bu bağlamda kanunda, belirtilen bazı hallerde, ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen kişilerin teklif verebilmesine imkân tanıyan ihale usulleri ve yine idareye ilan konusunda takdir yetkisi veren düzenlemeler bulunsa da eşitlik, rekabet ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkeleri tam anlamıyla hayata geçirebilmek amacıyla bu ihale usullerinin mümkün mertebe tercih edilmemesi gerekir. Tabii ki kanunda belirtilen şartlar oluştuğu takdirde sadece bu usuller kullanılabilir. Ancak bu tür usuller, suistimale açık olduğundan, kanunen çok daha sıkı şartlara bağlanmalıdır.

<sup>173</sup> ŞAHİN, s. 160-161.

<sup>174</sup> ERTAŞ, s. 105.

**KAYNAKÇA**

- ABACIOĞLU, Muhittin / ABACIOĞLU, Ali: *Açıklamalı - İctihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- AKAD, Mehmet / DİNÇKOL, Abdullah: *1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.
- AKINCI, Müslüm: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, *Rekabet Dergisi*, 2001, Sayı 5, s. 2-16.
- AKSOY, Mehmet / ŞİMŞEK, Mehmet: *En Son Değişikliklerle Kamu Alımları İhale Süreci*, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, No. 2010/402, Ankara, 2010.
- AKSOYLU, Özge: *4054 Sayılı Kanun’un 4 ve 6. Maddeleri Uyarınca Rekabet Kurulu’nun İzlediği İdari Usuller*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ATAÇ, Fatma: “Rekabet Hukuku ve Kamu İhalelerinde Rekabet”, (Ed.) ÜÇİŞİK, Fehim / ARSLAN, Çetin / HAKKAKUL, Seyyid Ahmet: *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 226-243.
- ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- BİLİR, Hakan: “Kamu İhaleleri ve Rekabet”, *Kamu İhaleleri ve Rekabet Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2002.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdare Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ÇAMLICA, Bülent: “Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından Muaf Mıdır?”, *Rekabet Bülteni*, 1999, Cilt 1, Sayı 1, s. 75-83.
- ÇOLAK, H. Bayram: “İhale Mevzuatımızda Yaklaşık Maliyet Eşik Değer İlişkisi”, <http://www.hacibayramcolak.net/makaleler> (E.T.: 19.03.2021) (Yaklaşık Maliyet Eşik Değer).
- ÇOLAK, Mustafa / BAFRA, Erdem: “Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen Yasak Fiil ve Davranışlar”, (Ed.) ÇOLAK, Mustafa / DEMİRBOĞA, Dursun Ali: *Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, Kamu Kurumu Yayınları, Yayın No: 1, Ankara, 2014, s. 75-83.
- DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar: “İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend ‘Açık İhale’ Usulünün Terki ‘Pazarlık Yoluyla İhale’ Usulünün Keşfi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Sayı 115, s. 125-180.
- DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar: “Kamu İhale Hukukunda ‘Benzer İş’ Kavramı ve İş Deneyim Belgeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 72, Sayı 2, s. 155-209.
- DOĞANYİĞİT, Sadettin: *Açıklamalı - İctihatlı - Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- EGE, Yavuz: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, *Rekabet Dergisi*, 2002, Sayı 9, s. 3-19.
- ERTAŞ, Rıza Cem: *Kamu Kaynaklarının Etkin Kullanımı Açısından Kamu İhale Kanununda Öngörülen İhale Usullerinin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.
- GEDİK, Ömer: “Kamu İhalelerine Hakim Olan İlkeler”, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, No. 2010-95, İstanbul, 2011, s. 163-188.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun: *İdare Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2008.
- GÖK, Yaşar: “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, *Dış Denetim Dergisi*, 2010, Sayı 2, s. 12-23.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.

- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku, Cilt I*, Gürsel Kaplan'ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019 (Cilt I).
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku, Cilt II*, Gürsel Kaplan'ın Katkılarıyla Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019 (Cilt II).
- GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜVENEK, Burcu: "Devletin Regülasyonlar Yoluyla Piyasalara Müdahalesi ve Türkiye Enerji Piyasaları", *Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2009, Cilt 9, Sayı 18, s. 45-62.
- GÜZEL, Oğuzkan: *Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.
- KAĞITCIOĞLU, Mutlu: *Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- KUTLU, Meltem: *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 75, İzmir, 1997.
- OKAY, Özge: *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.
- ORER, Gürsel: "Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, Sayı 6, s. 363-393.
- ÖZ, Gamze: *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000.
- ÖZDEMİR, Halit Eyüp: *Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005.
- ÖZKAN, Ahmet Fatih: "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, Cilt 67, Sayı 4, s. 75-94 (Ekonomik Kamu Düzeni).
- ÖZKAN, Ahmet Fatih: "Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları", *Rekabet Dergisi*, 2009, Cilt 10, Sayı 3, s. 115-209 (Kamu Teşebbüsleri).
- ÖZKAN, Gürsel: *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Temel İlkeler).
- SANCAKDAR, Oğuz: *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- SEZER, Yasin: "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, Cilt IV, s. 3913-3947.
- ŞAHİN, Cenk: *Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ŞAHİN, Serdar: *Türkiye'de Kamu İhale Usullerinin Değerlendirilmesi ve Analitik Hiyerarşi Proses Yöntemi ile Karşılaştırmalı Analizi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016 (Kamu İhale Usulleri).
- TAN, Turgut: "Ekonomik Düzen ve Anayasa", *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, Türkiye Barolar Birliği, Yayın No: 12, Ankara, 2001.
- TAN, Turgut: "Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)", *Rekabet Dergisi*, 2000, Cilt 1, Sayı 4, s. 3-44 (Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti).
- TAN, Turgut: *Ekonomik Kamu Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984 (Ekonomik Kamu Hukuku).
- TİRYAKİ, Tercan / GÜRSOY, Türker: "Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açından Değerlendirilmesi", *Sayıştay Dergisi*, 2004, Sayı 55, s. 53-69.
- TÜRK DİL KURUMU, *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları: 549, Ankara, 2005.



- ULUCAN, Devrim: “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan Özel Sayısı, s. 369-383.
- ULUSOY, Ali D.: *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Yeni Türk İdare Hukuku).
- ULUSOY, Ali: “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2000, Sayı 2, s. 45-60.
- UYANIK, Halit: *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- UZ, Abdullah: *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- ÜNAL, Nurdoğan / EROL, Mesut: *Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- ÜNÜBOL, Neyzar: “Kamu Alım İhalelerinin Etkinliğinde Rekabet Hukuku ve Politikasının Rolü”, (Ed.) ÜÇİŞİK, Fehim / ARSLAN, Çetin / HAKKAKUL, Seyyid Ahmet: *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 244-262.
- ÜSTÜN, Ümit Süleyman / ÇALIŞ, Hande Sena: “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na Hâkim Olan İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 26, Sayı 2, s. 111-147.
- YILDIRIM, Turan / GÖÇGÜN, Muhammed: “İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 3, Sayı 2, s. 39-60.
- YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / ÇAKIR, Hüseyin Melih / OKAY TEKİNSOY, Özge: (Ed.) YILDIRIM, Turan: *İdare Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YILMAZ, Bekir Mustafa: *Kamu Alımlarında İdari Denetim*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.





## Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi<sup>(\*)</sup>

*The Decision Making Procedure Regarding Risky Structures and the Effect of  
Procedural Deficiencies on the Validity of the Decision*

**Ahmet Arif ELLEK**



Avukat

*İstanbul Barosu*

### Anahtar Kelimeler

*Kentsel Dönüşüm,  
Riskli Yapı,  
Riskli Yapı Hakkında  
Toplantı Yapmak,  
Toplantı Usulü,  
Karar Yeter Sayısı.*

### Öz

Yıkılma ve ağır zarar görme tehlikesine maruz kaldığı ya da ekonomik ömrünü tamamladığı anlaşılan yapılara “riskli yapı” denilmektedir. Bugün ülkemizdeki birçok konut ile bina bu anlamda bir riskli yapıdır ve dönüşümleri gerekir. Kural olarak, riskli olduğu tespit edilen bu yapılarda riskin nasıl bertaraf edileceğine ise kat malikleri veya paydaşlar karar verir. Söz konusu bu kişiler riski ya yapıyı yıktırarak ya da güçlendirerek bertaraf ederler. Ancak yıkıma veya güçlendirmeye ilişkin bu kararların tüm hak sahiplerinin katıldığı toplantıda alınması gerekir. Çünkü her hak sahibinin yaşadığı ya da bir şekilde yararlandığı yapının geleceği hakkında görüş bildirme, değerlendirme yapma ve karar verme yetkisi vardır. Aksinin kabulü, çoğunluğun iradesinin azınlığa dayatılmasına ve açıkça koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmesine yol açar. Dolayısıyla toplantı yapılması, onların mülkiyet haklarına bağlı bu yetkileri etkin bir şekilde kullanmalarını sağlar. Bu kapsamda çalışmamızda, toplantının neden bu kadar önemli olduğu üzerinde detaylıca durulmuş ve usulüne ilişkin bilgi verilmiştir.

### Keywords

*Urban Transformation,  
Risky Structure,  
Holding a Meeting  
About Risky Structure,  
Meeting Procedure,  
Quorum of Decision.*

### Abstract

Structures that are exposed to the danger of collapse and severe damage or that have completed their economic life are called “risky structures”. Today, many residences and buildings in our country are risky structures in this sense and need to be transformed. As a rule, the board of property owners or shareholders decide how to eliminate this risk. These right holders eliminate the risk either by demolishing or strengthening the structure. However, these decisions regarding demolition or strengthening must be taken at the meeting attended by all right holders, since all right holders are entitled to express an opinion, to evaluate and to decide on the future of structure that they live in or benefit from. In the contrary case, the demand of majority is imposed to the minority and right of ownership protected by civil law is unacceptably violated. Therefore, meetings enable the right holders to effectively use the powers arising from their right of ownership. In this study, the importance of the meetings is discussed in detail and information regarding the procedure of these meeting is provided within this scope.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 27.05.2021, Kabul Tarihi: 14.07.2021.

## GİRİŞ

Ekonomik ömrünü tamamlamış olan veya ağır hasar görme ya da yıkılma riski taşıyan yapılarda, bu hususlar ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilmişse, söz konusu yapı riskli yapı olarak nitelendirilir. Çalışmamızda ilk olarak riskli yapı kavramı açıklanmış olup, risk tespitini kimlerin yapacağına ve bu tespiti nasıl bir idari ve yargısal denetim uygulanabileceğine açıklık getirilmiştir.

Bir binanın veya yapının riskli olduğunun tespit edilmesi üzerine ise bu riskin nasıl bertaraf edileceğine dair paydaşlarca veya kat maliklerince bir karar alınması gerektiği ise muhakkaktır. Herhangi bir mülkiyet hakkı ihlaline sebebiyet verilmemesi ve ilgililerden her birinin söz hakkı sahibi olması açısından bu kararın toplantıda alınması çok önemlidir. Çalışmamızda bu zaruret, riskli yapının kat mülkiyetine veya paylı mülkiyete tabi olması bakımından ayrı ayrı incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca riskli yapı hakkında toplantı yapılmadan alınan kararların ve akdedilen sözleşmelerin akıbetinin ne olacağı irdelenmiştir.

Bahsedilen bu toplantının usulüne dair riskli yapılarda dönüşüm sürecini düzenleyen Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun (6306 sayılı Kanun)<sup>1</sup> ve bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde (Uygulama Yönetmeliği)<sup>2</sup> herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle çalışmamızda toplantının önemi değerlendirildikten sonra toplantıda izlenmesi gereken yol haritası, toplantı zamanı, toplantı çağrısı ve toplantı yeter sayısı açıklanacaktır. Toplantı usulüne ilişkin bu açıklamalar ve değerlendirmeler yer yer Yargıtay kararlarıyla desteklenecektir.

Çalışmamızda son olarak ise riskli yapılar hakkında karar alınabilmesi için gerekli olan ve ilgili özel kanunda m. 6/f. 1, c. 8 hükmünde düzenlenen karar yeter sayısı incelenmiş; bu nisaba uyulmadan alınan kararların tabi olacağı yaptırım türü üzerinde durulmuştur.

## I. RİSKLİ YAPI KAVRAMI VE RİSKLİ YAPININ TESPİTİ

### A. Genel Olarak

Bir yapıdaki<sup>3</sup> riskin nasıl ve hangi usulle bertaraf edileceğine ilişkin açıklamalara geçmeden önce yapının hangi koşullarda riskli olarak değerlendirileceği üzerinde durmakta yarar vardır. Riskli yapının tanımı 6306 sayılı Kanun m. 2/f. 1, (d) bendinde ve Uygulama Yönetmeliği m. 3/f. 1, (g) bendinde düzenlenmiş olup bu hükümlere göre riskli yapı, “*riskli alan içinde veya dışında olup, ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı*” ifade eder.<sup>4</sup> İlgili mevzuatta verilen tanımdan anlaşılacağı üzere, bir yapının riskli olarak değerlendirilmesi için onun sadece ekonomik ömrünü tamamlamış olması<sup>5</sup> veya yıkılma ya da ağır hasar görme riski taşıması<sup>6</sup> yetmez. Ayrıca bu hususların Uygulama Yönetmeliği m. 6

<sup>1</sup> 31.05.2012 tarihli ve 28309 sayılı Resmi Gazete.

<sup>2</sup> 15.12.2012 tarihli ve 28498 sayılı Resmi Gazete.

<sup>3</sup> 3194 sayılı İmar Kanunu m. 5 hükmünde yapının tanımı verilmiş olup bu tanım şöyledir: “*Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.*”

<sup>4</sup> Daha spesifik olarak 2000 yılından önce yapılan, yapımında hazır beton kullanılmayan, bodrum katında rutubet bulunan, kolon-kiriş demirlerinde pas bulunan ya da bunlarda çatlaklar olan veya bodrum katında su izolasyonu bulunmayan binaların riskli olarak değerlendirildiğine dair bkz. İLGEZDİ, Ali Rıza: *Adım Adım Kentsel Dönüşüm*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 45.

<sup>5</sup> İnal'a göre bu ölçüt binaların sadece ekonomik yönüyle değerlendirilmeleri gerektiğini öngördüğünden ve onların kültürel, tarihi ve manevi değerlerini göz ardı ettiğinden sakıncalıdır. Yazara göre hiçbir risk içermeyen yapının salt ekonomik ömrü göz önüne alınarak riskli olarak değerlendirilmesi, medeni toplum anlayışına ve hukuka tümüyle aykırıdır. Detaylı eleştiriler için bkz. İNAL, Emrehan: *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 60-62.

<sup>6</sup> Bir yapının yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığına öngörülebilmesi için o yapının bulunduğu yerin fiziki özellikleri ve şartları incelenmelidir. Ve hatta o bölgede gerçekleşebilecek afetler değerlendirilmeli, bu afetlerde binanın yıkılma veya ağır hasar görme tehlikesinin bulunup bulunmadığı üzerinde detaylıca durulmalıdır. Bu ölçütler titizlikle ve her bölge için ayrı ayrı ele alınmaz ise istisnasız her türlü yapının riskli olarak değerlendirilebileceği unutulmamalıdır. Daha detaylı açıklamalar için bkz. İNAL, s. 60; ayrıca inşa edildikleri malzemeye göre yapıların betonarme yapı, yığma yapı, ahşap yapı ve çelik yapı olarak dörde ayrıldığına ve örneğin; betonarme

hükümünde yer alan kurum ve kuruluşlar tarafından ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilmiş olması gerekir.<sup>7</sup>

Söz konusu yönetmeliğin m. 7/f. 1, c. 2 hükmü göz önünde bulundurulduğunda ise 6306 sayılı Kanunun uygulanması bakımından riskli yapı kavramının her çeşit yapıyı değil, özellikle binaları esas aldığı görülmektedir. Zira ilgili hüküm “*Riskli yapı tespiti; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Aslında bu tanımda yer alan ve tespite konu olan yapı, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun<sup>8</sup> m. 5 hükmünde yer alan “bina”nın tanımıyla<sup>9</sup> aynıdır<sup>10</sup> ve bundan dolayı 6306 sayılı Kanun bakımından dönüşümün binalarla sınırlı olduğu açıktır.<sup>11</sup>

## B. Risk Tespiti Yaptırabilecek Kişiler

### 1. Yapı Maliki

Tespitin hangi usulde hangi kurumlar tarafından yapılacağına geçmeden önce, bu risk tespitini kimlerin yaptırabileceğine de çalışmamızda yer vermemiz gerekir. Sonuçta bir yapı ağır hasar görme veya yıkılma tehlikesi altında dahi olsa bu durum tespit edilmedikçe, riskli olarak değerlendirilemeyecektir ve 6306 sayılı Kanun kapsamına girmeyecektir.<sup>12</sup> Bahsi geçen Kanun’da benimsenen genel prensip ise dönüşümün maliklerce gerçekleştirilmesi olduğundan öncelikle riskli yapı tespitini istemeye yetkili kişilerin “*yapı malikleri*” veya “*bunların kanuni temsilcileri*” olduğu aşikârdır. Gerçekten 6306 sayılı Kanun m. 3/f. 1, c. 1 ve Uygulama Yönetmeliği m. 7/f. 2, (a) bendi hükümlerine göre malikler, masrafları kendilerine ait olmak üzere öncelikle yapının riskli olup olmadığının tespit edilmesine kendileri karar verirler. Söz konusu mevzuatların devam hükümlerine göre ise, ilgili Bakanlık<sup>13</sup> da yapı maliklerine veya bunların kanuni temsilcilerine süre vererek, onlardan riskli yapıların tespitini yaptırmasını isteyebilir. Bu tespit maliklerce, ilgili Yönetmelik’in m. 6/f. 1 hükmünde gösterilen kurum ve kuruluşlara yaptırılır. Ancak verilen süre içerisinde tespit istemi yerine getirilmezse, tespit Bakanlık veya idare tarafından yaptırılır ya da yapılır.

Kentsel dönüşüme ilişkin kanuna hâkim olan genel prensibin “*dönüşümün maliklerce gerçekleştirilmesi*” olduğundan ve bunun bir uzantısı olarak riskli yapı tespitinin öncelikle “*yapı maliki*” tarafından yapılması gerektiğinden bahsetmiştik. Bu bakımdan binaya tek kişi malikse tespiti kimin isteyeceği konusunda sorun çıkmaz.<sup>14</sup> Zira 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)<sup>15</sup> m. 718 hükmünde yer

7 yapılarda kolonların yük taşıma kapasitesi neredeyse son bulmak üzereyse bu yapının artık ağır hasar görme riski taşıdığına ilişkin bkz. GÜRSEL, Esin: *6306 sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 142-145.

<sup>7</sup> GÜRSEL, s. 136; İNAL, s. 57.

<sup>8</sup> 09.05.1985 tarihli ve 18749 sayılı Resmî Gazete.

<sup>9</sup> 3194 sayılı İmar Kanunu m. 5 hükmünde binanın tanımı verilmiş olup bu tanım şöyledir: “*Bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır.*”

<sup>10</sup> Eşya hukuku bakımından yapı kavramının binayı da içine alan geniş bir kavram olduğuna dair detaylı açıklamalar için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 482; ERTAŞ, Şeref / CUMALIOĞLU, Emre / SERDAR, İlknur: *Eşya Hukuku*, 14. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2018, s. 366.

<sup>11</sup> İNAL, s. 58, 59; İLGEZDİ, s. 44; aksi görüşte bkz. KARADABAĞ, Hakan: *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 75; yazara göre Uygulama Yönetmeliği’nde güdülen amaç özellikle yapı olarak binaları işaret etmek değildir. Zira O’na göre yönetmelikte yer verilen hükümlerle riskin konusu olacak yapıların sınırları net bir şekilde belirtilmiştir ve sırf İmar Kanunu’ndaki bina tanımıyla benziyor diye bu yapıların kapsamını bina şeklinde yorumlamak 6306 sayılı Kanun’un amacıyla örtüşmeyecektir.

<sup>12</sup> GÜRSEL, s. 146.

<sup>13</sup> 6306 sayılı Kanun m. 2/f. 1 hükmünde de belirtildiği üzere bu kanunun uygulanması bakımından; Bakanlık: Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca; idare: Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi halinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini ifade eder.

<sup>14</sup> ÖZSUNAY, Ergun: “6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüme İlişkin Düşünceler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 88, Sayı 6, s. 42.

verilen genel prensip gereği, yapının üzerine kurulduğu arazi kimin mülkiyetinde ise yapı maliki de odur ve tespiti o ister.<sup>16</sup> Ancak yapının paylı mülkiyete veya kat mülkiyetine tabi olması durumunda tespitin kimler tarafından yaptırılacağı belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

#### a. Paylı Mülkiyet Halinde Riskli Yapı Tespit İstemi

Paylı mülkiyet TMK m. 688/f. 1 hükmünde “*birden çok kimsenin, maddi olarak bölünmüş olmayan*<sup>17</sup> bir şeyin tamamına belli paylarla malik olmaları” şeklinde tanımlanmıştır. Gerçekten paylı mülkiyete tabi taşınmaz, bir bütün olarak tek bir mülkiyetin konusudur. Sadece birden çok kimse (*paydaşlar*), bu mülkiyet hakkına paylı olarak sahip olurlar.<sup>18</sup>

İşte bir yapı üzerinde böyle bir mülkiyet söz konusuysa, paydaşlarca alınacak karar için yeter sayısı, karar konusu işin önem derecesine göre farklılık gösterir. Gerçekten TMK m. 690/f. 1 hükmüne göre her paydaş, taşınmazla ilgili olağan yönetim işlerini yapmaya yetkilidir. Buna karşılık m. 691 hükmüne göre olağan yönetim işlerini aşan ve yarar sağlamaya elverişliliğin korunması için gerekli bakım, onarım ve yapı işleri gibi önemli yönetim işleri için pay ve paydaş çoğunluğuyla karar verilmesi gerekir. Son olarak aynı Kanun’un m. 692 hükmüne göre ise paylı yapının özgülediği amacın değiştirilmesi, korunması, tamamı üzerinde tasarruf işlemi yapılması veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlemlerine girişilmesi, tüm paydaşlarca bu konularda oy birliğine varılmış olmasına bağlıdır. Kısacası bu Kanun, paydaşların yapıyla ilgili karar almaları gereken bir husus ortaya çıkarsa, bu hususun olağan, önemli veya olağanüstü olmasına göre farklı karar yeter sayıları aramıştır. Bu noktada çalışmamızı ilgilendiren husus, riskli yapı tespit isteminin ne tür bir iş olduğunun belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler benimsenmiş olduğundan, yapıyla ilgili risk tespiti yaptırılması için aranan karar yeter sayısı, benimsenen görüşe göre farklılık gösterecektir.

İlk olarak *Özsunay*’a göre riskli yapı tespiti, devamında tespit konusu binanın yıkılmasına ve yeniden yapılmasına neden olduğundan, eşyanın tamamına ilişkin olağanüstü bir tasarruftur. Zira yazar, olağan kullanımın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesini bütün paydaşların kabulüne bağlayan hükmü (TMK m. 692) gerekçe göstererek tek bir paydaşın riskli yapı tespiti yaptıramayacağını belirtmiştir.<sup>19</sup>

Karşıt görüş olarak *İnal* ise, yapıda risk tespiti yaptırılmasının, her zaman yapının riskli olduğu anlamına gelmeyeceğini veya tespit sonucunda yapının özgülediği amacın değişmeyeceğini ya da belki yapının tamamen güvenli olduğunun anlaşılacağını ifade etmiştir. Bu nedenlerle yazara göre, sadece risk tespiti yaptırılması TMK m. 692 hükmü kapsamında “*yapının korunması*” olarak değerlendirilemez. *İnal*, ayrıca riskli yapı tespitinin, kırılan camın değiştirilmesi, bozulan kapı kolunun tamiri veya su tesisatının tamiri gibi olağan işlerden de olmadığını belirtmiştir.<sup>20</sup> Riskli yapı tespitinin, TMK m. 691 hükmü kapsamında “*önemli*” yönetim işlerinden olduğunun altını çizmiş ve yaptırılması için pay ve paydaş çoğunluğu ile karar alınması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete.

<sup>16</sup> Ancak hak sahibine, bir başkasının arazisi üzerinde bulunan yapının maliki olma imkânı veren üst hakkının bu prensibin istisnasını oluşturduğuna ve doğal olarak üst hakkı varsa hak sahibi olan bu yapı malikinin risk tespitini yaptıracığına dair detaylı açıklamalar için bkz. İNAL, s. 66.

<sup>17</sup> Hüküm taşınmaz açısından değerlendirilecek olursa; taşınmazın maddi olarak bölünmemiş olmasından kasıt, onun paydaşlarca ayrı parsellere ayrılarak bu parsellerin ayrı bir taşınmaz haline gelmemiş ve tapuda paydaşlar arasında paylaşılarak ayrı ayrı tescil edilmemiş olması anlamına gelir. Daha detaylı açıklamalar için bkz. ERTAŞ / CUMALIOĞLU / SERDAR, s. 234.

<sup>18</sup> Bu nedenle doktrinde *paylı ortaklık* da denilmektedir. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY- ÖZDEMİR, s. 304.

<sup>19</sup> Yazar ayrıca uygulamada, bazı inşaat firmalarının TMK hükümlerini göz ardı ederek; sırf 6306 sayılı Kanun’u devreye sokmak ve kazanç elde edebilmek için paydaşlardan birini aldattığını ve onu tespiti isteme konusunda harekete geçirdiğini ifade etmiştir. Bu durumun hukuka aykırı olduğunun özellikle altını çizmiştir; ÖZSUNAY, s. 42.

<sup>20</sup> İNAL, s. 69.

<sup>21</sup> Yazar risk tespiti yaptırılması için pay ve paydaş çoğunluğu aranmasının sorun çıkaracağı görüşüne katılmamaktadır. Zira yazara göre, TMK m. 691/f. 3 hükmü bu anlamda paydaşlara kolaylık sağlamaktadır. İlgili hüküm gereği risk tespiti konusunda paydaşlar arasında eşitlik olursa, herhangi bir paydaş bu konuda karar vermesini hâkimden talep edebilir. İNAL, s. 70.

Son olarak *İlgezdi* ve *Gürsel*, bir görüş benimsemekten öte uygulamadaki durum üzerinde durmuşlar ve 6306 sayılı Kanun'da bu konuda bir düzenleme olmadığından, bir paydaşın diğerlerinin izni olmadan tek başına riskli yapı tespiti yaptırabildiğini ifade etmişlerdir.<sup>22</sup> Gerçekten uygulamada tek bir malikin tespit talebiyle dönüşüm süreci başlamakta ve diğer malikler rızaları olsun veya olmasın başlayan sürece katılmaktadırlar.<sup>23</sup>

### ***b. Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Riskli Yapı Tespit İstemi***

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu<sup>24</sup> (KMK) m. 2/(a) bendine göre, “*kat mülkiyetine konu olan gayrimenkulün bütününe (Anagayrimenkul); yalnız esas yapı kısmına (Anayapı) anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine (Bağımsız bölüm); bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan yerlere (Eklenti); bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına (Kat mülkiyeti) ve bu hakka sahip olanlara (Kat maliki)*” denir. Söz konusu hükümde yer verilen ve bağımsız bir bölüme sahip olan kat maliki<sup>25</sup> kavramının, 6306 sayılı Kanuna göre risk tespiti yaptırabilecek yapı maliki kavramından farklı olduğu açıktır. Zira kat mülkiyeti bakımından yapı kavramı, anagayrimenkul üzerindeki bağımsız bölümleri içeren anayapı olarak değerlendirilmektedir.<sup>26</sup> Bu anayapının bazı bölümleri ise ortak yerlerdir ve bu yerler KMK m. 4 hükmünde tek tek sayılmıştır. İşte ortak yerleri içeren söz konusu anayapı, tüm daire maliklerine aittir ve bu niteliği nedeniyle KMK m. 16 hükmü uyarınca maliklerin arsa payları oranında paylı mülkiyet rejimine tabidir.

Bir önceki başlıkta, paylı mülkiyet söz konusuysen doktrinde, risk tespitinin nasıl yaptırılacağına ilişkin çeşitli görüşler olduğundan; ancak uygulamada tek bir paydaşın isteminin yeterli olduğundan bahsetmiştik. Bir önceki başlıkta yer alan görüşüne paralel olarak *Özsunay*, paylı mülkiyet rejimine tabi anayapıyla ilgili risk tespiti yaptırılmasının yıkıma yol açabileceğinden hareketle, bu işlemin olağanüstü bir tasarruf olduğunu, bu nedenle kat maliklerince oybirliğiyle karar alınmış olması gerektiğini vurgulamıştır. Yazar ayrıca bu kararın, KMK m. 29 hükmündeki toplantı usulüne uygun olarak kat malikleri kurulunda alınması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>27</sup>

*İnal* da aynı şekilde, tek bir kat malikinin istemiyle, tüm kat maliklerinin paylı mülkiyetinde olan anayapıya müdahalede bulunulmasını ve ortak yerlerden numuneler alınmasını eşya hukuku kurallarıyla bağdaştıramamış ve mülkiyet hakkına aykırı olduğunu belirtmiştir. Yazara göre 6306 sayılı Kanun hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde yapı maliki kavramından bahsetmiş, zaten kat maliklerinin anlaşamaması ihtimaline karşı da risk tespiti yaptırılması konusunda Bakanlık ve idareyi yetkilendirmiştir. Yani uygulamada ilgili yasayla amaçlanan hızlı dönüşümü engelleyecek bir husus bulunmamaktadır. Ancak yazar tek bir kat malikinin risk tespiti yaptırabilmesini mümkün görmese de bunun için kat malikleri kurulunda oybirliği ile karar alınmasını zorunlu görmemektedir. Ortak yerleri içeren anayapının paylı mülkiyet rejimine tabi olduğunu savunan yazar, risk tespiti için kat maliklerinin yine arsa payları oranında pay ve paydaş çoğunluğuyla karar almalarının yeterli olduğunu ifade etmiştir.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> İLGEZDİ, s. 52; GÜRSEL, s. 147; risk tespiti yaptırma yetkisinin TMK m. 688/f. 3 hükmü kapsamında her bir paydaşa ait olduğu ve her bir paydaşın riskli yapı tespitinde bulunabilmesinin hukuka uygun olduğu görüşünde bkz. ŞİMŞEK, Suat: *Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 53.

<sup>23</sup> ÖZSUNAY uygulamada, komşuları tatile gidince riskli yapı tespit talebinde bulunan tek bir malikin, paylı mülkiyet rejimine tabi duvarlardan numune (karot) alınmasına olanak tanıdığını ve bilinçli olarak diğer paydaşların mülkiyet hakkına tecavüz edilmesine yol açtığını ifade etmiştir. Kısacası tek bir kişinin tasarrufu sonucu yapının dönüşüm kapsamına dâhil olduğunu, bu nedenle diğer insanların yaşamının cehenneme dönüştüğünü; 6306 sayılı Kanunun birlikte mülkiyet ve kat mülkiyeti rejimlerini de ele alarak yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir; ÖZSUNAY, s. 46.

<sup>24</sup> 02.07.1965 tarihli ve 12038 sayılı Resmi Gazete.

<sup>25</sup> Uygulamada daire maliki olarak adlandırıldıklarına ilişkin bkz. ÖZSUNAY, s. 44.

<sup>26</sup> ÖZSUNAY, s. 44.

<sup>27</sup> ÖZSUNAY, s. 44.

<sup>28</sup> İNAL, s. 73-74.

Gerekçeleri ve detayları verilen görüşlere rağmen, uygulamada tek bir kat malikinin riskli yapı tespiti istemiyle, ilgili kurum ve kuruluşlara başvurduğu ve tespitin yapıldığı da unutulmamalıdır.<sup>29</sup>

### c. Kat Mülkiyetine Tabi Olmayan Yapılarda Riskli Yapı Tespit İstemi

Uygulama Yönetmeliği m. 7/f. 2, (a) bendi c. 3 ve 4 hükümleri üzerinde kat mülkiyeti tesis edilmiş yapılara ilişkin özel düzenleme getirmiştir. İlgili hükümlere göre, “...Üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylı tapu varsa, arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti, yapının sahibi olan arsa payı sahibince yaptırılır. Arsa üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bunun da tapu kütüğünde belirtilmiş olması ihtimalinde, riskli yapı tespiti lehine şerh olan tarafça yaptırılır.”.

Görüldüğü üzere ilgili bendin 3. cümle hükmü, paylı mülkiyete tabi olan arazide inşa edilmiş ancak üzerinde kat mülkiyeti tesis edilmemiş yapıda, risk tespitini kimin yaptırması gerektiğine ilişkindir. Gerçekten ülkemizde, arsa paylarına bölünmüş bir arazinin tek bir paydaş tarafından kullanıldığına ve hatta bu paydaşın arazi üzerinde bulunan yapıya sanki tek kişi mülkiyeti varmış gibi bir fiili hâkimiyet kurduğuna rastlanmaktadır. İşte bu yapılar bakımından söz konusu hükümle amaçlanan şey, riskli yapı tespitini yaptıracak kişiyi belirlemek ve bu konuda çıkabilecek karışıklıkları önlemektir. Zira yol gösterici bu hükme göre bahsi geçen yapılarda risk tespitini “yapının sahibi olan arsa payı sahibi”<sup>30</sup> yaptıracaktır.

Arsanın maliki ile arsa üzerinde bulunan yapının malikinin farklı kişiler olması durumunda ise, riskli yapı tespitini kimin yaptıracak söz konusu bendin 4. cümle hükmüne göre belirlenir. Zira bu hükme göre, bu tür yapılarda risk tespitini yaptıracak kişi “yapıya sahip olduğu tapu kütüğünde belirtilen” kişidir. Aslında üst hakkı saklı kalmak üzere genel kural, arsa ile bunun üzerindeki yapının aynı kişinin mülkiyetine tabi olmasıdır. Bunun dikkate alınmadığı hüküm, medeni hukuk terminolojisine aykırıdır<sup>31</sup> ve bu niteliğiyle doktrinde eleştirilmektedir.<sup>32</sup>

## 2. Bakanlık veya İdare

Kentsel dönüşüme hâkim olan genel prensip “dönüşümün maliklerce gerçekleştirilmesi” olduğundan riskli yapı tespitinin öncelikle yapı malikleri tarafından yaptırılması gerektiğinden bahsetmiştik. Ancak yukarıda da değinildiği üzere, yapı maliklerinin veya kanuni temsilcilerinin herhangi bir sebeple bu tespiti yaptırmamaları halinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, bu kişilere süre vererek risk tespiti yaptırmalarını isteyebilir. Verilen süre içerisinde tespit yaptırılmadığı takdirde, tespitler bu Bakanlıkça veya idarece yapılır ya da yaptırılır. Ayrıca Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek idareden de isteyebilir.

## C. Tespite Karşı İtiraz ve Dava

Yapı malikleri veya kanuni temsilcileri masrafları kendilerine ait olmak üzere riskli yapı tespit talebinde bulunduğu, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar<sup>33</sup> gerekli incelemeleri yapar ve riskli yapı tespit raporu tanzim ederler. Uygulama Yönetmeliği m. 7/f. 3 hükmü uyarınca her yapı için

<sup>29</sup> Bu somut uygulamanın, rant amacıyla daire satın alan inşaat firmasının risk tespiti isteminde bulunmasını mümkün kıldığına veya diğer kat maliklerinden kaçmak isteyen herhangi bir kat malikinin amacına hizmet ettiğine yönelik eleştiriler için bkz. ÖZSUNAY, s. 45; GÜRSEL, s. 147.

<sup>30</sup> “Üst arza tabidir” kuralı gereği, arsa paylarına bölünmüş bir arazide bulunan yapının tek bir paydaşa ait olamayacağı ve üst hakkı saklı kalmak üzere arazi ile yapının farklı kişilere ait olamayacağı açıktır. Bu nedenle hükümde yer alan “yapı sahibi olan arsa payı sahibi”nin, “yapı üzerinde malik sıfatıyla zilyet olan paydaş” olarak anlaşılması gerektiğine dair bkz. İNAL, s. 75, 77.

<sup>31</sup> 2014 yılında Uygulama Yönetmeliği’ne eklenen bu hüküm her ne kadar medeni hukuk terminolojisine aykırı olsa da, hükmün getiriliş amacı uygulamada ortaya çıkan karışıklığı bertaraf etmektir. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. SÖNMEZ, Muhammet: *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 152.

<sup>32</sup> İNAL, s. 75.

<sup>33</sup> Bu kurum ve kuruluşların lisans alabilme koşulları ile lisanslarının iptali hakkında detaylı bilgiler için bkz. ÖZSUNAY, s. 24, 25.



yalnızca bir adet riskli yapı tespit raporu düzenlenebilir ve aksine bir durumun yaşanmaması için bahsi geçen kurum ve kuruluşlar riskli yapı tespit talebi üzerine, o yapı hakkında daha önce tespit raporu düzenlenip düzenlenmediğini elektronik yazılım sistemi üzerinden kontrol eder.

Tanzim edilen riskli yapı tespit raporları ise ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından, tespiti konu yapının bulunduğu ildeki Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü'ne veya Bakanlıkça yetki devri yapılması durumunda idareye elektronik yazılım sistemi üzerinden gönderilir. Gönderilen raporlar Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde incelenir ve raporlarda herhangi bir eksiklik tespit edilmesi halinde, gerekli düzeltmeler yapılmak üzere raporu düzenleyen kurum ve kuruluşlara iade edilir. Eğer raporda herhangi bir eksiklik tespit edilememişse riskli yapı, 6306 sayılı Kanun m. 3/f. 2 hükmü uyarınca tespit tarihinden itibaren en geç on iş günü içinde Bakanlık veya idare tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Bu bildirimden sonra ilgili tapu müdürlüğü, tapu kütüğünün beyanlar hanesine yapının riskli olduğuna dair bir "açıklama" koyar. Tapu müdürlüğü, kütüğe işlenen bu açıklama hakkında aynı ve şahsi hak sahiplerini tebliğ yapmak suretiyle bilgilendirir ve Uygulama Yönetmeliği m. 7/f. 5 hükmü uyarınca bu tebliğde "tespiti karşı tebligat tarihinden itibaren onbeş gün içinde riskli yapının bulunduğu yerdeki Müdürlüğe<sup>34</sup> itiraz edilebileceği, aksi takdirde İdarece verilecek süre içinde riskli yapının yıkılması gerektiği" yer alır.

### 1. İtiraz

Maliki olduğu yapının riskli olduğuna ilişkin tebliğ alan kişiler, bu tespiti yapan makama karşı itirazda bulunabilirler. Gerçekten 6306 sayılı Kanun m. 3/f. 1 ve Uygulama Yönetmeliği m. 7/f. 5 hükümlerine göre yapı malikleri veya kanuni temsilcileri, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yapının bulunduğu yerdeki müdürlüğe veya Bakanlıkça yetki devri yapılmışsa idareye bir dilekçe ile itiraz edebilirler.<sup>35</sup> Ancak uygulamada yapının riskli olduğuna ilişkin bildirim yapılsa da, bu bildirimle birlikte riskli yapı raporu tebliğ edilmemektedir. Bu durum ise yapı maliklerini dezavantajlı bir konuma sokmakta, itiraz dilekçelerini gerekçesiz olarak yazmalarına sebep olmaktadır.<sup>36</sup>

Yapılan itiraz sonucu müdürlük veya idare, ilk olarak itirazın süresi içerisinde yapıp yapılmadığını ve itirazda bulunan kişilerin buna yetkili olup olmadığını kontrol eder. Bu hususlara uyulmadan yapılan itirazlar Yönetmelik'in m. 7/f. 6 hükmü uyarınca işleme alınmazlar.

İtiraz incelemesini ise 6306 sayılı Kanun m. 3/f. 1 hükmü uyarınca "Bakanlığın talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri<sup>37</sup> arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkça, Bakanlıkta görevli üç kişinin<sup>38</sup> iştiraki ile teşkil edilen teknik heyetler" yapar.<sup>39</sup> Bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde yer alan m. 7/f. 7 hükmü ise yapının bulunduğu ilde teknik heyetin teşkil edilmemesi ihtimaline karşı, itiraz dilekçeleriyle itiraz edilen teknik raporların o il için yetkilendirilmiş teknik heyetin bulunduğu ildeki müdürlüğe gönderileceğini düzenlemiştir.

Yönetmelik'in m. 10/f. 7 hükmü uyarınca teknik heyet tarafından itiraz incelemesi sonucunda verilen gerekçeli kararlar, tespiti yapana yahut yaptırana bildirilir.<sup>40</sup> Bu karar itirazın kabul edilmesi,

<sup>34</sup> Uygulama Yönetmeliği m. 3 hükmü uyarınca müdürlük: Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü olan illerde bu müdürlüğü, diğer illerde ise Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğünü ifade eder.

<sup>35</sup> Riskli yapı tespitinin idari bir işlem olduğuna ve idarenin diğer her türlü işlemi gibi yargısal denetime tabi olduğuna dair bkz. GÜRSEL, s. 210.

<sup>36</sup> Bu nedenle 15 günlük itiraz süresinin ilgililerin bir dilekçeyle müdürlükten teknik raporu elde edebilecekleri makul süre dikkate alınarak tekrar düzenlenmesi gerektiğine dair bkz. GÜRSEL, s. 212.

<sup>37</sup> Bu üyelerin en az yardımcı doçentlik kadrosuna atanmış öğretim üyeleri arasından seçildiğine dair bkz. GÜRSEL, s. 213.

<sup>38</sup> Bu kişilerin Bakanlıkta görevli inşaat ve jeofizik mühendisi olduklarına dair bkz. GÜRSEL, s. 213.

<sup>39</sup> İtirazı inceleyen teknik heyetin itiraz dilekçesinde ileri sürülen sebeplerle bağlı olmadığına dair bkz. SÖNMEZ, s. 188.

<sup>40</sup> İtirazların ne kadarlık bir süre içerisinde incelenip karara bağlanacağı hem Kanun'da hem de Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Ancak riskli yapı tespiti idari işlem olduğuna göre ve bu idari işleme karşı yapılacak itirazlar için özel kanunda hüküm bulunmadığına göre, genel kanun niteliğindeki İdari Yargılama Usulü Kanunu devreye girecektir. İYUK m. 11 hükmüne göre itirazların 60 günlük süre içerisinde yanıtlanması gerekiyorsa, teknik heyetin de bu doğrultuda itirazları 60 günlük süre içerisinde karara bağlaması gerekir. Ancak uygulamada bu heyetin itirazları bir ile üç ay arasında karara bağladığı görülmektedir; SÖNMEZ, s. 184.

reddedilmesi veya heyetin sessiz kalması ihtimalinde zımnen reddedilmiş olması şeklinde olabilir. Yapı malikinin yaptığı itiraz kabul edilirse, başka bir ifade ile, yapının riskli olmadığı anlaşılırsa bu durum “riskli yapı” açıklamasını kaldırmak üzere Uygulama Yönetmeliği m. 7/f. 8 hükmü uyarınca ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Ancak teknik heyet yaptığı inceleme sonucu yapının riskli olduğuna dair nihai bir karar verirse artık yapı maliki bu karara karşı yargısal denetim yoluna başvurmalıdır. Zira 6306 sayılı Kanun m. 6/f. 9 hükmü de “*Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir.*” şeklindedir.

## 2. Dava

Riskli yapı tespitine karşı yargısal denetim konusuna geçmeden önce itiraz ile alakalı birkaç hususun belirtilmesi zaruridir. Çünkü itirazda bulunulduğunda bu itirazın riskli yapı tespitine karşı dava açma süresini nasıl etkileyeceğinin cevaplandırılması gerekir. Öncelikle gerek 6306 sayılı Kanun’da gerek Uygulama Yönetmeliği’nde riskli yapı tespitine karşı “*itiraz edilebilir*” ibaresi yer aldığından bu itiraz yolunun ihtiyari bir başvuru yolu olduğunda şüphe yoktur. Zira bu husus “... *on beş günlük itiraz etme süresinin ikinci gününde itiraz edilmesiyle otuz günlük dava açma süresinin durduğu, 6306 sayılı Kanun’da düzenlenen riskli yapı tespitine itiraz yolunun ihtiyari bir başvuru yolu olduğu ve ancak zorunlu itirazlarda dava açma süresinin, bu idari başvuru yolunun tüketilmesiyle başlayacağı...*” şeklinde Danıştay 14. Dairesi’nin kararında da açıkça belirtilmiştir.<sup>41</sup>

İhtiyari başvuru yolunu kullanarak itiraz eden malikin bu itirazı teknik heyet tarafından reddedilirse veya ilgililer tarafından itiraz yolu tercih edilmezse riskli yapı tespit kararı kesinleşir. Bu noktadan sonra yapı maliki<sup>42</sup> risk tespitine karşı ancak, ret kararının kendisine tebliğinden ya da itiraz hakkını kullanmadığı için kararın kesinleştiği tarihten itibaren 30 gün içinde dava açabilir. Yapının bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde açacağı bu davada yapı maliki husumeti prensip olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığına<sup>43</sup> yöneltilmelidir.<sup>44</sup> Ancak sırf davanın açılması<sup>45</sup> riskli olduğu tespit edilen yapıya, kentsel dönüşümüne ilişkin mevzuatların uygulanmasını engellemeyecektir. Gerçekten Uygulama Yönetmeliği m. 8/f. 1 hükmüne göre riskli yapı tespitinin kesinleşmesi halinde, müdürlük gerekli tebligatların yapılmasını ve riskli yapının yıktırılmasını idareden ister. Dolayısıyla dava süresi boyunca maliki olduğu yapının yıkılmasını ve telafisi güç zararların meydana gelmesini istemeyen kişi idare mahkemesinden ayrıca “*yürütmenin durdurulmasına*” karar verilmesini talep etmelidir.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Danıştay 14. D., T. 11.04.2017, E. 2016/11006, K. 2017/2167. (BİLKE, Efe: *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Tespit ve Yargısal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 146’dan alıntıdır).

<sup>42</sup> Danıştay, 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği kapsamında riskli yapı tespitine karşı ancak kat maliklerinin veya kanuni temsilcilerinin itiraz edebildiğini dikkate almış ve bu hükümleri söz konusu dava açma ehliyetine teşmil etmiştir. Yani sınırlı aynı hak sahipleri ile kiracılar bu davayı açamazlar. Hatta bunlar sadece tespite karşı değil ayrıca yıkım ve tahliye kararlarına karşı da dava açamazlar. Bu konu hakkında daha kapsamlı bilgiler için bkz. BİLKE, s. 158; Bu davayı ancak yapıyla mülkiyet bağı olanların açabileceklerine dair birçok Danıştay kararı için bkz. YAZICI, Gün: *Yargı Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 90-93.

<sup>43</sup> Husumetin kime yöneltileceği konusunda Danıştay’da henüz bir içtihat birliği sağlanamamıştır. Danıştay bazı kararlarında bu davanın Bakanlığa, bazı kararlarında Valiliğe ve bazı kararlarında da Bakanlıkça yetki yapılmışsa belediyelere karşı açılması gerektiğine hükmetmiştir. Tüm bu kararlar için bkz. BİLKE, s. 167 ve 168.

<sup>44</sup> ÖZSUNAY, s. 30; Açılacak bu davanın bir iptal davası olduğuna dair bkz. BİLKE, s. 154.

<sup>45</sup> Aslında bir yapının riskli olduğunun belirlenmesi bir tespit işlemidir ve kural olarak idarenin tespit işlemlerine karşı dava açılmaz. Ancak bazen tespit işlemleri, ortada kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olduğundan bahisle idari dava konusu edilebilirler. Gerçekten riskli yapı tespit işlemi de, 6306 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek ve mülkiyet hakkını kısıtlayacak bir yığın zincirleme işlemin dayanağı olduğundan, bu işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olduğu kabul edilmelidir. Konuyla ilgili daha detaylı açıklamalar için bkz. BİLKE, s. 163 ve 164.

<sup>46</sup> İYUK gereğince yürütmenin durdurulması kararı verilmesi çok sıkı şartlara bağlanmıştır. Ancak telafisi güç ve imkânsız zararlar doğacağına ispatlanması ve işlemin hukuka aykırı olması durumunda yürütmenin durdurulması kararı verilebilecektir. Bu nedenle dava dilekçesi teknik belgelerle desteklenmeli, mümkünse yeni bir riskli yapı tespit raporu alınmalı ve bu belgeler mahkemeye sunulmalıdır. Yoksa yürütmenin durdurulması talebinin reddedilebileceğine dair bkz. RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Celal: *Kentsel Dönüşüm Rehberi ve İmar Barışı Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 70.

İdare mahkemesi ise yargılama sürecinde yapıya ilişkin tekrar bir risk tespiti raporu düzenlenmesini isteyebilir ve başka bir lisanslı kuruluşu görevlendirerek inceleme yaptırabilir. Yargılama sonucunda riskli yapı tespit raporunun iptaline karar verilirse dava konusu işlem geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve mahkemece tapu müdürlüğüne riskli yapı açıklamasını kaldırmak üzere bildirimde bulunur.<sup>47</sup> Aksine bir karar verilirse davacı taraf, mahkemenin verdiği karara karşı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)<sup>48</sup> m. 45/f. 1 ve f. 2 hükmü uyarınca kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Son olarak bölge idare mahkemesinin istinaf sonucu verdiği karara karşı ise yine İYUK m. 46 hükmü uyarınca kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde temyiz yoluyla Danıştaya başvurulabilir.

## II. RİSKLİ YAPI HAKKINDA KARAR ALINMASI

### A. Genel Olarak

Kat mülkiyetine veya paylı mülkiyete tabi bir yapının yahut binanın riskli olduğunun tespit edilmesi üzerine artık bu yapıya mutlak surette güvenilemeyeceğinden riskin nasıl bertaraf edileceği konusunda karar alınması gerekir. Bu karar canlarının ve mallarının emniyette olmadığını öğrenmiş olan kat maliklerince veya paydaşlarca alınır. Çünkü 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği ile amaçlanan esas şey, gerçekleştirilecek dönüşümde söz hakkının öncelikle maliklerde olmasıdır.<sup>49</sup>

Malikler veya paydaşlar söz konusu riski ya yapıyı güçlendirerek ya da onu yıktırarak bertaraf edebileceklerdir. Ancak bazen yapının yıktırılması riskin önlenmesi için tek seçenek olabilir veya maliklerce bu yol tercih edilmiş olabilir. İşte bu noktada iş sadece yıkım tercihinde bulunmakla bitmeyecek, yıkım sonrası hangi sözleşmelerin akdedileceği veya taşınmazın nasıl değerlendirileceği de karar konusu olacaktır.

Tüm bu karışık kararların verilmesi hususunda kat malikleri için KMK'deki veya paydaşlar için TMK'deki karar yeter sayısı aranacak olursa, menfaatlere uygun ortak bir karar almak neredeyse imkânsız olacaktır. Çünkü KMK m. 44 ve m. 45 ile TMK m. 692 hükmüne göre taşınmazı yıkmak gibi olağan kullanımın gerekli gördüğü ölçüyü aşacak nitelikteki kararların alınması oy birliğinin sağlanmasına bağlıdır. Bu nedenle kentsel dönüşümle ilişkin özel mevzuat, m. 6 hükmüyle riskli yapıların dönüşüm sürecini kolaylaştırabilmek amacıyla daha az karar yeter sayısı arayan özel bir düzenlemeye yer vermiştir ve bu düzenleme aşağıda incelenecektir.

Açıklandığı üzere riskli olduğu tespit edilen yapıda, riskin nasıl bertaraf edileceği hususunda kat maliklerince veya paydaşlarca karar alınması gerektiği muhakkaktır. Peki, oy birliğinin sağlandığı ihtimalde dahi bu kararların toplantı gerçekleştirmek suretiyle mi alınması gerekir? Bu konu hakkında aşağıda çeşitli görüşlere yer verilecek ve dikkat edilmesi gereken hususlar irdelenecektir.

### B. Toplantı Yapılması

Ülkemizde riskli olduğu tespit edilen yapı hakkında, maliklerce veya paydaşlarca toplantı yapılmaksızın alınan kararlar ile akdedilen sözleşmelere; hatta karar dahi alınmaksızın müteahhitlerle yapılan sözleşmelere rastlanılmaktadır. Toplantı yapılmaksızın alınan bu kararların ve akdedilen sözleşmelerin geçerli olup olmadığı ise tartışma konusudur. Zira 6306 sayılı Kanun ve Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde toplantının muhakkak yapılması gerektiğine dair emredici bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Uygulama Yönetmeliği m. 15/f. 2 hükmünün 2016 yılındaki değişiklikten önceki halin-

<sup>47</sup> İLGEZDİ, s. 69.

<sup>48</sup> 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmi Gazete.

<sup>49</sup> Bu durum 6306 sayılı Kanun m. 6/b. 1, c. 7'de "Bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır." şeklinde ve UY m. 15/b. 1, c. 1'de "Riskli alanlarda, rezerv yapı alanlarında ve riskli yapılarda Kanun kapsamında öncelikle maliklerce uygulama yapılması esastır." şeklinde belirtilmiştir. Dönüşümün maliklerce gerçekleştirilmesi esasının 6306 sayılı Kanun'a hâkim olan temel prensiplerden biri olduğu hususunda ayrıca bkz. İNAL, s. 83.

de<sup>50</sup> oy birliğinin sağlanamadığı hallerde maliklerden birinin istemi üzerine diğer maliklerin toplantıya çağrılacağı düzenlenmişti. Bu açık hükümden de oy birliğinin sağlandığı hallerde artık toplantıya ihtiyaç olmadığı,<sup>51</sup> toplantının yalnızca ortak bir karar alınamadığında düzenleneceği anlaşıyordu. 2016 yılında yapılan değişiklikle bu hüküm de Uygulama Yönetmeliği'nden çıkartılmış ve toplantının gerekli olup olmadığı hususunda kanuni bir boşluk meydana gelmiştir.

Yönetmelik'in m. 15/f. 2 hükmünün sadece lafzı dikkate alındığında, bu Yönetmelik'in dayandığı özel kanunun aradığı asgari karar yeter sayısına ulaşıldığı hallerde artık toplantı yapılmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak tüm bunlara rağmen riskli yapıya ilişkin olarak alınacak kararların kat maliklerince gerçekleştirilecek toplantıda alınması yerinde olacaktır.<sup>52</sup> Çünkü riskli yapıya ilişkin alınacak kararın hiçbir aşamasına müdahil olmayan yapı maliki için bu durum, onun mülkiyet hakkının ihlali niteliğindedir.<sup>53</sup> Bu noktada her yapı malikinin yapıdaki riskin nasıl bertaraf edileceği, hangi yüklenici ile hangi sözleşmelerin akdedileceği hususunda bir görüş bildirme, müzakere etme ve değerlendirme yapma yetkisi vardır. Bu yetki onun bağımsız bölümündeki mülkiyet hakkının bir gereğidir. Aksinin kabulü halinde, kanunun aradığı yeter sayısına ulaşan malikler azınlıkta kalanların haberi olmaksızın onların mülkiyet hakkını doğrudan etkileyecek kararlar alabilecek ve bu kararları onlara dayatabileceklerdir.<sup>54</sup>

### 1. Kat Mülkiyetine Tabi Binalarda Toplantı Yapılması

6306 sayılı Kanun'da ve bu Kanun'a dair yönetmelikte toplantı yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmasa da, kat mülkiyetine tabi riskli yapılarda karar alınabilmesi için tüm kat maliklerinin katıldığı bir toplantının yapılması zorunludur.<sup>55</sup> Yapılması lazım gelen bu toplantının ise KMK m. 29/f. 2 hükmü uyarınca olağanüstü bir toplantı olduğu aşikârdır. Zira ana yapıda büyük masraf gerektiren bir onarım masrafının doğması bile doktrinde olağanüstü toplanma sebebi olarak kabul edilmiştir.<sup>56</sup> Hal böyleyken ana yapının geleceğine ve yıkım sonrası akdedilecek sözleşmelere ilişkin alınacak kararlar için de olağanüstü toplanılması gerektiği muhakkaktır.

Söz konusu toplantıya çağrı usulü ise KMK m. 29/f. 2 hükmünde<sup>57</sup> belirtilmiş olup bu hüküm emredici niteliktedir. Zira ilgili hükmün emredici nitelikte olduğu hem doktrinde<sup>58</sup> hem de Yargıtay kararlarında<sup>59</sup> açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla usule ilişkin emredici bu hukuk kuralına aykırı olarak toplantı yapılması veya toplantının hiç yapılmaması halinde yeterli karar yeter sayısına ulaşılsa dahi alınacak karara kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanır. Çünkü kanunun emredici hükümlerine aykırı

<sup>50</sup> 15.12.2012 tarihli ve 28498 sayılı Resmi Gazete.

<sup>51</sup> Riskli yapı hakkında oy birliği ile alınan kararın veya akdedilen sözleşmenin toplantı yapılmadığından bahisle geçersizliğinin ileri sürülmesinin artık hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edeceği yönünde bkz. İNAL, s. 85.

<sup>52</sup> Toplantı ibaresinin yer almaması birçok probleme neden olsa da yasa koyucunun amacının uygulamada karar alma sürecini hızlandırmak olduğu yönünde bkz. ÇAKIR, Halil Burak: *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 61.

(<http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/handle/11467/2521> E.T.: 10.07.2021).

<sup>53</sup> Toplantı yapılmaksızın alınan ve azınlığın mülkiyet hakkını ihlal eden bu kararların kesin hükümsüz olacağına dair bkz. İNAL, s. 87.

<sup>54</sup> Kendi arasında asgari çoğunluğu sağlayan ve adeta komşularının arkasından iş çeviren bir kısım kat maliki veya paydaşın, bu suretle kendi iradelerini onlara dayatmalarının aynı zamanda medeni toplum anlayışıyla bağdaşmayacağı ve ahlaken de kabul edilemeyeceği yönünde bkz. İNAL, s. 87.

<sup>55</sup> Kat maliklerinin riskli yapıyla ilgili alacakları kararlarda ve yapacakları işlemler hakkında 6306 sayılı Kanun'da hüküm yoksa bu boşluğa KMK hükümlerinin uygulanması gerektiğine dair bkz. GÜRSEL, s. 179; BEYAZKILIÇ, Yeşim: *Kentsel Dönüşümün Özel Hukuk Alanında Getirdiği Sorunlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 92.

<sup>56</sup> GERMEÇ, Mahir Ersin: *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 741.

<sup>57</sup> "...Önemli bir sebebin çıkması halinde, yöneticinin veya denetçinin veya kat maliklerinden üçte birinin istemi üzerine ve toplantı için istenilen tarihten en az onbeş gün önce bütün kat maliklerine imzalatılacak bir çağrı veya bir taahhütlü mektupla, toplantı sebebi de bildirilmek şartıyla, kat malikleri kurulu her zaman toplanabilir."

<sup>58</sup> ERTAŞ / CUMALIOĞLU / SERDAR, s. 478.

<sup>59</sup> Yargıtay, 18. HD., T. 10.02.2015, 6778/1780 (OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 677, dn. 275'ten alıntıdır).

olan hukuki işlemlerin<sup>60</sup> kesin hükümsüz olacağı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 27/f. 1 hükmünde açıkça ifade edilmiştir.<sup>61</sup> Gerçekten *İnal*'a göre de toplantı yapılmaksızın alınan ve bu yolla azınlığın mülkiyet hakkının ihlal edildiği<sup>62</sup> kararlara söz konusu yaptırımın uygulanması en makul olanıdır.<sup>63</sup> Yazar, usule aykırı alınan kararın geçerli olduğunun kabul edilmesi halinde, KMK'nin ihlal edilmesine fiilen imkân tanınmış olacağını vurgulamaktadır.<sup>64</sup> Yine *Gürsel*, riskli yapı hakkında kat maliklerinin en az 2/3 çoğunlukla aldıkları kararın çok taraflı bir hukuki işlem olduğunu belirterek kararın KMK m. 29/f. 2 hükmünde belirtilen usul çerçevesinde alınması gerektiğine değinmiştir.<sup>65</sup> Aksi takdirde usule ilişkin emredici hükmün saf dışı bırakılacağını ve kararın kesin hükümsüz olacağını ifade etmiştir.

Bu noktada genel prensibe bağlı kalındığında, kararın kesin hükümsüz olduğunun ileri sürülmesi için dava açılmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Bu karar kendiliğinden hükümsüz kabul edilir. Belirli bir sürenin geçmesi ile de söz konusu karar geçerli hale gelmeyecektir. Bu bakımdan bu tarz kararlar iptal davasının konusunu oluşturmazlar. Ancak *İnal*'a göre söz konusu kararlar için dava açılmasına gerek olmasa da, özellikle mülkiyet hakları ihlal edilen malikler için ilgili mahkemeden bu hükümsüzlüğün tespitini istemek büyük önem arz eder. Çünkü 6306 sayılı Kanun m. 6/f. 1, c. 9 hükmündeki pay satışı<sup>66</sup> ancak bu şekilde engellenebilir. Yazar, ayrıca mahkemenin kesin hükümsüzlük tespitine kadar satışın gerçekleştirilme ihtimali üzerinde durmuş,<sup>67</sup> geçersiz karara dayanan bu satış sözleşmesinin de kesin hükümsüz olacağını belirtmiştir. Son olarak tapuda, bahsi geçen sözleşmeye dayanarak payı satın alan adına gerçekleştirilecek tescilin ise, bu tescilin bağlayıcı bir hukuki işleme dayanmamasından dolayı yolsuz tescil teşkil edeceğini ileri sürmüştür.

Ancak istisnai bazı durumlar için kesin hükümsüz olan işlemler genel esaslardan farklı esaslara tabi tutulur.<sup>68</sup> Örneğin, ölüme bağlı batıl bir tasarrufu hükümsüz kılabilmek için hak sahibinin iptal davası açması gereklidir. Yine aynı şekilde batıl bir evlilik, mahkemenin kesin hükümsüzlük kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. İşte bu esaslar kesin hükümsüzlüğe tatbik edilecek genel esaslardan ayrık ve özel esaslardır. *Özsunay*'a<sup>69</sup> göre, söz konusu ayrık esasların gündeme geleceği bir yer de çalışmamızı ilgilendiren ve kat malikleri kurulunca alınan kesin hükümsüz kararlardır. Yazara göre gerek şekil gerekse içerik bakımından hukuka aykırı kararlara karşı azınlıkta kalan kat malikleri veya paydaşlar iptal davası açmalıdır.<sup>70</sup> Açacakları bu davada söz konusu kişiler, toplantının usulüne uygun ya da hiç yapılmadığını ve dolayısıyla alınan kararların geçersiz olduğunu, bunların iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmelidir.

<sup>60</sup> TBK m. 27/f. 1 hükmünde yer alan "sözleşmeler" kavramının hukuki işlemler şeklinde okunabileceği hakkında bkz. SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 337.

<sup>61</sup> Aykırılığı kesin hükümsüzlüğe yol açan buyurucu hukuk kurallarının küçük bireysel çıkarların ötesinde, önemli, ağırlıklı yararları gözetilen ve tersi de öngörülemeyen hukuk kuralı olduğuna dair bkz. SEROZAN, s. 337.

<sup>62</sup> Azınlığın mülkiyet hakkının ihlal edildiği kararlara kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasının temel gerekçesi, böyle bir kararın en başta içerik olarak hukuka aykırı olmasıdır. Çünkü hem Anayasa m. 35 hem de TMK m. 683 hükümleriyle korunan mülkiyet hakkının ihlal edilmesi hukukun ihlal edilmesi ve kamu düzeninin tehdit edilmesi anlamına gelecektir. İNAL, s. 162.

<sup>63</sup> İNAL, s. 87.

<sup>64</sup> İNAL, s. 90.

<sup>65</sup> GÜRSEL, s. 181.

<sup>66</sup> Satışla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. dn. 77.

<sup>67</sup> Dava satış ve tescil işleminden sonra açılacaksa, artık kararın kesin hükümsüz olduğunun tespitine ilişkin dava değil, tapu sicilinin düzeltilmesine ilişkin dava açılacağına dair bkz. İNAL, s. 168.

<sup>68</sup> OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk*, 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 226.

<sup>69</sup> ÖZSUNAY, s. 33.

<sup>70</sup> Kamu düzenini korumaktan ziyade, kat malikleri birliğinin menfaatini korumayı hedefleyen kurallara aykırı davranışından dolayı hakkı ihlal edilen kat malikine hukuka aykırı kararın iptali için dava açma hakkının tanınması gerektiğini savunan aynı yönde görüş için bkz. NOMER, Haluk Nami: *Kişî Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 78.

Son olarak kat malikleri arasında oy birliği olsa bile söz konusu kararların toplantı yapılarak alınması gerektiği unutulmamalıdır. Bu husus Yargıtay tarafından da benimsenmiştir.<sup>71</sup> Öyle ki, toplantı yapılmadan tüm kat maliklerinin ayrı ayrı muvafakati alınsa bile toplantı şartı gerçekleşmediğinden bu karar geçersiz olacaktır. Geçersizlikten kasıt yukarıda belirtildiği üzere kararın kesin hükümsüz olmasıdır. Toplantının kanuni usule uygun veya hiç yapılmaması suretiyle alınan kararın kesin hükümsüz olması durumunda, bu karara dayanılarak daha sonra akdedilen sözleşmeler de aynı geçersizlik yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır. Ancak kat maliklerinin oy birliğiyle aldıkları karar sonucu toplantı yapılmaksızın bir yükleniciyle sözleşme akdedilmişse, daha sonra toplantı yapılmadığından cihetle bu sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edecektir.

## 2. Paylı Mülkiyete Tabi Binalarda Toplantı Yapılması

Paylı mülkiyete ilişkin genel kanun niteliğinde olan TMK'de, KMK'den farklı olarak riskli yapı hakkında karar alınabilmesi için toplantı yapılmasını zorunlu kılan bir hukuki düzenleme mevcut değildir.<sup>72</sup> Ancak çoğu zaman paylı mülkiyete tabi binalarda kullanılmaya elverişli bağımsız bölümler paydaşlar arasında fiilen paylaşılır ve bunun sonucunda paydaşlar arasındaki hukuki ilişki, her bir kişiye bağımsız ve ayrı bir mülkiyetin tesis edildiği kat malikleri arasındaki hukuki ilişkiye benzer. Uygulamada ortaya çıkan bu benzerlikten dolayı, riskli yapı hakkında karar alınabilmesi için paydaşlarca da toplantı yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde çoğunluğu oluşturan iradenin gelişmelerden haberi olmayan azınlığa dayatılması ve bu yolla azınlığın mülkiyet hakkının ihlal edilmesi gibi sakıncalarla karşılaşılacaktır.<sup>73</sup>

## III. KARAR ALINMASI İÇİN GEREKLİ OLAN TOPLANTI

### A. Genel Olarak

Daha önce de belirtildiği üzere riskli olduğu tespit edilen yapı hakkında riskin nasıl bertaraf edileceği hususunda kat maliklerince veya paydaşlarca karara varılması icap edecektir. Ancak zaruri olan bu toplantının nasıl gerçekleştirileceği veya toplantıya davetin nasıl sağlanacağı konusunda yine 6306 sayılı Kanun yahut Uygulama Yönetmeliği herhangi bir düzenleme getirmemiş; sadece bu toplantıda karar alınabilmesi için gerekli karar nisabını düzenlemiştir. Toplantı usulüne ilişkin bu boşluklar, hem ilk uygulama yönetmeliğinden beri süregelen uygulama hem de genel kanun niteliğindeki KMK'de yer alan toplantıya ilişkin emredici hükümler göz önünde bulundurularak giderilmektedir ve bu hükümler gereği izlenmesi gereken yol şu şekildedir:

- Öncelikle yönetici, denetçi veya kat maliklerinin yahut paydaşların üçte biri tarafından diğer paydaşlar veya kat malikleri olağanüstü toplantıya çağrılır.

<sup>71</sup> Kat mülkiyetine tabi bir yapıya yeni bir kat eklenmesi için kat maliklerinin ayrı ayrı rıza göstermelerinin yeterli olmadığı, bu kararın kat malikleri kurulunda oy birliği ile alınmış olması gerektiğine dair bkz. Yargıtay, 5. HD., T. 20.06.1988, E. 1988/2366, K. 1988/9173 (www.lexpera.com.tr E.T.: 10.05.2021).

Ana taşınmazın batı cephesinin reklam amaçlı olarak kiralanabilmesi için bu kiralama kararının kat malikleri kurulunda oy birliği ile alınması gerektiğine ve KMK m. 45 hükmündeki şartları taşımayan kat malikleri kurulu kararı olmaksızın imzalanan kira sözleşmesinin geçersiz olacağına dair bkz. Yargıtay, 20. HD., T. 06.12.2017, E. 2017/3953, K. 2017/10191. (www.lexpera.com.tr E.T.: 10.05.2021).

<sup>72</sup> Ancak paylı mülkiyetin niteliği gereği; paydaşlar arasında kat maliklerine göre daha yakın bir ilişki ve işbirliği olduğu yadsınmaz bir gerçektir. Zira TMK bu doğrultuda tüm paydaşlara mülkiyet konusu taşınmazla ilgili olağan yönetim işlerini yapabilme yetkisi tanımıştır. Aslında bu nedenlerle toplantı gibi ağır bir formalitenin paydaşların menfaatine hizmet etmeyeceği ve uygulamada işlevsel olmayacağı üzerinde durulmaktadır. Fakat paylı mülkiyete tabi taşınmazda paydaşlar arasında, fiilen paylaşılan kullanılmaya elverişli bağımsız bölümler olabilir. Bu durumda söz konusu gerekçelerin kabul edilemeyeceği ve özellikle yıkım veya yeniden inşa gibi olağan yönetim işlerini aşacak nitelikteki tasarrufların yine toplantı yapılarak karara bağlanması gerektiği yönünde detaylı açıklamalar için bkz. İNAL, s. 91.

<sup>73</sup> Toplantı yapma zaruretinin bağımsız bir bölüme sahip olan paydaşların mülkiyet haklarının ihlaline engel teşkil edecek fonksiyonda olduğuna dair detaylı açıklama için bkz. İNAL, s. 91.

- Daha sonra riskli yapının değeri, Sermaye Piyasası Kurulu'na bağlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilir.<sup>74</sup>
- Bu toplantıda; riskli yapıda riskin nasıl bertaraf edileceğine, yapının güçlendirileceğine mi yoksa yıktırılacağına mı, eğer yıkım gerçekleştirilecekse yıkım sonrası arsa haline gelecek taşınmazın ne şekilde kullanılacağına, arsanın üzerine tekrar bina inşa edilecekse bunu kimin yapacağına, eğer kendileri yapmayacaksa hangi yüklenici ile sözleşme imzalanacağına ve bu sözleşmenin ne gibi koşullar içereceğine kat maliklerince veya paydaşlarca oy birliğiyle karar verilmeye çalışılır.
- Oy birliği sağlanamazsa ne yapılacağına en az 2/3 çoğunlukla karar verilir.
- Bu karar tutanak altına alınır ve karara katılanlar tarafından imzalanır.<sup>75</sup>
- Bu karar, karara katılmayanlara veya toplantıya iştirak etmeyenlere bir teklifle birlikte noter vasıtasıyla<sup>76</sup> tebliğ edilir.
- Bu bildirimde kararın on beş gün içinde kabul edilmemesi halinde kabul etmeyenlerin bağımsız bölümlerine ilişkin arsa paylarının satışı<sup>77</sup> yoluna gidileceğine dair bilgi verilir.

## B. Toplantının Zamanı

Riskli yapı hakkında alınacak yıkım veya güçlendirme kararı için yapılacak toplantının ne zaman gerçekleştirileceği hususundaki soruların da cevaplandırılması gerekmektedir. Örneğin bir yapının zaten riskli olduğunun tespit edileceği düşünülüp kat maliklerince veya paydaşlarca tespitten önce toplantı yapılabilir mi yahut yapılırsa bu toplantıda alınacak kararın ve akabinde akdedilecek sözleşmelerin geçerli olduğu söylenebilir mi? Tüm bu problemler çalışmamızda kentsel dönüşüme ilişkin 6306 sayılı Kanun'un ilk hali ile mevcut hali arasındaki farklılıklar gözetilerek irdelenecektir.

İnceleme konusu kanunun ilk düzenlemesine göre riskli olduğu tespit edilen yapıların önce tahliye edilmesi, daha sonra yıktırılması ve toplantının da boş arsa haline gelen söz konusu taşınmazla ilgili olarak işte bu yıkımdan sonra gerçekleştirilmesi gerekiyordu.<sup>78</sup> Bu durumda riskli yapı yıkılmadan önce özel nitelikli kanunun uygulama alanı bulması gibi bir durum söz konusu olmuyor; riskli yapıyla ilgili alınacak kararların KMK hükümleri uyarınca oy birliği ile alınması gerekiyor<sup>79</sup> ve bu husus Yargıtay<sup>80</sup> tarafından da benimseniyordu. Ancak Yargıtayın bu yöndeki uygulaması dönüşüme dair özel mevzuatın getiriliş amacı ile örtüşmediği gerekçesiyle sık sık eleştirilmekteydi.<sup>81</sup>

<sup>74</sup> Lisanslı değerlendirme kuruluşları tarafından tanzim edilen taşınmazın mevcut durumu, hak sahiplerinin veya maliklerin tespiti ve bağımsız bölümlerin şerefiye değerlendirmeleri gibi bilgilerin yer aldığı bu raporun yeniden inşa ihtimalinde maliklerin zararını ispat için dayanaacağı en önemli belge olduğuna dair detaylı açıklamalar için bkz. KİRAZ, Ali Güvenç: *A'dan Z'ye Kentsel Dönüşüm*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 22; bu tespit yetkisinin İstanbul'da Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından İlçe Belediyeleri'ne devredildiğine dair bkz. İLGEZDİ, s. 161.

<sup>75</sup> Bina Ortak Karar Protokolü olarak nitelendirilen bu metnin nasıl düzenleneceği ve hangi hususları içereceğine dair detaylı açıklamalar için bkz. KİRAZ, s. 24.

<sup>76</sup> UY m. 15/f. 2'de 21.06.2019'da yapılan değişiklikle bu kararın toplantıya iştirak etmeyenlere ve karara katılmayanlara yalnız noter aracılığıyla değil 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre de tebliğ edileceği hükme eklenmiştir.

<sup>77</sup> Paylı mülkiyet söz konusu ise bu satışın açık artırma usulü ile öncelikle anlaşma sağlayan diğer paydaşlara teklif yapılarak gerçekleştirileceğine, diğer paydaşların bu yönde niyeti yoksa rayiç bedeli Bakanlıkça ödenmek kaydıyla arsa payının tapuda Hazine adına resen tescil edileceğine dair bkz. Uygulama Yönetmeliği m. 15/b. 2, c. 3.

<sup>78</sup> KİRAZ, s. 20; bu düzenlemenin lafzından riskli yapıyla ilgili sadece yıkım tedbirinin alınabileceği ve yapıyı güçlendirmeye ilişkin tedbirin ise ancak KMK'deki hükümler uyarınca oy birliği ile alınabileceği gibi bir anlam çıktığından bu kurgunun hukuken yanlış, uygulama açısından sorunlu ve kat malikleri açısından belirsizlik yarattığına dair detaylı açıklamalar için bkz. İNAL, s. 94; yapı yıkılana kadar kat maliklerinin yıkıma ve yeniden yaptırılmasına ilişkin olarak alacakları karar ve yapacağı işlemlerde KMK hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünde bkz. BEYAZKILIÇ, s. 92.

<sup>79</sup> Kanunun aradığı irade beyanlarından birinin olmaması sebebiyle, oy birliğiyle alınmayan karara yokluk yaptırımının uygulanacağı görüşünde bkz. ARPACI, Abdülkadir: *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 2. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1994, s. 156-157.

<sup>80</sup> Yıkımdan önce alınacak yapının yıkılarak yeniden yapılması yönündeki kararın 6306 sayılı Kanun somut olayda henüz uygulanamaya-  
cağından 2/3 oy çoğunluğuyla değil KMK hükümleri uyarınca oy birliğiyle alınması gerektiğine dair bkz. Yargıtay, 18. HD., T. 26.11.2015, E. 2015/2026, K. 2015/17243. (www.lexpera.com.tr E.T.: 11.06.2021).

Sözü edilen özel mevzuatın revize edilmiş ve yürürlükteki mevcut düzenlemesinde ise riskli olduğu tespit edilen yapılar hakkında alınacak kararların yapının yıkılmasından önce alınması gerektiği bu sefer açık bir şekilde belirtilmiştir. Öyle ki ilgili mevzuatın m. 6/b. 1, c. 8 hükmü şu şekildedir: “... *Bu çerçevede riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılar da ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir.*” Bununla birlikte, ilgilere alınacak tüm kararların yıkımdan önce alınabileceği gibi yapının yıkımından sonra da alınabileceği konusunda tereddüt yoktur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir yapının riskli olduğu tespit edilmeden önce tespit bu yönde olacağını varsayıp kat maliklerince veya paydaşlarca ilgili kanundaki asgari çoğunlukla karar alınabilmesi mümkün değildir.<sup>82</sup> Çünkü daha önce de belirtildiği üzere kentsel dönüşüme dair özel kanun ancak bir yapının riskli olduğunun tespit edilmesi üzerine uygulama alanı bulacak,<sup>83</sup> bu tespitten önce alınacak kararlara ise taşınmaz üzerindeki mülkiyet türüne göre genel nitelikteki KMK veya TMK hükümleri uygulanacaktır.<sup>84</sup>

### C. Toplantı Çağrısı

Ne yazık ki yapılacak olan toplantının çağrı şekliyle alakalı herhangi bir düzenleme yine ilgili Kanun’da ve Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nde mevcut değildir. Bu durumda daha önce de belirttiğimiz üzere özel kanunda yer almayan bu boşlukların doldurulması için genel kanun niteliğindeki KMK’ye bakılması ve toplantıya çağrı şekli için m. 29/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması gerekmektedir. Yani kat maliklerinin üçte birinin, yöneticinin veya deneticinin toplantı tarihinden en az on beş gün önce, toplantı sebebinin bildiren bir yazıyı tüm kat maliklerine imza karşılığı vermesi veya taahhütlü mektupla göndermesi gerekmektedir.<sup>85</sup> Gönderilmesi gereken adres ise diğer tüm maliklerin tebliğe elverişli olan (MERNİS) adresleridir.<sup>86</sup>

Paylı mülkiyete tabi bir riskli yapı için de toplantı yapılması zorunlu olsa da bu toplantıya paydaşların nasıl çağrılacağı hususunda genel kanun niteliğindeki TMK’de bir düzenleme mevcut değildir. Buradaki kanun boşluğunun bir şekilde doldurulması gerekmektedir. Bu boşluğun ise KMK m. 29/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla doldurulması hem amaca uygun, hem de pratik bir çözüm olacaktır. KMK hükümlerine aykırı olan bir usulle gerçekleştirilen toplantıyı sulh hukuk mahkemeleince denetleme yapılabileceği unutulmamalıdır.<sup>87</sup>

Dava konusu ana taşınmaz üzerindeki yapı yıkılmadığından ve kat mülkiyeti müşterek mülkiyete dönüşmediğinden bahisle 2/3 oy çoğunluğu ile verilen yıkım kararının iptalinin gerektiği, 6306 Sayılı Kanun’un kat mülkiyeti müşterek mülkiyete dönüşmeden uygulanamayacağı ve bu gibi tedbirlerin ancak kat maliklerinin oy birliği ile alınabileceğine dair aynı yönde karar için bkz. Yargıtay, 18. HD., T. 04.11.2015, E. 2015/1794, K. 2015/15821. (www.lexpera.com.tr E.T. 11.06.2021).

<sup>81</sup> Riskli binanın yıkımı için oy birliği arandıktan sonra, binanın yeniden yapılması için 2/3 oy çoğunluğunun aranmasının hiçbir mantıklı izahının olmadığı, zira uygulamada yıkımın ve yeniden yapımın ayrı ayrı aşamalarla değil, tek bir karar ve bu karara bağlı sözleşmelerle şekillendiği ve yıkımdan önce oy birliği aranmasının 6306 sayılı Kanun’un amacını sekteye uğrattığı ve işlevselliğini ortadan kaldırdığı; tüm bunlardan mütevellit Yargıtay’ın kanunun lafzi yorumuna sıkı sıkıya bağlanmaktansa özel kanunun düzenleniş amacına hizmet etmesi gerektiği yönünde detaylı eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. ÇETİNER, Bilgehan: “Kentsel Dönüşüme İlişkin Yargıtay 18. Hukuk Dairesi’nin 04.11.2015 Tarihli Kararına İlişkin İnceleme ve Değerlendirmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Sayı 1, s. 233-240.

<sup>82</sup> ÖZKAN, Hasan / KUBİLAY, Ceren / GEORGIU, Papa: *Açıklamalı - Örnekli Kentsel Dönüşüm Uygulaması*, Cross Basım ve Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 4.

<sup>83</sup> 6306 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği’nde tespit kesinleşmesi gerektiğine dair bir ifadenin olmaması ve riskli olduğu tespit edilen yapının bir kere yıkıldıktan sonra artık tespit sonucundaki değişikliğin bir anlam ifade etmeyeceğinden hareketle bu tespit kesinleşmesinin gerekli olmadığı görüşünde bkz. İNAL, s. 100.

<sup>84</sup> Böyle bir hukuki zorunluluğun yanında ayrıca bir ihtimali göz önünde bulundurarak paydaşların veya kat maliklerinin sıhhatli bir irade ortaya koyamayacak olmaları ve uygulamada gerekli özeni göstermeyecekleri yönünde detaylı değerlendirmeler için bkz. İNAL, s. 98.

<sup>85</sup> İNAL, s. 106.

<sup>86</sup> Usulsüz tebligat yapanlar aleyhine Cumhuriyet Başsavcılığı’na suç duyurusunda bulunabileceği hakkında bkz. KİRAZ, s. 19.

<sup>87</sup> SÖNMEZ, s. 91.



## D. Toplantı Yeter Sayısı

Çalışmamızda üzerinde durulan özel kanunda paydaşların veya kat maliklerinin toplantıya nasıl çağrılacağı ile alakalı hüküm bulunmadığı gibi toplantı yeter sayısı hakkında da herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Öncelikle karar yeter sayısının Kanun'un 6. maddesi uyarınca 2/3 olduğu düşünüldüğünde, bunun doğal sonucu olarak toplantı yeter sayısı olarak da en az 2/3 çoğunluk oluşturulması gerektiği söylenebilir.<sup>88</sup>

## IV. KARAR AŞAMASI

### A. Genel Olarak

Karar aşamasına geçmeden önce yanlış anlaşılma olmaması adına riskli olduğu tespit edilen ve bu tespitin kesinleştiği yapıların (istisnaları olmak kaydıyla)<sup>89</sup> mutlaka yıkılması gerektiği unutulmamalıdır. Zira bir kere risk tespiti yapıldığı zaman artık yapı için geri dönülemez sonuçlar doğacaktır. Gerçekten risk tespitine ilişkin rapor kesinleşince, daha önce belirtildiği üzere müdürlük, ilgili idareye yazı göndererek riskli yapıların yıktırılmasını ister. İdare de 6306 sayılı Kanun m. 5/f. 3 ve Uygulama Yönetmeliği m. 8/f. 2 hükümleri uyarınca yapı maliklerine riskli yapıyı yıktırmaları için altmış günden az olmamak üzere süre verir. Bu sürede yapı, malikler tarafından yıktırılmazsa, idare yapının resen yıktırılacağını belirterek maliklere otuz günden az olmamak üzere ek süre verir. Yani özetle, "60+30" olmak üzere 90 gün içerisinde riskli yapının yıkım ve tahliye süreci başlar. Hatta yıkım süreci gecikse dahi binanın suyu, elektriği ve doğalgazı İdarenin talebi üzerine, ilgili kurumlar tarafından durdurulur.<sup>90</sup> Her ne kadar idare bu yolla mülkiyet hakkına tecavüzde bulunsun da 6306 sayılı Kanunun başlıca amacı; riskli olduğu tespit edilen yapılar hakkında deprem vb. afetlerin gerçekleşmesinden önce gerekli tedbirleri almak, vatandaşların can güvenliğini sağlamak ve onların malvarlığı haklarını korumaktır.

Anlatılanlardan da açıkça anlaşılacağı üzere, riskli yapıda bulunan kat malikleri veya paydaşlar aranan karar yeter sayısına ulaşarak riskli olduğu kesinleşen yapının yıkılmamasına dair bir karar veremezler. Onlar 90 günlük süre zarfı içerisinde ancak yıkımdan sonra arsa haline gelecek taşınmaz için ne gibi bir tasarrufta bulunacaklarına karar verebilirler. Bu bakımdan yapılacak toplantıda, yıkımdan sonra arsa haline gelen taşınmazın satılıp satılmayacağına, satılmayacaksa ne şekilde kullanılacağına, üzerine tekrar bina inşa edilecekse bunu kimin yapacağına, kendileri yapmayacaksa işin hangi müteahhide verileceğine ve bu müteahhitle hangi şartlarda sözleşme imzalanacağına<sup>91</sup> -eser sözleşmesi imzalanacağı gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de imzalanabilir- karar verebileceklerdir. Eğer kat malikleri veya paydaşlar kendilerine verilen azami süre içinde bu tür kararları alamazlarsa, yıkım sonucu arsa haline gelen taşınmaz hakkında ilgili Kanun'un m. 6/f. 2 hükmü uyarınca Bakanlık, TOKİ veya idare tarafından acele kamulaştırma yoluna gidilir.

### B. Karar Yeter Sayısı

Karar yeter sayısına ilişkin olarak ise 6306 sayılı Kanun m. 6/b. 1, c. 8'de "... *sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile*" ibaresine yer verilmiş; ancak bu düzenleme ile pay çoğunluğunun mu paydaş çoğunluğunun mu, yoksa her ikisinin de mi arandığı açık olarak be-

<sup>88</sup> Aksi görüşte İNAL, s. 107, yazar, cümlede değinilen özel kanunda özel bir düzenleme olmadığı için KMK m. 30 hükmünün toplantı yeter sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini belirtmiş, ancak bu toplantıda gerekli katılım sağlanmadığı için 2/3'lük çoğunluğun oluşmaması halinde TMK m. 691/f. 3 gereği hâkimin müdahalesinin talep edilebileceğini vurgulamıştır.

<sup>89</sup> Riskli yapının yıkımı için süre verildiğinde maliklerce yapıyı güçlendirme yoluna gidilirse veya adli yargıda arsa paylarının düzeltilmesine ilişkin davalar açılırsa, bu hususlar yıkım sürecini durduracaktır. Çalışmanın kapsamını daha fazla genişletmemek için bu hususlara sadece değinilmekle yetinilecektir.

<sup>90</sup> 6306 sayılı Kanun m. 4/f. 3 ve Uygulama Yönetmeliği m. 8/f. 2 hükmü uyarınca gerçekleştirilen bu işlem sonucu ikamet edilen binanın deyim yerindeyse "hayalet bina"ya dönüşeceğine dair bkz. SALTİK, Şenol: *Tüm Yönleriyle Kentsel Dönüşüm*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 68.

<sup>91</sup> Toplantı öncesinde hangi müteahhitle sözleşme imzalanacağı konusunda paydaşlar veya kat malikleri arasında fikir birliği varsa, toplantıya yüklenici firmanın imzaya yetkili kişininin de davet edilmesi gerektiğine dair bkz. SÖNMEZ, s. 296.

lirtilmemiştir. Hükümün kaleme alınışındaki özensizliği göz önünde bulundurursak bu oranın pay çoğunluğu olarak anlaşılması bu kanunun amacına hizmet edecek ve karar alma sürecini hızlandıracaktır.<sup>92</sup> Örnekle açıklamak gerekirse; 12 bağımsız bölüme ve 120 arsa payına sahip olunan riskli bir taşınmazda riskin nasıl bertaraf edileceğine karar verecek olan kat malikleri toplantıda 12'nin 2/3'ü olan 8 malikin onayıyla değil 120 arsa payının 2/3'ü olan 80 arsa payı<sup>93</sup> ile karar alabileceklerdir.

Pay ve paydaş çoğunluğunun aynı anda aranması halinde daha yüksek paya sahip az sayıdaki paydaşın veya kat malikinin istediği kararı keyfi bir şekilde alabilmesinin önüne geçilebilir. Ancak bu sefer de bu zorunluluğun kanunla amaçlanan riskli yapıların hızlı dönüşümünü zorlaştıracığı ve süreci yavaşlatacağı unutulmamalıdır. Zira ilgili özel kanun ile riskin bir an önce bertaraf edilmesi amaçlandığından ben de 2/3 oranının pay çoğunluğu olarak anlaşılmasının ve azınlıkta kalan paydaş veya kat maliklerinin haklarının yargı yoluyla korunmasının makul olacağı kanaatindeyim.

### C. Karar Yeter Sayısına Uyulmaması

Riskli yapıyla dair özel kanunun m. 6/b. 1, c. 8 ve Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin m. 15/b. 2, c. 1 hükmünde belirtilen 2/3 oranını bulmadan alınan ve ortak karar protokolüne kaydedilen kararların hukuku aykırı olacağı aşikârdır. Bu şekilde alınan kararın tabi olacağı yaptırım türü ise Kanun'un aradığı irade beyanı sayısına ulaşamaması sebebiyle yokluk olur.<sup>94</sup> Ancak 2/3 oranına ulaşmak için aldatılan veya korkutulan ve bu nedenlerden dolayı ortak karar protokolüne imza atan malikler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>95</sup> m. 39 hükmü uyarınca aldatıldığını öğrendiği yahut korkutmanın ortadan kalktığı andan itibaren 1 yıl içerisinde iptal davası açabilirler. Bu iptal davaları ise riskli yapı henüz yıkılmadıysa kat mülkiyeti hala devam ettiğinden sulh hukuk mahkemelerinde, riskli yapı yıkıldıysa kat irtifakı sona erdiğinden asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir.<sup>96</sup> Paylı mülkiyete tabi taşınmazlar bakımından ise TMK'de özel bir düzenleme olmadığından görevli mahkemenin genel hükümlere göre belirlenmesi gerekir ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>97</sup> m. 2 hükmü gereği riskli yapılar hakkında paydaşlarca alınacak kararların iptali asliye hukuk mahkemesinden istenir.<sup>98</sup>

## SONUÇ

Ekonomik ömrünü tamamladığı veya ağır hasar görme ya da yıkılma riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere göre tespit edilen yapılar riskli yapı olarak değerlendirilmektedir. 6306 sayılı Kanun'a hâkim olan genel prensip dönüşümün maliklerce gerçekleştirilmesi olduğundan risk tespitinde bulunmaya yetkili kişiler yapı malikleridir. Doktrinde paylı mülkiyete tabi yapılarda ve kat mülkiyetine tabi yapılarda tek bir paydaşın yahut kat malikinin risk tespiti istemeyeceği belirtilse de uygulamada tek bir ilgilinin başvurusu risk tespiti için yeterli olmaktadır. Bu durum ise çıkar peşinde koşan kötü niyetli inşaat firmalarının ya da diğer komşularıyla arasında husumet bulunan herhangi bir hak sahibinin iştahını kabartmakta, risk tespiti isteme yetkilerini kötüyü kullanmalarına zemin hazırlamaktadır. Bir diğer ifadeyle, başlıca amacı riskli yapılardaki vatandaşların can ve mal güvenliğini sağlamak olan 6306 sayılı Kanun kişisel çıkarlara ve hırsılara alet edilmektedir. Örneğin; işleri durgun olan bir inşaat firma-

<sup>92</sup> Bu görüşte bkz. İNAL, s. 109; Riskli yapılarda 2/3 oy oranının kat maliklerinin 2/3'ünü değil o taşınmazda bulunan ve o taşınmaza özgülenmiş arsa payının 2/3'ünü ifade ettiğine dair aynı görüşte bkz. KİRAZ, s. 21; GÜRSEL, s. 178.; Buna karşılık ideal olanın pay ve paydaş çoğunluğunun birlikte aranması yönünde olacağı şeklindeki karşıt görüş için bkz. İLGEZDİ, s. 160.

<sup>93</sup> Riskli taşınmaz henüz inşa aşamasında iken arsa paylarının orantısız şekilde dağıtıldığını iddia eden kat maliklerinin arsa payı düzeltim davası açabileceklerine dair bkz. BEYAZKILIÇ, s. 85.

<sup>94</sup> Kararın yok hükmünde olması veya kesin hükümsüz olması durumunda bu karara karşı açılacak davalarda herhangi bir süre sınırı olmadığı yönünde bkz. GÜRSEL, s. 190.

<sup>95</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

<sup>96</sup> Görevli mahkemeye alakalı Yargıtay kararlarından bir örnek için bkz. Yargıtay, 20. HD., T. 21.10.2015, E. 2015/12215, K. 2015/9854. (www.lexpera.com.tr E.T.: 22.06.2021).

<sup>97</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete.

<sup>98</sup> SÖNMEZ, s. 314.

sı sırf çıkar elde etmek amacıyla riskli olduğunu düşündüğü bir yapıdan daire olarak risk tespiti istemektedir. Ülkemizdeki ve özellikle büyükşehirlerdeki binaların birçoğunun riskli olduğu düşünüldüğünde inşaat firmalarının bu yolu izleyerek önemli menfaatler elde ettiği göz ardı edilmemelidir. Üstün hak gerekçe gösterilerek mülkiyet hakkına açıkça müdahale edilen dönüşüm sürecinin bu şekilde başlamasının ise hukuki güvenliği sarsacağı aşikârdır. Kanaatimce uygulamada sıkça karşılaşılan bu durumların gözden geçirilip, Kanun'un farklı mülkiyet şekilleri de dikkate alınarak tekrar düzenlenmesi gerekmektedir.

Karşıt görüş olarak bu Kanun'un toplumun üstün menfaatini göz önünde bulundurduğu, onların can ve mal güvenliğini koruma amacıyla hareket ettiği, dönüşümün hızlıca gerçekleştirilmesine olanak sağladığı ve bu nedenlerle tek bir hak sahibinin risk tespiti isteyebilmesinin önünü açtığı söylenebilir. Ancak risk tespiti isteyebilmek için en azından pay ve paydaş çoğunluğu aranmasında dönüşümün hızını kesecek, 6306 sayılı Kanun'un önünü tıkayacak veya vatandaşları tehlikeye atacak bir durum bulunmamaktadır. Zira içinde yaşadığı binanın riskli olup olmadığını öğrenmek isteyen kişi, gerçekten bu saikle hareket etmesine rağmen komşularının yavaşlaması nedeniyle başvuruda bulunamıyorsa, sulh hukuk mahkemesi hakiminden duruma müdahale etmesini isteyebilir. Böylelikle hem onun menfaati hem de diğer hak sahiplerinin mülkiyet hakkı korunmuş olacaktır. Ayrıca Kanun'un Bakanlık veya idareyi de risk tespiti isteme konusunda yetkili kıldığını düşünürsek, dönüşümün hızlıca gerçekleşmesine engel olacak bir hususun kalmadığı kanaatindeyim.

Değindiği üzere 6306 Sayılı Kanun tarafından Bakanlık veya idareye de risk tespiti isteme yetkisi verilmiştir. Tespit isteminin akabinde yapılan incelemeler sonucu yapının riskli olduğu anlaşılırsa riskli yapı tespit raporu düzenlenir ve tapuda yapının beyanlar hanesine "riskli" olduğuna ilişkin açıklama konur. Bir yapının riskli olduğunun bu şekilde belirlenmesi bir idari işlemdir ve idarenin her işlemleri gibi denetime tabidir. Bu bakımdan hem özel kanun hem de Kanun'un Uygulama Yönetmeliği, riskli yapı tespiti kararına karşı idari denetim ve yargısal denetim yolları öngörmüş, yapı maliklerine itiraz ve dava hakkı tanımıştır.

İtiraz reddedilirse ya da dava aşamasında yürütmenin durdurulması kararı elde edilemezse, yapı açısından 6306 sayılı Kanun uygulanmaya devam eder. Riskli olduğuna ilişkin tespit kesinleşen yapı hakkında bu riskin nasıl bertaraf edileceğine ve daha birçok hususa ilişkin kat maliklerince veya paydaşlarca bir karar alınması gerektiği muhakkaktır. Bu karar alınırken her bir malikin riskli yapı hakkında alınacak tedbire ve akdedilecek sözleşmelere ilişkin değerlendirme yapma, görüş bildirme ve teklif sunma hakkı vardır. Her ne kadar kentsel dönüşüm sürecini düzenleyen özel mevzuatta ve Uygulama Yönetmeliği'nde toplantı ibaresine yer verilmemiş olsa da, bu haklara riayet edilmesi amacıyla kararların toplantıda alınması gerekmektedir. Toplantı yapılması ayrıca mülkiyet hakkı ihlallerinin önüne geçilmesi ve çoğunluğun iradesinin haberi olmayan azınlığa dayatılmasının önlenmesi açısından da önem arz etmektedir. Aksi takdirde toplantı yapılmaksızın alınan kararlar ve bu karara bağlı akdedilen sözleşmeler kesin hükümsüz olur.

Yine bahsi geçen özel kanun ve Uygulama Yönetmeliği toplantı usulüne ilişkin düzenlemeler içermediğinden bu boşluklar zaman zaman genel nitelikte olan KMK ve TMK hükümleri tatbik edilerek doldurulacaktır. Örneğin; yapının riskli olduğu tespit edildikten sonra KMK hükümleri uyarınca tüm kat malikleri veya paydaşlar yöneticinin, deneticinin veya maliklerden yahut paydaşlardan üçte birinin en az on beş gün önce yapacağı davetle toplantıya çağrılır. Bu çağrı ya toplantı sebebini bildiren bir yazının imza karşılığı kat maliklerine veya paydaşlara verilmesiyle, ya da taahhütlü mektup aracılığıyla yapılır. Her bir kat maliki, bu usule uyulmadan gerçekleştirilen toplantıda alınan kararların kesin hükümsüz olduğunun tespitini veya iptalini (*geçersizliğin yukarıda anlatılanlar ışığında türüne göre*), yapı yıkılmadıysa yetkili sulh hukuk mahkemesinden, yapı yıkıldıktan sonra ise asliye hukuk mahkemesinden talep edebilir. Riskli yapı hakkında alınan karara katılmayan paydaşlar da kararın yargısal denetimini asliye hukuk mahkemesi aracılığıyla gerçekleştirebilirler.

Son olarak yukarıda bahsi geçen toplantının, yapının yıkılmasından önce gerçekleştirileceği ilgili özel kanunun 6. maddesi ile Uygulama Yönetmeliği'nin 15. maddesi hükümlerinde açıkça belirtilmiştir. Bahsi geçen maddelerde ayrıca toplantılarda karar alınabilmesi için gerekli karar nisabı da düzenlenmiştir. Bu karar nisabına uyulmadan alınan kararlar gerekli irade beyanı sayısına ulaşılmamasından dolayı yokluk yaptırımına tabi olacaktır ve ilgililer bu kararın yokluğunun tespit edilmesini mahkemeden isteyebileceklerdir. Eğer yeterli nisaba ulaşmak üzere korkutulan veya aldatılan bir malik veya paydaş varsa bu kararın iptalini yine ilgili mahkemeden isteyebilecektir.

Ayrıca 2/3 olarak düzenlenen nisabın pay çoğunluğu olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu durum her ne kadar çok paya sahip az sayıdaki paydaşın kararının çoğunluğa dayatılma ihtimalini doğursa da pay ve paydaş çoğunluğunun aynı anda aranmasının süreci yavaşlatacağı ve özel kanunun amacıyla örtüşmeyeceği açıktır. Bu şekilde azınlıkta kalan paydaş veya kat maliklerinin kararlara karşı yargı yollarına başvuru imkânının olduğu unutulmamalıdır.

**KAYNAKÇA**

- ARPACI, Abdülkadir: *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 2. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1994.
- BEYAZKILIÇ, Yeşim: *Kentsel Dönüşümün Özel Hukuk Alanında Getirdiği Sorunlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- BİLKE, Efe: *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Tespit ve Yargısal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÇAKIR, Halil Burak: *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- ÇETİNER, Bilgehan: “Kentsel Dönüşüme İlişkin Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 04.11.2015 Tarihli Kararına İlişkin İnceleme ve Değerlendirmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 74, Sayı 1, s. 233-240.
- ERTAŞ, Şeref / CUMALIOĞLU, Emre / SERDAR, İlknur: *Eşya Hukuku*, 14. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2018.
- GERMEÇ, Mahir Ersin: *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜRSEL, Esin: *6306 sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- İLGEZDİ, Ali Rıza: *Adım Adım Kentsel Dönüşüm*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- İNAL, Emrehan: *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KARADABAĞ, Hakan: *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KİRAZ, Ali Güvenç: *A’dan Z’ye Kentsel Dönüşüm*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- NOMER, Haluk Nami: *Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk*, 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- ÖZKAN, Hasan / KUBİLAY, Ceren / GEORGIOU, Papa: *Açıklamalı - Örnekli Kentsel Dönüşüm Uygulaması*, Cross Basım ve Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- ÖZSUNAY, Ergun: “6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüme İlişkin Düşünceler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 88, Sayı 6, s. 15-51.
- RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Celal: *Kentsel Dönüşüm Rehberi ve İmar Barışı Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- SALTIK, Şenol: *Tüm Yönleriyle Kentsel Dönüşüm*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- SÖNMEZ, Muhammet: *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ŞİMŞEK, Suat: *Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- YAZICI, Gün: *Yargı Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.



## Türk Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri<sup>(\*)</sup>

### *Aggressive Sales Methods in Turkish Law*

Almula KEPENEK  

Avukat

*Eskişehir Barosu*

#### Anahtar Kelimeler

*Saldırgan,  
Satış,  
Reklam,  
Haksız Rekabet,  
Serbest Piyasa.*

#### Öz

Serbest piyasa ekonomisinde üreticilerin özgürce üretip piyasaya sundukları mal ve hizmetin müşteriler tarafından özgürce alınmasını mümkün kılan serbest rekabet ortamını bozacak şekilde yapılan fiiller haksız rekabet fiili olarak adlandırılır. Haksız rekabet fiillerinin özel hallerinden olan saldırgan satış yöntemleri, tüketicinin seçim yapma özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacak şekilde kullanılan ikna yöntemleri olarak tanımlanabilir. Tüketicinin (müşterinin) de piyasada aktif rol sahibi olduğunun kabul edilmesiyle ve bu sebeple müşteriye karşı gerçekleştirilen aşırı şekilde taciz, baskı ya da haksız tesir içeren fiillerin haksız rekabet olarak değerlendirilmesiyle müşterinin seçim yapma iradesini etkileyen saldırgan satış yöntemleri hukuki bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu çerçevede saldırgan satış yöntemleri, hukukumuzda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 55. maddesi ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'la (ETDHK) düzenlenmiştir.

#### Keywords

*Aggressive,  
Sales,  
Advertising,  
Unfair Competition,  
Free Market.*

#### Abstract

In a free market economy, actions taken in such a way as to disrupt the free competition environment that allows the customers to freely buy the goods and services that the producers produce and put on the market, are called unfair competition acts. Aggressive sales methods, which are one of the special cases of unfair competition acts, can be defined as persuasion methods used in a way that significantly restricts the freedom of choice of the consumer. By accepting that the consumer (customer) also has an active role in the market and therefore, acts of excessive harassment, pressure or unfair effect against the customer are considered as unfair competition, aggressive sales methods that affect the will of the customer to make a choice have been legally regulated. In this context, aggressive sales methods are regulated in our law by Article 55 of the Turkish Commercial Code (TTK) No. 6102 and as well as the Law on Consumer Protection (TKHK) No. 6502 and the Law No. 6563 on the Regulation of Electronic Commerce (ETDHK).

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 16.02.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 02.07.2021.

## GİRİŞ

Liberal ekonomik sistemin getirmiş olduğu serbest rekabet piyasası ortamı, üretici tarafından mal veya hizmetlerin özgürce piyasaya sunulması ve müşteriler tarafından da bu mal ve hizmetler içerisinde özgürce seçim yapılabilmesini esas alır. Serbest rekabet ortamına zarar veren bazı uygulamalar ve davranışlar piyasa düzeninin sağlanması adına devlet tarafından bazı müdahalelere tabi tutulmuş ve bu müdahalelerin sonucu olarak haksız rekabet kurumu ortaya çıkmıştır.

Haksız rekabete müdahale edilen ilk düzenlemelerde<sup>1</sup> rakipler arasındaki rekabet ortamının korunması esas alınmışken ilerleyen dönemlerdeki düzenlemelerde piyasa ekonomisinde yer alan diğer aktörler de korunma kapsamına alınmıştır. Toplumun çıkarlarını ön plana alarak bir haksız rekabet düzenlemesi yapan 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (eTTK) müşterilere ve mesleki ekonomik birliklere de dava açma hakkı tanıyarak rekabeti yalnızca rakipler arasındaki bir yarış olmaktan çıkarmıştır.<sup>2</sup> Ayrıca haksız rekabeti kapsayan ilk düzenlemelerde emeğe dayalı rekabetin korunması amaçlanmış olsa da zamanla haksız rekabetin ekonomide yarattığı etkiler dikkate alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler ile birlikte piyasa ekonomisini etkileyen aktörlerden biri olan müşteriye uygulanan saldırgan satış yöntemleri de 6102 sayılı TTK ile düzenleme kapsamına alınmıştır.

Çalışmamızda haksız rekabetin özel hallerinden biri olan ve piyasa ekonomisinde yer alan aktörlerden olan müşteriye uygulanan saldırgan satış yöntemleri konu edilmiştir. Saldırgan satış yöntemleri öncelikle 6102 sayılı TTK'da yer alan düzenlemeler kapsamında incelenecek olup sonrasında saldırgan satış yöntemlerinin ilk olarak tanımladığı düzenleme olan 2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'nin<sup>3</sup> saldırgan satış yöntemleri ile ilgili kısımları incelenecektir. Bu direktife göre satış yöntemlerinin saldırgan sayılabilmesi için gerekli olan birtakım şartlar ayrı bir başlık altında değerlendirilmeye alınacak ve haksız rekabet teşkil eden saldırgan satışın tanımı yapılacaktır.

Saldırgan satış yöntemlerinin kapsamına saldırgan reklamların girip girmediği ayrıca ele alınacaktır. Buna göre kanunun satış yöntemleri ile sınırlandırdığı haksız rekabetin bu özel halinin kapsamına Kanun gerekçesinde açıklandığı üzere satış yöntemi olmayan reklamlar girmeyecektir. Ancak reklamların satış yöntemi olup olmadıkları doktrinde bir tartışmaya neden olduğundan saldırgan satış yöntemlerini incelediğimiz makalemizde ayrı bir başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür.

Saldırgan satış yöntemleri, 6102 sayılı TTK çerçevesinde haksız rekabet düzenlemeleri içerisinde ele alınmakla birlikte piyasada aktif rolü bulunan müşteriler, en nihayetinde birer tüketici de olabileceklerinden, ayrıca 6502 sayılı TKHK ile de düzenlenmiştir. Bu Kanun'da yer alan düzenlemeler de tüketiciler açısından TTK'ya göre uygulama önceliğine sahip olduğundan çalışma kapsamına dâhil edilmiştir. Son olarak, saldırgan satış yöntemlerinin birkaç türünün düzenleme altına alındığı 6563 sayılı ETDHK de makalemizin inceleme konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmamızda saldırgan satış yöntemleri için tanımlamalar ve örneklemeler yapılarak saldırgan satış yöntemlerinin hukuk sistemindeki yeri tespit edilmiştir. Bu çalışma ile amacımız, günlük hayatta sıklıkla karşılaşılan ve müşterilerin karar verme kalitesini önemli ölçüde etkileyen saldırgan fiillerin giderilmesi ve önlenmesi için öngörülen hukuki yolların incelenmesidir.

<sup>1</sup> 26 Mayıs 1926 tarih ve 865 sayılı Ticaret Kanunu madde 56: "Bir tacir ahar bir tacirin bihakkın istimal ettiği isimler ve alâmetlerle iltibasa meydan verebilecek surette isim ve alâmet istimalinden memnudur. Bu hükme muhalefet eden şahıs bir gûna kusuru olmasa bile mahkeme, alâkadar tacirin talebi üzerine mezkûr iltibası defedebilecek tedabirin ittihazını emredebilir."

<sup>2</sup> ÖZEL, Çağlar / ÖZDEMİR, Semih Sırrı: "Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, s. 191; ÇINAR, Nihal: *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 31.

<sup>3</sup> İç Pazarda İşletmelerden Tüketicilere Adil Olmayan Ticari Uygulamalara İlişkin 11 Mayıs 2005 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (The Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/EC).



## I. HAKSIZ REKABETE DAİR

Rekabetin ticari hayatta verim artıran, mal ve hizmetlerin kalitesini yükselten ve fiyatları düşürten bir etkisi bulunmaktadır.<sup>4</sup> Liberal düşüncenin bir gereği olarak ekonomide serbest rekabet öngörülmektedir. Serbest rekabet, piyasadaki girişimcilere geniş bir serbest alan sağlayıp bu alanın korunmasını temel alır.<sup>5</sup> 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (RKHK) yapılan tanıma göre rekabet, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarışır.<sup>6</sup>

Faydaları bilinen rekabetin, dürüstlük kuralı çerçevesinde ve kötüye kullanılmadan yapılması ve faydalarının zarara dönüşmemesi gerekmektedir.<sup>7</sup> Değişik üreticiler tarafından piyasaya sürülen çeşitli malların ve müşterinin bu mallara ulaşabileceği satış noktalarının bulunması toplumun yararındır.<sup>8</sup> Piyasaya katılanların da piyasada bulunan herkesin dürüstlük kuralına uyacağına güvenme hakkı bulunmaktadır.<sup>9</sup> Rekabetin sağlamış olduğu bu düzeni bozan fiiller de haksız rekabet fiilleri olarak nitelendirilmektedir. Rekabette yaşanan bozulmayı önlemek için de rekabet özgürlüğünün devlet eliyle bazı sınırlamalara tabi tutulması mümkündür.<sup>10</sup> Bu sınırlamalar dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacıyla haksız rekabetin önlenmesi adı altında yapılmaktadır. Haksız rekabet düzenlemelerinde amaç sağlıklı işleyen bir rekabetten elde edilecek menfaatin piyasada rol alan herkes açısından korunmasını sağlamaktır.<sup>11</sup>

Haksız rekabete karşı koruma, ilk olarak dürüst tacirleri rakiplerinin haksız olarak yaptıkları rekabete karşı olmuştur. Bu çerçevede haksız rekabet rakiplere karşı işlenen bir haksız fiil olarak tanımlanmıştır.<sup>12</sup> Ancak haksız rekabeti oluşturan fiil gerçekleştirildiğinde zarar görenin yahut zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalanın yalnızca rakipler olmadığı, böyle bir değerlendirmenin haksız rekabeti oluşturan fiilin çok dar yorumlanması sonucunu doğuracağı,<sup>13</sup> haksız fiilin etkilerinin piyasada rol alan diğer kişilerde de görüldüğü belirlenmiştir.<sup>14</sup> Böylelikle haksız rekabetin etkilediği müşteri, tüketici ve diğer hizmet sağlayıcılarının da haksız rekabete karşı koruma kapsamına alınması gerekli olmuş ve yasalar bu yeni düşünceye göre düzenlenmiştir.

Haksız rekabete karşı koruma sağlayan yasalar, kapsama alması gereken kişiler açısından genişlerken kapsama alacağı konular üzerinde de bazı genişlemeler yaşamıştır. Haksız rekabet, emeğe dayalı rekabet ilkesince kişinin kendi emeği olmaksızın ulaştığı kazanç, itibar yahut rakibinin durumunu

<sup>4</sup> BOSNALI, Özge / ÖZÇELİK, Büşra: "İnternet Ortamında Haksız Rekabet", *GSİ Articletter*, 2015, s. 50; BALLI, Mehmet: "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet Kavramı ve Unsurları", *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, 2015, Sayı 5, s. 62.

<sup>5</sup> GÜVEN, Şirin: *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, (Haksız Rekabet), s. 9; ASLAN, İsmail Yılmaz: *Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın, Ankara, 2005, s. 25.

<sup>6</sup> KATI, Zülal: *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 138; SAVAŞ, Firdevs: "Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2017, Cilt 18, Sayı 2, (Saldırgan Ticari Uygulamalar), s. 242.

<sup>7</sup> ADAK, Agah: "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yoluyla Haksız Rekabet", *Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 1975, Sayı 4, s. 353; ŞENER, Oruç Hami: *Ticari İşletme Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 605.

<sup>8</sup> GÜVEN, *Haksız Rekabet*, s. 50; SAVAŞ, Firdevs: *Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, (Saldırgan Satış Yöntemleri), s. 24.

<sup>9</sup> KARA, Mustafa Sencer: "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Rekabet Hükümleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 20, Sayı 1-2, s. 733.

<sup>10</sup> ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Baskı, Savaş Kitap, Ankara, 2011, (Ticari İşletme Hukuku), s. 307; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin: *Ticari İşletme Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 377.

<sup>11</sup> KARAHAN, Sami: *Ticari İşletme Hukuku*, 22. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2011, s. 381; ERDİL, Ergin: *Haksız Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 7.

<sup>12</sup> ÖRS, Fahri Halil: *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet*, Ziraat Bankası Matbaası, Ankara, 1958, s. 3; ARKAN, Sabih: "Haksız Rekabet, Gelişmeler, Sorunlar", *Banka ve Ticaret Dergisi*, 2004, Cilt 22, Sayı 4, (Haksız Rekabet), s. 5.

<sup>13</sup> GÜVEN, *Haksız Rekabet*, s. 10; PINAR, Hamdi: "Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet İlişkisi", *Rekabet Dergisi*, 2014, Cilt 15, Sayı 2, s. 59.

<sup>14</sup> GÖKSOY, Yaşar Can: "Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 9, Sayı 2, s. 144; GÜVEN, *Haksız Rekabet*, s. 41.

kötüleştireme sonucunu doğuran fiilleri kapsarken yaşanan gelişmeler sonucunda artık haksız rekabet yalnızca ahlaka ve adaba aykırı bir fiil olarak değerlendirilmemekte, kavramın iktisadi yönü de dikkate alınmaktadır.<sup>15</sup> Haksızlığın ölçüsü tayin edilirken fiilin emeğe dayanmaması ölçütünden ziyade haksızlığın pazara katılanlar üzerindeki etkisi dikkate alınmaya başlanmıştır.<sup>16</sup>

Haksız rekabet hukukunun sosyal yönü olarak değerlendirilen hukuki gelişmelerle toplumun ticari yaşamdan beklentisi olan dürüstlüğü temini sağlanmaya çalışılmıştır. “Rakipler arasındaki savaş” bağlamında ortaya çıkan haksız rekabet eylemi, rekabet içinde bulunmayanların menfaatlerine de zarar verir hale gelmiş ve bu kişiler de hukuki korumaya dâhil edilmiştir.<sup>17</sup> Ticaret örgütlerine, tüketici derneklerine, kamu kuruluşlarına da tanınan dava hakları, müdahale edebilecek kişi sayısını artırarak işlenen haksız fiile müdahalenin birden fazla elden yapılabilmesini sağlamıştır. Tüketici de haksız rekabet fiilinden bizzat zarar gören kişilerden olmasına rağmen tüketici için dava açma hakkı bu gelişmeler içinde oldukça zor yol katetmiştir. Bu durumda, tüketicilerin zaten özel kanunlarla yeterli korumayı elde ediyor olması<sup>18</sup> ve tüketicilere verilecek dava hakkının iş yükünü artıracığı endişesi etkili olmuştur.<sup>19</sup> Ancak tüketicinin yalnızca haksız rekabetten zarar gören pasif bir ilgili olmadığı, rakipler ve tedarikçiler kadar rekabeti şekillendirebilen aktif bir ilgili olduğu dikkate alındığında sırf tüketicinin zararını karşılamak gayesiyle değil, haksız rekabete karşı korumanın etkinleştirilmesi açısından da tüketiciye de bizzat dava açma hakkı sağlanmıştır.<sup>20</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 48. maddesine bakıldığında maddenin çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenlediği bunun yanı sıra özel teşebbüslerin teşvik edildiği görülür. Bu düzenlemeye dayanılarak Türk ekonomik hayatının da serbest rekabete dayalı olduğunu söylemek mümkündür.<sup>21</sup> Bu ilke gereği ülkemizde aynı tür mal ve hizmet, sınırlama olmaksızın her üretici tarafından üretilebilir; alıcılar ise piyasaya sunulan bu ürünlerden dilediğini seçebilir.<sup>22</sup>

Haksız rekabet ayrı bir kanun kapsamında değil, TTK’nın 54-63. maddeleri arasında düzenlenmiş olsa da ilgili hükümlerin İsviçre haksız rekabet hukuku esas alınarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Haksız rekabetin adım adım genişleyen kapsamı Türk hukukunda da aynı şekilde düzenlenmiştir.<sup>23</sup>

Yargıtay 1986 yılında vermiş olduğu bir kararda haksız rekabetin hukuki niteliğinin haksız fiil olduğu sonucuna varmıştır.<sup>24</sup> Ancak haksız fiilin unsurları arasında yer alan kusur şartının ve zararın haksız rekabetin varlığı için zorunlu unsurlar olmaması haksız rekabetin alelade bir haksız fiil olmadığını göstermektedir.<sup>25</sup> Haksız rekabette kusur ve zarar unsurları yalnızca tazminat davaları söz konusu olduğunda aranmaktadır. Manevi tazminat talepleri için de Türk Borçlar Kanunu’na (TBK) yapılan gönderme gereği kusur ve zarar unsurları aranmaktadır.<sup>26</sup>

<sup>15</sup> POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 412.

<sup>16</sup> ÜNAL, Şeref: “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1988, Cilt 8, Sayı 1, s. 73.

<sup>17</sup> ARKAN, *Haksız Rekabet*, s. 6; GÜVEN, *Haksız Rekabet*, s. 23.

<sup>18</sup> KARAYALÇIN, Yaşar: *Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 448; GÖKSOY, s. 145.

<sup>19</sup> ARKAN, *Haksız Rekabet*, s. 7; TOPÇUOĞLU, Metin, “Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 24, s. 17.

<sup>20</sup> SEZGIN, Erin: *İltibas Suretiyle Haksız Rekabet*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s. 22.

<sup>21</sup> BOSNALI / ÖZÇELİK, s. 50; SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 6.

<sup>22</sup> AYHAN, Rıza: “Ticari İş-Ticari İşletme-Tacir Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 40; SAVAŞ, *Saldırgan Ticari Uygulamalar*, s. 229.

<sup>23</sup> KARAYALÇIN, s. 448; BALLI, s. 65; AKSOY, Mehmet Ali: *Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, (Haksız Rekabetin Tespiti), s. 30.

<sup>24</sup> Yargıtay, 11. HD., T. 10.04.1986, E. 1486, K. 2090; DÖNMEZ, İrfan: *Markalar ve Haksız Rekabet Davaları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1987, s. 145.

<sup>25</sup> ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 315; SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 38.

<sup>26</sup> MİMAROĞLU, Sait Kemal: *Ticaret Hukuku Birinci Cilt İşletme Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 297.

6762 sayılı eTTK’da kullanılan iktisadi rekabet kavramıyla da anlaşılacağı üzere haksız rekabet daha dar kapsamda değerlendirilmiş;<sup>27</sup> 6102 sayılı TTK ile de bütün katılanların menfaati ibaresi kullanılarak liberal düzene uyum sağlayacak geniş bir kapsamla haksız rekabet şimdiki halini almıştır.<sup>28</sup> Bu bağlamda yapılan en büyük değişiklik haksız rekabete karşı koruma kapsamına tüketici ve kamunun da alınmış olmasıdır.<sup>29</sup>

6762 sayılı eTTK’da sınırlı sayı ilkesine tabi olmadan örnekleme amaçlı sayılmış olan haksız rekabet hallerine 6102 sayılı TTK’da yenileri eklenmiştir.<sup>30</sup> Dürüst ve bozulmamış rekabet kavramına uymayan haksız fiiller özel düzenlemelerin tanımına uymuyorlarsa da haksız rekabetin genel düzenlemesi çerçevesinde değerlendirilebilecektir.<sup>31</sup> Bu yeni eklemelerle saldırgan satış yöntemleri de 6102 sayılı TTK’daki yerini almış ve m. 55/I, a-8’de “müşterinin karar verme özgürlüğünü saldırgan satış yöntemleriyle sınırlamak” şeklinde düzenlenmiştir.

## A. Saldırgan Satış Yöntemlerinin Tanımı

### 1. Genel Olarak

Satış, bir mal veya hizmetin alıcıya bir bedel karşılığında sunulmasıdır.<sup>32</sup> Temel olarak bir mal veya hizmetin el değiştirmesi olarak nitelenen satışın tüketim toplumu odaklı düşünüldüğünde aslında bu kadar basitleştirilemeyeceği görülmektedir. Zira tüketim çarkının işleyebilmesi için satış gerçekleşmek zorundadır ve bu sebeple satış anındaki eylemler önem kazanmaktadır.<sup>33</sup> Satış yöntemleri olarak nitelendirilen bu eylemler, doğru zaman ve doğru mekânda alıcıyı mal ve hizmeti satın alma konusunda ikna etmek üzerine kuruludur.<sup>34</sup> Satın alma güdüsü üzerindeki olumlu etkiyi artırmak için uygulanan satış yöntemleri, satıcının eylemlerinde aşırıya gitmesi neticesinde alıcının iradesini sınırlayacak seviyeye gelebilmektedir. Bu noktada piyasaya olumlu etkisi olabilecek satış yöntemlerinin saldırgan nitelik kazanarak tam tersi etkiye yol açacağı söylenebilir.<sup>35</sup>

Türk hukukunda saldırgan satış yöntemlerine ilişkin bir hukuki düzenlemenin bulunmadığı zamanlarda, İsviçre hukukunda müşterinin karar alma sürecine yönelik gerçekleştirilen her türlü fiil katı bir şekilde haksız rekabet fiili olarak nitelendirilmekteydi. Ancak serbestleşen haksız rekabet hukuku ile birlikte saldırgan satış yöntemine farklı bir yorum getirildi ve müşterinin karar alma sürecinde özgürce hareket etmesini etkileyecek fiiller ile saldırgan satış yöntemleri sınırlandırıldı. Türk hukukunda uygulamada önceden beri sıklıkla karşılaşılan saldırgan satış yöntemlerine karşı hukuki bir düzenleme bulunmamakta; bu durum saldırgan satış yöntemlerinin hem satıcılar tarafından daha çok kullanılmasına hem de müşteriler nezdinde sorunlar yaşanmasına neden olmaktadır.<sup>36</sup> İsviçre hukukundaki yeni anlayışla çıkarılan Kanun esas alınarak Türk hukukunda da saldırgan satış yöntemleri düzenlenmiştir.<sup>37</sup> Hukukumuzda saldırgan satış yöntemlerinin hukuki düzenlemeye kavuşması 6102 sayılı TTK ile olmuştur.<sup>38</sup>

<sup>27</sup> ÖRS, s. 3; KARA, s. 730.

<sup>28</sup> AYHAN, s. 47-48; SAVAŞ, *Saldırgan Ticari Uygulamalar*, s. 5.

<sup>29</sup> CAN, Mustafa: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı 69, s. 159.

<sup>30</sup> CAN, s. 157; POROY/YASAMAN, s. 331.

<sup>31</sup> ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 314-315; SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 38.

<sup>32</sup> GÜRBÜZ, Ahmet / ERDOĞAN, Evrim: “Satış Çabalarının İşletme İçin Önemi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2006, Cilt 6, Sayı 22, s. 116.

<sup>33</sup> UYAR, Ahmet: “Satış Geliştirme Çabalarının Tüketiciler Açısından Değerlendirilmesi”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, Cilt 11, C-İASOS Özel Sayısı, s. 23.

<sup>34</sup> GÜRBÜZ / ERDOĞAN, s. 118; AKSOY, *Haksız Rekabetin Tespiti*, s. 135.

<sup>35</sup> KARABULUT, Muhittin: *Profesyonel Satışçılık ve Yönetimi*, 2. Baskı, Ünlü Bilimsel Yayınlar, İstanbul, 1998, s. 260; CAN, s. 158.

<sup>36</sup> ÇEKER, Mustafa: “Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”, *Banka ve Ticaret Dergisi*, 1996, Cilt 18, Sayı 3, s. 86; SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 41.

<sup>37</sup> SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 42; NOMER ERTAN, Füsün: *Haksız Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 23.

<sup>38</sup> OKAN, Neval: “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 4, (Saldırgan Satış), s. 76.

Haksız rekabetin sosyal yönü olarak değerlendirilen saldırgan satış yöntemleri 6102 sayılı TTK ile hukuki düzenlemeye kavuşmuş olmasına rağmen kavramın Kanunda bir tanımı yapılmamıştır.<sup>39</sup> Saldırgan satış yöntemi ile ilgili ilk açıklama ve tanıma 2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'nde rastlanmaktadır.<sup>40</sup> Direktif ile tüketiciyi piyasaya karşı yüksek seviyede koruma ve piyasa düzenini sağlama hedefleri esas alınarak ülkeler arasında uyumu azami seviyeye çıkarmak amaçlanmaktadır. Direktif'te tüketicinin haklarını koruma düşüncesi temel alınmıştır. Saldırgan satış yöntemleri; tacirin dürüstlük kuralına uymaksızın tüketici üzerinde aşırı baskı kullanarak, fiziksel şiddet kullanılarak yahut saldırgan ve baskıcı fiillerle tüketicinin karar verme yetisini etkileyerek seçme özgürlüğünü bozan ticari uygulamalar olarak tanımlanabilir.<sup>41</sup>

Direktif'in 8. maddesinde saldırgan satış yöntemleri “*bir ticari uygulama, kendi gerçekliği içerisinde, tüm özellik ve şartları dikkate alındığında, taciz, fiziksel şiddet dâhil cebir veya nüfuzun kötüye kullanılması yoluyla ortalama bir tüketicinin ürüne ilişkin seçim özgürlüğünü veya yaklaşımını ciddi şekilde bozuyorsa ya da bozması olasılığı mevcutsa ve bu suretle aksi halde almayacağı bir satın alma kararı vermesine yol açıyorsa ya da yol açması olasılığı varsa saldırgan olarak kabul edilir.*” denilerek tanımlanmıştır.<sup>42</sup>

Direktif'e göre saldırgan satış yöntemi saldırgan öğeler içermeli; etki, ciddi ve önemli olmalıdır.<sup>43</sup> Etkinin ciddi ve önemli oluşu ortalama bir tüketiciye göre belirlenmektedir.<sup>44</sup> Ortalama tüketici toplumsal ve kültürel olarak makul derecede bilgilendirilmiş, ortalama seviyede dikkatli ve gözlemci tüketici olarak kabul edilir.<sup>45</sup> Buna göre ortalama bir tüketicinin seçme özgürlüğünü önemli ölçüde bozan ve ortalama bir tüketiciyi kurmayacağı bir sözleşmeyi kurmaya yönelten yöntemler saldırgan satış yöntemi olacaktır.<sup>46</sup> Dolayısıyla tüketicinin karar alma serbestisini etkileyen her türlü fiilin değil, tüketicinin karar alma serbestisini önemli ölçüde bozan fiillerin saldırgan satış yöntemlerinin kapsamında olduğu görülmektedir.<sup>47</sup> Bu bağlamda müşteriyi ikna etme seviyesinde kalan fiillerin, müşterinin karar alma mekanizmasını kullanamaz hale getirecek seviyede olmadıkça yasal oldukları söylenebilir.<sup>48</sup> Ticari yaşamda satışların genellikle kendiliğinden gerçekleşmediği yadsınamaz bir gerçek olduğundan müşteriyi ikna etmeyi hedefleyen bu tür fiilleri içeren satış yöntemlerinin kullanılması da kaçınılmaz olmaktadır.<sup>49</sup>

Direktif'te saldırgan satış yöntemleri için bir tanım verilmiş ve saldırganlık tanımına uyabilmesi için belirli şartlar koşulmuş olmasına rağmen kara liste olarak adlandırılan ve koşullara bakılmaksızın saldırgan satış yöntemi sayılacak sekiz adet örneğe yer verilmiştir. Tüketicinin sözleşme kuruluncaya kadar binadan ayırlamayacağı izleniminin oluşturulması; satıcının, tüketici tarafından ürünleri veya hizmetleri satın alınmazsa, işinin veya geçiminin tehlikeye gireceğini tüketiciye açıkça bildirilmesi ve çocuklara, ilan edilen ürünleri almaları veya ebeveynlerini almaya ikna etmeleri veya diğer yetişkinleri

<sup>39</sup> GÜVEN, *Haksız Rekabet*, s. 43; AKSOY, *Haksız Rekabetin Tespiti*, s. 135.

<sup>40</sup> AKSOY, *Haksız Rekabetin Tespiti*, s. 69; SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 42.

<sup>41</sup> AKSOY, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, Cilt 1, Sayı 1, (Direktif), s. 310.

<sup>42</sup> ŞENOCAK, Kemal: “Haksız Rekabet Açısından Boykot”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 25, Sayı 1, s. 67.

<sup>43</sup> SCHUHMACHER, Wolfgang: “The Unfair Commercial Practices Directive”, (Ed.) HILTY, Reto / HENNING-BODEWIG, Frauke: *Law Against Unfair Competition*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2007, s. 127 ([https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-540-71882-6\\_7?LI=true#citeas](https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-540-71882-6_7?LI=true#citeas) E.T.: 15.02.2021); AKSOY, *Direktif*, s. 310.

<sup>44</sup> SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 64.

<sup>45</sup> PONCIBO, Cristina: “The EU Unfair Commercial Practices Directive: A Faltering First Step”, *London Law Review*, 2005, Cilt 1, Sayı 2, s. 27.

<sup>46</sup> PINAR, Hamdi: “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri”, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Bekleyen Sempozyumu*, 2012, İstanbul, (Sempozyum), s. 140; AKSOY, *Direktif*, s. 311.

<sup>47</sup> OKAN, *Saldırgan Satış*, s. 80; ÇINAR, s. 114.

<sup>48</sup> GÜVEN, *Haksız Rekabet*, s. 74; PINAR, s. 140.

<sup>49</sup> KARABULUT, s. 262; SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 48.

ilan edilen ürünleri onlar için almaya ikna etmeleri tembihini direkt olarak içeren ilanlar yapılması bunlardan bazılarıdır.<sup>50</sup>

6102 sayılı TTK'daki m. 55/I, a-8 düzenlemesinde “özellikle” saldırgan ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Bu ibare ile Direktif'e de uygun olarak müşteriye ikna etmek için yapılan her türlü saldırgan fiilin değil, özellikle saldırganlık özelliğinin öne çıkarak müşterinin seçim özgürlüğüne etki eden boyuta ulaşmış saldırgan fiillerin TTK kapsamında haksız rekabet sayıldığı belirtilmektedir. Bu durumun aksi sokakta dükkânına alışveriş için sizi davet eden her esnafı kapsayan bir hukuka aykırılık oluşturacak ve rekabet ortamının yasa yoluyla son bulmasına neden olacaktır.<sup>51</sup> 6102 sayılı TTK'da saldırgan yöntemler satış yöntemi olarak esas alınmış ve müşterinin seçim iradesini etkileyerek satın alma zorunluluğu altında bırakılmasını bu Kanun ile yasaklamıştır.<sup>52</sup>

Saldırgan satış yöntemine başvuran satıcıların genellikle satış yapmadığı takdirde işinden olacağı, ürünü satın almazsa müşterinin sağlığının tehlikeye gireceği, kampanyanın kısa süreliğine geçerli olduğu ve stokların azaldığı gibi söylemlere başvurduğu; ayrıca ürün satın alınmamasına rağmen müşterinin adresine fatura yollanması gibi yolların da tercih edildiği görülmektedir.<sup>53</sup>

## 2. Saldırgan Nitelik

Direktifte saldırgan ticari uygulamaların tanımının yanı sıra fiilin saldırganlık niteliği hakkında da bazı tanımlar yapılmıştır. Buna göre satıcının gerçekleştirdiği fiilin özellikle saldırgan nitelik arz edebilmesi için müşterinin sindirilmiş olması, müşteriye zorlama niteliği taşıması yahut müşterinin haksız bir tesir altında bırakılması gerekir.<sup>54</sup> Bu şartlardan herhangi birinin varlığı fiilin saldırgan olarak nitelenebilmesi için yeterliken uygulamada, genellikle, bu şartların iç içe gerçekleştiği ve birbirinden ayrılmasının zor olduğu görülmektedir.

İlk olarak, yapılan fiille müşterinin sindirilmiş olmasından ne anlaşılması gerektiğini incelendiğinde; sindirme fiilinin taciz anlamında kullanıldığını görülmektedir. Taciz müşterinin özel alanına, özel hayatına yapılmış olan müdahaledir. Müşteri satın aldığı mal ya da hizmeti ihtiyacı olduğu için veya istediği için değil, özel hayatına yapılan müdahalenin son bulması için almaktadır. Bu halde, müşterinin seçim serbestisinin önüne özel hayatının korunması kaygısı geçmiş; bu durum kararını etkilemiş olacaktır. Sindirme fiiline örnek olarak müşterinin evinin önüne gelen satıcının satış gerçekleştirene kadar oradan ayrılmaması verilebilir.<sup>55</sup> Taciz niteliğinin oluşması için bu nitelikteki davranışların uygulanma sıklığı ve sayısı da önem teşkil etmektedir. Buna göre telefonla satış yapılan bir durumda müşteri satış istemediğini ve bu konu için tekrar aranmak istemediğini belirttiğinde o müşteriye tekrar aramak artık taciz fiilini oluşturacaktır.<sup>56</sup>

Diğer saldırganlık şartı olan zorlama ise satıcının satışı gerçekleştirmek için kullandığı ikna yöntemlerinin müşteriye zorlayacak seviyelere ulaşması şeklinde tanımlanmaktadır. Zorlama, psikolojik baskı yahut fiziksel şiddetle olabilmektedir. Kullanılan ikna yöntemi içerisinde yapılan zorlama, malın veya hizmetin niteliği ile alakalı olmayıp müşterinin ılımlı tavrını kötüye kullanmak biçiminde ortaya çıkar.<sup>57</sup> Zorlama hali diğer iki şartın kapsamına girmeyen, başka bir ifade ile taciz niteliğinde olmayan

<sup>50</sup> AKSOY, *Direktif*, s. 316; GÜVEN, *Haksız Rekabet*, s. 79.

<sup>51</sup> OKAN, *Saldırgan Satış*, s. 81; NÖMER ERTAN, s. 243.

<sup>52</sup> AYHAN, s. 50.

<sup>53</sup> İNAN, Nurkut / PİKER, Mehmet B.: *Rekabet Hukuku El Kitabı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 64; GÜVEN, Pelin: *Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (Rekabet Hukuku), s. 213.

<sup>54</sup> AKSOY, *Direktif*, s. 311; SAVAŞ, *Saldırgan Ticari Uygulamalar*, s. 49.

<sup>55</sup> HOWELLS, Geraint / MICKLITZ-WILHELMSSON, Hans-W: *European Fair Trading Law*, 1. Published, Farnham, Ashgate Publishing, 2006, s. 5.

<sup>56</sup> SAVAŞ, *Saldırgan Ticari Uygulamalar*, s. 234.

<sup>57</sup> AKSOY, *Direktif*, s. 313.

yahut bir nüfuz etkisinin bulunmadığı durumlarda ortaya çıkan saldırgan fiillerin genel başlığı olarak geniş bir kapsama sahiptir.<sup>58</sup>

Son olarak haksız tesir denilen aşırı etki hali satıcının fiilinin saldırganlık niteliği kazanmasında rol oynar. Haksız tesir halinde satıcı müşteri üzerinde sahip olduğu nüfuzunu kötüye kullanarak müşterinin karar verme serbestisini önemli ölçüde etkilemektedir. Bu durumda müşteri, satın almış olduğu mal veya hizmeti kendi iradesiyle değil, satıcının nüfuzu sebebiyle satın almış olacaktır.<sup>59</sup>

Zorlama hali ile haksız tesir halinin birbirinden ayrılması oldukça güçtür. Müşteriye satın alma konusunda yapılan baskı her iki halde de müşterinin seçim serbestisini etkilemektedir. Ancak müşteri ile satıcı arasında nüfuz baskısı yaratacak bir bağ yoksa gerçekleştirilen fiil zorlama halinde kalacaktır. Örneğin, müşterinin satış konusu malı ya da hizmeti almazsa satıcının işinden olacağını belirtmesi, müşteri ile satıcı arasında bir hısnılık ya da arkadaşlık varsa, bu ilişkiden doğan nüfuz sebebiyle müşterinin karar serbestisini etkileyecektir. Ancak böyle bir bağ yok ise müşterinin karar serbestisi vicdanına yapılmış olan psikolojik baskı sebebiyle etkilenmiş olacaktır.<sup>60</sup>

### 3. Saldırgan Reklamlar

Reklam bir mal veya hizmetin beğenilmesi, istenilmesi için yapılan ve yazı, görsel gibi araçların kullanıldığı tanıtma çabasıdır. Reklamın başarısı mal veya hizmetin satış oranına yaptığı etkiyle ölçülür.<sup>61</sup> Ancak reklam yalnızca mal ve hizmetin tanıtılması, beğendirilmesi için ortaya koyulan bir çaba değildir. Bazı reklamlar ile markanın güçlendirilmesi de amaçlanabilmektedir.<sup>62</sup> Reklam, mal ve hizmetin satış anındaki yöntemler değil, satış öncesi ürüne alıştırmak amaçlı ortaya koyulan satışa yardımcı eylemlerdir. Ancak reklamın satışı artırma çabası yahut malın sürümünü sağlamak adına kullanılan yöntemler olduğu, bu sebeple de satış yönteminden ayrılamayacağı düşüncesi reklamların tanımı konusunda bir tartışmaya yol açmıştır.<sup>63</sup>

Reklamların bir satış yöntemi değil, satışa yardımcı bir araç olduğunu savunan görüşe göre saldırgan reklamlar TTK'nın 55. maddesi kapsamında değerlendirilemeyecek; genel düzenleme olan 54. madde kapsamında kalacaktır.<sup>64</sup> Kanun'un gerekçesinde de bu görüşün savunulduğu ve bu sebeple saldırgan reklamların saldırgan satış yöntemleri ile birlikte değerlendirilemeyeceği görülmektedir. Ancak karşıt görüşe göre reklamlar satış yönteminden ayrı olarak değerlendirilemeyecek kadar satış yönteminin içinde olan bir kavramdır.<sup>65</sup> Müşterinin seçim yapma serbestisi saldırgan reklamlarla da saldırgan satış yöntemi ile de sınırlansa 55. madde kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>66</sup>

Diğer bir görüşe göre, reklamın satış yöntemi olarak kabul edilip edilmemesine bakılmaksızın gerçekleşen satış işleminin saldırganlık niteliği reklamlardan kaynaklanıyorsa reklamların da saldırgan satış yöntemi içinde değerlendirilerek özel düzenlemeye dâhil edilmesi gerekir. Başka bir ifade ile önemli olan saldırgan yöntemin hangi aşamada kullanıldığı değil müşterinin karar verme sürecini etkileyip etkilemediğidir.<sup>67</sup>

<sup>58</sup> HOWELLS/ MICKLITZ WILHELMSSON, s. 10.

<sup>59</sup> AKSOY, *Haksız Rekabetin Tespiti*, s. 135; SAVAŞ, *Saldırgan Ticari Uygulamalar*, s. 235.

<sup>60</sup> ŞENOCAK, s. 75; OKAN, *Saldırgan Satış*, s. 78.

<sup>61</sup> GÜZ, Hanife: "Reklam Stratejisi ve Reklam Stratejisini Etkileyen Unsurlar", *Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 1, Sayı 4, s. 22.

<sup>62</sup> KAYA, Ferzinde: "Reklam ve Pazarlama Stratejileri: Bir Reklamda Olması Gerekenler", *Mecmua Dergisi*, 2018, Sayı 5, s. 109.

<sup>63</sup> NOMER ERTAN, s. 142; KATI, s. 16.

<sup>64</sup> OKAN, *Saldırgan Satış*, s. 80; PINAR, *Sempozyum*, s. 141.

<sup>65</sup> AYHAN / ÇAĞLAR, s. 74; KATI, s. 17.

<sup>66</sup> ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 348; SAVAŞ, *Saldırgan Ticari Uygulamalar*, s. 241.

<sup>67</sup> NOMER ERTAN, s. 250; SAVAŞ, *Saldırgan Ticari Uygulamalar*, s. 77.

Kanaatimizce reklamın genel amacı ürün satışını artırmak olsa da reklam için gerçekleştirilen eylemlerin satış öncesi bir zamanda gerçekleştirildiği unutulmamalıdır. Bu sebeple satış yöntemleri içinde değerlendirilmemesi gerekir. Reklamlar ancak satışa yardımcı eylemler olarak nitelendirilebilir. Zira satış yönteminin kullanıldığı uygun yer ve uygun zamanda satışa yönelik olumlu düşünceyi etkileme yönteminin reklamda kullanılmadığı açıktır. Bazı reklamların öncelikli olarak satış artırmak amaçlı olmayışı, markayı güçlendirmek için de yapılabileceği görüşümüzü destekler niteliktedir. Ancak reklamların değişen niteliği göz önüne alındığında somut duruma göre değerlendirme yapılarak reklamın kurulan sözleşmedeki yerini tespit etmenin gerekli olduğu düşünülmektedir. Sözleşme karşılıklı irade beyanlarının uyumu ile kurulur ve bu irade beyanlarından önce gelen öneri olarak adlandırılır. Sözleşme önerisinin amacı sözleşme kurulmasını sağlamaktır.<sup>68</sup> Bunun yanında öneriden önce önerinin oluşmasını sağlamak üzere karşı tarafa iletilen irade beyanı ise öneriye davet olarak nitelendirilir.<sup>69</sup> Eğer satılan şey, semen gibi sözleşmenin esaslı unsurlarını taşımanın yanında beyanı sunanın bağlanma niyetinde olduğunu da gösteriyorsa irade beyanı öneri olarak kabul edilmektedir. Kabul ile sözleşme kurulabilecektir.<sup>70</sup>

Genel bir değerlendirme yapıldığında reklamların ürünü çarpıcı bir şekilde tanıtmaktan öte olmayan, sözleşmenin esaslı unsurlarını taşımadığı gibi bağlanma niyeti de içermeyen beyanlar olduğu görülür. Bu sebeple reklamlar, genellikle, öneriye davet niteliğindedir.<sup>71</sup> Ancak genel durumun bu şekilde olması reklamların tek tek değerlendirmeye tabi tutulmaması için bir gerekçe değildir. Reklam yapanın reklamdaki beyanı ile bağlanma niyetinin bulunduğu görülüyorsa ve sözleşmenin esaslı unsurları reklamın içeriğine dâhilse reklam satış önerisi niteliğinde olacağından bu tür reklamlardaki saldırgan nitelik reklamın özel düzenleme içinde değerlendirilmesini gerekli kılacaktır.<sup>72</sup>

Reklamların satış yöntemi olarak nitelendirilmemesi, saldırgan niteliği haiz olduğu durumlarda bir hukuki yaptırımla karşılaşmayacağı anlamına gelmez. Yalnızca TTK'nın 55. maddesinde sayılan haksız rekabet fiillerinin özel hallerine giremeyecek olup doğrudan haksız rekabet fiili sayılması yerine haksız bir fiil olduğunun tespitinde genel hüküm olan 54. madde gereği, dürüstlük kuralı kapsamında bir inceleme yapılması gerekecektir.<sup>73</sup> Esasında dürüstlük kuralına aykırılık incelemesi dışında saldırgan reklamların hangi madde kapsamına girdiğinin yaptırımlar açısından bir önemi bulunmamaktadır. Zira 54 ve 55. madde kapsamındaki fiiller için aynı yaptırımlar öngörülmüştür.<sup>74</sup>

Saldırgan reklamlara örnek olarak müşterinin seçim yapma özgürlüğünü vicdanıyla engellemek suretiyle yapılan ilgili ürün satıldığı takdirde bedelin belirli bir miktarının hayır kurumlarına bağlanacağına belirtilmesi, satılan her ürün için bir fidan dikileceğinin belirtilmesi verilebilir.<sup>75</sup>

Telkin edici reklamlar olarak nitelendirilen ve müşterinin farkında olmaksızın seçim özgürlüğünü etkileyen bilinçaltı reklamlar da saldırgan niteliği haizdirler.<sup>76</sup> Gereksiz (*spam*) e-postaların ise tüketicide herhangi bir korku, suçluluk duygusu gibi seçim özgürlüğünü etkileyecek baskı oluşturmadığından saldırganlık özelliği bulunmamaktadır.<sup>77</sup> Ticari e-postalar, tüketicinin izin vermesi suretiyle onayı

<sup>68</sup> ANTALYA, O. Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 168; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 52.

<sup>69</sup> TEKELİOĞU, Numan: "Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 1, s. 7; KATI, s. 18.

<sup>70</sup> ANTALYA, s. 169; TEKELİOĞLU, s. 6.

<sup>71</sup> BOZBEL, Savaş: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 33; ASLAN, İsmail Yılmaz: *Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, s. 262.

<sup>72</sup> ÇINAR, s. 115; OKAN, *Saldırgan Satış*, s. 81; AYHAN / ÇAĞLAR, s. 393.

<sup>73</sup> TEKİL, Fehiman: *Ticari İşletme Hukuku*, 1. Baskı, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 1990, s. 231.

<sup>74</sup> ERDİL, s. 399; OKAN, *Saldırgan Satış*, s. 80.

<sup>75</sup> ÖZDEMİR, Semih Sırrı: *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 65; SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 78.

<sup>76</sup> ÖZTEK, Selçuk: "Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri", *Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan*, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1991, s. 425.

<sup>77</sup> PINAR, *Sempozyum*, s. 141.

altında gönderilen postalaradır.<sup>78</sup> Bu postaların gönderim sıklığı, gönderim saati gibi etkenler saldırgan olup olmadığını belirleyecektir.

## B. Diğer Düzenlemeler

### 1. Türk Borçlar Kanunu

Saldırgan satış yöntemlerinin kullanılması ile sözleşmenin diğer tarafının iradesinin aşırı şekilde etki altına alınması haksız rekabet oluşturmaktadır. Ancak bunun yanında aynı yöntemler başka hukuki kurumların işlemesine sebebiyet verir. Bu hukuki kurumların başında TBK'da düzenlenen gabin (aşırı yararlanma) ve irade bozuklukları gelmektedir.

Gabin, sözleşme kurulurken çeşitli sebeplerle zayıf konumda kalmış kişinin bu konumu sebebiyle daha fazla zarara uğramasını önlemek amacıyla TBK'nın 28. maddesinde düzenlenmiştir. Bir sözleşme karşılıklı irade beyanlarının uyumunu ile kurulmakta ve iradelerin serbestliği sözleşme özgürlüğü ilkesi gibi temel ilkelerle korunmaktadır. Bu çerçevede sözleşmede belirlenmiş olan edimlerin arasında oransızlık bulunması tarafların iradelerine bağlı olduğundan mümkün görünmektedir. Ancak oransızlık zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştiriliyorsa zayıf tarafın korunması gerektiği düzenlenmiştir.<sup>79</sup> Buna göre zayıf taraf durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Zayıf kişileri etkili olarak koruma amacıyla yargı kararlarında zarar görenin zor durumda kalması halinin geniş yorumlandığı görülmektedir. Yaşlılık, hastalık, uyuşturucu ve alkol bağımlılığı, saldırgan satış yöntemlerinin etkisi altında kalmak zor durum içerisinde değerlendirilir.<sup>80</sup> Bu çerçevede saldırgan satış yöntemlerinin kullanılması ile buna maruz kalan kişinin bu durumunun bilinerek karşı tarafça sömürülmesi sonucunda edimleri arasında aşırı şekilde oransızlık ortaya çıkarıyorsa, gabin hükümlerine dayanılabilecektir.<sup>81</sup>

Sözleşme görüşmeleri esnasında sözleşmeyi kuracak olan taraf iradelerinde ortaya çıkan bozukluklar irade bozuklukları olarak adlandırılır. İrade bozuklukları TBK'da yanıltma, aldatma ve korkutma olmak üzere üç başlık altında düzenlenmiştir. Bir tarafın sözleşmenin karşı tarafında, şeklinde, saikte esaslı şekilde yanıltması gibi durumlar yanıltma yoluyla irade sakatlığını oluşturacaktır. Sözleşmenin bir tarafının diğerini aldatma kastıyla sözleşmeyi kurmaya ikna etmesi, yanıltma esaslı olmasa dahi, aldatma yoluyla irade sakatlığı oluşturacaktır. Son olarak taraflardan birinin veya üçüncü kişinin diğer tarafı korkutması sonucu sözleşmenin kurulduğu haller ise korkutma yoluyla irade sakatlığı halleridir.<sup>82</sup> Saldırgan satış yöntemleri çerçevesinde değerlendirildiğinde bir satış yönteminin saldırgan kabul edilebilmesi için müşterinin sözleşmeyi kurma yönündeki iradesinin ciddi şekilde etkilenmesi, başka bir ifade ile iradesinin bozulması gerekir. Bu seviyeye gelmemiş olan satış yönteminin saldırgan olmadığı, yalnızca ticari yaşamın gereği olan bir ikna yöntemi olduğu kabul edilir. Karşı tarafın iradesini ciddi şekilde etkileyecek, aslında yapmayacağı bir sözleşmeyi yapmaya ikna edecek saldırgan satış yöntemi karşı tarafın aldatılarak iradesinin bozulması çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Kullanılan saldırgan satış yöntemi, karşı tarafın aldatma kastı ile ikna edilmesi, aldatma fiili olmasaydı ilgili satı-

<sup>78</sup> OKAN, Neval: "İnternette Haksız Rekabet", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 1, (Haksız Rekabet), s. 133.

<sup>79</sup> OKUMUŞ, Selmani: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 35; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 434.

<sup>80</sup> ÇAKIRCA, Seda İrem: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 167.

<sup>81</sup> OKUMUŞ, s. 145; SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 86.

<sup>82</sup> ZEVKİLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTCU, Ayşe / AYDOĞDU, Murat / CUMALIOĞLU, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler*, 2. Baskı, Fakülteler Barış Yayınları, İzmir, 2013, s. 181; KARABEY, Fatih: *Türk Borçlar Hukukunda Hile Kavramı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyon, 2018, s. 3.



şın gerçekleşmeyeceği sonucunu doğuruyorsa<sup>83</sup> haksız rekabet hükümlerinin yanında TBK'nın aldatma yoluyla irade bozukluğu düzenlemelerinin hüküm ve sonuçlarına da dayanabilecektir.

## 2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Saldırgan satış yöntemleri yalnızca TTK'da düzenlenmemiştir. Saldırgan satışın muhatabı olan tüketicinin zarara uğrayan menfaatlerinin korunması amacıyla TKHK'da de saldırırgan satış yöntemlerine ilişkin düzenleme mevcuttur. Bu Kanun Türk Ticaret Kanunu'na göre özel kanun olması ve daha sonra yürürlüğe girmiş olması sebebiyle öncelikli olarak uygulanacaktır. Başka bir ifadeyle haksız rekabete konu olan fiil TKHK'da düzenlenmiş bir fiilse öncelikle bu Kanun uygulanacak; bu Kanun'un kapsamadığı durumlarda TTK'ya gidilebilecektir.<sup>84</sup>

Haksız ticari uygulamalar konusunda da TKHK'da geniş bir düzenleme mevcut olup TTK'daki haksız rekabet düzenlemesinden önce bu Kanun kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir.<sup>85</sup> TKHK'nin 62. maddesinde haksız ticari uygulamalar tanımlanmış ve tüketiciye karşı yapılan ve tüketicinin davranış biçimini önemli ölçüde bozan veya önemli ölçüde bozma ihtimali olan haksız uygulamalar yasaklanmıştır. Haksız ticari uygulamalar içerisinde de, özellikle, aldatıcı ve saldırırgan nitelikte olanlara dikkat çekilerek düzenleme yapılmıştır.<sup>86</sup> Bu düzenlemeden sonra saldırırgan satış yöntemleri açısından TTK'nın uygulama alanının büyük oranda daraldığı söylenebilecektir.

## 3. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği

TKHK esas alınarak çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği de saldırırgan satış yöntemlerine karşı koruma sağlamaktadır. Haksız uygulama ve reklam gibi haksız rekabette kullanılan birçok kavramın tanımı bu Yönetmelik ile yapılmıştır. Saldırgan ticari uygulamalar da Türk hukukunda ilk kez bu Yönetmelik ile tanımlanmıştır. Yönetmelik'in 31. maddesinde saldırırgan ticari uygulamalar tanımlandıktan sonra saldırırgan nitelik taşımadaki hususlar belirtilmiştir. Yönetmelik'in bu bölümünde 2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'ndeki düzenlemeler esas alınmıştır. Bu durum Türk hukukunun AB hukuku ile uyumlu hale getirilmeye çalışılmasının bir sonucudur.<sup>87</sup> Yine Direktif'teki kara liste denilen saldırırgan ticari uygulamalara örnek mahiyetinde verilen uygulamalar gibi Yönetmelik'in sonunda da saldırırgan ticari uygulamalar için örnekler sayılmıştır.<sup>88</sup> Sözleşme yükümlülüğünü yerine getirme hali dışında, tüketicinin meskenini terk etme ve geri gelme yönündeki ikazlarına aldırmadan tüketicinin evine ziyaretler yapmaya devam etmek; tüketiciye, mal veya hizmeti almaması halinde ticari uygulamada bulunanın iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğini söylemek bu örneklerden bazılarıdır.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ile müşteri saldırırgan nitelikteki reklamlara karşı da korunabilecektir. Reklamlarda uyulması gereken temel ilkeler Yönetmelik'in 5. maddesinde sayılmıştır. Buna göre saldırırgan niteliği haiz olabilecek, tüketicilerin korku ve batıl inançlarını istismar eden, toplumu endişeye sevk edecek hastalık, yaralanma görüntüleri içeren ve hastalığın tedavisi öncesi ve sonrası görüntülerini içeren reklamlar gibi reklamlar temel ilkelere uymayan reklamlar olarak nitelendirilmiştir. Yönetmelik'in 6. maddesinde telkin edici reklamlar olarak adlandırılan ve saldırırgan özelliği taşıyan bilinçaltı reklamların yapılması da yasaklanmıştır. 7. maddede ise reklamlar için genel bir doğruluk ve dürüstlük tanımlaması yapılarak reklamların haksız rekabete yol açmayacak şekilde olmaları gerektiği belirtilmiştir.

<sup>83</sup> YAVUZ, Elif: *Türk ve İngiliz Hukukunda Hile Kavramına Bakış*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 22; KARABEY, s. 13.

<sup>84</sup> ŞEKERCİ, Rıza / ŞEKERCİ, Müfide: *Mevzuatımızda Tüketicinin Korunması*, 1. Baskı, İnkılap Yayınları, İstanbul, 1996, s. 65; DERYAL, Yahya: *Tüketici Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 38.

<sup>85</sup> DERYAL, s. 106; SAVAŞ, *Saldırgan Ticari Uygulamalar*, s. 52.

<sup>86</sup> TOPÇUOĞLU, s. 28.

<sup>87</sup> PINAR, *Sempozyum*, s. 141; SAVAŞ, *Saldırgan Satış Yöntemleri*, s. 50.

<sup>88</sup> OKAN, *Saldırgan Satış*, s. 80; SAVAŞ, *Saldırgan Ticari Uygulamalar*, s. 44.

Yönetmelik'in haksız ticari uygulamalar bölümünde reklamların da dâhil olduğu ticari uygulamalar, 31. maddede saldırgan niteliği haiz olmaları bakımından değerlendirilmiştir. Saldırgan ticari uygulamaları ortalama bir tüketicinin mal veya hizmeti seçme noktasındaki özgürlüğünü cebir, şiddet veya haksız tesir yoluyla önemli ölçüde etkileyecek uygulama olarak tanımlayan Yönetmelik, ek olarak saldırgan ticari uygulamalara örnek vermiştir. Ayrıca ticari elektronik iletiler yoluyla yapılan saldırgan reklamlar için de 6563 sayılı ETDHK çerçevesinde tüketiciye koruma sağlanacaktır.<sup>89</sup> Bu Yönetmelik ile ticari elektronik ileti göndermek isteyen satıcıların alıcılardan onay alma zorunluluğu getirilmiş; alıcılara diledikleri zaman bu onayı geri çekebilme imkânı tanınmıştır. Teknik bilgi, ürüne ilişkin tanıtıcı bilgi ve satıcıya ilişkin güvenilir bilgi zorunluluğu da getiren Yönetmelik ticari elektronik ileti yoluyla gerçekleşen saldırgan reklam fiillerine karşı alıcıyı koruma altına almış ve satıcı için çeşitli yaptırımlar öngörmüştür. Böylelikle tüketici saldırgan reklamlar açısından çok yönlü olarak yeterli korumaya sahip olmaktadır.

#### 4. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun

Saldırgan satış yöntemleri, hızla gelişen teknolojik hayatın bir getirisi olarak elektronik ticarete de kullanılmaya başlanmıştır. Yukarıda da açıklamış olduğumuz ticari elektronik postalar yahut elektronik satışlar bunun örneğini oluşturmaktadır. 6563 sayılı ETDHK'da ticari elektronik iletiler hakkında düzenlemeler yapılarak elektronik ticarete kullanılan saldırgan satış yöntemlerine karşı öncelikli koruma oluşturulmuştur.<sup>90</sup> Elektronik ticarete alıcıya verilmesi gereken sözleşme bilgileri ve teknik bilgilerin doğruluğunu garanti etme yükümlülüğü, aksi halde satıcıya yaptırım uygulanması, ticari elektronik postalarda alıcının onayı şartının aranması gibi hususlar ile elektronik ticaretin de saldırgan satış yöntemlerine karşı korunduğu söylenebilecektir.

#### SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Serbest piyasa düzenininin sağlanması açısından gerekli olan serbest rekabet ortamı, üreticinin istediği alanda sınırlama olmaksızın üretim yapmasını ve ürettiği ürünleri pazara sunmasını sağlar. Bunun yanında tüketici de özgür bir şekilde, sunulan ürünler arasından seçimini yapabilmelidir. Serbest rekabet ortamının bu özgür yapısını bozan bazı fiiller haksız rekabet fiili olarak nitelendirilmiş ve serbest piyasanın sağlanabilmesi açısından bu haksız fiiller devlet tarafından düzenlenmiş; bu düzenlemelere aykırılıklar için çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür.

Haksız rekabet halleri başlangıçta yalnızca rakipler arasındaki bir haksız fiil olarak ele alınsa da piyasadaki rollerin rakiplerle sınırlı olmadığı anlaşılmış ve buna göre yeni düzenlemeler bütün katılanları koruyacak şekilde genişletilmiştir. Piyasa ekonomisini seçimleriyle etkileyecek aktif rollerden biri de tüketiciye aittir. Haksız rekabet fiillerinin tüketicinin başrolünde olduğu bir türü olan saldırgan satış yöntemleri, kanunlardaki bu kapsam genişlemesi sayesinde hukuki düzenlemelerde yerini bulmuştur.

Saldırgan satış yöntemleri, tüketicinin mal veya hizmet alırken sahip olması gereken seçim yapma özgürlüğünü önemli ölçüde etkileyen saldırgan fiillerin satış için kullanılmasıdır. Kanun kapsamına her saldırgan satış yöntemi değil, satışın yapılmasında diğer özelliklerinden ziyade saldırganlık özelliği öne çıkan yöntemler girmektedir.

Saldırgan satış yöntemleri ile ilgili ilk düzenlemeler AB Direktifi ile yapıldığından saldırgan satış yöntemleri, bu Direktif'teki düzenlemeler ışığında incelenmiştir. Buna göre bir satış yönteminin saldırgan olup olmadığı üç şarta bağlıdır. Üç şarttan herhangi birinin varlığı saldırganlık niteliği için yeterlidir. Bu şartlar sindirme, zorlama ve haksız tesirdir. Sindirme; tüketicinin özel hayatına, özel alanına müdahale eden yöntemleri kapsamaktadır. Bu halde tüketici mal veya hizmeti ihtiyacı olduğu için değil, özel hayatına tecavüzün sona ermesi için almaktadır. İkinci hal olan zorlamada, tüketicinin se-

<sup>89</sup> HAMAMCIOĞLU, Esra: "Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, Sayı 35, s. 60.

<sup>90</sup> HAMAMCIOĞLU, s. 45.

çim yapma serbestisini etkileyecek şekilde tüketiciye psikolojik veya fiziksel şiddet kullanılarak yapılan satış söz konusudur. Haksız tesirde ise üretici, tüketici üzerinde sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanarak tüketicinin seçim yapma serbestisini etkilemektedir.

Saldırgan satış yöntemleri olarak düzenlenen maddenin gerekçesinde saldırgan reklamların ilgili maddenin kapsamında olmadığı, genel haksız rekabet hükümlerine tabi oldukları belirtilmiştir. Buna göre saldırgan reklamlar satış yöntemi olmayıp satışa yardımcı karakterdedir. Bu sebeple madde kapsamında sayılamazlar. Ancak doktrinde aksi görüşteki bazı yazarlara göre, reklamlar satıştan ayrı değerlendirilemeyecek kadar satışa bağlı olduğundan saldırgan reklamlar da saldırgan satış yönteminin düzenlendiği madde kapsamına girmelidir. Saldırgan reklamlar haksız rekabet hükümlerine göre değerlendirilmeye alınırsa reklamların dürüstlük kuralına aykırılığı incelenecek, ancak saldırgan satış yöntemleri içerisinde değerlendirilirse ayrıca incelemeye gerek kalmaksızın dürüstlük kuralına aykırı kabul edilecektir. Yaptırımlar konusunda genel bir düzenleme olduğundan pratikte bu durum dışında bir fark bulunmamaktadır.

Saldırgan satış yöntemleri Türk hukukunda yalnızca TTK ile değil, piyasada aktif rolü bulunan tüketiciyi koruma kapsamına alan TKHK ile de düzenlenmiştir. Hatta bu Kanun esas alınarak çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde saldırgan satış yöntemleri Türk hukukunda ilk kez tanımlanmış ve Yönetmelik'te saldırgan satış yöntemlerine örnekler verilmiştir. AB Direktifi esas alınarak hazırlanan bu Yönetmelik Avrupa Birliği hukukuna uyum sağlamak amacıyla atılmış bir adımdır. Son olarak 6563 sayılı ETDHK'da ticari elektronik iletiler hakkında düzenlemeler yapılarak elektronik ticarete kullanılan saldırgan satış yöntemlerine karşı öncelikli koruma oluşturulmuştur. Bu kanunlar, TTK'ya göre yeni ve özel kanun olduklarından TTK'nın uygulama alanı büyük oranda daralmıştır.

Çalışmada, saldırgan satış yönteminin haksız rekabet hukukundaki yeri incelenmiştir. İlgili düzenlemeler değerlendirilerek satışın hangi hallerde saldırgan nitelikte olduğu ve haksız rekabet kapsamında sayılacağı saptanmıştır. Saldırgan satış yöntemleri için TTK'da öngörülmüş olan yaptırımlar ve saldırgan satış yöntemlerinin diğer hukuki düzenlemelerdeki kapsamı incelenmiştir. Bu çerçevede, kanaatimizce, saldırgan satış yöntemleri ile ilgili düzenlemeler gelmiş olduğu nokta itibariyle müşterilerin korunması açısından yeterlidir. Ancak saldırgan reklamlar ile ilgili belirsizliğin giderilmesi için ek bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu görülmektedir.

## KAYNAKÇA

- ADAK, Ağah: “Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yoluyla Haksız Rekabet”, *Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 1975, Sayı 4, s. 351-366.
- AKSOY, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, Cilt 1, Sayı 1, s. 279-318 (Direktif).
- AKSOY, Mehmet Ali: *Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011 (Haksız Rekabetin Tespiti).
- ANTALYA, O. Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- ARKAN, Sabih: “Haksız Rekabet, Gelişmeler, Sorunlar”, *Banka ve Ticaret Dergisi*, 2004, Cilt 22, Sayı 4, s. 5-20 (Haksız Rekabet).
- ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Baskı, Savaş Kitap, Ankara, 2011 (Ticari İşletme Hukuku).
- ASLAN, İsmail Yılmaz: *Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2005.
- ASLAN, İsmail Yılmaz: *Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin: *Ticari İşletme Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- AYHAN, Rıza: “Ticari İş-Ticari İşletme-Tacir Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 31-53.
- BALLI, Mehmet: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet Kavramı ve Unsurları”, *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, 2015, Sayı 5, s. 62-72.
- BOSNALI, Özge / ÖZÇELİK, Büşra: “İnternet Ortamında Haksız Rekabet”, *GSI Articleletter*, İstanbul, 2015.
- BOZBEL, Savaş: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- CAN, Mustafa: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı 69, s. 151-176.
- ÇAKIRCA, Seda İrem: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ÇEKER, Mustafa: “Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”, *Banka ve Ticaret Dergisi*, 1996, Cilt 18, Sayı 3, s. 86-115.
- ÇINAR, Nihal: *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- DERYAL, Yahya: *Tüketici Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- DÖNMEZ, İrfan: *Markalar ve Haksız Rekabet Davaları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1987.
- ERDİL, Ergin: *Haksız Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- GÖKSOY, Yaşar Can: “Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 9, Sayı 2, s. 143-174.
- GÜRBÜZ, Ahmet / ERDOĞAN, Evrim: “Satış Çabalarının İşletme İçin Önemi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2006, Cilt 6, Sayı 22, s. 116-134.
- GÜVEN, Pelin: *Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 (Rekabet Hukuku).
- GÜVEN, Şirin: *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2012 (Haksız Rekabet).

- GÜZ, Hanife: “Reklam Stratejisi ve Reklam Stratejisini Etkileyen Unsurlar”, *Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 1, Sayı 4, s. 20-28.
- HAMAMCIOĞLU, Esra: “Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, Sayı 35, s. 43-72.
- HOWELLS, Geraint / MICKLITZ-WILHELMSSON, Hans-W: *European Fair Trading Law*, 1. Published, Ashgate Publishing, Farnham, 2006.
- İNAN, Nurkut / PİKER, Mehmet B.: *Rekabet Hukuku El Kitabı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- KARA, Mustafa Sencer: “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Rekabet Hükümleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 20, Sayı 1-2, s. 723-742.
- KARABEY, Fatih: *Türk Borçlar Hukukunda Hile Kavramı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyon, 2018.
- KARABULUT, Muhittin: *Profesyonel Satışçılık ve Yönetimi*, 2. Baskı, Ünlü Bilimsel Yayınlar, İstanbul, 1998.
- KARAHAN, Sami: *Ticari İşletme Hukuku*, 22. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2011.
- KARAYALÇIN, Yaşar: *Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.
- KATI, Zülal: *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017.
- KAYA, Ferzinde: “Reklam ve Pazarlama Stratejileri: Bir Reklamda Olması Gerekenler”, *Mecmua Dergisi*, 2018, Sayı 5, s. 99-111.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal: *Ticaret Hukuku Birinci Cilt İşletme Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- NOMER ERTAN, Fusun: *Haksız Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- OKAN, Neval: “İnternette Haksız Rekabet”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 1, s. 123-139 (Haksız Rekabet).
- OKAN, Neval: “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 2, Sayı 4, s. 73-85 (Saldırgan Satış).
- OKUMUŞ, Selmani: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.
- ÖRS, Fahri Halil: *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet*, Ziraat Bankası Matbaası, Ankara, 1958.
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı: *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.
- ÖZEL, Çağlar / ÖZDEMİR, Semih Sırrı: “Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı, s. 189-206.
- ÖZTEK, Selçuk: “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, *Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan*, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1991, s. 417-429.
- PINAR, Hamdi: “Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet İlişkisi”, *Rekabet Dergisi*, 2014, Cilt 15, Sayı 2, s. 59-87.
- PINAR, Hamdi: “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri”, *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu*, İstanbul, 2012 (Sempozyum).
- PONCIBO, Cristina: “The EU Unfair Commercial Practices Directive: A Faltering First Step”, *London Law Review*, 2005, Cilt 1, Sayı 2, s. 317-337.

- POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: *Ticari İşletme Hukuku*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- SAVAŞ, Firdevs: “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2017, Cilt 18, Sayı 2, s. 227-248 (Saldırgan Ticari Uygulamalar).
- SAVAŞ, Firdevs: *Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018 (Saldırgan Satış Yöntemleri).
- SCHUHMACHER, Wolfgang: “The Unfair Commercial Practices Directive”, (Ed.) HILTY, Reto / HENNING-BODEWIG, Frauke: *Law Against Unfair Competition*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2007, s. 127-137.
- SEZGİN, Erin: *İltibas Suretiyle Haksız Rekabet*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.
- ŞEKERCİ, Rıza / ŞEKERCİ, Müfide: *Mevzuatımızda Tüketicinin Korunması*, 1. Baskı, İnkılap Yayınları, İstanbul, 1996.
- ŞENER, Oruç Hami: *Ticari İşletme Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ŞENOCAK, Kemal: “Haksız Rekabet Açısından Boykot”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 25, Sayı 1, s. 67-95.
- TEKELİOĞU, Numan: “Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 1, s. 1-34.
- TEKİL, Fehiman: *Ticari İşletme Hukuku*, 1. Baskı, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 1990.
- TOPÇUOĞLU, Metin: “Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 24, s. 15-36.
- UYAR, Ahmet: “Satış Geliştirme Çabalarının Tüketiciler Açısından Değerlendirilmesi”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, Cilt 11, C-İASOS Özel Sayısı, s. 22-35.
- ÜNAL, Şeref: “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1988, Cilt 8, Sayı 1, s. 71-83.
- YAVUZ, Elif: *Türk ve İngiliz Hukukunda Hile Kavramına Bakış*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- ZEVKLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTCU, Ayşe / AYDOĞDU, Murat / CUMALIOĞLU, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler*, 2. Baskı, Fakülteler Barış Yayınları, İzmir, 2013.

**Çeviri**

---





## Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda Davası<sup>(\*)</sup>

*Case of Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*

Çev. Recep Ersel ERGE  

Araştırma Görevlisi

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

### Anahtar Kelimeler

*Bosphorus Davası,*  
*M. & Co. Doktrini,*  
*Eşdeğer Koruma,*  
*Ölçülülük,*  
*Mülkiyet Hakkı,*  
*Avrupa İnsan Hakları*  
*Sözleşmesi,*  
*İnsan Hakları.*

### Öz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde (AİHM) 45036/98 başvuru numarasıyla görülen *Bosphorus* davası 30 Haziran 2005'te Büyük Dairenin kararı ile sonuçlanmıştır. Bu metin söz konusu kararın İngilizce metninden yapılan çeviridir. *Bosphorus* davası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olan devletlerin başka uluslararası antlaşmalara taraf veya uluslararası örgütlere üye olmaktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini ihlal edip etmediklerinin AİHM tarafından denetlendiği davalardan biridir. Davanın esası iki hukuki sorunun ele alınmasını içermektedir: Birincisi uyumsuzluk konusu müdahalenin İrlanda makamlarına atfedilebilirliğine bağlı olarak mahkemenin yargılama yetkisine sahip olup olmadığı, ikincisi de yargılama yetkisinin tespit edilmesinden sonra mülkiyet hakkının İrlanda Devleti'nce ihlal edilip edilmediğidir. İhlal değerlendirmesi mülkiyet hakkına ilişkin kararlarda olağan olan muhakeme sırasını izlemekte, fakat müdahalenin meşruiyetinin sorgulanmasına sıra geldiğinde, bu tür uyumsuzluklarda gündeme gelen eşdeğer korumaya ilişkin *M. & Co.* doktrininin tartışmalı bir uygulamasını içermektedir. Sonuçta mahkeme başvuru şirketin mülkiyet hakkı ihlaline ilişkin iddialarını iki temel gerekçeyle reddetmiştir. Birincisi müdahalenin İrlanda'nın uygulamaktan kaçınmayacağı bir Avrupa Topluluğu tüzüğüne dayanması, ikincisi de Topluluğun AİHS sistemine eşdeğer insan hakları koruması sağlamasıdır. Mahkemenin iki tespiti de öğretilerde eleştirilmiş olup kararın Türkçe çevirisi bu tür davalar hakkında yapılacak yeni çalışmalara katkı sağlayabilecektir.

### Keywords

*Bosphorus Case,*  
*M. & Co. Doctrine,*  
*Equivalent Protection,*  
*Proportionality,*  
*Right to Property,*  
*European Convention on*  
*Human Rights,*  
*Human Rights.*

### Abstract

The *Bosphorus* case before the European Court of Human Rights (application no. 45036/98) was finalized by the Grand Chamber judgment delivered on the 30<sup>th</sup> of June 2005. The presented text is a translation of the judgment from the English text. *Bosphorus* case is one of those cases in which the Court reviews whether a state party to the European Convention on Human Rights violates its obligations under the Convention while fulfilling obligations arising from other conventions or organisations that it is a party to or a member of. Merits of the case includes the examination of two legal issues: First one is whether the Court has jurisdiction in relation to the issue of attributability of the disputed interference to the Irish authorities, and having determined the jurisdiction, the second issue is whether the Irish state had violated the right to property. The assessment on the violation follows the usual order of consideration for judgments regarding the right to property, but when it comes to the examination of the legitimacy of the interference, the assessment involves a controversial application of the *M. & Co.* doctrine regarding the equivalent protection, which comes into question in such cases. In conclusion, the Court rejects the claims made by the applicant company on the right to property essentially on two grounds: Firstly, according to the Court, the interference was based on a European Community regulation that Ireland could not have abstained from execution, and secondly the Community had provided an equivalent protection of human rights to that of the Convention system. Both findings having been criticized by scholars, the Turkish translation of the judgment might be a contribution to the prospective studies regarding such cases.

<sup>(\*)</sup> Çeviri.  
 Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 05.04.2021, Kabul Tarihi: 07.07.2021.

Çeviriyi gözden geçirip bazı terimlerle ilgili özel olarak araştırma yapma zahmetine katlanan uluslararası hukukçu arkadaşım Oğuzhan Öztürk'e ve yine karar boyunca kullanılan bazı terimlerin karşılığı konusunda yol gösteren Dr. Özgür Temiz'e teşekkür ederim.

## ÇEVİRENİN NOTU

Davanın esasına temel oluşturan olguların karmaşıklığından dolayı bu olguları tarih sırasıyla gösteren aşağıdaki listenin araştırmacılar için faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

Eylül 1991	YFC'ye karşı BM yaptırımlarının başlaması
Mart 1992	Türkiye merkezli Bosphorus şirketinin kuruluşu
Nisan 1992	Bosphorus ile JAT arasında kira sözleşmesi, Hava araçlarından birinin Bosphorus'a teslimi
Mayıs 1992	İkinci hava aracının Bosphorus'a teslimi, Bosphorus'un hava yolu lisansını alıp faaliyete başlaması
Ocak 1993	Bosphorus ile TEAM arasında görüşmelere başlanması
17 Nisan 1993	820 (1993) sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı
28 Nisan 1993	(EEC) 990/93 sayılı Avrupa Topluluğu Tüzüğü
17 Mayıs 1993	Bosphorus ile TEAM arasında bakım sözleşmesi
28 Mayıs 1993	Bakımın sona ermesi, Bakım bedelinin TEAM'e ödenmesi, Ulaştırma Bakanlığının hava aracını Dublin'de alıkoyması
4 Haziran 1993	144 sayılı Kararname
8 Haziran 1993	Ulaştırma Bakanı'nın Tüzük'ün 8. maddesi gereğince hava aracını bağlama kararı
Kasım 1993	Bosphorus'un 8 Haziran tarihli bağlama kararına karşı İstinaf Mahkemesinde iptal davası açması
21 Haziran 1994	İstinaf Mahkemesinin 8 Haziran 1993 tarihli bağlama kararını iptali
5 Ağustos 1994	Ulaştırma Bakanı'nın Tüzük'ün 9. maddesi gereğince hava aracını bağlama kararı
8 Ağustos 1994	21 Haziran 1994 tarihli İstinaf Mahkemesi kararının Ulaştırma Bakanlığınca Yüksek Mahkemede temyizi
23 Eylül 1994	943 (1994) sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı
10 Ekim 1994	(EC) 2472/94 sayılı Tüzük
12 Şubat 1995	Yüksek Mahkemenin AAD'ye ön karar başvurusu
22 Ocak 1996	İstinaf Mahkemesinin 5 Ağustos 1994 tarihli bağlama kararını iptali
7 Şubat 1996	22 Ocak 1996 tarihli İstinaf Mahkemesi kararının İrlanda hükümetince Yüksek Mahkemede temyiz
30 Nisan 1996	Kanun Sözcüsü'nün AAD'ye görüşünü sunması
Mayıs 1996	Bosphorus ile JAT arasındaki kira sözleşmesinin sona ermesi

30 Temmuz 1996	AAD kararı
6 Ağustos 1996	Ulaştırma Bakanı'nın -AAD kararı üzerine- hava aracını tekrar Tüzük'ün 8. maddesine dayanarak bağlaması
29 Ekim 1996	Bosphorus'un Yüksek Mahkemeye ek beyanları ve Mahkemeden son talepleri
29 Kasım 1996	Ulaştırma Bakanı'nın 8 Ağustos 1994 tarihli temyiz davasının Yüksek Mahkemece kabulü
25 Mart 1997	Bosphorus'un Komisyona bireysel başvurusu
30 Temmuz 1997	Ulaştırma Bakanlığının hava aracının JAT'ye dönmesine izin vermesi
Mayıs 1998	Ulaştırma Bakanlığının 7 Şubat 1996 tarihli temyiz davasının Yüksek Mahkemece kabulü

Çeviride “İstinaf Mahkemesi” terimi kaynak metindeki *High Court* terimine karşılık olarak, “Yüksek Mahkeme” terimi de *Supreme Court* terimine karşılık olarak kullanılmaktadır. Bunun dışında kararda iki yerde geçen *Institut de formation en droits de l’homme du barreau de Paris* ifadesinin “Paris Barosu İnsan Hakları Eğitim Enstitüsü” anlamına geldiği not edilebilir.

### **Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda davasında,**

Sn. C.L. ROZAKIS, *Başkan,*

Sn. J.-P. COSTA,

Sn. G. RESS,

Sn. Nicolas BRATZA,

Sn. I. CABRAL BARRETO,

Sn. F. TULKENS,

Sn. V. STRÁŽNICKÁ,

Sn. K. JUNGWIERT,

Sn. N. VAJIC,

Sn. J. HEDIGAN,

Sn. M. PELLONPÄÄ,

Sn. K. TRAJA,

Sn. S. BOTOCHAROVA,

Sn. V. ZAGREBELSKY,

Sn. L. GARLICKI,

Sn. A. GYULUMYAN, *yargıçlar,*

ve Sn. P.J. MAHONEY'nin, *Yazı İşleri Müdürü,*

Katılımıyla Büyük Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

29 Eylül 2004 ve 11 Mayıs 2005'te kapalı olarak müzakere ettikten sonra,

Anılan ikinci tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

## USUL

1. Dava, Türkiye’de kayıtlı bir şirket olan Bosphorus Hava Yolları Turizm (“başvurucu şirket”) tarafından İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) eski 25. maddesi kapsamında İrlanda’ya karşı 25 Mart 1997’de Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna (“Komisyon”) yapılan başvurudan (no. 45036/98) kaynaklanmaktadır.

2. Başvurucu şirket, şirketin yetkili yöneticisi ve çoğunluk hissedarı Sn. M. I. Özbay’ın görevlendirildiği, Dublin’de avukatlık yapmakta olan Sn. J. Doyle tarafından temsil edilmiştir. İrlanda Hükümeti (“Hükümet”), hepsi Dışişleri Bakanlığında gelen iki temsilci ile -önce Sn. P. O’Vrein ve ardından Sn. J. Kingston- bir eş temsilci -Sn. D. McQuade- tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu şirket, kiralık hava araçlarının davalı Devlet tarafından bağlanması 1 No.lu Protokolün 1. maddesi kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

4. 11 No.lu Protokolün yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihinde başvuru Mahkemeye nakledilmiştir (11 No.lu Protokol madde 5 § 2).

5. Davanın davalı Hükümete iletilmesinin ardından Türk hükümeti davaya ilişkin görüş beyan etme niyetinde olmadığını doğrulamıştır (Mahkeme Tüzüğü kural 44).

6. 13 Eylül 2001’de kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin duruşmanın ardından başvuru, yargıçlar Sn. G. Ress, Başkan, Sn. I. Cabral Barreto, Sn. V. Butkevych, Sn. N. Vajič, Sn. J. Hedigan, Sn. M. Pellonpää, Sn. S. Botoucharova ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Sn. V. Berger’den oluşan Daire tarafından kabul edilebilir bulunmuştur.

7. Daire 30 Ocak 2004’te Büyük Daire lehine yargılamadan çekilmiş, tarafların hiçbiri itiraz etmemiştir (Sözleşme madde 30 ile kural 72).

8. Büyük Dairenin oluşumu Sözleşme’nin 27 §§ 2 ve 3 maddesi hükümleri ile 24. kurala göre belirlenmiştir.

9. Başvurucu şirket ile Hükümetin her ikisi de sözlü duruşmada cevap verdikleri esasa ilişkin görüşlerini sunmuşlardır (Kural 44 § 5). Başkan tarafından müdahil olma izni verilen İtalyan ve Birleşik Krallık hükümetleri ile Avrupa Komisyonu ve *Institut de formation en droits de l’homme du barreau de Paris*’den de ayrıca yazılı görüşler alınmıştır (Sözleşme madde 36 § 2 ile kural 44 § 2). Avrupa Komisyonu ayrıca sözlü duruşmaya katılma izni de almıştır.

10. Duruşma 29 Eylül 2004’te Strazburg’daki İnsan Hakları Binası’nda aleni olarak gerçekleştirilmiştir (Kural 59 § 3).

Mahkeme önünde hazır bulunanlar:

(a) *Hükümet adına*

Sn. J. KINGSTON,

*Temsilci,*

Sn. D. MCQUADE,

*Eş Temsilci,*

Sn. G. HOGAN, Uzman Avukat,

Sn. R. O’HANLON, Uzman Avukat,

*Avukat,*

Sn. P. MOONEY,

*Danışman;*

(b) *başvurucu şirket adına*

Sn. J. O’REILLY, Uzman Avukat,

Sn. T. EICKE, Barrister-at-Law,

*Avukat,*

Sn. J. DOYLE,

*Solicitor.*

Başvurucu şirketin yetkili yöneticisi Sn. M.I. Özbay da katılmıştır.

(c) *Avrupa Komisyonu adına*

Sn. G. MARENCO,

Sn. S. FRIES,

Sn. C. LADENBURGER,

*Temsilciler.*

Mahkeme Sn. O'Reilly, Sn. Hogan ve Sn. Marengo tarafından yapılan konuşmaları dinlemiştir.

## OLGULAR

### I. DAVANIN KOŞULLARI

#### A. JAT ile Başvurucu Şirket Arasındaki Kira Sözleşmesi

11. Başvurucu şirket Mart 1992'de Türkiye'de kurulan bir uçak kiralama şirkettir.

12. 17 Nisan 1992 tarihli sözleşme ile başvuru şirketi eski Yugoslavya'nın ulusal hava yolu olan Yugoslavya Hava Yolları'ndan (JAT) iki Boeing 737-300 hava aracı kiralamıştır. Bunlar söz konusu tüm süre zarfında başvuru şirketi tarafından işletilen yegâne iki hava aracıdır. Kira sözleşmesi iki hava aracının teslim tarihlerinden itibaren (22 Nisan ve 6 Mayıs 1992) kırk sekiz aylık bir süre için "mürettebatsız çıplak kira"dır. Sözleşme hükümlerine göre mürettebat başvuru şirketin çalışanları olacaktır ve uçakların varış noktasını başvuru şirketi belirleyecektir. Mülkiyetleri JAT'de kalmakla birlikte ve JAT'nin mülkiyetini beyan etmek koşuluyla başvuru şirketi hava araçlarını Türk Sivil Havaaracı Siciline kaydedebilecektir.

13. Başvuru şirketi teslim anında her bir hava aracı için 1.000.000 ABD doları (USD) toplu ödeme yapmıştır. Aylık kira araç başına 150.000 USD'dir. İki hava aracı 11 ve 29 Mayıs 1992'de sözleşmede öngörüldüğü şekilde Türkiye'de kaydedilmiştir. 14 Mayıs 1992'de başvuru şirketi hava yolu lisansını almıştır.

#### B. Hava Araçlarının İrlanda'ya Varışından Öncesi

14. 1991'den itibaren Birleşmiş Milletler Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne (Sırbistan-Karadağ) -"YFC"- karşı burada gerçekleşmekte olan silahlı çatışmayı ve insan hakkı ihlallerini önlemek üzere bir dizi yaptırım getirmiş, Avrupa Topluluğu da bunları uygulamıştır.

15. Ocak 1993'te başvuru şirketi kiralık hava araçlarından birine bakım ("C-Check") yaptırmak amacıyla TEAM Aer Lingus ("TEAM") ile görüşmelere başlamıştır. TEAM esas işi hava araçlarının bakımı olan bir limited şirkettir. Tamamı İrlanda Devleti'nin mülkiyetinde olan iki İrlanda hava yolu şirketinin bağlı ortaklığıdır. 8 ve 18 Ocak 1993 tarihli yazılar, TEAM'in, elindeki bilgilere dayanarak başvuru şirketin yaptırım rejimini ihlal etmediğini düşündüğünü göstermiş, bu arada onun Boeing, Sabena ve SNECMA (bir Fransız uçak motoru şirketi) dâhil birçok şirketle iş yaptığını kaydetmiştir. 2 Mart 1993 tarihli mektupla TEAM Ocak 1993 tarihli yazılarının örneklerini de ekleyerek Ulaştırma, Enerji ve İletişim Bakanlığında ("Ulaştırma Bakanlığı") görüş istemiştir. Ulaştırma Bakanlığı 3 Mart 1993'te başvuruyu Dışişleri Bakanlığına iletmiştir.

16. 17 Nisan 1993'te Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Devletler'in, diğerlerinin yanı sıra, "çoğunluk hisselerinin veya kontrol gücüne sahip hisselerinin [YFC]'deki veya [YFC]'den faaliyet gösteren bir kişi veya işletmenin elinde bulunduğu", topraklarındaki bütün hava araçlarını bağlaması

gerektiğini öngören 820 (1993) sayılı Karar'ı kabul etmiştir. Bu Karar 28 Nisan 1993'te yürürlüğe giren (EEC) 990/93 sayılı Tüzük ile uygulanmıştır (bakınız aşağıda paragraf 65).

17. 5 Mayıs 1993'te Dışişleri Bakanlığı meseleyi Birleşmiş Milletler Yaptırım Komitesine havale etme kararı almıştır.

18. 6 Mayıs 1993 tarihli mektupla Türk Dışişleri Bakanlığı kiralık hava araçlarının yaptırım rejimini ihlal etmediği görüşünde olduğunu Türk Ulaştırma Bakanlığına bildirmiş, Yaptırım Komitesi karar verene kadar uçuş izni talep etmiştir. 12 Mayıs 1993'te Türkiye Yaptırım Komitesinden görüş istemiştir.

### C. Hava Aracının Bağlanması

19. 17 Mayıs 1993'te başvuru şirketin kiralık hava araçlarından biri Dublin'e varmıştır. C-Check'in tamamlanması için TEAM ile sözleşme imzalanmıştır.

20. 18 Mayıs 1993'te İrlanda'nın Birleşmiş Milletler Daimi Temsilciliği Yaptırım Komitesi Sekreterliğinden alınan gayriresmî bilgiye göre TEAM'ın işi yapmasında bir sorun olmadığını anlaşıldığını, fakat "Sekreterlikteki hukukçular"dan bir "gayriresmî görüş" talep edildiğini Ulaştırma Bakanlığına faks ile bildirmiştir. 19 Mayıs 1993'te Ulaştırma Bakanlığı bunu TEAM'e telefonda açıklamıştır.

21. 21 Mayıs 1993'te İrlanda Daimi Temsilciliği "Birleşmiş Milletler hukuk bürosu"ndan alınan "gayriresmî hukuki görüş"ün TEAM'in başvuru şirket ile herhangi bir sözleşme imzalamadan önce Yaptırım Komitesinin "yönlendirme ve onayını" araması gerektiği yönünde olduğunu Dışişleri Bakanlığına teyit etmiştir. TEAM'ın ilgili işlem detaylarıyla birlikte Komiteye başvuru yapması tavsiye edilmiştir, bakım için ödemeyi başvuru şirketin yapacak olması halinde Komitenin muhtemelen işlemle ilgili bir sorunu olmayacaktır. 24 Mayıs 1993'te Ulaştırma Bakanlığı bu faksın bir örneğini almış, ayrıca telefonla da bilgilendirilen TEAM'e de bir örneğini göndermiştir. 26 Mayıs 1993 tarihli mektupla İrlanda Daimi Temsilciliği gerekli detayları Yaptırım Komitesine sunmuş, Komiteden "yönlendirme ve onay" talep etmiştir.

22. 21 Mayıs 1993'te Yaptırım Komitesi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 820 (1993) sayılı Kararına atıf yaparak Türk hükümetinin hava araçlarının işletilmeye devam edilebileceği yönündeki görüşüne katılmamıştır. Türkiye'nin Birleşmiş Milletler Daimi Temsilciliği 28 Mayıs 1993 tarihli mektupla bu görüş hakkında bilgilendirilmiştir.

23. 28 Mayıs 1993'ün öğle saatinde başvuru şirket C-Check'in tamamlandığı ve 250.000 USD'nin ödenmesi üzerine hava aracının serbest bırakılacağı yönünde TEAM tarafından bilgilendirilmiştir. Aynı gün içinde ödeme alınmış, hava aracı serbest bırakılmıştır. Hava trafik kontrolden kalkış izninin beklendiği sırada hava aracı durdurulmuştur. Dublin Havalimanı yetkili yöneticisi, raporunda hava aracının ayrılmasının "yaptırım ihlali" olacağı yönündeki Ulaştırma Bakanlığı uyarısı hakkında TEAM'in kendisini bilgilendirdiğini kaydetmiştir. Hava aracının o vardiyada kalkmasının planlandığını ve havalimanı polisinin uyarıldığını da belirtmiştir. TEAM başvuru şirketi gereğince bilgilendirmiştir. Ulaştırma Bakanlığı 28 Mayıs 1993 tarihli talimatlarını daha sonra (16 Haziran 1993 tarihli) mektupla doğrulamıştır:

"... [TEAM] bu koşullarda [hava aracını] serbest bırakmaması gerektiği yönünde bu Bakanlık tarafından uyarılmıştır. ... Ek olarak, hava aracını serbest bırakacak olursa TEAM'in kendisinin ((EEC) 990/93 sayılı Topluluk Tüzüğü ile uygulamaya geçirilmiş olan) BM kararlarını ağır biçimde ihlal etme durumunda olabileceğine ... ve meselenin soruşturulmakta olduğuna işaret edilmiştir. Bu talimatlar aynı anda, izni uçağın kalkışı için değil ayrılışı için gerekli olan Hava Trafik Kontrolüne de verilmiştir."

24. Başvuru şirkete gönderdiği 29 Mayıs 1993 tarihli mektuplarında TEAM Yaptırım Komitesinin görüşünü beklediğini, hava aracının bu görüş alınmadan serbest bırakılmasının Birleşmiş Milletler yaptırım rejiminin ihlali niteliğinde olacağı yönünde idare tarafından uyarıldığını kaydetmiştir.

#### D. Yargısal Denetim Sürecinin Öncesi

25. 29 Mayıs 1993 tarihli muhtıra ile Dublin'deki Türk büyükelçiliği Türkiye'nin yaptırım rejimine bağlılığını gerekçe göstererek, tutulan hava aracının Türkiye'ye serbest bırakılmasını talep etmiştir.

26. 2 Haziran 1993 tarihli mektupla İrlanda Daimi Temsilciliği bakım çalışmasının aslında zaten tamamlanmış olduğunu, başlattığı sürece bağlı kalamadığı için hükümetin üzüntü duyduğunu ve meselelerin TEAM ile görüşülmekte olduğunu Yaptırım Komitesine bildirmiştir. Hava aracı Komite kararı beklenirken tutulmaya devam edilmiştir.

27. 3 Haziran 1993'te İrlanda hükümeti, Yaptırım Komitesinin Türk hükümetine yanıtı olarak Komite başkanının muhtemelen bağlama lehinde karar çıkacağını belirttiğini öğrenmiştir. Komitenin toplantı tarihi 8 Haziran 1993'tür.

28. 4 Haziran 1993'te 1993 Avrupa Toplulukları (Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan-Karadağ) ile Ticaretin Yasaklanması) Tüzüğü (1993 tarihli ve 144 sayılı Kararname) kabul edilmiştir. 8 Haziran 1993 tarihli bir mektupla Ulaştırma (Enerji ve İletişim) Bakanı bu kararname gereğince ikinci bir emre kadar hava aracının bağlanmasına izin verdiğini Dublin Havalimanı yöneticilerine bildirmiştir.

29. Hemen ardından, sebebi üzerine taraflar aynı fikirde olmamakla birlikte, başvuru şirketin ikinci hava aracı İstanbul'a inmiştir.

30. 14 Haziran 1993 tarihli mektupla Yaptırım Komitesi 8 Haziran 1993 tarihli toplantısının sonuçlarını İrlanda Daimi Temsilciliğine bildirmiştir:

“... Komite tarafından önceden açıkça izin verilmiş olanlar hariç olmak üzere [YFC]'deki bir işletmenin mülkiyetinde olan hava aracına herhangi bir hizmet sağlanması ilgili Güvenlik Konseyi kararlarının gerekleriyle bağdaşmayacaktır. Komite üyeleri ayrıca bu türden hava araçları hakkındaki [820 (1993) sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı'nın] 24. paragrafı hükümlerini hatırlatmışlardır -ki söz konusu hava aracının bu Karar gereğince İrlanda makamları tarafından şimdiye dek bağlanmış olması gerekirdi. Bu nedenle Komite Ekselanslarının Hükümeti adına bu yönde atılacak her adımdan haberdar edilmeye son derece minnettar olacaktır.”

18 Haziran 1993 tarihli mektupla İrlanda Daimi Temsilciliği hava aracının 28 Mayıs 1993'te tutulup 8 Haziran 1993'te resmî olarak bağlandığını Yaptırım Komitesine bildirmiştir.

31. Ulaştırma Bakanlığına gönderdiği 16 Haziran 1993 tarihli mektupta başvuru şirket (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün mülkiyetle değil operasyonel kontrolle ilgilenmeyi amaçladığını ileri sürerek bağlamaya itiraz etmiştir. Bakanlık 24 Haziran 1993'te yanıt vermiştir:

“Bakanın bilgisi, [(EEC) 990/93 sayılı Tüzük] vasıtasıyla uygulanan BM kararının amacı ve hükmünün, [YFC]'deki veya [YFC]'den faaliyet gösteren bir kişi veya işletmenin, hava araçları dâhil 8. maddede sayılan ticari varlık türlerine ilişkin herhangi bir mülkiyet ilgisinin söz konusu olduğu her durumda, anılan varlıkların bağlanması suretiyle yaptırım uygulamak olduğu yönündedir. Özgün kararın kapsam ve hükmüne dair bu görüş [Yaptırım Komitesince] doğrulanmış olduğundan Bakan [(EEC) 990/93 sayılı Tüzüğü] bu yaklaşımdan ayrılan bir biçimde uygulama yetkisini kendisinde görmemektedir. ... hava aracı bağlı kalmak zorundadır. ... Bakan [başvuru şirketin] kendisini içinde bulduğu güçlüğü anlamaktadır ve hava aracının serbest bırakılmasına izin veren, [(EEC) 990/93 sayılı Tüzük] kapsamında başvurabileceği bir çözüm bulma kaygısıyla hareket edecektir.”

32. 5 Temmuz 1993 tarihli mektupla Dublin'deki Türk büyükelçiliği Türk hükümetinin bağlamayı yaptırımlara uygun biçimde sağlayacağını belirterek hava aracının serbest bırakılması talebini yinelemiştir. 6 Temmuz 1993 tarihli mektupla İrlanda hükümeti Yaptırım Komitesine bu talebi kabul etmeye istekli ve hazır olduğunu belirtmiştir. 4 Ağustos 1993'te Yaptırım Komitesi, ilgili kararlar gereğince İrlanda Devleti hava aracına uçmasına imkân verecek hizmetler de dâhil hiçbir hizmet sunmamakla yükümlü olduğundan hava aracının İrlanda'da kalmak zorunda olduğuna karar vermiştir.

### E. Birinci Yargısal Denetim Süreci: İstinaf Mahkemesi

33. Kasım 1993'te başvuru şirket Bakan'ın hava aracını bağlama kararına karşı yargısal denetime gitme izni için başvurmuştur. Daha sonra TEAM'in bağlamadaki rolüne itiraz eden değiştirilmiş gerekçeler sunulmuştur. Başvuru şirketin TEAM ile olan uyumsuzluğunun özel hukuk meselesi olduğundan bahisle 15 Nisan 1994'te İstinaf Mahkemesi TEAM'i yargılamanın davalı tarafından çıkarmıştır.

34. 15 Haziran 1994'te başvuru şirketin yetkili yöneticisi, JAT'ye olan muaccel kira ödemelerinin JAT'ye başlangıçta ödenen depozitodan düşüldüğünü ve müaccel kira ödemelerinin de Türk Merkez Bankası denetimindeki dondurulmuş bir mevduat hesabına yatırılacağını delilleriyle birlikte açıklamıştır.

35. 21 Haziran 1994'te İstinaf Mahkemesi hükmü Sn. Yargıç Murphy tarafından verilmiştir. Yargıçın değerlendirmesine göre uyumsuzluğun özü Ulaştırma Bakanı'nın başvuru şirketin hava aracını bağlamak üzere (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 8. maddesi ile bağlı olup olmadığı meselesidir. Yargıç Ulaştırma Bakanlığının başvuru şirkete gönderdiği 24 Haziran 1993 tarihli mektubu Bakan'ın gerekçelendirmesinin en faydalı açıklaması olarak ele almıştır. Yargıç şu tespiti yapmıştır:

“... JAT ile [başvuru şirket] arasındaki işlemin bütünüyle iyi niyetli olduğu açıktır. JAT'nin [başvuru şirkette] veya bu şirketin yönetimi, denetimi yahut işlerinin idaresinde doğrudan veya dolaylı hiçbir menfaatinin olmadığına şüphe yoktur. ...”

Bununla birlikte, [Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının] İrlanda iç hukukunun bir parçasını teşkil etmediği ve dolayısıyla Bakan'ın hava aracını bağlamasını kendi başına meşrulaştırmayacağı açıktır. Bu yargılamayı ilgilendirdiği sürece [Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının] asıl önemi, [820 (1993) sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı'nın] ... [(EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün] 8. maddesine kaynaklık etmiş olmasıdır. ...”

36. [(EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ü yorumlarken Sn. Yargıç Murphy Tüzük'ün amacını göz önüne almıştır. Yargıç, hava aracının çoğunluk hisselerinin veya kontrol gücüne sahip hisselerinin YFC'deki veya YFC'den faaliyet gösteren bir kişi veya işletmenin elinde bulunduğu bir hava aracı olmadığından 8. maddenin uygulaması kapsamına girmediği, Bakan'ın bağlama kararının da bu nedenle *ultra vires* olduğu sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, o aşamada hava aracı JAT'nin bir alacaklısı (SNECMA) tarafından (Mart 1994'te) temin edilen ve hava aracının ülkeden ayrılmasına engel olan bir ihtiyati tedbir kararının konusu olmuştur. Bu ihtiyati tedbir kararı daha sonra 11 Nisan 1995'te kaldırılmıştır.

### F. İkinci Yargısal Denetim Süreci: İstinaf Mahkemesi

37. Ulaştırma Bakanlığı Ulaştırma Bakanı'nın (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 1.1(e) maddesine dayanan yeni bir bağlama soruşturması yürüttüğünü belirttikten sonra başvuru şirkete 5 Ağustos 1994 tarihli mektupla aşağıdaki bildirimde bulunmuştur:

“Bakan hava aracının süregelen durumunu İstinaf Mahkemesinin son kararı ve atf yapılan Konsey kararlarının hükümleri ışığında değerlendirmiştir.

Bakan'ın değerlendirmesinden çıkan sonuca göre Bakan'ın [(EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün] 9. maddesi gereğince, bu tüzük'ün hükümlerini, özellikle 1.1(e) maddesini ve [(EEC)] 1432/92 sayılı [Tüzük'ü] ihlal ettiğinden şüphelenilen bir hava aracı olarak bu hava aracının... tutulmasını... emrettiğini şu an size bildirmekle emrolunmuş durumdayım. Hava aracı [(EEC)] 990/93 sayılı Tüzük'ün 9. maddesi ile 10. maddesi gereğince Bakan'ın ihlal şüphesine ilişkin soruşturması tamamlanmaya kadar tutulmaya devam edilecektir.”

Bu mektupta belirtilmiş olmamakla birlikte, Bakan'ın endişesi, başvuru şirketin JAT'nin sözleşme kapsamındaki mali yükümlülüklerini (belli sigorta ve bakım yükümlülükleri ile diğer yükümlülüklerini) dondurulmuş banka hesabına hâlihazırda ödemiş olduğu kira paralarından mahsup etmesi noktasındadır.



38. 23 Eylül 1994'te Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 943 (1994) sayılı Karar'ı kabul etmiştir. Karar barış görüşmelerinin başlamasıyla yaptırımları geçici olarak askıya almakla birlikte, hâlihazırda bağlanmış olan hava araçlarını kapsamamaktadır. Karar 10 Ekim 1994'te (EC) 2472/94 sayılı Tüzük ile uygulamaya geçirilmiştir.

39. Mart 1995'te başvuru şirkete Bakan'ın hava aracını yeniden bağlama kararına karşı yargısal denetime başvurma izni verilmiştir. 22 Ocak 1996 tarihli kararıyla İstinaf Mahkemesi Bakan'ın hava aracını tutmaya yönelik yeni kararını iptal etmiştir. Mahkeme başvuru şirket tarafından dondurulmuş hesaba ödenen paranın neredeyse tamamının (Türkiye'deki hamil bankanın onayıyla) o zamana kadar JAT'nin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinin ifası için kullanıldığını belirtmiştir. İstinaf Mahkemesinin önündeki can alıcı sorun, başvuru şirketin ağır günlük kayıplara maruz kalan "masum" taraf olduğu göz önüne alındığında, Bakan'ın (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 9. maddesini ileri sürmede gecikmiş olmasıdır. İstinaf Mahkemesi Bakan'ın bu tür meseleleri makul sürede soruşturup karara bağlama, soruşturmaları adil usullere göre yürütme ve başvuru şirketin haklarını gereği gibi dikkate alma yükümlülüklerini yerine getiremediği sonucuna varmıştır.

40. 7 Şubat 1996'da İrlanda hükümeti Yüksek Mahkemede temyize gitmiş ve İstinaf Mahkemesi kararının yürütmesinin durdurulmasını istemiştir. 9 Şubat 1996'da Yüksek Mahkeme Bakan'ın yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir. Yürütmenin durdurulması talebinin kabulü veya reddine karar verilmesinde ağır basan düşünce tarafların ikisini de adaletten mahrum etmeyen bir denge bulunması olmuştur. Davanın yargıci Bakan'ın 1.1(e) maddesini ileri sürmede önemli ölçüde gecikmesini ve başvuru şirketin büyük kayıplarına kıyasen Devlet'in maruz kalması olası olan zararların küçüklüğünü göz önüne alarak ezici biçimde birincinin lehine kanaatte bulunmuştur.

41. Böylece hava aracı ayrılma serbestisine kavuşmuştur. 12 ve 14 Mart 1996 tarihli mektuplarla Bakan'ın hava aracı için artık hiçbir hukuki sorumluluğunun olmadığını değerlendirdiği hususu başvuru şirket, JAT ve TEAM'e bildirilmiştir.

### **G. Birinci Yargısal Denetim Süreci: Avrupa Adalet Divanı (AAD)**

42. 8 Ağustos 1994'te Ulaştırma Bakanı İstinaf Mahkemesinin 21 Haziran 1994 tarihli kararını Yüksek Mahkemede temyiz etmiştir. Bakan İstinaf Mahkemesinin (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ü yorumlama biçimine itiraz ederek AAD'den ön karar alınmasını talep etmiştir (Avrupa Topluluğu kuran Antlaşma 'AT Antlaşması' madde 177, yeni madde 234).

43. 12 Şubat 1995 tarihli işlemle Yüksek Mahkeme AAD'ye aşağıdaki soruyu yöneltmiş ve önündeki yargılamayı ertelemiştir:

"[(EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün] 8. maddesi çoğunluk hisselerinin veya kontrol gücüne sahip hisselerinin [YFC]'ye ait olduğu bir hava aracının, sahibi tarafından, çoğunluk hisselerinin veya kontrol gücüne sahip hisselerinin [YFC]'deki veya [YFC]'den faaliyet gösteren bir kişi veya işletmeye ait olmadığı bir işletmeye 22 Nisan 1992'den itibaren dört yıl süreyle kiralanması halinde bu türden bir hava aracını kapsayacak şekilde yorumlanabilir mi?"

44. Taraflar AAD'ye görüşlerini sunmuşlardır. Başvuru şirketi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 943 (1994) sayılı Kararından sonra JAT hava araçları serbestçe uçarken kendisininininde yerde kalmaya devam etmesinin ironik olduğunu belirtmiştir.

45. 30 Nisan 1996'da Kanun Sözcüsü Jacobs görüşünü sunmuştur. Hava aracında JAT'nin çoğunluk hissesi göz önüne alındığında (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 8. maddesi araca uygulanmıştır. Kanun Sözcüsü ilgili Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının ne amaçları ne de metinlerinin (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 8. maddesinin açık olduğunu düşündüğü lafzından ayrılmak için bir gerekçe sağladığı düşüncesine binaen İrlanda İstinaf Mahkemesinin görüşüne katılmamıştır.

46. Bu tüzükte temel haklar ile ölçülülüğe gösterilen saygı meselesine ilişkin olarak Kanun Sözcüsü şunları ifade etmiştir:

“Bilindiği gibi temel haklara saygı Topluluk hukukunun genel ilkelerinin bir parçasını teşkil etmekte olup [AAD] bu haklara saygıyı temin ederken Üye Devletler’in anayasal geleneklerini ve bu açıdan özel önem taşıyan [Sözleşme] başta olmak üzere uluslararası antlaşmaları dikkate almaktadır.

Avrupa Birliği Antlaşması’nın F(2) maddesi ... [AAD] içtihadını Antlaşma metnine dönüştürmüştür. ... AT Antlaşması ile bağlantılı olarak [AAD] içtihadını temel haklara saygının üstün öneminin de altını çizerek onaylamakta ve güçlendirmektedir.

Temel haklara saygı böylece Topluluk kurallarının -bu davada Tüzük’ün- hukuka uygunluğunun bir şartıdır. Ayrıca, Topluluk tedbirlerini uyguladıklarında Üye Devletler tarafından da temel haklara elbette saygı gösterilmelidir. [Sözleşme] hepsinde iç hukuk kaynağı niteliğinde olmamakla birlikte, Üye Devletler’in tamamı her halükarda ona taraftırlar. Topluluğun kendisi Sözleşme’ye taraf olmadığı -ve Sözleşme ile Antlaşma’nın ikisi de değiştirilmeden taraf olamayacağı- halde ve Sözleşme resmî olarak Topluluk üzerinde bağlayıcı olmadığı halde uygulamada Sözleşme Topluluk hukukunun bir parçası gibi ele alınabilir ve hem [AAD]’de hem de Topluluk hukukunun söz konusu olduğu ulusal mahkemelerde bu minvalde Sözleşme’ye başvurulabilir. Bu, söz konusu olan -bu davada olduğu gibi- Üye Devletlerce Topluluk hukukunun uygulanması olduğunda özellikle böyledir. Topluluk hukuku Üye Devletleri Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinden kurtaramaz.”

47. Kanun Sözcüsü başvuru şirketin Sözleşme tarafından korunan, malı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı ile AAD tarafından bir temel hak olarak tanınan ticari etkinlikte bulunma hakkına güvendiğini belirtmiştir. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*’ı (judgment of 23 September 1982, Series A no. 52) değerlendirdikten sonra Kanun Sözcüsü, temel sorunu başvuru şirketin hava aracına olan zilyetliğine müdahalenin (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün hedeflediği genel yarar amaçları ışığında ölçülü bir tedbir olup olmadığı şeklinde belirlemiş, bu ölçütün *AGOSI v. the United Kingdom* (judgment of 24 October 1986, Series A no. 108) ile *Air Canada v. the United Kingdom*’daki (judgment of 5 May 1995, Series A no. 316-A) uygulamasını ve (*Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, Case 44/79 [1979] European Court Reports (ECR) 3727, §§ 17-30 dâhil) mülkiyet hakkına veya ticari etkinlikte bulunma hakkına ilişkin davalarda AAD tarafından kabul edilen “benzer yaklaşım”ı göz önünde bulundurmıştır.

48. Başvuru şirketin sözleşmedeki menfaatine sert bir müdahale yapılmış olmasına rağmen yıkıcı bir iç savaş durdurılmadan daha güçlü türde bir kamu yararı tespit etmek zordur. Herhangi bir yaptırımın etkili olabilmesi için bazı mülkiyet kayıpları kaçınılmaz olsa da ulaşılmaya hedeflenen amaçlar ışığında söz konusu müdahalenin tümüyle mantıksız olduğu kanıtlandığında AAD müdahil olacaktır. Bununla birlikte Kanun Sözcüsü ne ilk bağlama kararına ne de hava aracının tutulmaya devam edilmesine mantıksız gözüyle bakılabileceği kanaatine varmıştır.

49. Yaptırımların mali etkisi başvuru şirket tarafından ortaya konulduğu gibi olsa da olmasa da söz konusu türde bir genel tedbir sırf bu tedbirin belli bir durumda yol açabileceği mali sonuçlardan dolayı bir kenara bırakılamaz. Müdahil kamu yararının ağırlığı da dikkate alındığında ölçülülük ilkesi bu türden kayıplarla ihlal edilmiş olmayacaktır.

50. Kanun Sözcüsü çekişmeli kararın

“genel yararın talepleri ile bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında haksız bir dengeleme ...”

yapmadığı sonucuna varmıştır.

“Bu sonuç [bu Mahkemenin] içtihadıyla genel olarak uyumlu görünmektedir. [Başvuru şirket] de [Sözleşme] kapsamında kendi sonucunu destekleyen bir içtihadın varlığından söz etmemiştir.

Temel haklar [AAD] içtihadında ve Avrupa Birliği Antlaşması’nın F(2) maddesinde atıf yapılan ‘Üye Devletler’deki ortak anayasal gelenekler’den kaynaklandıkları şeklinde anlaşılacak olursa durum farklı görünmemektedir. [Yukarıda atıf yapılan *Hauer* davasında AAD] ... özellikle Alman *Grundgesetz*’sine, İrlanda Anayasası’na ve İtalya Anayasası’na atıf yaparak Üye Devletler’in anayasal kuralları ile uygulamalarının yasamanın özel mülkiyetin genel yarara uygun şekilde kullanılmasını düzenlemesine izin verdiğine dikkat

çekmiştir. Çekişmeli kararın temel hakları ihlal ettiği görüşünü destekleyen bir içtihadın varlığı yine öne sürülmemiştir. İrlanda İstinaf Mahkemesinin kararı gördüğümüz üzere farklı gerekçelere dayanmaktadır.”

51. 19 Temmuz 1996 tarihli mektupla TEAM, TEAM’e olan borçların ödenmesi şartıyla hava aracının ayrılmakta serbest olduğunu JAT’ye bildirmiştir.

52. 30 Temmuz 1996’da AAD, (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün Yüksek Mahkemenin yönelttiği soruda sözü edilen türden hava aracını kapsadığına karar vermiştir. AAD iç hukuk yargılamalarının hava aracı kirasının “bütünüyle iyiniyetle” akdedildiğini, YFC aleyhindeki yaptırımları dolanmayı amaçlamadığını gösterdiğini belirtmiştir.

53. AAD başvuru şirketin, hava aracının günlük olarak YFC-dışı masum bir tarafça kontrol edilmesi dolayısıyla (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün uygulanabilir olmadığı yönündeki birinci iddiasını kabul etmemiştir. (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün lafzını, bağlamını ve amaçlarını (uygulamaya geçirdiği Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının metni ve amaçlarını da dâhil ederek) değerlendiren AAD, başvuru şirket tarafından yapılan ayrımı destekleyecek bir bulguya ulaşmamıştır. Gerçekte, Tüzük’ün uygulama ölçütü olarak mülkiyetin yerine günbegün işletme ve kontrolün kullanılması, yaptırımların etkililiğini tehlikeye atacaktır.

54. Başvuru şirketin ikinci iddiası (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün malı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı ile ticari etkinlikte bulunma özgürlüğünü ihlal ettiği, çünkü YFC malikleri banka hesapları dondurulmak suretiyle hâlihazırda cezalandırılmışken tümüyle masum bir tarafın ticari faaliyetinin tahrir ve yok edildiği yönündedir. AAD bunu ikna edici bulmamıştır:

“Yerleşik içtihadı göre, [başvuru şirket] tarafından talep edilen temel haklar mutlak olmayıp bunların kullanılması Toplulukça hedeflenen genel yarar amaçlarının meşrulaştırdığı sınırlamalara tabi olabilir (bakınız [yukarıda anılan *Hauer* davası]; Case 5/88, *Wachauf v. Bundesamt fuer Ernährung und Forstwirtschaft* [1989] ECR 2609; ve Case C-280/93, *Germany v. Council* [1994] ECR I-4973).

Yaptırım getiren her tedbirin, doğası gereği, mülkiyet hakkı ile ticaret veya iş yapma özgürlüğünü etkileyen, böylece yaptırımın kabulüne yol açan durumdan hiçbir sorumluluğu olmayan kişilere zarar veren sonuçları vardır.

Ayrıca söz konusu tüzükle güdülen amaçların önemi bazı işletmeciler için -esaslı nitelikte bile olsa- olumsuz sonuçları meşrulaştıracak niteliktedir.

[(EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün] hükümleri, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin çeşitli kararları ile [YFC] aleyhine kabul edilen ve daha sonra güçlendirilen yaptırımların özellikle Topluluk düzeyinde uygulanmasına katkıda bulunmaktadır. ...

Yaptırımlarla güdülen amaç bu koşullar ışığında özel bir önem arz etmektedir ki o da özellikle, [(EEC) 990/93 sayılı Tüzüğe] veya daha somut olarak tüzüğün başlangıç kısmının sekizinci ifadesine göre [YFC]’yi ‘Bosna-Hersek Cumhuriyeti’nin bütünlüğü ile güvenliğini daha fazla ihlal etmek’ten caydırmak ve ‘Bosnalı Sırp tarafını bu Cumhuriyet’te barışın yeniden tesisinde işbirliği yapmaya sevk etmektir’.

Bölgedeki savaş hali ile Bosna-Hersek Cumhuriyeti’ndeki ağır insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerine son vermeye dayanan, uluslararası topluluk için son derece temel bir genel yarar amacıyla karşılaştırıldığında [YFC]’de bulunan veya [YFC]’den faaliyet gösteren bir işletmenin malik olduğu söz konusu hava aracının bağlanması isabetsiz veya ölçüsüz olarak görülemez.”

55. Bu nedenle Yüksek Mahkemenin sorusuna verilen yanıt şöyle olmuştur:

“Maliki hava aracını ne [YFC]’de bulunan ne de [YFC]’den faaliyet gösteren ve çoğunluk hisselerinin veya kontrol gücüne sahip hisselerinin [YFC]’deki veya [YFC]’den faaliyet gösteren hiçbir kişi veya işletmeye ait olmadığı başka bir işletmeye dört yıllığına kiralamış olsa dahi Avrupa Ekonomik Topluluğu ile [YFC] arasındaki ticarete ilişkin 26 Nisan 1993 tarihli ve (EEC) 990/93 sayılı Konsey Tüzük’ün 8. maddesi [YFC]’de bulunan veya [YFC]’den faaliyet gösteren bir işletmenin malik olduğu hava aracını kapsamaktadır.”

56. 6 Ağustos 1996’da Bakan (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün 8. maddesi kapsamında hava aracının bağlanmasını yeniden temin etmiştir.

## H. Birinci ve İkinci Yargısal Denetim Süreci: Yüksek Mahkemenin Kararları

57. 29 Ekim 1996 tarihli dilekçeyle başvuru şirket, diğerlerinin yanı sıra, “[AAD] kararı ışığında” davayı kesinleştiren bir karar ile Yüksek Mahkeme ve AAD yargılamalarının masraflarını karşılayan bir karar vermesi için Yüksek Mahkemeye başvurmuştur. Başvuru şirketin aynı tarihli yeminli gerekçe beyanı başvuru şirketinin iyiniyetini, tüzüğü ilk önce AAD’ye incelettirmenin faydasını, içinde bulunduğu badirenin nihai sorumluluğunun YFC makamlarında olduğunu ve bağlama yüzünden faaliyetlerinin mahvolduğunu vurgulamaktadır. Başvuru şirket önceden bağlanmayan hava araçları uçabilirken hâlihazırda bağlı olan hava araçlarının uçuşuna izin vermediğini belirterek (EC) 2815/95 sayılı Tüzük’ü gündeme getirmiştir. Kendi hava aracı yaptırım rejimi kapsamında bağlanan tek araç olduğundan, başka hiçbir kiracı ilgili Tüzük’ün anlamını açıklığa kavuşturmak için onun açtığı davayı açmış olamayacaktır.

58. 29 Kasım 1996’da Yüksek Mahkeme 21 Haziran 1994 tarihli İstinaf Mahkemesi kararına karşı Ulaştırma Bakanı’nın temyizini kabul eden kararını vermiştir. Mahkemenin belirttiğine göre davadaki tek mesele Bakan’ın hava aracını bağlamak üzere (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün 8. maddesi ile bağlı olup olmadığıdır. AAD’nin yanıtını belirttikten sonra Yüksek Mahkeme yalnızca bu kararla bağlı olduğunu belirtmiş ve Bakan’ın temyizi kabul edilmiştir.

59. Mayıs 1998’de Yüksek Mahkeme 22 Ocak 1996 tarihli İstinaf Mahkemesi kararının temyizini kabul etmiştir. AAD ve Yüksek Mahkemenin (sırasıyla Temmuz ve Kasım 1996 tarihli) müdahil kararları düşünüldüğünde ilk bağlama talimatının tarihinden itibaren hava aracı (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün 8. maddesi kapsamında hukuka uygun olarak tutulduğundan bu temyiz tartışma dışı kalmıştır. Masraflara ilişkin karar verilmemiştir.

## I. Hava Aracının JAT’ye Dönüşü

60. Başvuru şirketin iki hava aracı üzerindeki kirası da Mayıs 1996’da sona ermiştir (bakınız yukarıda paragraf 12). Yüksek Mahkemenin Kasım 1996 tarihli kararı üzerine (bakınız yukarıda paragraf 58) ve yaptırım rejiminin yumuşaması göz önüne alınarak (bakınız aşağıda paragraf 67-71) JAT ile Ulaştırma Bakanı, Bakan’ın masraflarına ilişkin olarak Temmuz 1997’de anlaşmaya varmışlardır. JAT Ulaştırma Bakanı’nın bağlamayla bağlantılı tüm park, bakım, sigorta ve hukuki masraflarını karşılamak üzere Başhukuk Müşaviri ile hukuk müşavirlerinin adlarına dondurulmuş bir hesaba 389.609,95 İrlanda poundu yatırmıştır. 30 Temmuz 1997’de hava aracı JAT’ye dönmüştür.

## II. YAPTIRIM REJİMİ: İLGİLİ HÜKÜMLER

### A. Yaptırım Rejiminin Başlaması

61. Eylül 1991’de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) Şartın VII. Bölümü kapsamında, eski Yugoslavya’daki çatışmayla ilgili endişesini ifade ettiği ve silah ambargosu ile askerî ambargo uygulamaya koyduğu bir Karar almıştır (713 (1991) sayılı Karar). Aralık 1991’de kabul edilen 724 (1991) sayılı BMGK Kararı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin ilgili kararlarını yürütmek üzere bir Yaptırım Komitesi kurmuştur.

62. 30 Mayıs 1992’de kabul edilen 757 (1992) sayılı BMGK Kararı’nın ilgili kısımları şunları öngörmektedir:

“5. *Ek olarak*, yalnızca tam anlamıyla tıbbî veya insancıl amaçlar ile erzak için olan ödemeler hariç olmak üzere, hiçbir Devlet’in [YFC]’deki makamlara veya [YFC]’deki hiçbir ticari, sınai veya kamusal işletmeye hiçbir fon veya başka bir mali veya ekonomik kaynak sağlamamasına ve uyruklarının ve topraklarındaki herhangi bir kişinin bu tür fon ve kaynakları topraklarından çıkarmasını veya bu makamlara veya bu türden bir işletmeye başka bir şekilde sağlamasını ve [YFC]’de bulunan kişi ve kuruluşlara başka herhangi bir fon aktarmasını önlemesine karar vermiştir;

...

## 7. Tüm Devletler'in,

(a) Belirli bir uçuş insancıl amaçlar veya ilgili Konsey kararları ile uyumlu başka amaçlar için [Yapırım Komitesi] tarafından onaylanmış olmadıkça, [YFC] topraklarına inmeye yönelik veya [YFC] topraklarından kalkış yapmış olan hava araçlarına kendi topraklarından kalkış, toprakları üzerinden uçuş veya topraklarına iniş izni vermeyi reddetmesine;

(b) kendi yurttaşları tarafından veya kendi topraklarından, [YFC]'de kayıtlı olan veya [YFC]'deki oluşumlar tarafından veya adına işletilen hava araçlarına mühendislik veya bakım hizmeti veya parça sağlanmasını, bu hava araçları için uçuşa elverişlilik sertifikası verilmesini, mevcut sigorta sözleşmeleri karşılığında yeni alacakların ödenmesini ve bu hava araçları için doğrudan yeni sigorta sağlanmasını yasaklamasına

*Karar vermiştir.*

...

9. *Ek olarak*, tüm Devletler'in ve [YFC]'deki makamların, ifasının işbu karar ve ilgili kararlarca getirilen önlemler nedeniyle etkilendiği bir sözleşme veya başka bir işlemle bağlantılı olarak, [YFC]'deki makamlar veya [YFC]'deki bir kişi veya kuruluş veya bu kişi veya kuruluşlardan birinin vasıtasıyla veya faydasına talepte bulunan bir kişi nezdinde hiçbir alacak kalmamasını temin etmek üzere gerekli önlemleri almasına *karar vermiştir.*"

Karar Avrupa Topluluğunda Haziran 1992 tarihli Konsey tüzüğü ile ((EEC) 1432/92 sayılı Tüzük) uygulamaya geçirilmiş olup bu Tüzük de İrlanda'da kararname ile uygulamaya geçirilmiştir: 1992 Avrupa Toplulukları (Sırbistan ve Karadağ Cumhuriyetleri ile Ticaretin Yasaklanması) Tüzüğü (1992 tarihli ve 157 sayılı Kararname) (EEC) 1432/92 sayılı Tüzük'e aykırı hareketi 25 Haziran 1992'den itibaren İrlanda hukukunda suç haline getirmiştir.

63. Kasım 1992'de kabul edilen 787 (1992) sayılı BMGK Kararı YFC aleyhindeki ekonomik yaptırımları daha da sıkılaştırmıştır. Bu karar Aralık 1992'de kabul edilen (EEC) 3534/92 sayılı Tüzük ile uygulamaya geçirilmiştir.

64. 17 Nisan 1993'te kabul edilen 820 (1993) sayılı BMGK Kararı diğerlerinin yanı sıra şunları öngörmektedir:

"24. Tüm Devletler'in, çoğunluk hisselerinin veya kontrol gücüne sahip hisselerinin [YFC]'deki veya [YFC]'den faaliyet gösteren bir kişi veya işletmenin elinde bulunduğu, topraklarındaki tüm kara, hava, deniz ve demiryolu araçlarını bağlamasına ve bu kara, hava, deniz ve demiryolu araçlarının 713 (1991), 757 (1992), 787 (1992) sayılı kararları veya işbu kararı ihlal ettiklerinin belirlenmesi üzerine ceza olarak el koyan Devlet'e bırakılabilmelerine *karar vermiştir.*"

65. Bu karar Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma'nın ("AT Antlaşması") 191(2) maddesi (yeni madde 254(2)) kapsamında (Tüzük'ün 13. maddesinde öngörüldüğü şekilde) Resmî Gazete'de (L 102/14 (1993)) yayımlandığı tarih olan 28 Nisan 1993'te yürürlüğe giren (EEC) 990/93 sayılı Tüzük ile uygulamaya geçirilmiştir.

Bu Tüzük'ün 1.1(e) maddesi ile 8 ila 10. maddeleri şunları öngörmektedir:

## Madde 1

"Aşağıda sayılanlar 26 Nisan 1993 itibarıyla yasaklanmıştır:

...

(e) Sırbistan ve Karadağ Cumhuriyetlerinde yürütülen herhangi bir işle ilgili olarak bir kişi veya kuruluş mali olmayan hizmetler sunulması."

## Madde 8

“Çoğunluk hisselerinin veya kontrol gücüne sahip hisselerinin [YFC]’deki veya [YFC]’den faaliyet gösteren bir kişi veya işletmenin elinde bulunduğu tüm kara, hava, deniz ve demiryolu araçları Üye Devletler’in yetkili makamlarınca bağlanır.

Bağlanan kara, hava, deniz ve demiryolu araçlarının masrafları bunların maliklerine yüklenebilir.”

## Madde 9

“(EEC) 1432/92 sayılı Tüzük’ü veya bu Tüzük’ü ihlal eden veya ihlal ettiğinden şüphelenilen tüm kara, hava, deniz ve demiryolu araçları ile kargolar Üye Devletler’in yetkili makamları tarafından soruşturma süresince tutulabilir.”

## Madde 10

“Her Üye Devlet bu [Tüzük’ün] hükümlerinin ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımları belirler.

Kara, hava, deniz ve demiryolu araçları ile kargoların bu Tüzük’ü ihlal ettiğinin tespit edilmesi halinde bunlar ceza olarak, yetkili makamlarınca bağlandıkları veya tutuldukları Üye Devlet’e bırakılabilirler.”

66. 4 Haziran 1993’te İrlanda Turizm ve Ticaret Bakanı’nın kabul ettiği 1993 Avrupa Toplulukları (Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan-Karadağ) ile Ticaretin Yasaklanması) Tüzüğü’nün (1993 tarihli ve 144 sayılı Kararname) ilgili kısmı şunları öngörmektedir:

“3. Kimse [(EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün] hükümlerini ihlal etmez.

4. 1993 Haziranı’nın 4. günü veya bu günden sonra bu Tüzük’ün 3. maddesine aykırı hareket eden kimse suç işlemiş olur ve basit yargılama usulüne tabi olarak 1.000 pounda kadar para cezasına veya 12 aya kadar hapis cezasına veya ikisine birden mahkûm edilir.

5. (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün 8 ve 9. maddelerinin amacı bakımından yetkili makam, söz konusu 8. maddenin gemilere ve 9. maddenin kargolara ilişkin olduğu haller hariç olmak üzere Ulaştırma, Enerji ve İletişim Bakanı’dır.

6. (1) (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün 8 ve 9. maddeleri tarafından bu maddelerin amaçları bakımından yetkili makam olarak Ulaştırma, Enerji ve İletişim Bakanı’na devredilen yetkiler;

(a) Garda Síochána üyeleri,

(b) gümrük ve vergi memurları,

(c) Havalimanı Polisi, Aer Rianta İtfaiye Memurları

(d) Ulaştırma, Enerji ve İletişim Bakanı tarafından bu yönde yazılı olarak usulünce yetkilendirilen... Ulaştırma Bakanlığı memurları

tarafından kullanılabilir.

...

(3) Kimse bu maddenin 1. fıkrasındaki a, b veya c bentlerinde belirtilen veya yukarıda belirtildiği şekilde yetkilendirilmiş olan kişiye yukarıda belirtilen yetkileri kullanması konusunda engel çıkartmaz veya bu kişiyle çatışmaz.

(4) 1993 Haziranı’nın 4. günü veya bu günden sonra bu maddenin 3. fıkrasını ihlal eden kimse suç işlemiş olur ve basit yargılama usulüne tabi olarak 500 pounda kadar para cezasına veya üç aya kadar hapis cezasına veya ikisine birden mahkûm edilir.

7. Bu Tüzük’ün 4 ve 6. maddeleri kapsamındaki bir suçun bir tüzel kişi tarafından işlenmesi ve yönetici, müdür, sekreter veya tüzel kişinin başka bir çalışanı olan kimsenin veya bu sıfatlarla hareket ettiğini iddia eden kimsenin rızası, göz yumması veya onayı ile veya bu kimseye atfedilebilir olan bir ihmâl üzerine işlendiğinin ispatlanması halinde tüzel kişinin yanı sıra bu kimse de suç işlemiş olur ve ilk sözü edilen suçun failiymiş gibi kovuşturulup cezalandırılır.

## B. Yaptırım Rejiminin Kaldırılması

67. 23 Eylül 1994'te kabul edilen 943 (1994) sayılı BMGK Kararı diğerlerinin yanı sıra şunları öngörmektedir:

“(i) 757 (1992) sayılı Karar’ın 7. paragrafı ile getirilen sınırlamalar, 820 (1993) sayılı Karar’ın kabulü tarihinde bağlı olmayan hava araçlarına ilişkin olarak bu Karar’ın 24. paragrafı, ...

... Genel Sekreter’den rapor ... alınmasını izleyen günden itibaren 100 günlük bir başlangıç süresi için askıya alınmıştır.”

Bu karar, 5. maddesi ile “23 Eylül 1994’te bağlı olmayan... hava araçlarına ilişkin olarak” (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün 8. maddesinin yürürlüğünü askıya alan 10 Ekim 1994 tarihli ve (EC) 2472/94 sayılı Tüzük’le uygulamaya geçirilmiştir.

68. 820 (1993) sayılı BMGK Kararının askıya alınması 1995’te 100’er günlük sürelerle çok defa uzatılmış olup bu kararların da her biri Topluluk tüzükleriyle uygulamaya geçirilmiştir.

69. 820 (1993) sayılı BMGK Kararı 1995’te 1022 (1995) sayılı Karar’la süresiz olarak askıya alınmıştır. 4 Aralık 1995 tarihli ve (EC) 2815/95 sayılı Topluluk Tüzüğü ile uygulamaya geçirilen bu Karar diğerlerinin yanı sıra şunları öngörmektedir:

“1. [(EEC) 990/93 sayılı Tüzük] [YFC]’ye ilişkin olarak askıya alınmıştır.

2. Bir alacağa, rehine, mahkeme kararına veya yükümlülüğe tabi olan veya hukuken yahut ilgili Üye Devlet’te hâkim olan muhasebe ilkeleri kapsamında iflas ettiği tespit edilen veya düşünülen bir kimseye, ortaklığa, şirkete veya başka bir birime ait olan varlıklar ilgili hukuka göre serbest bırakılincaya kadar bağlı kalmak şartıyla, [(EEC) 990/93 sayılı Tüzük] askıda kaldığı sürece, önceden bu Tüzük gereğince bağlanmış olan tüm varlıklar Üye Devletlerce hukuka uygun şekilde serbest bırakılabilir.”

70. 820 (1993) sayılı BMGK Kararı daha sonra kesin olarak askıya alınmıştır. Askıya almayı uygulamaya geçiren 27 Şubat 1996 tarihli ve (EC) 462/96 sayılı Tüzük’ün ilgili kısmı şunları öngörmektedir:

“Bir alacağa, rehine, mahkeme kararına veya yükümlülüğe tabi olan fonlar veya varlıklar ilgili hukuka göre serbest bırakılincaya kadar dondurulmuş veya bağlı kalmak şartıyla, tüzükler [diğerlerinin yanı sıra (EEC) 990/93 sayılı Tüzük] askıda kaldığı sürece, önceden bu tüzükler gereğince dondurulmuş veya bağlanmış olan tüm fon ve varlıklar Üye Devletlerce hukuka uygun şekilde serbest bırakılabilir.”

71. 9 Aralık 1996’da (EC) 2382/96 sayılı Tüzük diğerlerinin yanı sıra (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ü yürürlükten kaldırmıştır. 2 Mart 2000’de 2000 Avrupa Toplulukları (Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan-Karadağ) ile Hırvatistan ve Bosna Hersek Cumhuriyetlerinin Belirli Bölgelerine Yönelik Ticari Yaptırımların Kaldırılması) Tüzüğü 1993 tarihli ve 144 sayılı Kararname’yi yürürlükten kaldırmıştır.

## III. İLGİLİ TOPLULUK HUKUKU VE UYGULAMASI

72. Bu karar Avrupa Birliği’nin “birinci sütunu”nun Topluluk hukuku hükümleri ile ilgilidir.

### A. Temel Haklar: AAD<sup>1</sup> İçtihadı

73. Avrupa Topluluklarının kurucu antlaşmaları insan haklarının korunması konusunda açık hükümler içermemekle birlikte, AAD temel hakların AAD tarafından korunan Topluluk hukukunun genel ilkelerinde güvence altına alındığını daha 1969’da kabul etmiştir.<sup>2</sup> 1970’lerin başlarından itibaren

<sup>1</sup> AAD’ye yapılan atıflar, uygun düştüğü ölçüde, İlk Derece Mahkemesini de içermektedir.

<sup>2</sup> Bkz. *Stauder v. City of Ulm*, Case 29/69 [1969] ECR 419.

AAD bu hakların korunmasında Üye Devletler'in anayasal geleneklerinden<sup>3</sup> ve Üye Devletler'in işbirliği yaptıkları veya imzacı oldukları uluslararası insan hakları antlaşmalarınca sağlanan kılavuz ilkelere<sup>4</sup> esinlendiğini doğrulamıştır. Sözleşme hükümlerine ilk kez 1975'te açıkça atıf yapılmış olup<sup>5</sup> Sözleşme'nin insan haklarının korunmasına dair uluslararası antlaşmalar arasındaki özel önemi 1979'dan itibaren AAD tarafından tanınmıştır.<sup>6</sup> Bundan sonra AAD Sözleşme hükümlerine (bazen incelemesi altındaki Topluluk mevzuatının Sözleşme'ye atıf yapmış olması halinde)<sup>7</sup> ve son zamanlarda bu Mahkemenin içtihadına<sup>8</sup> kapsamlı olarak atıf yapmaya başlamış olup en yeni AAD kararları bu Sözleşme atıflarına bunların Topluluk hukukuyla ilgisini açıklayan bir giriş yapmamaktadır.

74. 1991 tarihli bir kararında AAD Sözleşme'nin Topluluk hukukundaki rolünü şu sözlerle tarif edebilmiştir:<sup>9</sup>

“41. ... Mahkemenin sürekli olarak belirttiği gibi temel haklar Mahkemenin riayet edilmesini sağladığı genel hukuk ilkelerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu amaçla Mahkeme Üye Devletler'in ortak anayasal geleneklerinden ve Üye Devletler'in işbirliği yaptıkları veya imzacı oldukları uluslararası insan hakları antlaşmalarınca sağlanan kılavuz ilkelerden esinlenmektedir ... [Sözleşme] bu açıdan özel bir öneme sahiptir ... Topluluğun bu şekilde tanınıp güvence altına alınmış olan insan haklarına riayet ile uyumsuz tedbirler alamayacağı anlaşılmaktadır.

42. Mahkemenin ifade ettiği gibi ... Topluluk hukuku kapsamına girmeyen ulusal kuralların [Sözleşme] ile uyumluluğunu inceleme yetkisi yoktur. Diğer taraftan, bu tür kuralların Topluluk hukuku kapsamına girmediği ve ön karar için Mahkemeye başvurulduğu hallerde Mahkeme, bu kuralların riayet edilmesi Mahkemece sağlanan ve özellikle [Sözleşme]den türeyen temel haklarla uyumlu olup olmadığına karar vermek üzere ulusal mahkemece ihtiyaç duyulan tüm yorum ilkelerini sağlamalıdır.”

75. Bu ifade AAD tarafından sıklıkla tekrar edilmiş olup Topluluğun Sözleşme'ye katılmasına dair görüşü<sup>10</sup> bu açıdan dikkat çekicidir. Bu görüşte AAD özellikle, insan haklarına saygının “Topluluk işlemlerinin hukuka uygunluğunun bir şartı” olduğuna dair görüş bildirmiştir.

<sup>3</sup> Bkz. *Internationale Handelsgesellschaft*, Case 11/70 [1970] ECR 1125.

<sup>4</sup> Bkz. *Nold v. Commission of the European Communities*, Case 4/73 [1974] 491.

<sup>5</sup> Bkz. *Rutili v. Minister of the Interior*, Case 36/75 [1975] ECR 1219; ayrıca bakınız hukuken bağlayıcı bir AB Temel Haklar Şartının Avrupa'da insan hakları korumasına yansımalarına ilişkin 256/2003 sayılı Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Görüşü, paragraf 10.

<sup>6</sup> Bkz. *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, Case 44/79 [1979] ECR 3727.

<sup>7</sup> Örnek olarak bakınız yukarıda anılan *Hauer*, § 17 (1 No.lu Protokol madde 1); *Regina v. Kent Kirk*, Case 63/83 [1984] ECR 2689, § 22 (madde 7); *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Case 222/84 [1986] ECR 1651, § 18 (madde 6 ve 13); *Hoechst AG v. Commission of the European Communities*, Joined Cases 46/87 and 227/88 [1989] ECR 2859, § 18 (madde 8); *Commission of the European Communities v. the Federal Republic of Germany*, Case 249/86 [1989] ECR 1263, § 10 (madde 8); *ERT v. DEP*, Case C-260/89 [1991] ECR I-2925, § 45 (madde 10); *Union royale belge des sociétés de football and Others v. Bosman and Others*, Case C-415/93 [1995] ECR I-4921, § 79 (madde 11); *Philip Morris International, Inc. and Others v. Commission of the European Communities*, Joined Cases T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 and T-272/01 [2003] ECR II-1, § 121 (madde 6 ve 13); ve *Bodil Lindqvist*, Case C-101/01 [2003] ECR I-12971, § 90 (madde 10).

<sup>8</sup> Örnek olarak bakınız *Criminal proceedings against X*, Joined Cases C-74/95 and C-129/95 [1996] ECR I-6609, § 25 (madde 7); *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, Case C-368/95 [1997] ECR I-3689, §§ 25-26 (madde 10); *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd*, Case C-249/96 [1998] ECR I-621, §§ 33-34 (madde 8, 12 ve 14); *Baustahlgewebe GmbH v. Commission of the European Communities*, Case C-185/95 P [1998] ECR I-8417, §§ 20 and 29 (madde 6); *Dieter Krombach v. André Bamberski*, Case C-7/98 [2000] ECR I-1935, §§ 39-40 (madde 6); *Mannesmannröhren-Werke AG v. Commission of the European Communities*, Case T-112/98 [2001] ECR II-729, §§ 59 and 77 (madde 6); *Connolly v. Commission of the European Communities*, Case C-274/99 [2001] ECR I-1611, § 39 (madde 10); *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, Case C-60/00 [2002] ECR I-6279, §§ 41-42 (madde 8); *Joachim Steffensen*, Case C-276/01 [2003] ECR I-3735, §§ 72 and 75-77 (madde 6); *Rechnungshof and Others*, Joined Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01 [2003] ECR I-4989, §§ 73-77 and 83 (madde 8); *Archer Daniels Midland Company and Archer Daniels Midland Ingredients Ltd v. Commission of the European Communities*, Case T-224/00 [2003] ECR II-2597, §§ 39, 85 and 91 (madde 7); *Secretary of State for the Home Department v. Hacene Akrich*, Case C-109/01 [2003] ECR I-9607, §§ 58-60 (madde 8); *K.B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, Case C-117/01 [2004] ECR I-541, §§ 33-35 (madde 12); *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH*, Case C-71/02 [2004] ECR I-3025, §§ 50-51 (madde 10); *Orfanopoulos and Oliveri v. Land Baden-Württemberg*, Joined Cases C-482/01 and C-493/01 [2004] ECR I-5257, §§ 98-99 (madde 8) ve *JFE Engineering Corp., Nippon Steel Corp., JFE Steel Corp. and Sumitomo Metal Industries Ltd v. Commission of the European Communities*, Joined Cases T-67/00, T-68/00, T-71/00 and T-78/00 [2004] ECR II-2501, § 178 (madde 6).

<sup>9</sup> Yukarıda anılan *ERT v. DEP*.



76. Başvurucu şirket tarafından dayanak gösterilen *Kondova*'da<sup>11</sup> AAD, bir Bulgaristan vatandaşının çalışma amacıyla yerleşme talebinin Avrupa Topluluğu ile Bulgaristan arasındaki ortaklık antlaşmasının bir hükmüne istinaden Birleşik Krallık tarafından reddedilmesi hakkında karar vermiştir:

“... Ayrıca, [İngiliz göç idaresinin] bu tür tedbirleri, o vatandaşın, aile hayatına saygı hakkı ile mülkiyetine saygı hakkı gibi, söz konusu Üye Devlet için 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'den veya bu Devlet'in katılmış olabileceği diğer uluslararası belgelerden çıkan temel haklarına saygı duyulması yükümlülüğüne zarar vermeden kabul edilmelidir.”

## B. İlgili Antlaşma Hükümleri<sup>12</sup>

### 1. Temel Haklara İlişkin Olarak

77. Yukarıda kaydedilen içtihat gelişmeleri belli antlaşma değişikliklerine yansıtılmıştır. 1986 Avrupa Tek Senedi'nin başlangıç kısmında Sözleşmeciler Tarafından

“Üye Devletler'in anayasaları ile kanunlarında, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'de ... tanınan temel haklara dayanarak demokrasiyi geliştirmek için birlikte çalışma”

kararlılıklarını ifade etmişlerdir.

78. 1992 Avrupa Birliği Antlaşmasının 6. maddesinde (eski F maddesi) şöyle demektedir:

“1. Birlik Üye Devletler'de ortak olan özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukuk devleti ilkeleri üzerine kurulmuştur.

2. Birlik 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme tarafından güvence altına alınan şekliyle ve Üye Devletler'in ortak anayasal geleneklerinden kaynaklandığı şekliyle Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak temel haklara saygı duyar.

3. Birlik Üye Devletleri'nin ulusal kimliklerine saygı duyar.

4. Birlik, amaçlarına ulaşması ve politikalarını gerçekleştirmesi için gerekli araçlarla kendini donatır.

79. 1997 Amsterdam Antlaşması AAD'nin, yargılama yetkisi olduğu sürece, Topluluk kurumlarının işlemlerine insan hakları standartlarını uygulamasını gerektirmekte ve Avrupa Birliğine yukarıda anılan Avrupa Birliği Antlaşmasının 6(1). maddesi ilkelerini ciddi olarak ve ısrarla ihlal eden bir üye Devlet aleyhinde işlem yapma yetkisi vermektedir.

80. 7 Aralık 2000'de Nice'de ilan edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (tam olarak bağlayıcı değildir), başlangıç bölümünde

“Topluluk ile Birliğin görev ve yetkileri ile ikincillik ilkesini gereğince dikkate alarak, özellikle, Üye Devletler'de ortak olan anayasal gelenekler ile uluslararası yükümlülükler, Avrupa Birliği Antlaşması, Topluluk Antlaşmaları, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Topluluk tarafından ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Sosyal Şartlar ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarından kaynaklandığı şekliyle temel hakları teyit ettiğini”

belirtmektedir. Şartın 52 § 3 maddesi şöyle öngörmektedir:

“Bu Şart İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile güvence altına alınan haklarla örtüşen haklar içerdiği sürece bu hakların anlam ve kapsamı adı geçen Sözleşmece ortaya konulanlarla aynıdır. Bu hüküm Birlik hukukunun daha kapsamlı koruma sağlamasını engellemez.”

<sup>10</sup> Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Opinion 2/94 [1996] ECR I-1759.

<sup>11</sup> *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova*, Case C-235/99 [2001] ECR I-6427.

<sup>12</sup> Davadaki olguların yayıldığı zaman zarfı dikkate alınarak AT Antlaşmasının eski madde numaraları kullanılmıştır (uygun düştüğü ölçüde güncel numaralar da gösterilmiştir).

81. 29 Ekim 2004'te imzalanan Avrupa için bir Anayasa oluşturan Antlaşma (yürürlükte değildir) "Temel Haklar" başlıklı I-9 maddesinde şöyle öngörmektedir:

"1. Birlik II. Bölümü oluşturan Temel Haklar Şartı'nda düzenlenen hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıtır.

2. Birlik İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye katılır. Bu katılım Birliğin Anayasada belirtilen yetkilerini etkilemez.

3. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile güvence altına alınan ve Üye Devletler'in ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan şekliyle temel haklar Birlik hukukunun genel ilkelerini oluşturur."

Yukarıda anılan Temel Haklar Şartı bu anayasal antlaşmaya II. Bölüm olarak dâhil edilmiştir.

## 2. AT Antlaşmasının İlgili Diğer Hükümleri

82. 5. madde (yeni 10. madde) şöyle öngörmektedir:

"Üye Devletler bu Antlaşma'dan doğan veya Topluluk kurumlarınca yapılan işlemlerden kaynaklanan yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlamak üzere genel veya özel her uygun tedbiri alırlar. Topluluk görevlerinin başarılmasını kolaylaştırırlar.

Bu Antlaşmanın amaçlarına ulaşılmasını tehlikeye düşürecek herhangi bir tedbirden kaçınırlar."

83. 189. maddenin (yeni 249. madde) ilgili kısmı şöyle demektedir:

"Tüzükler genel niteliktedir. Bütünüyle bağlayıcıdır ve Üye Devletler'de doğrudan uygulanabilir niteliktedir. ..."

Tüzüklerin "bütünüyle bağlayıcı" ve tüm Üye Devletler'de "doğrudan uygulanabilir" olarak tarif edilmesi Üye Devletler'in iç hukuk düzenlerinde ulusal uygulamaya ihtiyaç olmaksızın sonuç doğurdıkları<sup>13</sup> anlamına gelmektedir.

84. 234. madde (yeni 307. madde) şöyle öngörmektedir:

"Bir tarafta bir veya daha fazla Üye Devlet ile diğer tarafta bir veya daha fazla üçüncü ülke arasında 1 Ocak 1958'den önce veya katılımcı Devletler için katılma tarihlerinden önce akdedilen antlaşmalardan doğan haklar ve yükümlülükler bu Antlaşma'nın hükümlerinden etkilenmez.

Bu tür antlaşmaların bu Antlaşma ile uyumlu olmaması halinde ilgili üye Devlet veya Devletler tespit edilen uyumsuzlukları ortadan kaldırmak için tüm uygun adımları atarlar. Üye Devletler gerektiğinde bu amaçla birbirlerine yardım ederler ve uygun düşüğü ölçüde ortak tavır alırlar.

Birinci bentte söz edilen antlaşmaların uygulanmasında Üye Devletler her bir Üye Devlet tarafından bu Antlaşma kapsamında uzlaşılan avantajların Topluluğun kurulmasının ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiğini ve böylece ortak kurumların oluşturulması, bunlara yetki verilmesi ve diğer tüm Üye Devletlerce aynı avantajların elde edilmesi ile ayrılmaz biçimde bağlantılı olduğunu göz önüne alırlar."

## C. Avrupa Topluluğu Denetim Mekanizmaları

85. AAD ve ulusal mahkemelerce yerine getirilen denetime ilişkin olarak AAD şunları belirtmiştir:

"39. Bireyler ... Topluluk hukuk düzeninden elde ettikleri haklara ilişkin etkili yargısal koruma hakkına sahip olup bu koruma hakkı Üye Devletler'in ortak anayasal geleneklerinden çıkan hukukun genel ilkelerinden biridir. Bu hak ayrıca İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 6 ve 13. maddelerinde ... korunmaktadır.

<sup>13</sup> Tüzükler tüzükte belirtilen tarihte veya böyle bir tarihin belirtilmediği hallerde Resmî Gazetede yayımlanmasından yirmi gün sonra yürürlüğe girer (191(2). madde, yeni 254(2). madde).

40. Bir yandan 173. madde ve 184. madde (yeni AT 241. madde) ile diğer yandan 177. madde ile Antlaşma, kurumların işlemlerinin hukukiliğinin yargısal denetimini sağlamak üzere tasarlanan bütüncül bir hukuk yolu ve usulü sistemi kurmuş, bu denetimi Topluluk mahkemelerine bırakmıştır ... Antlaşma'nın 173. maddesinin dördüncü fıkrasında sayılan kabul edilebilirlik koşulları nedeniyle gerçek veya tüzel kişilerin genel nitelikteki Topluluk tedbirlerine doğrudan itiraz edemediği bu sistemde kişiler davaya göre ya bu tür işlemlerin geçersizliğini Antlaşma'nın 184. maddesi kapsamında Topluluk mahkemeleri nezdinde dolaylı olarak ileri sürebilir ya da ulusal mahkemelerden Adalet Divanına geçerliliğe ilişkin ön karar başvurusu yapmalarını talep ederek -çünkü ulusal mahkemelerin bu tedbirlerin geçersizliğini kendi başlarına ilan etme yetkileri yoktur- bunu ulusal mahkemeler nezdinde yapabilirler.

41. Buna göre etkili yargısal koruma hakkına saygıyı sağlayan hukuk yolu ve usulü sisteminin kurulması Üye Devletler'in görevidir.

42. Bu bağlamda Antlaşma'nın 5. maddesinde ortaya konulan samimi işbirliği ilkesine uygun olarak ulusal mahkemelerin mümkün olduğunca, dava haklarının kullanılmasını düzenleyen ulusal usul kurallarını gerçek ve tüzel kişilere, genel nitelikteki bir Topluluk işleminin onlara uygulanmasıyla ilgili herhangi bir kararın veya diğer ulusal tedbirin hukukiliğine böyle bir işlemin geçersizliğini ileri sürmek suretiyle mahkeme nezdinde itiraz etme imkânını verecek şekilde yorumlayıp uygulaması gerekmektedir.”<sup>14</sup>

## 1. AAD Nezdinde Doğrudan Davalar

### a. Topluluk Kurumlarına Açılan Davalar

86. 173. madde (yeni 230. madde) Üye Devletler'e, Avrupa Parlamentosuna, Konseye ve Komisyona bir Topluluk işleminin yargısal denetimi için (“iptal davası”) AAD'ye başvurma hakkı vermektedir. Sayıştay ile Avrupa Merkez Bankasından yapılacak başvurular daha sınırlıdır ve çok daha fazla sınırlamaya tabi olmakla birlikte bireyler de (gerçek veya tüzel kişiler) “kendilerini muhatap alan bir karara veya ... tüzük yahut başka bir kişiyi muhatap alan bir karar biçiminde olsa da kendilerini doğrudan ve kişisel olarak ilgilendiren bir karara” itiraz edebilirler (173(4). madde, yeni 230(4). madde).

87. 175. maddeye göre (yeni 232. madde) üye Devletler ve Topluluk kurumları ayrıca, diğerlerinin yanı sıra, Konseyi, Komisyonu ve Avrupa Parlamentosunu Antlaşma yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız oldukları için AAD nezdinde hesap vermeye çağırabilir. 184. madde (yeni 241. madde) başka bir madde üzerinden AAD nezdinde hâlihazırda derdest olan yargılama sırasında (Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından birlikte, Konsey tarafından, Komisyon tarafından veya Avrupa Merkez Bankası tarafından kabul edilen) bir tüzüğün hukuka aykırılığını ileri sürme imkânı getirmektedir: Başarılı bir itiraz ilgili hükmün iptalini sağlamayacak, ama AAD'nin Tüzük'ün *inter partes* geçersiz olduğunu ilan etmesi sonucunu doğuracaktır.

88. Kendi tüzel kişiliğine sahip olarak Avrupa Topluluğu, sözleşme-dışı sorumluluğu olarak tarif edilen haksız fiil zararları için dava edilebilir. Topluluk kurumları kurumun (*fautes de service*) veya memurlarının (*fautes personnelles*) davacıya zarar vermiş olan haksız (hukuka aykırı veya geçersiz) icrai veya ihmali işlemlerinden sorumlu tutulur (178 ve 215. madde, yeni 235 ve 288. madde). 173, 175 ve 184. madde (yeni 230, 232 ve 241. madde) kapsamındaki davaların aksine ve açılacak davanın şartlarının getirdiği çeşitli içkin sınırlamalara bağlı olarak, böyle bir dava açma hakkında kişisel veya *locus standi* sınırlamalar yoktur. Böylece 173 veya 175. madde kapsamında (bireyler dâhil) *locus standi*'ye sahip olmayan ama zarar görmüş olanlara bir eylemin veya eylemsizliğin hukuka uygunluğunu denetlemek üzere AAD nezdinde bağımsız bir dava hakkı<sup>15</sup> sağlanabilmektedir.

<sup>14</sup> *Unión de Pequeños Agricultores v. Council of the European Union*, Case C-50/00 P ECR [2002] I-6677.

<sup>15</sup> Bkz. *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt v. Council of the European Communities*, Case 5/71 [1971] ECR 975.

### **b. Üye Devletler'e Açılan Davalar**

89. 169. madde (yeni 226. madde) ile 170. madde (yeni 227. madde) kapsamında dikkat çekici bir biçimde hem Komisyona (“antlaşmaların koruyucusu” olarak rolünü yerine getirirken) hem de herhangi bir Üye Devlet’e Antlaşma yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız olduğu düşünülen bir Üye Devlet’e karşı dava açma hakkı tanınmaktadır. AAD Üye Devlet’i bu anlamda başarısız bulursa Devlet’in AAD kararını uygulamak için gerekli önlemleri alması gerekmektedir (171. madde, yeni 228. madde). Topluluk düzenlemelerinin (Devlet yardımları gibi - 93. madde, yeni 88. madde) diğer özel alanlarında Komisyon da bir Üye Devlet’e karşı dava açabilir.

### **c. Bireylere Açılan Davalar**

90. AT Antlaşması’nda AAD nezdinde bireyler aleyhine doğrudan bir dava için hüküm yoktur. Bununla birlikte bireyler Topluluk hukukunun belirli hükümleri kapsamında para cezası alabilirler, bu cezalara da AAD nezdinde itiraz edilebilir.

## **2. Ulusal Mahkemeler Nezdinde Dolaylı Davalar**

91. Bireyler Topluluk haklarını ulusal mahkemeler veya divanlar nezdinde ileri sürmek istemeleri halinde ulusal hukukta nihai veya geçici herhangi bir giderim arayışında Topluluk haklarının ilgili olduğu, ulusal hukuktaki kamusal veya özel her türlü yargılama bağlamında bunu yapabilirler.

### **a. Doğrudan Etki**

92. Bir Topluluk hukuku hükmünün “doğrudan etkisi” hükmün bireylere ulusal mahkemeler nezdinde dayanabilecekleri haklar ve yükümlülükler yüklediği anlamına gelmektedir. Doğrudan etkili bir hüküm ulusal mahkemeler tarafından yalnızca uygulanmakla kalmamalı, Topluluk hukukunun üstünlüğü ilkesi gereğince çatışan iç hukuka üstün gelmelidir.<sup>16</sup> Doğrudan etki kazanmanın şartları hükmün

“pozitif değil negatif bir yükümlülük olan açık ve koşulsuz bir yasak içermesidir. Bu yükümlülük, ayrıca, uygulanmasını ulusal hukuk kapsamındaki bir pozitif yasama tedbiri koşuluna bağlayacağından Devletler’in herhangi bir çekince koymasına elverişli değildir. Yasağın bu doğası, Devletler ile uyrukları arasındaki hukuki ilişkilerde doğrudan etki doğurmada onu ideal bir uyum içine sokmaktadır.”<sup>17</sup>

93. Belirli AT Antlaşması hükümleri negatif veya pozitif yükümlülük yüklediğine bakılmaksızın doğrudan etkiye sahip olarak düşünülmekte ve belirli bazıları (Devlet ile birey arasındaki) “dikey” etkinin yanı sıra (bireyler arasında) yatay etkiye de sahip olarak değerlendirilmektedir. 189. maddenin (yeni 249. madde) metni dikkate alındığında tüzük hükümlerinin normalde hem dikey hem yatay olarak doğrudan etkiye sahip olduğu düşünülmektedir. Yönerge ve kararlar belli durumlarda dikey doğrudan etkiye sahip olabilmekte, fakat bağlayıcı gücü olmayan öneri ve görüşler genelde bireyler tarafından ulusal mahkemeler nezdinde dayanak olarak kullanılamamaktadır.

### **b. Dolaylı Etki ve Devlet Sorumluluğu İlkeleri**

94. Bireylerin Topluluk hukukuna göre ileri sürebileceği haklar artık doğrudan etkili Topluluk hükümleri kapsamında olanlarla sınırlı değildir: Artık AAD tarafından geliştirilen dolaylı etki ve Devlet sorumluluğu ilkelerine dayanan hakları da içermektedir. Dolaylı etki ilkesine göre (“*interprétation conforme*”) bir Üye Devlet’in 5. madde (yeni 10. madde) kapsamındaki yükümlülükleri Devlet’in (yargı dâhil) makamlarının ulusal mevzuatı mümkün olduğunca ilgili yönergenin lafzı ve amacı ışığında yorumlamasını gerektirmektedir.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Bkz. *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Case 11/70 [1970] ECR 1125.

<sup>17</sup> *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie des Belastingen*, Case 26/62 [1963] ECR I’de öngörülmüştür.

<sup>18</sup> Bkz. *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Case 14/83 [1984] ECR 1891, ve *Marleasing S.A. v. La Comercial Internacional de Alimentación S.A.*, Case C-106/89 [1990] ECR I-4135.

95. Devlet sorumluluğu ilkesi ilk defa *Francovich*'te geliştirilmiştir.<sup>19</sup> AAD bir Devlet'in (doğrudan etkili olsun olmasın) bir yönergenin gereğini yapamaması halinde bireylerin bundan kaynaklanan zararını üç koşulun yerine gelmesi şartıyla tazmin etmekle yükümlü olacağına karar vermiştir: Yönerge bireylere bir hak vermiş olmalı, hakkın içeriği yönerge hükümlerinde açık olmalı ve Devlet'in yükümlülüğünü yerine getirememesi ile etkilenen kişinin maruz kaldığı zarar arasında illiyet bağı olmalıdır. 1996'da AAD Devlet sorumluluğu kavramını sorumluluk koşullarının tamamlanmış olması şartıyla Topluluk hukukuna aykırı (yasama, yürütme ve yargı temelli) icrai veya ihmali tüm ulusal işlemleri kapsayacak şekilde genişletmiştir.<sup>20</sup>

### c. Ön Karar Usulü

96. Topluluk hukukunun doğru bir şekilde uygulanması ile yeknesak uygulanmasının sağlanmasında ulusal mahkemelere yardımcı olmak üzere<sup>21</sup> 177. madde (yeni 234. madde) ulusal mahkemelere AAD'ye danışma fırsatı sağlamaktadır. 177. madde özellikle şunları söylemektedir:

“Adalet Divanı:

(a) Bu Antlaşma'nın yorumlanmasına,

(b) Topluluk kurumlarının ... işlemlerinin geçerliliği ve yorumlanmasına,

...

ilişkin olarak ön karar verme yetkisine sahiptir.

Böyle bir sorunun bir Üye Devlet'in mahkeme veya divanı nezdinde ortaya çıkması halinde bu mahkeme veya divan hükme varabilmek için bu sorun hakkında bir karara ihtiyaç olduğunu düşünürse Adalet Divanından buna dair bir karar vermesini isteyebilir.

Böyle bir sorunun bir Üye Devlet'in ulusal hukukta kararları yargı yoluna kapalı olan mahkeme veya divanında derdest olan bir davada ortaya çıkması halinde bu mahkeme veya divan meseleyi Adalet Divanı'na taşır.”

97. AAD bu ön karar usulünün özünü şöyle tarif etmiştir:<sup>22</sup>

“30. ... AT madde 234'te öngörülen usul Adalet Divanı ile ulusal mahkemeler arasında bir işbirliği aracı olup Divanın yargılamaları istenen davalarda hükme varabilmeleri için gerekli olan Topluluk hukuku yorumunu ulusal mahkemelere sağlaması işlevini görmektedir ...

31. Bu işbirliği bağlamında, hem bir karar vermesini mümkün kılması için ön karara ihtiyacı olup olmadığını hem de Divana soracağı soruların ilgisini davanın özel koşulları ışığında belirlemek, uyumsuzluğu doğuran olguların bilgisine yalnızca kendisi doğrudan sahip olup sonuçta ortaya çıkacak olan yargı kararının sorumluluğunu taşıması gerektiği için, uyumsuzluğa bakan ulusal mahkemenin görevidir. Sonuç olarak, sorulan soruların Topluluk hukukunun yorumlanmasıyla ilgili olması halinde Adalet Divanı kural olarak bir karar vermek zorundadır ...”

98. 177. madde başvuruyu takdir etme yetkisi olan ulusal mahkemeler ile başvuruya mecbur olan nihai yargı makamı konumundaki mahkemeler arasında ayırım yapmaktadır. Bununla birlikte, *CILFIT*<sup>23</sup> kararına göre iki gruptaki mahkemeler de öncelikle, 177. maddenin lafzî anlamı aksini işaret etse bile, karara varmasını mümkün kılmak için Topluluk hukuku meselesine dair bir AAD kararının gerekli olup olmadığını belirlemelidir:

<sup>19</sup> *Francovich and Others v. Italian Republic*, Joined Cases C-6/90 and C-9/90 [1991] ECR I-5357.

<sup>20</sup> Bkz. *Brasserie du Pêcheur S.A. v. Bundesrepublik Deutschland and The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others*, Joined Cases C-46/93 ve C-48/93 [1996] ECR I-1029; ayrıca bakınız *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, Case C-224/01 [2003] ECR I-10239.

<sup>21</sup> *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*, Case C-55/02 [2004] ECR I-9387, § 45.

<sup>22</sup> Bkz. *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich*, Case C-112/00 [2003] ECR I-5659.

<sup>23</sup> *S.r.l. CILFIT and Lanificio di Gavardo S.p.a. v. Ministry of Health*, Case 283/81 [1982] ECR 3415.

“177. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları arasındaki ilişkiden, üçüncü bentte anılan mahkemelerin ... karara varmasını mümkün kılmak için Topluluk hukuku sorununa dair bir kararın gerekli olup olmadığını değerlendirmede tüm diğer ulusal mahkemelerle ... aynı takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.”

*CILFIT* te AAD eğer Topluluk hukuku sorunu davayla ilgili değilse (yani Topluluk hukuku sorununa verilecek yanıt yanıtın ne olacağı fark etmeksizin davanın sonucunu hiçbir şekilde etkilemeyecekse), söz konusu sorunlar tam olarak benzer olmasa da düzenleme AAD tarafından zaten yorumlanmışsa, ve Topluluk hukukunun doğru uygulanması yalnızca ulusal mahkeme için değil diğer Üye Devletler’in mahkemeleri ile AAD için de makul şüpheye hiç yer bırakmayacak kadar açıkça nihai yargı yeri olan mahkemenin AAD’ye başvurmak zorunda olmadığını belirtmiştir. Bu mesele Topluluk hukukunun özgül nitelikleri, yorumunun doğurduğu belirli güçlükler ve Topluluk içindeki yargı kararlarında ayrılık riski ışığında değerlendirilmelidir.

99. Başvuru bir kez yapıldığında AAD kendisine sorulan soru hakkında karar verecek, bu karar ulusal mahkeme için bağlayıcı olacaktır. AAD ulusal mahkeme önündeki meseleyi karara bağlama yetkisine sahip değildir ve bu yüzden de Topluluk hukuku hükmünü söz konusu somut davanın olgularına uygulayamaz.<sup>24</sup> Uygun düşen giderime ulusal mahkeme karar verecektir.

#### IV. İLGİLİ DİĞER HUKUK KURALLARI

##### A. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

100. “Genel yorum kuralı” başlıklı madde 31 § 1 bir antlaşmanın “antlaşma hükümlerine bağlamaları içinde ve antlaşmanın konusu ile amacı ışığında verilecek normal anlama göre iyiniyetle” yorumlanmasını öngörmektedir. Madde 31 § 3 ayrıca bağlamın yanı sıra antlaşmanın uygulanmasında onun yorumuna ilişkin taraflar arasında anlaşma sağlayan sonraki her türlü uygulamanın da taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan ilgili tüm uluslararası hukuk kurallarıyla birlikte dikkate alınmasını öngörmektedir.

##### B. İrlanda Anayasası

101. İrlanda Anayasası’nın 29. maddesinin ilgili kısmı şöyle demektedir:

“1. İrlanda uluslararası adalet ve ahlak üzerine kurulmuş olan uluslar arasındaki barış ve dostça işbirliği idealine adanmışlığını doğrular.

...

3. İrlanda uluslararası hukukun genel olarak tanınmış ilkelerini diğer Devletler’le ilişkilerinde davranış kuralı olarak kabul eder.

4. 1o ...

10o Bu Anayasa’nın hiçbir hükmü Avrupa Birliği veya Topluluklarına üyelik yükümlülüklerinin gereği olup Devlet tarafından çıkarılan yasaları, yapılan işlemleri veya alınan tedbirleri geçersiz kılmaz veya Avrupa Birliği veya Topluluklarınca veya bunların kurumlarınca veya Toplulukları kuran antlaşmalar kapsamında yetkili olan organlarca çıkarılan yasaların, yapılan işlemlerin veya alınan tedbirlerin Devlet’te yasa hükmünde olmasına engel teşkil etmez.”

<sup>24</sup> Bkz. *Jacob Adlerblum v. Caisse nationale d’assurance vieillesse des travailleurs salariés*, Case 93-75 [1975] ECR 2147.

## HUKUK

### I. İLK İTİRAZLAR

102. Hükümet başvuru şirketin iç hukuk yollarını tüketme koşulunu sağlamadığını, çünkü TEAM'e karşı (sözleşmeden veya haksız fiilden doğan) tazminat davası açmadığı veya İrlanda'ya karşı anayasa davası açmadığı yönündeki iddiasını sürdürmüştür. Her halükarda başvuru (Yüksek Mahkemenin kararı uygulamaktan başka seçeneği olmadığı için) AAD kararından itibaren altı ay içinde yapılmış olmalıdır ve (esasa ilişkin birçok açıdan ulusal mahkemeleri ve bu Mahkemeyi yanlış yönlendirme girişiminde bulunmak suretiyle -ki bunu başarmıştır- başvuru şirketin “masum” bir taraf olmadığı dikkate alındığında) başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir. Avrupa Komisyonu Yüksek Mahkemenin (EC) 2472/94 sayılı Tüzük'e ilişkin olarak AAD'ye başvuruda bulunmadığını, çünkü başvuru şirketin ulusal yargılamalarda bu tüzüğe dayanmadığını beyan etmiştir. Başvuru şirket Dairenin kabul edilebilirlik kararını anmaktan başka yorum yapmamıştır.

Daire, kararında açıklanan gerekçelere binaen başvuru şirketten iptal davası yerine veya sırasında haksız fiil, sözleşme veya Anayasa kapsamında dava açmış olmasını beklemenin mantıksız olacağına kanaat getirmiştir. Ayrıca bu usullerin gerçek bir başarı beklentisi sunduğu da ispatlanmamıştır. Sözleşmenin 35 § 1 maddesi ile altı aylık süre sınırının amaçları bakımından nihai karar AAD kararını uygulayan Kasım 1996 tarihli Yüksek Mahkeme kararıdır. Son olarak Daire başvuru şirketin iyiniyeti konusunda tarafların Sözleşme'nin 35 § 3 maddesi ile 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında yaptıkları beyanların aynı olduğuna ve ayrıca iyiniyet meselesinin ikinci sırada anılan madde kapsamındaki şikâyetin esasıyla çok yakından bağlantılı olmasından dolayı bu meseleyi esasa ilişkin değerlendirmeye birleştirmenin uygun olduğuna karar vermiştir.

103. Büyük Daire esasa ilişkin değerlendirme aşamasında kabul edilebilirlik sorunları üzerine karar vermektен men edilmiş değildir: Mahkeme kabul edilemez bulunduğu başvuruları “yargılamanın her aşamasında” reddedebilir, böylece esasa ilişkin değerlendirme aşamasında dahi (ve Mahkeme Tüzüğü'nün 55. kuralına tabi olarak) bir başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinde sıralanan sebeplerden birine binaen kabul edilemez bulunmuş olması gerektiği sonucuna varması halinde kabul edilebilirlik kararını gözden geçirebilir (bakınız *Pisano v. Italy* (striking out) [GC], no. 36732/97, § 34, 24 October 2002 ve *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, §§ 21-23, ECHR 2003-III).

104. Bununla birlikte Büyük Daire, önündeki ilk itirazların Daire nezdinde yapılan ve yine Dairece kabul edilebilirlik kararında reddedilenlerle tam olarak aynı olduğunu gözlemlemekte ve bu meselelerde Dairenin vardığı sonuçlardan ayrılmak için bir sebep görmemektedir. Özellikle de Hükümet iç hukuk yollarının tüketilmesi ve süre sınırı itirazlarına ilişkin olarak Büyük Daireye yeni bir hukuki beyanda bulunmamıştır. Sürecin kötüye kullanıldığı iddiasına dayanak olan başvuru şirketin iyiniyetine ilişkin olarak ek olgusal beyanlarda bulunmuşsa da bu durum iyiniyet meselesinin -eğer incelenecekse- 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki şikâyetin esasının bir parçası olarak inceleneceği yönündeki Daire görüşünü hiçbir şekilde etkilememektedir.

105. Kabul edilebilir bulunmasından sonra davaya kabul edilen üçüncü tarafın ilk itirazda bulunup bulunamayacağı sorununa hâle gelmeksizin Büyük Daire, Avrupa Komisyonunun yukarıda kaydedilen yorumunun başvuru şirketin iç hukuk yollarını tüketme koşulunu sağlamadığı sonucunu zorunlu kılmadığı kanaatindedir. (EEC) 990/93 sayılı Tüzük kapsamında hâlihazırda bağlı olan hava araçlarını (EC) 2472/94 sayılı Tüzük açıkça kendi hükümlerinin kapsamı dışında bırakmış olup başvuru şirket de hâlihazırda, Avrupa Komisyonunun andığı iç hukuk yargılamasında, (EEC) 990/93 sayılı Tüzük kapsamındaki ilk bağlamanın hukuka uygunluğuna itiraz etmiştir.

106. Bu nedenle Mahkeme, önündeki ilk itirazların tümünü reddetmektedir.

## II. SÖZLEŞMENİN 1. MADDESİ İLE 1 NO.LU PROTOKOLÜN 1. MADDESİNE İLİŞKİN BEYANLAR

107. Başvurucu şirket yaptırım rejiminin İrlanda tarafından hava aracının bağlanmasına yönelik olarak uygulanmasının Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında denetlenebilir bir takdir yetkisi kullanımı olduğu ve 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesini ihlal ettiği yönündeki iddiasını sürdürmüştür. Hükümet, *Institut de formation en droits de l'homme du barreau de Paris* (kısmen) hariç olmak üzere üçüncü tarafların da yaptığı gibi bu düşünceye katılmamıştır. Mahkeme kendisine yapılan beyanları aşağıda takip edilen sırayla ele almanın daha açık olacağı kanaatindedir.

### A. Hükümet

#### 1. Sözleşmenin 1. Maddesi

108. Sözleşme uluslararası işbirliğini genişletip güçlendirmeye dönük mevcut eğilimi kösteklemem için Taraf Devletler'in uluslararası yükümlülüklerine uymasına izin verecek biçimde yorumlanmalıdır (bakınız *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 72, ECHR 1999-I ve *Beer and Regan v. Germany* [GC], no. 28934/95, § 62, 18 February 1999). Buna göre uluslararası örgütlere katılıp başka yükümlülükler yüklenmek bu örgütlerin Sözleşme'ye eşdeğer insan hakları koruması sağlaması halinde Sözleşme'ye aykırı değildir. Bu ilke ilk defa *M. & Co. v. the Federal Republic of Germany*'de (no. 13258/87, Commission decision of 9 February 1990, Decisions and Reports (DR) 64, p. 138) ortaya konulmuş, daha sonra *Heinz v. the Contracting Parties also parties to the European Patent Convention*'da (no. 21090/92, Commission decision of 10 January 1994, DR 76-A, p. 125) teyit edilmiştir.

109. Hükümet için önemli olan ayırım noktası, karşı çıkılan Devlet işleminin bir yükümlülük mü yoksa bir takdir kullanımı mı arz ettiği. Devlet eğer bir uluslararası örgüte üye olmasının sonucu olarak belli bir biçimde hareket etmekle yükümlü idiyse değerlendirilmesi gereken tek mesele ilgili örgütteki insan hakları korumasının eşdeğerliğidir (yukarıda açıklanan “*M. & Co. doktrini*”). Diğer yandan Devlet eğer bağımsız takdir yetkisi kullanabiliyor idiyse bu Mahkeme yetkilidir. Devletlerce alınabilir olan ve alınmış olan takdire bağlı kararlara ilişkin olduklarından *Matthews v. the United Kingdom* ([GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I), *Cantoni v. France* (judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V) ve *Hornsby v. Greece* (judgment of 19 March 1997, *Reports* 1997-II) başvurucu şirketin beyanının aksine bu davaya uygulanmaya müsait değildirler.

110. Ayrıca Hükümet İrlanda'nın yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla hareket ettiği ve Avrupa Topluluğu ile Birleşmiş Milletlerin Sözleşme'ninkine eşdeğer insan hakları koruması sağladığı kanaatindedir.

İrlanda Devleti'nin uluslararası yükümlülüklerine ilişkin olarak Hükümet 820 (1993) sayılı BMGK Kararı ile (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ten kaynaklanan zorunlu yükümlülüklerine uyduğunu iddia etmiştir. Topluluk hukukunun bir özelliği olarak tüzükler Devlet'e bağımsız bir takdir yetkisi kullanma imkânı bırakmamaktadır. (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün doğrudan etkililiği 1993 tarihli ve 144 sayılı Kararname'nin Devlet'in bağlamaya yönelik hukuki yükümlülüğü üzerinde hiçbir ilgisinin olmadığı anlamına gelmektedir. AAD (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 8. maddesinin uygulanabilirliğini ve böylece bağlamanın hukuki temelini de daha sonra kesin olarak doğrulamıştır. AAD'nin ön karar başvurusundaki yargılama yetkisi sınırlı olarak düşünülebilecek olsa bile AAD somut ulusal davayı yetkili merci olarak çözüme kavuşturmuştur.

Devlet'in Sözleşme'ye uygun hareket etme niyetiyle bile olsa AAD kararını uygulamaktan başka bir şey yapması “samimi işbirliği” yükümlülüğüne (AT Antlaşması'nın 5. maddesi, yeni 10. madde - bakınız yukarıda paragraf 82) aykırı olacak ve ulusal mahkeme ile AAD arasında AT Antlaşmasının 177. maddesinde (yeni 234. madde) öngörülen özel yargısal işbirliğine zarar verecektir (bakınız yukarıda paragraf 96-99). Başvurucu şirketin Yüksek Mahkemenin AAD kararını uygularken tazminata



hükmetmiş olması gerektiği yönündeki iddiasına ilişkin olarak Hükümet (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün tazminat ödemesi öngörmediğinin Kanun Sözcüsü'nün AAD kararındaki görüşünde ve Tüzük'ün 8. maddesinin ikinci cümlesinde örtülü olarak yer aldığı kanaatindedir. Öngörülen plan eğer tazminatsız bir tutma ise Üye Devletler'in buna rağmen bir tazminat vermeyi düşünmesi yeknesak uygulama ilkesi ile Topluluk hukukunun üstünlüğüne aykırı olacaktır.

Son olarak Hükümet başvuru şirketin Yüksek Mahkemenin bu arada yaptırım rejiminin yumuşamasını dikkate almayarak takdir yetkisi kullanmış olduğu yönündeki iddiasını ikna edici bulmamıştır. İlk bağlama eğer (AAD'nin de doğruladığı gibi (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 8. maddesi kapsamında) hukuka uygun ise yaptırım rejiminin Ekim 1994'teki kısmî yumuşaması, adı üstünde, hâlihazırda hukuka uygun olarak bağlanmış olduğundan başvuru şirketin hava aracına uygulanmayacaktır. (EC) 2472/94 sayılı Tüzük'ün hükümleri (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ünkiler kadar zorunlu ve açıktır. Bu yüzdendir ki (EC) 2472/94 sayılı Tüzük'ü konu alan ikinci bir AAD başvurusu olasıdır ama anlamsızdır.

111. Avrupa Toplulukları insan hakları korumasının eşdeğerliğine ilişkin olarak Hükümet diğerlerinin yanı sıra Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesine, AAD ile ulusal mahkemeler tarafından sağlanan hukuk yollarına, AAD tarafından Sözleşme hükümleri ile içtihatlarına dayanılmasına ve belirli Topluluk kurumlarının açıklamalarına işaret etmiştir. Ayrıca başvuru şirket *Matthews*'te olanın aksine temel haklarının ihlal edildiği ve AAD kararının mülkiyet hakkının bir değerlendirmesine dayandırıldığı iddiasını tamamıyla dile getirebilecek fırsata sahip olmuştur. Birleşmiş Milletlere ilişkin olarak Hükümet 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ve Medeni ve Siyasal Haklar ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin 1966 tarihli Uluslararası Sözleşmeler'le birlikte Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1 § 3 ve 55. maddelerine işaret etmiştir.

## 2. 1 No.lu Protokolün 1. Maddesi

112. Hükümetin başlıca iddiası İrlanda'nın uluslararası yükümlülüklerine uymasının başvuru şirketin mülkiyet hakkına herhangi bir müdahale konusunda kendi başına yeterli meşruiyet sağladığı şeklindedir.

113. Diğer taraftan, hava aracının bağlanması başvuru şirketin mallarının kamu yararına kullanılmasının hukuka uygun ve ölçülü şekilde düzenlenmesi niteliğinde olmuştur (bakınız *AGOSI v. the United Kingdom*, judgment of 24 October 1986, Series A no. 108, pp. 17-18, § 51 ve *Air Canada v. the United Kingdom*, judgment of 5 May 1995, Series A no. 316-A, p. 16, § 34). Takdir alanının geniş olmasının sebebi izlenen iki kamu yararı amacının ağırlığıdır: Devlet'in ilgili Birleşmiş Milletler ve Avrupa Topluluğu organlarının (Yaptırım Komitesi ve AAD) kararlarını müteakip açık ve zorunlu uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesinin zeminini teşkil eden *-pacta sunt servanda* dâhil uluslararası kamu hukukunun ilkeleri ve bir çatışmayı bitirmeye yönelik uluslararası girişime katılım.

114. Hükümet 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin tazminat veya yaptırım rejiminin Ekim 1994'te yumuşamasını dikkate almayı gerektirmediğini iddia ederken Sözleşme'nin 1. maddesi bağlamındaki beyanına dayanmıştır. Ayrıca başvuru şirketin masumiyetinin bağlamayı 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine aykırı hale getirmeyeceğini savunmasına rağmen başvuru şirketin iyiniyetine de itiraz eden detaylı beyanlarda bulunmuştur. Son olarak Hükümet başvuru şirketin TEAM'in konumuna dair detaylı suçlamalarını yanıtlamış, TEAM aleyhinde soruşturma başlatılmadığını, çünkü bunun 1993 tarihli ve 144 sayılı Kararname'nin öngördüğü ceza sorumluluğunu geriye dönük olarak uygulamak anlamına geleceğini özellikle açıklamıştır.

## B. Başvuru Şirket

### 1. Sözleşmenin 1. Maddesi

115. Başvuru şirket (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün hükümleri ile ön karar usulünün İrlanda'nın Sözleşme kapsamında sorumlu olduğu Devlet takdirini kabul ettiği kanaatindedir.

Başvurucu şirket şikâyetinin esasının yalnızca İrlanda'nın uluslararası yükümlülüklerinden kaynaklanmış olması halinde bu Mahkemenin yetkili olmayacağını kabul etmektedir. *M. & Co.*'da (ve Hükümetçe dayanılan diğer davalarda) şikâyet, hazırlık sürecinde Üye Devlet'in hiç etkisinin olmadığı ve yürürlüğe konulmasında Üye Devlet'in hiç takdirinin olmadığı uluslararası örgüt işlemlerine karşı yapılmıştır. Başvurucu şirket (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün hükümlerinin veya yaptırım rejiminin kendisine itiraz etmediğinden *M. & Co.*'daki "eşdeğer koruma"nın burada ilgisi yoktur. Aksine İrlanda Devleti (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün kabulü ve uygulanmasına içtenlikte katılmış olup söz konusu tüm süre zarfında Tüzük'ün gerektirdiği sonucun elde edilebileceği araçlara ilişkin olarak gerçek ve denetlenebilir bir takdir yetkisi kullanmıştır.

116. Başvurucu şirket özellikle, Devlet'in hava aracını bu yönde açık bir Birleşmiş Milletler veya Avrupa Topluluğu yükümlülüğü olmaksızın önleyici bir tedbir olarak bağladığı ve Haziran 1994 tarihli İstinaf Mahkemesi kararını temyize götürmekle yükümlü olmadığı kanaatindedir. Yüksek Mahkemenin AAD'ye soru yöneltme gerekliliği doğmamıştır (bakınız yukarıda anılan *CILFIT* ve bu Mahkemenin *Moosbrugger v. Austria*'daki (dec.) kararı, no. 44861/98, 25 January 2000). Sonradan sorusunu AAD'ye yöneltirken, 177. madde (yeni 234. madde) hükümleri gereğince AAD yalnızca yoruma (veya geçerliliğe) dair sorulan soruya yanıt verebileceğinden, Yüksek Mahkeme belirli meseleleri AAD incelemesinin dışında bırakmayı etkin bir biçimde tercih etmiştir. Ayrıca 234. madde (yeni 307. madde) hükümleri göz önüne alındığında Yüksek Mahkemenin AAD kararını Sözleşme'yle uyumlu bir biçimde yorumlamış olması gerekirken Mahkeme kararı adeta "mühür" gibi kullanmıştır: AAD kararını uygulamadan önce belirli ek meseleleri de değerlendirmeli ve gerekirse AAD'ye yeniden başvurmalıydı. Bu şekilde Yüksek Mahkeme tarafından değerlendirilmeyen ve AAD'ye de götürülmeyen meseleler, diğerlerinin yanı sıra, bağlama masraflarının fatura edilip edilemeyeceği, tazminat ödenmesinin gerekip gerekmediği ve (EC) 2472/94 sayılı Tüzük ve yaptırım rejiminin yumuşamasının etkisi (bakınız yukarıda paragraf 67-71) hakkındadır. Başvurucu şirket davayla ilgili belirli meselelerin AAD kararından sonra kendi adına yeminli bir beyanla Yüksek Mahkemeye sunulduğunu (bakınız yukarıda paragraf 57), fakat Yüksek Mahkemenin bu hususları görmezden geldiğini kaydetmiştir.

117. Başvurucu şirket durumunun Sözleşme içtihiyle uyumlu olduğu kanaatindedir. Daha genel olarak, Sözleşme uluslararası örgütlere yetki devrini dışlamamakla birlikte Devlet Sözleşme haklarını güvence altına almaya devam etmektedir (bakınız *T.I. v. the United Kingdom* (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000-III ve yukarıda anılan *M. & Co.*). Sözleşme organları bir Devletçe Topluluk hukukunu uygularken kullanılan takdir yetkisinin Sözleşme ile uyumunu sayısız defa incelemiştir (diğerlerinin yanı sıra bakınız *Van de Hurk v. the Netherlands*, judgment of 19 April 1994, Series A no. 288; *Procola v. Luxembourg*, judgment of 28 September 1995, Series A no. 326; ikisi de yukarıda anılan *Cantoni ve Hornsby; Pafitis and Others v. Greece*, judgment of 26 February 1998, *Reports* 1998-I; yukarıda anılan *Matthews; S.A. Dangeville v. France*, no. 36677/97, ECHR 2002-III ve *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, ECHR 2002-III). AAD'nin Üye Devletler bu Mahkemeye hesap verme durumunda oldukları sürece insan hakları sorunlarında son sözü söyleme iddiasında olamayacağını -başvurucu şirkete göre- kabul ettiği ilk dava başta olmak üzere AAD içtihiadının kendisi başvurucu şirketin konumunu desteklemektedir (bakınız yukarıda anılan *Kondova* § 90). Başvurucu şirket ayrıca İtalyan mahkemelerinin Roma Papazlığı dinî mahkemelerinin kararını bu divanlar nezdindeki yargılamaların hakkaniyete uygunluğuna kanaat getirilmeden tenfiz etmeleri nedeniyle Mahkemenin 6. madde ihlalini tespit ettiği *Pellegrini v. Italy*'ye (no. 30882/96, ECHR 2001-VIII) dayanmıştır.

Mahkeme eğer Hükümetin *M. & Co.*, *Waite and Kennedy* ve *Beer and Regan*'a dayanmasını kabul ederse o zaman Avrupa Topluluğuna üye her Devlet, başvurucu şirkete göre, mahkemelerinin AAD'ye soru yöneltmesi ve onun kararını uygulamak suretiyle Sözleşme sorumluluğundan kaçabilecektir. Avrupa Topluluğu kaynaklı ulusal hukukun oranı ciddi miktarda olup artmaktadır ve Topluluk hukuku artık giderek daha geniş ve hassas konuları kapsamaktadır: Topluluk yükümlülüğünü uygulayan tüm Devlet işlemlerinin Sözleşme sorumluluğunun dışında kaldığını kabul etmek Avrupa insan hakları korumasında kabul edilemez bir boşluk yaratacaktır.

118. Her halükarda başvuru şirket Avrupa Topluluğunun “eşdeğer koruma” sağlamadığını iddia etmiştir. AAD’nin 177. madde (yeni 234. madde) kapsamındaki sınırlı rolü yukarıda açıklanmıştır: Tazminat ödenmemesi ve başvuru şirketin ayrımcı muameleye tabi tutulması gibi meselelerin mülkiyet hakkının ihlalini teşkil edip etmediğini değerlendirmek AAD’nin yargılama yetkisine içkin değildir. Topluluk hukukunu ihlal ettiği iddia edilen icrai veya ihmali bir işlem için üye Devlet aleyhine AAD’de yalnızca Avrupa Komisyonu veya başka bir üye Devlet tarafından dava açılabilir, bireyler davalarını ulusal mahkemelerde açmak zorundadırlar. Böyle bir ulusal yargılamanın tarafları 177. madde (yeni 234. madde) başvurusu yapma hakkına sahip olup bu durum ulusal mahkeme için bekletici sorun teşkil eder. Yukarıda anılan *Kondova*’da belirtildiği gibi bir Topluluk hükmünün Sözleşme’yi ihlal ettiği düşünülüyorsa son söz AAD’den ziyade ulusal mahkemeler ile bu Mahkemeye ait olacaktır.

119. Bu gerekçelerle başvuru şirket hava aracının bağlanmasına ilişkin olarak İrlanda Devleti’nin yukarıda tarif edilen takdir yetkisi kullanımının bu Mahkeme tarafından Sözleşme’ye uyumluluğu açısından incelenmesi gerektiğini savunmaktadır.

## 2. 1 No.lu Protokolün 1. Maddesi

120. Başvuru şirket, mallarına müdahalenin (bağlamanın), etkisi düşünüldüğünde “geçici” olarak tarif edilemeyecek bir mahrumiyet teşkil ettiğini savunmuştur. Ayrıca Hükümet bağlamanın hukuki dayanağı olarak herhangi bir yazılı delil göstermediğinden ve bağlamaya yetkili makamı gösteren 1993 tarihli ve 144 sayılı uygulama Kararnamesi bağlamadan sonraki bir tarihte kabul edildiğinden müdahale hukuka da aykırıdır.

121. Dahası bu müdahale meşru da değildir, çünkü 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi anlamında “uluslararası hukukun genel ilkelerine” aykırıdır ve Hükümet genel yarar (bir savaşı ve onunla bağlantılı ağır insan hakları ihlalleri ile insancıl hukuka aykırılıkları sona erdirmeye uluslararası toplumun yararı) ile bireysel zarar (masum bir tarafın ağır ekonomik kayıpları) arasında adil dengeyi sağlayamadığından masum bir tarafı kişisel ve aşırı bir külfete katlanmaya mecbur etmiştir.

Başvuru şirket özellikle, belirli etkenlerin kendi davasını (ikisi de yukarıda anılan) *AGOSI* ve *Air Canada*’dan ayırdığı kanaatindedir. Ayrıca (EC) 2472/94 sayılı Tüzük’ün kabulünden sonra beliren durumun da (JAT’ninkiler uçabilirken kendi hava aracının yerde kalması) haksız olduğu kanaatindedir. Tazminat genel meşrulaştırmada önemli bir unsurdur ve *de facto* mahrumiyet durumunda tazminatın yokluğu genellikle ölçsüz müdahale teşkil etmektedir. Bu durum, başvuru şirkete tazminat ödenerek de yaptırım rejiminin amacına ulaşılabilirliğinden, bu davada özellikle geçerlidir. Son olarak başvuru şirket Devlet’in TEAM ile ilişkilerine dair bazı suçlamalarda bulunmuş, özellikle de (diğerlerinin yanı sıra, Yaptırım Komitesi TEAM’in yaptırım rejimini deldiğini kabul ettiğinde) Hükümetin TEAM’i soruşturmasızlığının herhangi bir kabahati olmayan yabancı bir şirket olarak başvuru şirketin durumunun haksızlık niteliğini vurguladığını iddia etmiştir. Bu son hususa ilişkin olarak başvuru şirket iyiniyetini yeniden teyit etmiş, Hükümetin kötüniyet suçlamalarını detaylı olarak yanıtlamış ve davayı inceleyen bütün mahkemelerin masumiyetini doğruladığına işaret etmiştir.

## C. Üçüncü Tarafların Beyanları

### 1. Avrupa Komisyonu (“Komisyon”)

#### a. Sözleşmenin 1. Maddesi

122. Komisyon başvurunun esasının Devlet’in Topluluk işlemlerinden sorumluluğu ile ilgili olduğu kanaatindedir: bir Devlet uluslararası örgüte yetki devrettikten sonra Sözleşme sorumluluğunu kısmen taşımaya devam etmekteyse de o örgütün yapısında temel hakların etkin korunmasına yönelik en azından Sözleşme’ninkine “eşdeğer” seviyede uygun bir hüküm bulunması halinde bu sorumluluk yerine getirilmiş olmaktadır. Bu nedenle Komisyon (yukarıda anılan) *M. & Co.*’da kabul edilen yakla-

şımı desteklemiş, Avrupa Birliği Sözleşme'ye katılana kadar Mahkemeyi bu çözümü benimsemeye teşvik etmiştir. Bundan sonra Sözleşme sorumluluğu eşdeğer koruma sağlama ihtiyacının ötesinde yalnızca Devlet'in uluslararası örgütçe bırakılan takdir yetkisini kullanması halinde doğacaktır.

123. Komisyon bu yaklaşımın bu Mahkemenin son içtihatlarıyla uyumlu olduğu kanaatindedir. (Yukarıda anılan) *Matthews*'te Devlet'in Sözleşme sorumluluğunun Avrupa Topluluğuna yetki devrinden sonra devam etmesine ve Birleşik Krallık'ın Sözleşme sorumluluğuna yapılan atıf iki davada söz konusu olan tartışmalı tedbirlerin farklılığı dikkate alındığında *M. & Co.* yaklaşımıyla uyumludur. (İkisi de yukarıda anılan) *Waite and Kennedy* ile *Beer and Regan* Komisyonun görüşünü bütünüyle doğrulamıştır. Bu Mahkeme bir Topluluk yönergesi uygulamasında Fransız makamlarının ceza yaptırımları oluşturmaya yönelik takdir yetkisi kullanımını incelemiş olduğundan *Cantoni* açıkça ayrı tutulabilir niteliktedir.

124. Başlangıçta (uluslararası örgütler üzerinden Devlet işbirliğini kolaylaştıran) bu “eşdeğer koruma” yaklaşımının kabul edilmesinin sebebi bugün de -eğer daha fazla değilse- eşit derecede geçerlidir. Belirgin ulusalüstü özellikleri ile Topluluk hukukunun niteliği göz önüne alındığında bu yaklaşım Avrupa Topluluğu için özellikle önemli olmuştur: Devlet'in Avrupa Topluluğu işlemini (tek taraflı eylemle ve Topluluk hukukunun muhtemel gereklerine aykırı olarak) uygulamadan önce Sözleşme'ye uygunluğu açısından denetlemesini istemek Topluluğun temellerine ölçülemez büyüklükte bir tehdit oluşturacaktır ki bu da Avrupa işbirliği ve uyumunun destekçisi olan Sözleşme hazırlayıcılarının öngörmediği bir sonuçtur. Ayrıca bireysel Topluluk işlemlerini Sözleşme denetimine tabi kılmak Sözleşme'ye taraf devletlerin usulî hak ve güvencelerinin hiçbiri olmaksızın Topluluğu Sözleşme yargılamasında davalı yapmak demektir. Kısacası *M. & Co.* yaklaşımı Sözleşme'nin uluslararası ilişkilerin ihtiyaçları ve gerçeklikleri ile Topluluk sisteminin kendine özgü özelliklerini hesaba katan bir biçimde uygulanmasına imkân vermiştir.

125. Komisyona göre davalı Devlet Topluluk hukuku kapsamında takdir yetkisine sahip değildir. Bir davada 177. madde (yeni 234. madde) başvurusu söz konusu olduğunda bu Mahkeme ulusal mahkemeler ile AAD'nin kendilerine ait rolleri arasında ayırım yapmalı, uyumsuzluk konusu işlem eğer AAD kararının doğrudan sonucu ise bu Mahkeme onu denetlemekten kaçınmalıdır.

Komisyona göre İrlanda samimi işbirliği görevi gereğince (AT Antlaşması'nın 5. maddesi, yeni 10. maddesi) (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün etkin biçimde uygulanmasını sağlamak üzere Sn. Yargıç Murphy'nin İstinaf Mahkemesi kararını Yüksek Mahkemede temyiz etmekle yükümlüdür (özellikle Yaptırım Komitesinin görüşü dikkate alındığında). Nihai yargı makamı olarak Yüksek Mahkeme hükümetin temyiz davası Topluluk hukukunun yorumlanmasına dair ciddi ve merkezî bir sorun olduğundan AT Antlaşması'nın 177. maddesi (yeni 234. madde) gereğince AAD'ye başvurmakla yükümlüdür. Yüksek Mahkeme AAD'ye (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 8. maddesinin başvuru şirketçe kiralanan türden bir hava aracını kapsayıp kapsamadığını sormuş, AAD de davanın temel haklar boyutunu inceledikten sonra kapsadığına karar vermiş olup AAD davanın somut olgularını inceleyemeyecek olmasına rağmen söz konusu bağlama AAD tarafından kesin olarak değerlendirilip karara bağlanmıştır. AAD kararı Yüksek Mahkeme üzerinde bağlayıcıdır.

Bu koşullar altında Yüksek Mahkemenin kullanacağı bir takdir yetkisi olmamıştır ve sonuç olarak AAD kararını uygulaması bu Mahkeme tarafından incelenemez niteliktedir.

126. Ayrıca Komisyon Topluluk hukuku ile bünyesinde “eşdeğer koruma”nın mevcut olduğu kanaatindedir. Komisyon Sözleşme hükümlerinin Topluluk hukuku genel ilkelerinin önemli bir kaynağı olarak tanınmasındaki gelişmeleri açıklayıp bu içtihat gelişimini uygulamaya geçiren ilgili Antlaşma değişikliklerini kaydetmiştir.

127. Son olarak Komisyon (yukarıda anılan) *Kondova* kararının Devlet'in takdiri işlemlerinin tümüyle Sözleşme'ye tabi olduğu yönündeki görüşünü açıkça desteklediği kanaatindedir. Başvurucu şirketin AT Antlaşması'nın 234. maddesine (yeni 307. madde) dayanması hatalı olup oradan çıkarılan

sonuçlar isabetsizdir: Adı geçen madde *pacta sunt servanda* gibi uluslararası hukuk ilkelerini ifade ederken sadece ilgili Sözleşme analizinin başlangıç noktasını yani Devlet'in uluslararası örgüte yetki devretmek suretiyle Sözleşme sorumluluklarından kurtulamayacağını doğrulamaktadır.

### **b. 1 No.lu Protokolün 1. Maddesi**

128. Komisyon (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün bağlamaya hukuki dayanak oluşturduğunun tartışmasız olduğu kanaatindedir. Komisyon ulusal ikincil mevzuatın yokluğunda bağlamanın hukuka aykırı olduğu yönündeki başvuru şirketin iddiasını reddetmiş olup uygulama kararlarının (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün doğrudan uygulanabilirlik özelliğine hiçbir etkisi olmayan idari yetki ile usul hükümlerini içerdiği yönünde Hükümet ile aynı görüştedir. Kanun Sözcüsü'nün görüşü ile AAD kararında belirtilen gerekçelerle Komisyon bağlamanın Ekim 1994'e kadar ölçülü olduğunu iddia etmiş, bundan sonrasında meşru olmadığı yönündeki başvuru şirketin iddiasını ikna edici bulmamıştır.

## **2. İtalyan Hükümeti**

129. Sözleşmenin 1. maddesine ilişkin olarak İtalyan Hükümeti davanın ilgili BMGK kararı ile Avrupa Topluluğu Tüzüğü'nün hükümlerine itiraz niteliğinde olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin yargılama yetkisinin dışında kaldığı kanaatindedir. İrlanda Devleti bu belgeleri uygulamakla yükümlüdür, ilgili organları (Yaptırım Komitesi ile AAD) muhatap almakla ve elde edilen kararlara uymakla yükümlüdür: Bu da *ratione personae* uyumsuzluğu sonucuna götürmektedir. Başlangıçta Birleşmiş Milletler ile Avrupa Topluluğuna egemenlik yetkisi devredilmesine ilişkin olarak hem Birleşmiş Milletlerin hem de Avrupa Topluluğunun “eşdeğer koruma” sağladığı iddiasıyla İtalyan Hükümeti de *M. & Co.*'ya dayanmıştır: Bu da *ratione materiae* veya *personae* uyumsuzluğu sonucuna götürmektedir. Son olarak Devlet'e Birleşmiş Milletler veya Avrupa Topluluğu yükümlülüklerini Sözleşme'ye uygunluğu açısından denetleme yükümlülüğü yüklemek uluslararası örgütlerin hukuk sistemlerini ve sonuçta da ciddi uluslararası krizlerde uluslararası tepkiyi zayıflatacaktır.

130. 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin esasına ilişkin olarak İtalyan Hükümeti bağlamayla izlenen kamu yararı hedefinin önemini vurgulamıştır.

## **3. Birleşik Krallık Hükümeti**

131. Birleşik Krallık Hükümeti şikâyetin Avrupa Topluluğu aleyhine olmasından dolayı Sözleşme hükümleriyle bağdaşmadığı kanaatindedir. Bir üye Devleti Topluluk işlemlerinden sorumlu tutmak Sözleşme yargılamasına aykırı olduğu gibi (uluslararası örgütlerin ayrı hukuki kişiliği dâhil) uluslararası hukukun temel ilkelerini alt üst edecek ve Avrupa Topluluğu Üye Devletleri'nin yükümlülükleriyle de uyumsuz olacaktır. Birleşik Krallık Hükümeti yukarıda anılan *M. & Co.*'ya dayanırken Topluluğun hukuk düzenindeki insan hakları güvencelerinin o davadaki kararın kabulünden beri daha da güçlenmiş olduğunu kaydetmiştir.

132. 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki şikâyetin esasına ilişkin olarak Birleşik Krallık Hükümeti tehlike altındaki kamu yararının önemini vurgulamış, takdir alanının bu nedenle geniş olduğuna kanaat getirmiş ve başvuru şirket masum taraf olsa bile bunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz hale getirmediğini iddia etmiştir (bakınız ikisi de yukarıda anılan *AGOSI* ve *Air Canada*).

## **4. Institut de formation en droits de l'homme du barreau de Paris (“Institut”)**

133. *Institut* davanın Sözleşme hükümlerine uygun olduğu kanaatindedir. Fakat aynı zamanda bunun Üye Devletler'in Topluluk yükümlülüklerini yerine getirmesini engellemediği ve Mahkemenin Topluluk hükümlerini Sözleşme ışığında inceleme yetkisi olduğu anlamına gelmediği kanaatini de taşımaktadır. Davanın konusu Birleşmiş Milletler veya Avrupa Topluluğu hükümlerine değil de İrlanda'nın onları uygulamasına itiraz niteliğinde olduğundan başvuru *ratione personae* uygunluğuna sahiptir. *Ratione materiae* uygunluğuna da sahiptir, çünkü Sözleşme'nin 1. maddesi belli tür tedbirleri

veya Üye Devletler'in yetki alanının herhangi bir kısmını denetim dışı bırakmamaktadır. *Institut* (tümü yukarıda anılan) *Cantoni*, *Matthews* ve *Waite and Kennedy* dâhil birçok davada Mahkeme tarafından değerlendirilen meselelere örneklerle işaret etmiştir. Ne Birleşmiş Milletler ne de Avrupa Topluluğu eşdeğer insan hakları koruması sağladığından (özellikle bu korumaya bireysel erişim ile ön karar usulünün sınırlılıkları açısından bakıldığında), şikâyet Sözleşme hükümlerine uygun kabul edilmek zordur.

134. 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki şikâyetin esasına ilişkin olarak *Institut* hava aracının ilk bağlanması tamamen meşru olduğu yönündeki kanaatini bildirmiş, hava aracının Ekim 1994'ten sonra tutulmasının meşruiyetini ise açık bırakmıştır.

### III. MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMESİ

#### A. Sözleşmenin 1. Maddesi

135. Taraflar ile üçüncü taraflar Topluluk yükümlülükleri dikkate alındığında İrlanda Devleti'nin bağlamaya ilişkin Sözleşme sorumluluğu hakkında Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamında önemli beyanlarda bulunmuşlardır. Bu madde şöyle öngörmektedir:

“Yüksek Sözleşmeci Taraflar [bu] Sözleşme'nin I. Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri yetki alanlarında bulunan herkes için güvence altına alırlar.”

136. 1. madde metni Taraf Devletler'in Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin kendi “yetki alanlarında” bulunan bireylere karşı gerçekleştirilen herhangi bir ihlali için hesap vermelerini gerektirmektedir (bakınız *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99, § 311, ECHR 2004-VII). “Yetki alanı” kavramı terimin uluslararası kamu hukukundaki anlamını yansıtmakta olup (bakınız *Gentilhomme and Others v. France*, nos. 48205/99, 48207/99 ve 48209/99, § 20, 14 May 2002; *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99, §§ 59-61, ECHR 2001-XII ve *Assanidze v. Georgia*, no. 71503/01, § 137, ECHR 2004-II) Devlet'in egemenlik yetkisi esasen ülkesel olarak ele alınmakta (bakınız *Banković and Others*, § 59), yetkinin Devlet'in tüm ülkesinde kullanıldığı varsayılmaktadır (bakınız *Ilaşcu and Others*, § 312).

137. Somut davada başvuru şirketin şikâyette bulunduğu işlemin -kendisi tarafından kiralanın hava aracının bir süreliğine tutulmasının- İrlanda Ulaştırma Bakanınca alınan karar üzerine kendi raporlarında davalı Devlet'in makamlarınca uygulandığı hususunda tartışma yoktur. Bu koşullar altında başvuru şirket karşı çıktığı işlemin muhatabı olarak İrlanda Devleti'nin “yetki alanı” içinde kalmakta olup bunun sonucunda o işlem hakkındaki şikâyeti de Sözleşme hükümleriyle *ratione loci, personae* ve *materiae* uygunluğuna sahiptir.

138. Mahkeme ayrıca davalı Devlet'in sorumluluğunun kapsamı hakkında yukarıda 135. paragrafta anılan beyanların 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki şikâyetin esasına ilişkin olduğu kanaatinde olup bu nedenle bunları aşağıda incelemiştir.

#### B. 1 No.lu Protokolün 1. Maddesi

139. 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi şöyle demektedir:

“Her gerçek veya tüzel kişi malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Yasayla ve uluslararası hukukun genel ilkelerince öngörülen koşullara bağlı olarak ve kamu yararına yapılmadıkça kimse malından yoksun bırakılamaz.

Bununla birlikte, yukarıdaki hükümler, Devlet'in mülkün genel yarara uygun kullanılmasını düzenlemek veya vergilerle diğer katkıların veya cezaların ödenmesini güvence altına almak için gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma hakkına hiçbir şekilde zarar vermez.”

140. Başvurucu şirketin “mallarına” (hava aracını kiralamasındaki yararı) bir “müdahale” olduğu (hava aracının tutulması) konusunda tartışma olmayıp Mahkeme aksi yönde bir sonuca varmak için sebep görmemektedir (örnek olarak bakınız *Stretch v. the United Kingdom*, no. 44277/98, §§ 32-35, 24 June 2003).

### 1. Uygulanacak Kural

141. Bununla birlikte taraflar müdahalenin maldan yoksun bırakma niteliğinde mi (1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ilk fıkrası) yoksa malın kullanılmasının düzenlenmesi niteliğinde mi (ikinci fıkrada) olduğu noktasında anlaşamamışlardır. Mahkeme mülkiyet hakkını garanti ederken bu maddenin “üç ayrı kural” içerdiğini hatırlatmaktadır: Birinci fıkranın ilk cümlesinde düzenlenen birinci kural genel nitelikte olup mülkü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma ilkesini ifade etmektedir, birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ikinci kural maldan yoksun kalmayı kapsamakta ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır, ikinci fıkrada belirtilen üçüncü kural ise Sözleşmeciler Devletler’in başka şeylerin yanı sıra mülkün genel yarara uygun olarak kullanılmasını düzenleme hakkını tanımaktadır. Bu üç kural bağlantısız olma anlamında “ayrı” değildir. İkinci ve üçüncü kural mülkü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına yapılan belirli türde müdahalelere ilişkin olup birinci kuralda ifade edilen genel ilkenin ışığında yorumlanmalıdır (bakınız yukarıda anılan *AGOSI*, p. 17, § 48).

142. Mahkeme yaptırım rejiminin eski YFC’nin yararına olduğu düşünülen mülkün kullanılmasının düzenlenmesi niteliğinde olduğu ve hava aracının şikâyet konusu olan tutulmasının bu rejimi yürürlüğe koyan bir tedbir olduğu kanaatindedir. Başvurucu şirket dört yıllık kiranın yaklaşık üç yıllık yararını kaybetmiş olup bu kayıp mülkün kullanılmasının yukarıda sözü edilen düzenlenmesinin kurucu unsurunu teşkil etmiştir. Bu nedenle somut davada uygulanacak olan, 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ikinci fıkrasıdır (bakınız yukarıda anılan *AGOSI*, pp. 17-18, §§ 50-51 ve *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*, judgment of 23 February 1995, Series A no. 306-B, pp. 47-48, § 59), 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin ilk fıkrasındaki özel anlamıyla (ve başvurucu şirket tarafından dayanan) “uluslararası hukukun genel ilkeleri” bu nedenle ayrı bir inceleme gerektirmemektedir (bakınız *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH*, pp. 51-53, §§ 66-74).

### 2. Şikâyet Konusu Müdahalenin Hukuki Dayanağı

143. Taraflar bağlamının başından beri (EEC) 990/93 sayılı Tüzük’ün 8. maddesinin İrlanda Devleti’ne yüklediği hukuki yükümlülüklerle dayanıp dayanmadığı hususunda kesin bir görüş ayrılığına düşmüşlerdir.

Bu sorunu incelemesinin gereği olarak Mahkeme uluslararası hukuka veya antlaşmalara atıf yaptığında dahi iç hukuku yorumlama ve uygulamanın esasen ulusal makamların özellikle de mahkemelelerin görevi olduğunu hatırlatmaktadır. Aynı şekilde Topluluğun yargı organları da Topluluk hukukunun yorumlanması ve uygulanması için daha uygun konumdadırlar. İki durumda da Mahkemenin rolü bu yargılamaların etkisinin Sözleşme’ye uygun olup olmadığını değerlendirmekle sınırlıdır (bakınız, *mutatis mutandis*, yukarıda anılan *Waite and Kennedy*, § 54 ve *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 49, ECHR 2001-II).

144. Başvurucu şirket İrlanda Devleti’nin Avrupa Toplulukları Konseyindeki rolüne kısaca temas etmişse de (bakınız yukarıda paragraf 115) Mahkeme başvurucu şirketin esas tavrının bizzat Tüzük hükümlerine değil de Tüzük hükümlerinin uygulanmasına itiraz etmek şeklinde olduğunu kaydetmektedir.

145. (EEC) 990/93 sayılı Tüzük bir kez kabul edildiğinde (AT Antlaşmasının 189. maddesi -yeni 249. maddesi- gereğince) “genel nitelikte” ve “bütünüyle bağlayıcı” olup hükümlerinden hukuka uygun olarak ayıramayacak olan tüm Üye Devletler’e uygulanmıştır. Ayrıca “doğrudan uygulanabilirliği” üzerinde tartışma olmamıştır, Mahkemeye göre de olmasına imkân yoktur. Tüzük Resmî Gazete’de yayımlandığı 28 Nisan 1993’ten itibaren bağlama tarihinden önce ve uygulama mevzuatına ihtiyaç olmaksızın iç hukukun parçası olmuştur (genel olarak bakınız yukarıda paragraf 65 ve 83).

Sonrasında 1993 tarihli ve 144 sayılı Kararname'nin kabulü başvuru şirketin iddia ettiğinin aksine bağlamanın hukukiliği üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir, Kararname yalnızca EEC Tüzüğü'nün 9 ve 10. maddeleriyle öngörülen belirli idari meseleleri (yetkili makamın kimliği ile Tüzük'ün ihlali halinde uygulanacak yaptırım) düzenlemiştir. Başvuru şirket Tüzük'ün amaçları bakımından hangi organın yetkili olduğunu sorgulamış olsa da (bakınız yukarıda paragraf 120) Mahkeme (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 8. maddesinde yer alan bağlama yetkilerini Ulaştırma Bakanı'nın uygulayacağına tamamen öngörülebilir olduğu kanaatinde.

(EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü kapsamında kabul edilen bir BMGK kararından kaynaklandığı doğrudur (Hükümet ile belli üçüncü taraflarca bir ölçüye kadar geliştirilen düşünce). Karar Tüzük'ün yorumlanmasına yardımcı olmakla birlikte (bakınız Kanun Sözcüsü'nün görüşü ve AAD kararı - yukarıda paragraf 45-50 ve 52-55) İrlanda iç hukukunun parçası değildir (Sn. Yargıç Murphy - yukarıda paragraf 35) ve bu nedenle de hava aracının Ulaştırma Bakanınca bağlanmasının hukuki dayanağını oluşturamaz.

Buna göre İrlanda makamları (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 8. maddesinin kapsamına girdiğini düşündükleri giden hava araçlarını bağlama konusunda kendilerini yükümlü görmekte haklıdır. Adı geçen hükmün kapsamına dair kararları daha sonra özellikle AAD kararıyla doğrulanmıştır (bakınız yukarıda paragraf 54-55).

146. Mahkeme Devlet'in samimi işbirliği görevinin (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün yorumunun açıklığa kavuşturulması için Haziran 1994 tarihli İstinaf Mahkemesi kararını Yüksek Mahkemede temyiz etmesini gerektirdiği yönündeki Avrupa Komisyonu beyanını ikna edici bulmaktadır. Bu, Tüzük'ün ilk uygulaması olmuştur ve İstinaf Mahkemesinin yorumu -söz konusu tüzükle uygulanan BMGK kararını yorumlamak üzere Birleşmiş Milletler tarafından atanan organ olan- Yaptırım Komitesinininkinden ayrılmıştır.

147. Mahkeme ayrıca aşağıda belirtilen gerekçelerle Yüksek Mahkemenin AAD'ye ön karar başvurusundan önce de sonra da gerçek bir takdir yetkisine sahip olmadığı yönünde Hükümet ile Avrupa Komisyonuna katılmaktadır.

İlk olarak kararlarına karşı ulusal yargı yolu olmayan Yüksek Mahkeme AT Antlaşması'nın 177. madde (yeni 234. madde) hükümleri ile *CILFIT* teki AAD kararı göz önüne alındığında ön karar usulüne başvurmak zorundadır (bakınız yukarıda paragraf 98): AAD'ye yöneltilen yorum sorusunun yanıtı açık değildir (Yaptırım Komitesi ile Ulaştırma Bakanı'nın vardığı sonuçlar İstinaf Mahkemesininkilerle çelişkilidir), soru dava için merkezi önem arz etmektedir (bakınız İstinaf Mahkemesinin davadaki temel sorunu tarif edişi ve Bakan'ın Yüksek Mahkemede temyiz ettiği son kararı - yukarıda paragraf 35-36), daha önce bu konuda AAD tarafından verilmiş bir karar yoktur. Bu tespit bireylerin kendi başına başvuru hakkına sahip olmadığı yönünde Mahkemenin (başvuru şirket tarafından anılan ve dayanılan - bakınız yukarıda paragraf 116) *Moosbrugger*'deki kararında yer alan gözlemden etkilenmemiştir.

İkinci olarak AAD kararı Yüksek Mahkeme üzerinde bağlayıcıdır (bakınız yukarıda paragraf 99).

Üçüncü olarak AAD kararı somut davadaki ulusal yargılamaları etkili biçimde belirlemiştir. Yüksek Mahkemenin sorusu ile AAD'nin yanıtına bakıldığında Yüksek Mahkemenin varabileceği tek sonuç (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün başvuru şirketin hava aracını kapsadığıdır. Ayrıca başvuru şirketin yaptığı gibi Yüksek Mahkemenin AAD kararına ek olarak (AAD'ye ikinci bir "açıklayıcı" başvuru dâhil) bağlama masraflarına, tazminata ve bu arada yaptırım rejiminin yumuşamasına ilişkin bazı kararlar verebileceğini iddia etmek hatalıdır. Başvuru şirketin Yüksek Mahkemeye sunulan Ekim 1996 tarihli dilekçe ve yeminli beyanı bu meseleleri detaylı olarak açıklamamış veya mahkemenin bu tür ek kararlar vermesini talep etmemiştir. Her halükârda bağlama masrafları başvuru şirkete fatura edilmemiştir.



(EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün tazminat kararı içermemesi Kanun Sözcüsü ile AAD'nin tespitlerinde (ikisi de içerdiği güçlüğü rağmen tüzük uygulamasının meşru olduğu kanaatindedir) ve Tüzük'ün 8. maddesinin ikinci cümlesindeki harcama hükümlerinde örtülü olarak mevcuttur. Sonuç olarak Topluluk hukukunun üstünlüğü ve yeknesak uygulanması düşüncesi (bakınız yukarıda paragraf 92 ve 96) Yüksek Mahkemenin böyle bir karar vermesini engellemiştir. Yukarıda 105. paragrafta belirtildiği gibi Avrupa Topluluğunda uygulanan yaptırım rejimini Ekim 1994'ten itibaren yumuşatan (EC) 2472/94 sayılı Tüzük hâlihazırda hukuka uygun olarak bağlanmış olan hava araçlarını açıkça kendi kapsamı dışında bırakmış olup ne AAD ne de Yüksek Mahkeme sırasıyla Temmuz 1996 ve Kasım 1996 tarihli kararlarında bu hususa değinmişlerdir.

148. Bu gerekçelerle Mahkeme şikâyet konusu müdahalenin İrlanda makamlarının bir takdir yetkisi kullanımının sonucu olmadığına, bundan ziyade İrlanda Devleti'nin Topluluk hukukundan ve özellikle de (EEC) 990/93 sayılı Tüzük'ün 8. maddesinden çıkan hukuki yükümlülüklerini yerine getirmesi olarak gerçekleştiğine karar vermiştir.

### 3. Bağlamın Meşru Olup Olmadığı

#### a. Benimsenecek Genel Yaklaşım

149. 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası bu maddenin açılış cümlesinde ifade edilen genel ilke ışığında yorumlanacağından başvuru araçları ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi mevcut olmalıdır: Mahkeme bu yöndeki genel yararın gerekleri ile söz konusu somut şirketin menfaati arasında adil dengenin kurulmuş olup olmadığına karar vermelidir. Buna karar verirken Mahkeme, başvuru araçlarına ve sonuçların istenen hedeflere ulaşma amacıyla genel yarar meşruiyetini taşıyıp taşımadığı sorununa ilişkin olarak Devlet'in geniş bir takdir alanına sahip olduğunu kabul etmektedir (bakınız yukarıda anılan *AGOSI*, p. 18, § 52).

150. Mahkeme 145 ila 148. paragraflardaki tespitlerinden hareketle şikâyet konusu tedbirle amaçlanan genel yararın İrlanda Devleti'nin Avrupa Topluluğu üyeliğinden kaynaklanan hukuki yükümlülüklerine uygun olduğunun aşikâr olduğu kanaatindedir.

Ayrıca bu, kayda değer ağırlığı olan meşru bir menfaattir. Sözleşme Sözleşmeciler Tarafından ilişkilerde uygulanabilir olan ilgili kuralları ile *pacta sunt servanda*'yı da içeren uluslararası hukuk ilkeleri ışığında yorumlanmalıdır (Viyana Antlaşmaları Hukuku Sözleşmesi'nin 31 § 3 (c) maddesi ve *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI). Mahkeme ayrıca uluslararası işbirliği ile bunun sonucu olarak uluslararası örgütlerin düzgün işlemlerini sağlama ihtiyacının artan önemini de uzun zamandan beri kabul etmektedir (bakınız ikisi de yukarıda anılan *Waite and Kennedy*, §§ 63 and 72 ve *Al-Adsani*, § 54; ayrıca bakınız AT Antlaşması madde 234 (yeni madde 307)). Bu değerlendirmeler Avrupa Topluluğu gibi ulusalüstü bir örgüt için önemlidir.<sup>25</sup> Bu Mahkeme de buna göre Sözleşmeciler Tarafından Topluluk hukukuna uygun hareket edilmesinin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında meşru bir genel yarar amacı teşkil ettiğini kabul etmektedir (bakınız, *mutadis mutandis*, yukarıda anılan *S.A. Dangeville*, §§ 47 and 55).

151. Dolayısıyla sorun, Topluluk yükümlülüklerine uyma şeklindeki önemli genel yararın İrlanda Devleti'nce başvuru şirketin mülkiyet hakkına yapılan şikâyet konusu müdahaleyi meşrulaştırıp meşrulaştırmadığı ve eğer meşrulaştırıyorsa bunu ne ölçüde yaptığıdır.

152. Sözleşme bir yandan Sözleşmeciler Tarafından'ın belirli faaliyet alanlarında işbirliği yapmak üzere uluslararası örgütlere (ulusalüstü örgütler dâhil) egemenlik yetkisi devretmesini yasaklamamaktadır (bakınız ikisi de yukarıda anılan *M. & Co.*, p. 144 ile *Matthews*, § 32). Ayrıca uluslararası örgütün kendisi, Sözleşme'nin tarafı olmadığı sürece, bu şekilde devredilen egemenlik yetkisinin sahibi olarak

<sup>25</sup> Bkz. *Costa v. Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL)*, Case 6/64 [1964] ECR 585.

dahi organları nezdindeki yargılamalardan veya organlarının kararlarından Sözleşme kapsamında sorumlu tutulmamaktadır (bakınız *Confédération française démocratique du travail v. European Communities*, no. 8030/77, Commission decision of 10 July 1978, DR 13, p. 231; *Dufay v. European Communities*, no. 13539/88, Commission decision of 19 January 1989, unreported ve ikisi de yukarıda anılan *M. & Co.*, p. 144 ile *Matthews*, § 32).

153. Diğer yandan Sözleşmecî Taraf'ın Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince organlarının tüm icrai ve ihmali işlemlerinden söz konusu icrai veya ihmali işlemin iç hukukun mu yoksa uluslararası hukuki yükümlülükleri yerine getirme ihtiyacının mı sonucu olduğu fark etmeksizin sorumlu olduğu da kabul edilmektedir. 1. madde ilgili kural veya tedbirin türüne ilişkin ayırım yapmamakta ve Sözleşmecî Taraf'ın "yetki alanı"nın hiçbir bölümünü Sözleşme kapsamındaki incelemenin dışında bırakmamaktadır (bakınız *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, *Reports* 1998-I, pp. 17-18, § 29).

154. Bu görüşleri bağdaştırırken ve böylece Devlet'in egemenliğinin bir kısmını devrettiği uluslararası örgüte üyeliğinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesiyle Devlet işleminin nereye kadar meşrulaştırılabileceğini belirlerken Mahkeme, Sözleşmecî Devletler'i bu devrin kapsadığı alanlarda Sözleşme sorumluluğundan tamamen hariç tutmanın Sözleşmenin amacı ve konusuna uygun düşmediğini kabul etmektedir; Sözleşme güvenceleri istendiğinde sınırlanabilecek veya terk edilebilecek, bu şekilde Sözleşme emredici niteliğinden yoksun kalacak, Sözleşme güvencelerinin pratik ve etkin doğası zayıflayacaktır (bakınız ikisi de yukarıda anılan *M. & Co.*, p. 145 ve *Waite and Kennedy*, § 67). Devlet'in Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonraki antlaşma taahhütleri açısından Sözleşme sorumluluğunu taşıdığı düşünülmektedir (bakınız *mutatis mutandis* yukarıda anılan *Matthews*, §§ 29 and 32-34 ve *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, § 47, ECHR 2001-VIII).

155. Mahkemeye göre bu tür hukuki yükümlülükler uygun olarak yapılan Devlet işlemleri, ilgili örgütün temel hakları hem sunulan güvencelerin esası hem de bunlara uyulmasını denetleyen mekanizmalar açısından ve Sözleşme'de öngörülene en azından eşdeğer olduğu düşünülecek bir biçimde koruduğu söylenebildiği sürece meşrudur (bakınız yukarıda anılan *M. & Co.*, p. 145, taraflar ile Avrupa Komisyonunun aynı fikirde oldukları bir yaklaşım). "Eşdeğer" ile Mahkeme "karşılaştırılabilir"i kastetmektedir, örgütün korumasının "aynı" olması gerekliliği hedeflenen uluslararası işbirliği menfaatine ters düşebilecektir (bakınız yukarıda paragraf 150). Bununla birlikte, böyle bir eşdeğerlik tespiti nihai olmayıp temel hakların korunmasındaki her ilgili değişikliğin ışığında denetime açıktır.

156. Bu eşdeğer korumanın eğer örgütçe sağlandığı düşünülüyorsa örgüt üyeliğinden kaynaklanan hukuki yükümlülüklerini yerine getirmekten başka bir şey yapmayan Devlet'in Sözleşme gerekliliklerinden ayrılmadığı yönünde bir karine olacaktır.

Bununla birlikte, somut davanın koşullarında eğer Sözleşme haklarının korunmasının açıkça eksik olduğu görülürse bu karine çürütülebilir. Böyle davalarda Sözleşme'nin insan hakları alanında "Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi" olma rolü uluslararası işbirliğinin menfaatine ağır basar (bakınız *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), judgment of 23 March 1995, Series A no. 310, pp. 27-28, § 75).

157. Devletlerin katı uluslararası hukuki yükümlülükleri dışında kalan tüm işlemlerinden Sözleşme kapsamında tam olarak sorumlu olacakları kesindir. Başvurucu şirket tarafından anılan yukarıda 117. paragraftaki birçok Sözleşme davası bunu doğrulamaktadır. Davaların her biri (özellikle *Cantoni*, p. 1626, § 26) Topluluk hukukunun devletler için öngördüğü takdir yetkisinin kullanılmasının bu Mahkemece değerlendirilmesine ilişkindir. *Pellegrini* ise ayrı tutulabilir niteliktedir: Sözleşme'ye taraf olmayan Devlet'in mahkeme kararının tenfiziyle doğan Devlet sorumluluğu sorunu (bakınız *Drozd and Janousek v. France and Spain*, judgment of 26 June 1992, Series A no. 240, pp. 34-35, § 110) Sözleşmecî Taraflar'ın egemenliklerinin bir kısmını devrettikleri bir uluslararası örgütten gelen hukuki yükümlülüğünü yerine getirmesiyle karşılaştırılabilir nitelikte değildir. *Matthews* de ayrı tutulabilir: Birleşik Krallık'ın sorumlu tutulduğu işlemler onun tarafından "serbestçe akdedilen uluslararası belge-

lerdir” (bakınız o kararın 33. paragrafı). Yine başvuru şirketin dayandığı *Kondova* (bakınız yukarıda paragraf 76) da Devletler’in uluslararası hukuki yükümlülüklerin gerektirmediği işlemlere ilişkin Sözleşme sorumluluğu hakkındadır.

158. Şikâyet konusu tedbir İrlanda’nın yalnızca Avrupa Topluluğu üyeliğinden kaynaklanan hukuki yükümlülüklerini yerine getirmesi niteliğinde olduğundan (bakınız yukarıda paragraf 148) Mahkeme şimdi İrlanda’nın bu yükümlülükleri yerine getirirken Sözleşme gereklerine uyduğuna dair bir karinenin ortaya çıkıp çıkmadığını ve somut davanın koşullarında böyle bir karinenin çürütülüp çürütülmediğini inceleyecektir.

***b. İlgili Tarihte Sözleşme’ye Uygunluk Karinesinin Olup Olmadığı***

159. Mahkeme Avrupa Topluluğunun Üye Devletler’e, Topluluk kurumlarına ve gerçek ve tüzel kişilere (“bireylere”) uygulanan temel hak güvencelerini yukarıda (bakınız paragraf 73-81) açıklamıştır.

Avrupa Topluluklarının kurucu antlaşmaları başlangıçta temel hakların korunmasına ilişkin açık hükümler içermemekle birlikte sonradan AAD bu hakların kendisince korunan Topluluk hukuku genel ilkelerinde yer aldığını ve bu hakların kaynağı olarak Sözleşme’nin “özel öneme” sahip olduğunu kabul etmiştir. Temel haklara saygı “Topluluk işlemlerinin hukuka uygunluk koşulu” haline gelmiş olup (bakınız yukarıda 45-50. paragraflarda Kanun Sözcüsü’nün somut davadaki görüşü ile birlikte paragraf 73-75) AAD bu değerlendirmeyi yaparken Sözleşme hükümlerine ve bu Mahkemenin içtihadına yoğun olarak başvurmuştur. İlgili tarihte bu içtihadi gelişmeler belirli antlaşma hükümlerine yansıtılmış durumdadır (özellikle 1986 Avrupa Tek Senedi’nin ve Avrupa Birliği Antlaşması’nın yukarıda 77-78. paragraflarda anılan boyutları).

Bu evrim sürmüştür. 1997 Amsterdam Antlaşması’ndan yukarıda 79. paragrafta söz edilmiştir. Bütünüyle bağlayıcı olmamakla birlikte Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın hükümleri için Sözleşme hükümlerinden önemli ölçüde esinlenilmiş olup Şart Sözleşme’nin asgari insan hakları standartlarını belirlediğini kabul etmektedir. Daha sonra Avrupa için bir Anayasa oluşturan Antlaşma’nın (yürürlükte değildir) I-9 maddesi Şartın Avrupa Birliği’nin temel hukuku haline geldiğini ve Birlik’in Sözleşme’ye katılmasını öngörmektedir (bakınız yukarıda paragraf 80-81).

160. Bununla birlikte, temel haklara ilişkin bu maddi güvencelerin etkililiği bunlara uyulmasını sağlamak üzere konulan denetim mekanizmalarına bağlıdır.

161. Mahkeme, AAD’nin diğerlerinin yanı sıra iptal davalarına (AT Antlaşması’nın 173. maddesi, yeni 230. madde), Antlaşma yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız olmalarından dolayı Topluluk kurumları aleyhine açılan davalara (175. madde, yeni 232. madde), 184. madde (yeni 241. madde) kapsamında ilgili hukuka aykırılık iddialarını dinlemeye ve Antlaşma yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız olmalarından dolayı Üye Devletler aleyhine açılan davalara (169, 170 ve 171. madde, yeni 226, 227 ve 228. madde) ilişkin içtihadından bahsetmiştir (bakınız yukarıda paragraf 86-90).

162. Bireylerin bu hükümler kapsamında AAD’ye erişiminin sınırlı olduğu doğrudur: 169 ve 170. madde kapsamında *locus standi*’leri yoktur, 173 ve 175. madde kapsamında dava açma hakları -ve dolayısıyla 184. madde kapsamındaki hakları- kısıtlıdır ve başka bir bireye dava açma hakları yoktur.

163. Bununla birlikte, Topluluk kurumları veya Üye Devletlerce AAD nezdinde açılan davaların bireylerin dolaylı yararına olarak Topluluk normlarına uygunluğun önemli bir denetimini teşkil ettiği açıktır. Bireyler ayrıca kurumların sözleşme-dışı sorumluluğuna ilişkin olarak AAD nezdinde tazminat davası açabilmektedirler (bakınız yukarıda paragraf 88).

164. Ayrıca Topluluk sisteminin bireylere Topluluk hukukunun ihlalden dolayı Üye Devletler’e veya diğer bireylere karşı yargı yolu sağlaması esasen ulusal mahkemeler üzerinden olmaktadır (bakınız yukarıda paragraf 85 ve 91). Belirli AT Antlaşması hükümleri özellikle 189. madde (doğrudan uygulanabilirlik düşüncesi, yeni 249. madde) ile 177. madde (ön karar usulü, yeni 234. madde) Topluluk denetim mekanizmalarında ulusal mahkemeler için başından beri tamamlayıcı bir rol öngörmüştür.

Topluluk hukuku ile onun temel hak güvencelerinin uygulanmasında ulusal mahkemelerin rolünü büyük ölçüde artıran, Topluluk hukukunun üstünlüğü, doğrudan etki, dolaylı etki ve Devlet sorumluluğu gibi önemli düşüncelerin (bakınız yukarıda paragraf 92-95) AAD tarafından geliştirilmesi olmuştur.

AAD temel hak güvenceleri dâhil Topluluk hukukunun ulusal mahkemelerce uygulanmasının denetimini yukarıda 96 ila 99. paragraflarda tarif edilen biçimde AT Antlaşması'nın 177. maddesinde öngörülen usul üzerinden sürdürmektedir. AAD'nin rolü ulusal mahkemece yöneltilen yorum veya geçerlilik sorusunu yanıtlamakla sınırlı olsa da yanıt sıklıkla (somut davada da olduğu gibi - bakınız yukarıda paragraf 147) ulusal yargılama üzerinde belirleyici olmaktadır ve ön karar başvurusunun süresi ile içeriğine ilişkin detaylı ilkeler AT Antlaşması hükmünce belirlenmiş olup AAD içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Ulusal yargılamanın tarafları 177. madde usulü süresince davalarını AAD'ye götürme hakkına sahiptirler. Ulusal mahkemelerin farklı derecelerde de olsa Sözleşme'yi bünyesinde barındıran hukuk sistemlerinde çalıştığını ayrıca kaydetmek gerekir.

165. Bu koşullarda Mahkeme temel haklara ilişkin Topluluk hukuku korumasının şimdi de ilgili tarihte de Sözleşme sistemindekine (yukarıda 155. paragraf anlamında) "eşdeğer" olarak görülebileceğini tespit etmektedir. Sonuç olarak İrlanda'nın Avrupa Topluluğu üyeliğinden kaynaklanan hukuki yükümlülüklerini yerine getirirken Sözleşme gereklerinden sapmadığı yönünde karine oluşmaktadır (bakınız yukarıda paragraf 156).

#### ***c. Söz Konusu Karinenin Somut Davada Çürütülüp Çürütülmediği***

166. Mahkeme müdahalenin özünü, bağlamıyla ve yaptırım rejimiyle hedeflenen genel yararı ve (Kanun Sözcüsü'nün görüşü ışığında) Yüksek Mahkemenin uymakla yükümlü olduğu ve uyduğu bir karar olarak AAD kararını göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme Sözleşme haklarına uyulmasının denetimine ilişkin mekanizmalarda bir işlev bozukluğu bulunmadığının açık olduğu kanaatinde.

Dolayısıyla Mahkemeye göre başvuru şirketin Sözleşme haklarının korunmasının açıkça yetersiz olduğu söylenemeyecek olup sonuçta davalı Devletçe Sözleşme'ye uyulduğu yönündeki karine çürütülmemiştir.

#### **4. 1 No.lu Protokolün 1. Maddesi Kapsamındaki Sonuç**

167. Hava aracının bağlanması 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline yol açmadığı anlaşılmaktadır.

#### **BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE**

1. İlk itirazları *reddetmektedir*;
2. 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilmediğini *tespit etmektedir*.

İngilizce ve Fransızca hazırlanmış olup 30 Haziran 2005'te Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda aleni duruşmada bildirilmiştir.

Paul MAHONEY  
Yazı İşleri Müdürü

Christos ROZAKIS  
Başkan

Sözleşmenin 45 § 2 maddesi ile Mahkeme Tüzüğü'nün 74 § 2 kuralı uyarınca aşağıdaki ayrı görüşler karara eklenmiştir:

(a) Sn. Rozakis, Sn. Tulkens, Sn. Traja, Sn. Botoucharova, Sn. Zagrebelsky ve Sn. Garlicki'nin ortak farklı gerekçesi,

(b) Sn. Ress'in farklı gerekçesi.

C.L.R.  
P.J.M.

## YARGIÇ TULKENS, TRAJA, BOTOCHAROVA, ZAGREBELSKY VE GARLICKI'NİN ORTAK FARKLI GEREKÇESİ

(Çeviri)

Kararın hüküm paragraflarına yani mevcut davada 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna katılmakla birlikte çoğunluk tarafından yapılan gerekçelendirmenin tüm aşamalarına veya çoğunluğun analizinin tüm yönlerine katılmıyoruz. Bu yüzden önemli gördüğümüz belirli noktaları açıklığa kavuşturmak istiyoruz.

1. Karar Sözleşme'nin 1. maddesini incelerken bu hükmün lafzından Taraf Devletler'in Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin kendi "yetki alanlarında" bulunan bireylere karşı gerçekleştirilen herhangi bir ihlali için hesap vermeleri gerektiğinin (bakınız paragraf 136) anlaşıldığına Mahkemenin içtihadına binaen haklı olarak işaret etmiştir. Karar başvuru şirketin şikâyetinin Sözleşme hükümleriyle yalnızca (itiraz konusu olmayan) *ratione loci* ve (sorun teşkil etmeyen) *ratione personae* değil aynı zamanda *ratione materiae* uygunluğuna da sahip olduğu sonucuna varmaktadır (bakınız paragraf 137). Böylece Mahkeme Topluluk Tüzüğü'ne dayanarak alınan bir ulusal tedbirin Sözleşme'ye uygunluğunu denetleme yetkisini açıkça teyit etmekte, böyle yaparak da *M. & Co. v. the Federal Republic of Germany*'deki (no. 13258/87, Decisions and Reports 64, p. 138) 9 Şubat 1990 tarihli Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararından ayrılmaktadır.

Sözleşme'nin 1. maddesinin "ilgili kural veya tedbirin türüne ilişkin ayırım" yapmadığı ve "üye Devletler'in 'yetki alanı'nın hiçbir bölümünü Sözleşme kapsamındaki incelemenin dışında bırakmadığı" ilkesinin (bakınız *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, judgment of 30 January 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, pp. 17-18, § 29) Topluluk hukuku için de geçerli olduğu artık kabul ve teyit edilmiştir. Üye Devletler'in, organlarının tüm icrai ve ihmali işlemlerinden bunların ulusal hukuktan veya uluslararası hukuki yükümlülükleri yerine getirme ihtiyacından kaynaklanması fark etmeksizin Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamında sorumlu oldukları anlaşılmaktadır.

2. 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali iddiasını incelerken şikâyet konusu müdahaleye uygulanacak hukuk ile müdahalenin yasal temelini belirledikten sonra Mahkemenin görevi başvuru araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığını incelemek ve sonuçta genel yararın gerekleri ile başvuru şirketin menfaati arasında adil bir denge kurulmuş olup olmadığını belirlemektir. Böyle bir ölçülülük incelemesi doğası gereği yalnızca *in concreto* yapılabilir.

Somut olayda karar karine kavramına dayanan genel bir yaklaşım kabul etmektedir: "[Temel haklara ilişkin] bu [karşılaştırılabilir] eşdeğer korumanın eğer örgütçe sağlandığı düşünülüyorsa örgüt üyeliğinden kaynaklanan hukuki yükümlülüklerini yerine getirmekten başka bir şey yapmayan Devlet'in Sözleşme gerekliliklerinden ayrılmadığı yönünde bir karine olacaktır. Bununla birlikte, somut davanın koşullarında eğer Sözleşme haklarının korunmasının açıkça eksik olduğu görülürse bu karine çürütülebilir" (bakınız paragraf 156).

3. Bu "eşdeğer koruma"nın mevcudiyeti varsayılsa bile -ki kararın doğru olarak ifade ettiği gibi bu, nihai olmayıp temel hakların korunmasındaki her ilgili değişikliğin ışığında denetime açık olacak bir tespittir (bakınız paragraf 155)- somut olayda bu korumanın mevcudiyetini göstermek üzere kabul edilen yaklaşıma tam olarak kani değiliz.

Çoğunluk Topluluk sisteminin genel soyut incelemesine girişip (bakınız kararın 159-164. paragrafları) -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan tüm Devletler'in bir biçimde talep edebileceği bir inceleme- temel haklara ilişkin Topluluk hukuku korumasının Sözleşme sistemindekine "eşdeğer" olarak görülebileceği sonucuna varmakta, böylece karine kavramının devreye girmesine imkân sağlamaktadır (bakınız paragraf 165).

Söylemeye gerek yok ki bu tespiti sorgulama niyetinde değiliz. Temel hakların artan rolüne ve Topluluk sistemiyle geniş ölçüde bütünleşmesine ve bu alanda gerçekleşen önemli içtihat değişikliklerine tümüyle kaniyiz. Bununla birlikte, Birliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne henüz katılmadığı ve Avrupa düzeyinde tam korumanın henüz mevcut olmadığı açıktır.

Ayrıca, kararın haklı olarak vurguladığı gibi “temel haklara ilişkin bu maddi güvencelerin etkililiği bunlara uyulmasını sağlamak üzere konulan denetim mekanizmalarına bağlıdır” (bakınız paragraf 160). Bu usuli bakış açısıyla karar gerçek bir fark oluşturan belirli etkenleri asgariye indirmekte veya görmezden gelmekte ve “eşdeğer koruma”nın her olayda mevcut olduğu sonucuna varmayı mantıksız hale getirmektedir.

Bir taraftan, ön karar için Avrupa Adalet Divanına başvuru şirket tarafından değil de İrlanda Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan bir başvurumuz var. Böyle bir başvuru temyiz niteliğinde olmayıp bir yorum talebidir (AT Antlaşmasınının 234. maddesi). Avrupa Adalet Divanınca yapılan Topluluk hukuku yorumu başvuruda bulunan mahkeme üzerinde bağlayıcı olmakla birlikte bu mahkeme, önündeki uyuşmazlığın çözümünde bu kararı *in concreto* nasıl uygulayacağına karar verirken tam takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde, “eşdeğer koruma”ya ilişkin genel incelemesinde karar kuşkusuz somut olayı ilgilendirmeyen ama Avrupa Adalet Divanının, kararını uygulamada ulusal mahkemelere belli bir takdir yetkisi tanıdığı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru konusu olabilecek durumları da muhtemelen incelemiş olmalıydı. Bununla birlikte, kararın 157. paragrafı ile *Cantoni v. France*'a (judgment of 15 November 1996, *Reports* 1996-V) atıf yapılmasından bellidir ki Avrupa Adalet Divanı ön kararının uygulanmasında takdir kullanımını “eşdeğer koruma” karinesi kapsamında değildir.

Diğer taraftan, kararın kendisinin de kabul ettiği gibi bireylerin Topluluk mahkemesine erişimi “sınırlı”dır (bakınız paragraf 162). Yine de Mahkemenin *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*'de ([GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I) hatırlattığı gibi bireysel başvuru hakkı “Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin yürürlüğe konması mekanizmasında bir kilit taşıdır” (bakınız o kararın 122. paragrafı). Kuşkusuz, Topluluk hukuku kapsamındaki yargısal koruma temyizlerin çoğuna dayanmakta olup bunlar arasında Adalet Divanına ön karar başvurusu önemli bir role sahiptir. Bununla birlikte, değerine rağmen ön karar başvurusunun dâhili, *a priori* bir denetimi içerdiği açıktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine yürüttüğü harici, *a posteriori* denetimle aynı nitelikte olmayıp onun yerini tutmamaktadır.

Bireysel başvuru hakkı Devletler'in Sözleşme'yi onaylamakla üstlendikleri temel yükümlülüklerden biridir. Bu nedenle, belirli yetkileri Avrupa Topluluklarına devrettikleri gerekçesiyle yetki alanlarındaki kişiler için bu hakkın etkinliğini azaltabiliyor olmaları gerektiğini kabul etmek güçtür. Mahkemenin korumanın gerçekten “eşdeğer” olduğunu olay bazında doğrulama aracını elinde bulundurmaksızın “eşdeğer koruma” sağlama görevini Topluluğun yargı sistemine bırakması, Sözleşme standartlarının Topluluk hukuku alanında -belki Sözleşme standartlarından esinlenmiş olan ama onunla eşdeğerliği artık yetkili bir denetime tabi olmayacak olan- bir Topluluk standardıyla ikame edilmesine örtülü olarak rıza göstermek anlamına gelecektir.

4. Kuşkusuz, somut davanın koşullarında Mahkeme “Sözleşme haklarının korunmasının açıkça eksik” olduğunu düşünürse karine çürütülebileceğinden (bakınız paragraf 156) karar bu *in concreto* denetimin olası olduğunu belirtmektedir.

“Açıkça eksiklik” ölçütü görece tanımlanmamış niteliğine rağmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında genellikle yapılan denetimle belirgin bir karşıtlık içinde olan görece düşük bir eşik oluşturuyor gibi görünmektedir. Sözleşme asgari koruma düzeyini oluşturduğundan (53. madde) onunla Topluluğun koruması arasındaki herhangi bir eşdeğerlik yalnızca araçlar açısından olabilir, sonuçlar açısından değil. Ayrıca, “eşdeğer koruma” adına, Avrupa için bir Anayasa oluşturan Birlik Antlaşması'nın ayrılmaz parçası olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda resmî olarak sayıldığını düşündü-

ğümüzde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ninkinden daha az katı olan standartları uygulamak üzere Topluluk hukukunun yetkilendirilmesini kabul etmek çok daha güç görünmektedir. Bu metinler (henüz) yürürlüğe girmiş olmamakla birlikte Antlaşma'nın II-112(3) maddesi Avrupa Birliği hukukunda gelecekteki yasal veya yargısal gelişmeler üzerinde manevi ağırlığının şimdiden bağlayıcı olduğu görülen bir kural içermektedir: "Bu Şart İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile güvence altına alınan haklarla örtüşen haklar içerdiği sürece bu hakların anlam ve kapsamı adı geçen Sözleşmece ortaya konulanlarla aynıdır."

Bu nedenle herhangi bir çifte standart tehlikesinden kaçınmak üzere tetikte olmak gerekmektedir. Böyle bir tehlike eğer gerçekleşirse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uluslararası sözleşmelere katılanlar ve katılmayanlar olarak ayrılan Taraf Devletleri için farklı yükümlülükler yaratacaktır. Başka bir bağlamda, çekinceler bağlamında Mahkeme Sözleşmeciler Devletler arasında eşitsizlik olasılığını ele almış olup bunun "Sözleşmenin Başlangıç"ında ifade edildiği gibi insan haklarının korunması ve daha iyi gerçekleştirilmesi hususunda daha güçlü bir birliktelik kurma amacına aykırı" olacağını hatırlatmıştır (*Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), judgment of 23 March 1995, Series A no. 310, p. 28, § 77).

### YARGIÇ RESS'İN FARKLI GEREKÇESİ

1. Bu karar *M. & Co.* yaklaşımını çok geride bırakmış olsa da (no. 13258/87, Commission decision of 9 February 1990, Decisions and Reports 64) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim mekanizmasının tamamlanması için Avrupa Birliği'nin Sözleşme'ye katılmasının ne kadar önemli olduğunu kanıtlamaktadır. Karar Avrupa Topluluklarının bu Mahkemenin denetiminden bağımsızlığını -dolaylı bile olsa- ilan edebilecek herhangi bir yaklaşımdan açıkça ayrılarak Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamında Mahkemenin *ratione loci, personae* ve *materiae* yetkisini kabul etmiştir. Şikâyetin esasına ilişkin incelemede sorun, bir yanda başvuru şirketin mülküne müdahale ile diğer yanda genel yarar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığıdır. Kendi içtihadına dayanarak Mahkeme özellikle de *Waite and Kennedy v. Germany*'de ([GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I) uluslararası ve ulusalüstü örgütlerle ilgili davalarda denetim yetkisinin kapsamına ilişkin olarak özel bir *ratio decidendi* geliştirmiştir. Bu davada 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ihlalinin olmadığı ve başvuru şirketin mülkünün kullanımına -Birleşmiş Milletler ile Avrupa Topluluğunun yaptırım rejimini koruma genel yararını amaçlayan- müdahalenin herhangi bir ticari şirketin genel yarar ışığında kabul etmeye hazır olması gereken sınırların ötesine geçmediği yönündeki sonuca katılabilirim. Bu sonuca varmak üzere, uluslararası örgütlerin ve özellikle de Avrupa Topluluğunun Sözleşme'ye uyması karinesi kavramının egemenlik yetkilerinin bir kısmını uluslararası örgüte devreden Sözleşmeciler Devletler'deki insan hakları korumasının geleceği açısından bir bütün olarak gereksiz ve hatta tehlikeli olduğu iddia edilebilir.

2. Karar bir çifte standart yaratma adımı olarak görülmemelidir. Sözleşme'ye uygunluk karinesi kavramı gerçekten bir Sözleşme ihlalinin olup olmadığına dair Mahkemece olay bazında yapılan incelemenin terk edilmesi olarak yorumlanmamalıdır. Mahkemenin de kararın 162. paragrafında -eğer eleştirmediyse- tespit ettiği gibi bireylerin AAD'ye erişimi oldukça sınırlı olmasına rağmen Mahkemenin Avrupa Topluluğunda Sözleşme ile güvence altına alınanlar dâhil olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ilişkin etkin bir korumanın mevcut olduğu yönündeki tespitine katılıyorum. Mahkeme bu sınırlı erişimin Sözleşme'nin 6 § 1 maddesine gerçekten uygun olup olmadığı ve AT Antlaşmasının özellikle de eski 173. maddesi hükümlerinin Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ışığında daha geniş yorumlanmasının gerekip gerekmediği sorununu -*Jégo-Quére & Cie S.A. v. Commission of the European Communities*'de (Case T-177/01 [2002] ECR II-2365 (Court of First Instance) and Case C-263/02 P [2004] ECR I-3425 (ECJ)) hem İlk Derece Mahkemesi hem de AAD önünde gündeme gelen bir husus- ele almamıştır. Ayrıca bakınız *Unión de Pequeños Agricultores v. Council of the European Union*'daki AAD kararı (Case C-50/00 P [2002] ECR I-6677). Mevcut davadaki kararın 162. paragrafindan Mahkemenin madde 6 § 1'in daha kapsamlı bir yorum gerektirmediğini kabul ettiği çıkarılma-

malıdır. Sözleşme'nin AAD tarafından korunması doğrudan değil de farklı hukuk kaynakları yani Topluluk hukukunun genel ilkeleri üzerinden dolaylı olsa bile Sözleşme güvenceleri kullanılacak araçları belirlemeksizin yalnızca “sonuç” yükümlülükleri getirdiğinden Sözleşme'ninkiler de dâhil olmak üzere temel hakların Topluluk hukukunca korunmasının “eşdeğer” olduğunun düşünülebileceği (bakınız kararın 165. paragrafı) sonucuna varmanın mümkün olduğu görünmektedir. Topluluk hukukunun bu genel ilkelerinin AAD içtihadında yorumlandığı gibi Avrupa Topluluğunun genel kamu yararı değerlendirmeleriyle sınırlı olduklarından gerekli koruma standardını karşılamadığı yönünde bazen eleştiri yapılmaktadır. Bu gerekçelendirme AAD'nin Topluluk hukukunun bu genel ilkelerinin ihlalini tespit etmesini oldukça güçleştirmektedir. Mahkemenin korumanın “eşdeğerliği” analizi oldukça şekli bir analizdir ve yalnızca koruma usullerine ilişkin olup çeşitli maddi Sözleşme güvenceleriyle bağlantılı AAD içtihadına ilişkin değildir: Mülkiyet hakkının korunmasının düzeyi ve yoğunluğu ile 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanmasına ilişkin AAD içtihadının büyük kısmı eksiktir. Fakat gelecek davalarda Sözleşme'ye uygunluk karinesinin Sözleşme ile güvence altına alınan belirli bir temel hakkın korunmasının düzeyi ve yoğunluğuna dair değerlendirmeler ile zenginleşmesi gerektiği ve zenginleşeceği beklenmektedir. Bence tüm Sözleşme haklarına ilişkin olarak AAD'nin yalnızca şekli koruma sisteminden dolayı böyle bir Sözleşme'ye uygunluk karinesinin zaten mevcut olduğu kesinlikle söylenemez. Eğer yürürlüğe girerse Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın hükümlerinin gelecekte bu denetim seviyesini yükseltip berraklaştırabileceği beklenebilir.

3. Mahkeme karinesinin yalnızca somut davanın koşullarında Sözleşme haklarının korunmasının açıkça eksik olduğu söylenebiliyorsa çürütülebileceğine karar vermiştir. Koruma somut davada usul açısından uygun denetim olmadığında açıkça eksiktir: örneğin, AAD yetkili olmadığında (*Segi and Gestoras Pro-Amnistía and Others v. Germany, Austria, Belgium, Denmark, Spain, Finland, France, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, the United Kingdom and Sweden*'da olduğu gibi, (dec.), nos. 6422/02 and 9916/02, ECHR 2002-V), AAD kendisine bireysel erişimi yorumlamasında çok sınırlayıcı olduğunda veya gerçekten Sözleşme hakkı güvenceleri AAD tarafından açıkça yanlış yorumlandığında veya yanlış uygulandığında. Koruma düzeyi yalnızca “karşılaştırılabilir” olmak zorunda olup “aynı” olmak zorunda olmasa bile Sözleşme haklarının korunmasının *sonucu* aynı olmalıdır. Denetim düzeyinin Sözleşme güvencelerinin hem usuli hem maddi ihlallerini kapsadığı hususunda tartışma yoktur. Sözleşme'nin 35 § 3 maddesi açıkça dayanaktan yoksun olan başvurulardan söz etmekte ve 14 No.lu Protokol ile getirilen yeni 28 § 1 (b) maddesi komitelere açıkça dayanağa sahip olan başvuruları kabul edilebilir bulma ve aynı zamanda -yeni maddenin lafzında, davanın temelindeki sorun eğer Mahkemenin hâlihazırda yerleşik içtihadına konu olan bir Sözleşme (veya Protokol) yorumu veya uygulamasını ilgilendiriyorsa- esasa ilişkin karar verme yetkisi vermektedir. Davadaki kilit sorunun kararlaştırılmasında AAD eğer hâlihazırda yerleşik AİHM içtihadına konu olan bir Sözleşme veya Protokol yorumu veya uygulamasından ayrılırsa Sözleşme hakkının korunmasının açıkça eksik olduğu sonucuna varılabilecektir. Bu davaların hepsinde koruma açıkça eksik olarak değerlendirilmek zorunda olacaktır. Bir Sözleşme hakkının yorumu veya uygulamasına ilişkin yeni sorunları ilgilendiren diğer davalarda AAD'nin AİHM'nin gelecek davalarda takip etmeye hazır olmadığı biçimde karar vermesi ihtimal dâhilindedir, fakat bu gibi durumlarda eksikliğin hâlihazırda açık olduğunu söylemek güç olacaktır. Fakat bu sonuç dahi *ab initio* dışlanmamalıdır. Buna göre Sözleşme ile Protokollerinin lafzına dayanarak “açıkça eksiklik” düzeyini çifte standart oluşturmaya doğru büyük bir adım olarak görmüyorum. AAD gelecekte bir davada yerleşik AİHM içtihadına konu olan bir Sözleşme yorumu veya uygulamasının hâlihazırda mevcut olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğü altında olacağından yalnızca istisnai davalarda korumanın açıkça eksik olduğunun tespit edileceğine kaniyim. Kararın AAD'nin “AİHM'nin yerleşik içtihadını” takip etme yükümlülüğünü doğrulayan bu yorumu ışığında 156. paragraftaki ilkeye katılıyorum.

4. Kararın 166. paragrafında yer verilen çeşitli hususları muhtemelen ayrıntılı olarak ele alma olasılığı mevcuttu. Müdahalenin niteliğine, bağlama ve yaptırım rejimi ile hedeflenen genel yarara ve (Kanun Sözcüsü'nün görüşü ışığında) AAD kararına çok kısaca değinilmesi, Devlet makamlarının



Topluluk hukukunu uyguladığı gelecekteki davaların daha fazla incelemeye tabi olmadan geçebileceği bir açık kapı olarak görülmemelidir. Mahkeme denetim mekanizmalarında ve Sözleşme haklarına riayet etmede işlev bozukluğu bulunmadığını belirtmiştir. Sözleşme haklarına riayet etmede işlev bozukluğu tam olarak, korumanın açıklamaya çalışıldığı anlamda açıkça eksik olduğu davalarda ortaya çıkmaktadır. Avrupa Topluluğu Üye Devletleri'nin Sözleşme'deki insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak farklı ve daha hafif bir sistem altında buldukları yönünde bir izlenim vermekten kaçınmak için bunu daha detaylı olarak açıklamak muhtemelen daha faydalı olurdu. Aslında bu devletler ile (Rusya ve Ukrayna gibi) Avrupa Topluluğu üyesi olmayan diğerleri arasında AİHM denetim ve gözetiminin yoğunluğu pek farklı olmayacaktır.

5. Sözleşme'nin "uluslararası hukukun ilgili kuralları ile" *pacta sunt servanda*'yı da içeren "ilkelere ışığında" yorumlanmasına ilişkin olarak kararın 150. paragrafı hakkında genel bir açıklamaya ihtiyaç vardır. Bu, Sözleşmeciler arasında akdedilen antlaşmalara Sözleşme'ye göre üstünlük verme anlamında yorumlanamaz. Aksine Mahkemenin *Matthews v. the United Kingdom*'da ([GC], no. 24833/94, ECHR 1999-I) kabul ettiği gibi Sözleşmeciler arasındaki uluslararası antlaşmalar Sözleşme hükümlerine uygun olmak zorundadır. Aynı uluslararası örgütleri kuran antlaşmalar için de geçerlidir. Uluslararası işbirliğinin önemi ve uluslararası örgütlerin düzgün işleyişini sağlama ihtiyacı Sözleşmeciler Taraf'ın Sözleşmeye uygun olmayan uluslararası örgüt kurmalarını veya böyle örgütlere katılmalarını meşrulaştıramaz. Üstelik Sözleşme gibi uluslararası antlaşmalar, uluslararası hukukun Sözleşmeciler Taraf'ları arasındaki ilişkilere normalde uygulanabilir olan kural ve ilkelerinden ayrılabilir. Bu nedenle (Mahkemenin mevcut davadaki kararında bu bağlamda andığı) *Al-Adsani v. the United Kingdom*'da ([GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI) Mahkemenin uluslararası kamu hukukunun farklı kaynakları arasındaki ilişkilere yaklaşımı doğru yaklaşım değildir. Doğru soru, Sözleşmenin 6 § 1 maddesi anlamında mahkemelere bireysel erişim sağlayıp sağlamadığı ve hangi ölçüde sağladığı ve Taraf'ların Devlet bağımsızlığı kuralını yine de saklı tutuyor olarak görülüp görülemeyeceği ve görülmeleri gerekip gerekmediği olmalıdır. Sözleşmeciler Taraf'ları Sözleşme'nin 6 § 1 maddesini kabul etmekle Devlet bağımsızlığına dayanma haklarından vazgeçmiş olabileceklerinden başlangıç noktası yalnızca 6 § 1 maddesinin yorumu olmalıdır. Maalesef bu soru hiç gündeme gelmemiştir. Mevcut davada doğru yaklaşım, Sözleşmeciler Taraf'ların uluslararası örgüt kuran uluslararası antlaşmalar için Sözleşme'yle ilgili olarak özel bir konum belirlediklerinin düşünülüp düşünülemediğini ve düşünülmesinin gerekip gerekmediğini ve bunun hangi ölçüde düşünülebileceğini incelemek olmalıydı. Mahkeme Sözleşmeciler Devletler'in uluslararası örgütler üzerinden uluslararası işbirliğinin belli ölçüde Sözleşme'den üstün olacak kadar değerli olduğu yönünde *doğal olarak* anlaştıkları varsayımı üzerinden ilerlemiş gibi görünmektedir. Sözleşme'ye taraf olan tüm Devletler söz konusu uluslararası örgüte de taraf olsalardı ilke olarak bu sonuca katılabilirlerdi. Fakat İsviçre ve Norveç'in gösterdikleri gibi Avrupa bütünleşmesinin daha en başından beri durum hiç böyle olmamıştır.



# Kitap İncelemesi

---





## Marksizm ve Hukuk<sup>(\*)</sup>

### *Marxism and Law*

[COLLINS, Hugh: *Marksizm ve Hukuk*, (Çev.) TUNA, Umre Deniz, Dipnot Yayınları, Ankara, 2013]

**Asuman İNCE TUNÇER**  

Doktor Öğretim Üyesi

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı*

*Collins*, “Marksizm ve Hukuk” kitabını yazmaktaki amacının Marksist bir bakış açısından hukuka ilişkin kolay anlaşılabilir bir açıklama yapmak olduğunu belirterek başlar. Eserde, Marksizmin hukuka bakışı eleştirel bir biçimde ele alınmaktadır. Yazar bunu yaparken öncelikle Marksizmin ne olduğuna ilişkin öz açıklamalar yapar ve devamında üç soru sorar: Hukuki kurumların karakteristik işlevleri nelerdir? Uygarlık için hukuk gerekli midir? Modern toplumda Marksistler hukuka yönelik nasıl bir pratik izlemelidir?

Marksizme göre toplum sürekli bir evrim içindedir ve evrimin sonucunda insanlar herkesin özgür olduğu yüksek bir medeniyet olan komünist topluma erişecektir. Komünist toplum tarihin zirvesidir. Komünist topluma giden yolda Marksizm tarihin anlamını çözmeyi önemser. Buna göre, toplumsal değişim dünyadaki maddi koşullardan kaynaklanır. Tarihin anlamını keşfetmenin temelinde insanların içinde buldukları maddi koşullara nasıl yanıt verdiklerini saptamak ve geçmiş uygarlıkları bu şekilde incelemek yatar. Bu şekilde ortaya konacak bir tarih teorisi komünist topluma gidişte yol gösterici olacaktır.

Modern toplumun kapitalist üretim tarzında üretim araçları bir elde toplanmıştır ve bu araçların sahipleri insan emeğini satın alarak üretimi gerçekleştirir. Satın alınan emeğin sahipleri ise proletarya sınıfının üyeleridir. Proletarya bir devrimle iktidarı ele geçirip üretim araçlarının toplumun ortak malı olduğu sınıfsız komünist toplumu yaratacaktır.

Marksizmin bir hukuk teorisi yoktur, çünkü Marksistler, genelde, hukuku sadece bir sınıfsal baskı aracı olarak görmüş ve temelden reddetmişlerdir. Komünist toplumda hukuk kurallarına ihtiyaç kalmayacaktır. Yazar hukuka bu yaklaşımı oldukça yavan bulur; Marksist teorisyenlerin görüşlerini eleştirir ve bu eleştirilerin yol göstericiliğinde kendi görüşünü ortaya koyar.

Hukuku sınıfsal bir baskı aracı olarak gören anlayış belli ölçüde haklı olsa da hukukun neden sadece üretim ilişkileri ve ekonomiyle ilgilenmeyip çok geniş bir alanda düzenlemeler getirdiğine cevap veremez. Örneğin, tecavüzün suç olarak düzenlenmesinin üretim ilişkileriyle nasıl bir bağı olabilir? Bundan başka, siyasi iktidar bazen egemen sınıf lehine olmayan düzenlemeler de yapmaktadır.

<sup>(\*)</sup> Kitap İncelemesi.

Gönderim Tarihi: 19.05.2021, Kabul Tarihi: 01.07.2021.

Eserde, hukuk ve ideoloji ilişkisi de inceleme konusu yapılmıştır. Marksizme göre ideolojiler üretim ilişkileri içindeki pratiklerden doğar. Bu pratikler sebebiyle üretim araçları sahipleri aynı çıkar algısını paylaşırlar ve bundan egemen bir ideoloji doğar. Egemen sınıfın bu çıkar algısının günlük hayattaki deneyimlerle doğrulanması, egemen ideolojinin ortaya koyduğu yasaların olması gerekenmiş gibi, topluma hizmet etmeyi amaçlayan yasalarmış gibi algılanmasını sağlar. Ancak burada modern devletin görece olarak özerk olması üzerinde de durmak gerekir. Üretim araçları sahiplerinin devlet üzerinde açık bir denetim yetkisi olmasa da bunlar sermayeye sahip olmaktan kaynaklanan güçlerini pekâlâ kullanırlar. Bu da devletin sınırlı bir özerkliği olduğu sonucuna ulaştırır. Sınırlı özerklik düşüncesi devletin işçi sınıfı lehine bazı düzenlemelerini açıklamak için kullanılır. Ancak buna rağmen devlet mevcut üretim tarzının devamına hizmet etmeyi sürdürür.

Hukukun işlevinin belirlenmesi açısından Marksizmin altyapı üstyapı ayrımını incelemek ve hukukun bu ayrımında nerede olduğunu tespit etmek büyük önem arz eder. Maddi altyapı toplumdaki üretim ilişkileridir. Toplumun politik, hukuki ve kültürel yapısı ise altyapı tarafından belirlenir ve üstyapı olarak adlandırılır. Yazar, hukuku üst yapısal bir olgu olarak gören anlayışları eleştirir ve hukukun hem üstyapısal bir olgu olduğunu hem de maddi üretim ilişkilerini şekillendirdiğini savunur. Hukuk üretim ilişkilerinden türer ama bir kez hukuk normu ortaya çıktığında artık bu norm üretim ilişkilerini de şekillendirmeye başlar.

Yukarıdaki tüm tespitleri neticesinde yazar hukukun iki işlevi olduğu sonucuna ulaşır: Birincisi, hukuk çatışmaları egemen ideolojiyle uyumlu olarak çözer. İkinci olarak, hukuk egemen ideolojinin devamına hizmet eder. Yazar bir hukuk kavramından bahsedilebilmesi için gerekli asgari unsurları da sıralar. Bunlar; itaat etmeye yöneltici standartlar içeren bir yapı, itaati sağlamaya yeterlilik ve egemen ideoloji ile uyum içerisinde olan normları ifade etmedir.

Yazar uygarlık için hukukun gerekli olup olmadığının değerlendirmesini yaparken hukukun tamamen ortadan kalkacağını savunan görüşlerin çatlaklarına vurgu yapar. Bu görüşler hukukun yalnızca sınıf baskısının bir aracı olmasından hareket ederek komünist bir toplumda sınıf kavramı da olmayacağından hukukun söneceği sonucuna ulaşırlar. Ancak bu düşünüş tarzında hukuka çok sınırlı bir çerçeveden yaklaşırlar. Komünist bir toplumda herkesin toplumsal yaşamın ortak kurallarıyla bağlı olacağı ve bu kurallara her koşulda uyacağı kabul edilir. Yazar haklı olarak şu soruyu sorar: Toplumsal yaşamın ortak kuralları yasa değilse nedir? Bu açmazı gören Marksistler komünist toplumlarda planlı ekonomiye ilişkin sınırlı sayıda hukuk kuralının bulunacağını söyleyerek ütöpik olma eleştirisinden kurtulmayı denemişlerse de düşüncelerini sağlam bir temele oturtamamışlardır. Ahlaki bir içeriğe sahip kuralların nasıl sönmüneceğine dair tatmin edici bir cevap veremezler. Sonuç olarak yazar hukukun sönmüneceği iddiasını ikna edicilikten uzak bulur. Toplum yaşamını ortadan kaldırmadan temel iş birliği ve karşılıklı saygı kurallarından vazgeçmek imkânsızdır.

Yazar, son sorunun cevabını verirken Marksistler önünde iki yol bulunduğunu söyler. Birincisi iktidarı ele geçirmek; ikincisi ise mevcut hukuk sisteminin verdiği haklardan yararlanarak işçi sınıfı lehine kanunlar çıkarmaktır. Hareket ederken amaçlanması gereken sınıf bilincin mümkün olduğunca geliştirmektir. Zaten sınıf bilinci yeterince geliştiğinde komünist devrimin gerçekleşmesi zorunlu olacaktır. Ancak hukukun üstünlüğü ilkesi her iki durumda da Marksistler açısından tehlikeli sonuçlar doğurabilir. İlk halde Marksistler hukuka aykırı davrandıkları için ceza tehdidiyle karşılaşacak ve ceza sorumluluğunun bireyselliğinin bir sonucu olarak sınıf bilinci gelişmeyecektir. İkinci ihtimalde ise mevcut hukuk düzeni kurallarına uymak, hukukun üstünlüğü aldatmacasına kanmak ve onun güçlenmesini sağlamak tehlikesini doğurabilecektir.

*Collins*, temelsiz kabullerden ve dillere pelesenk olmuş basmakalıp düşüncelerden olabildiğince uzak durarak ayakları yere basan bir Marksist hukuk incelemesi sunmaktadır.



## Amerikan Hukuk Sistemini Yerel Siyaset Üzerinden Okumak<sup>(\*)</sup>

### *Reading the American Legal System Through Local Politics*

[KLONOSKI, James R. / MENDELSON, Robert. I. (Ed.) *The Politics of Local Justice*. Little Brown, Boston, 1970.]

**İlknur Rabia TÜRKÖLMEZ**  

Araştırma Görevlisi

Sakarya Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi  
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü

1970 basımı “*The Politics of Local Justice*”<sup>1</sup> isimli, James R. Klonoski ve Robert I. Mendelson editörlüğünde hazırlanan kitap<sup>2</sup> eski tarihli olsa da günümüzde geçerliliğini koruyan sorunları ele almaktadır. Amerika Birleşik Devletleri yerel mahkemeleri özelinde hukuk sistemini ele alan çalışmada elde edilen sonuçlar, hukuk sisteminin ülke genelindeki durumunu ortaya koymanın yanında çoğu ülke sisteminde mücadele edilen yolsuzluk, yozlaşma, adalete ulaşmada yaşanan eşitsizlik gibi sorunlara dikkat çekmektedir. Toplamda altı bölümden oluşan eser farklı konuları ele alan yirmi makaleye yer vermektedir.

Kitabın da ele aldığı konulara değinen yargısal karar verme<sup>3</sup> çalışmaları 1940’larda ortaya çıkmış ve günümüze kadar önemini devam ettirerek hem siyaset bilimi hem de hukuk alanında birçok esere konu olmuştur. Davranışsal ekolün etkisiyle yargısal karar vermeyi ele alan söz konusu çalışmalarda yargıçların davalarda karar verirken hangi faktörlerden etkilendiği üzerinde durulmuştur. Yargısal karar verme süreçlerinin incelendiği ve yargısal davranış ya da yargıç davranışı olarak da adlandırılan kavram özellikle Pritchett’in<sup>4</sup> çalışmalarıyla dikkatleri üzerine çekmeyi başarmıştır. Öncesinde de yargısal davranışla ilgili veri analizleri yapılmaya çalışılmış ancak ampirik çalışmalar ses getirecek boyuta ulaşamamıştır. Siyaset bilimci olan Pritchett, Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının sadece yasaları dikkate alarak karar verip vermediği sorunsalına cevap aramak için bu alanın kapılarını aralamıştır. Daha öncesinde Cardozo<sup>5</sup> gibi hukukçuların da sorgulamaya başladığı yargısal karar verme sürecini uzun bir süre siyaset bilimciler ağırlıklı olarak çalışmış alan genişledikçe de iktisatçı, psikolog, tarihçi gibi farklı disiplinlerin temsilcileri de konuyla ilgili yayınlar yapmaya başlamıştır.<sup>6</sup> Ala-

<sup>(\*)</sup> Kitap İncelemesi.

Gönderim Tarihi: 16.05.2021, Kabul Tarihi: 22.06.2021.

<sup>1</sup> Kitabın ismi Türkçe’ye “Yerel Siyasetin Adaleti” olarak çevrilebilir.

<sup>2</sup> KLONOSKI, James R. / MENDELSON, Robert. I. (Ed.): *The Politics of Local Justice*. Little Brown, Boston, 1970.

<sup>3</sup> Örnekler için bkz. SEGAL, Jeffrey A: “Judicial Behavior”, CALDEIRA, A. / KELEMEN, R. Daniel / WHITTINGTON, Keith E. (Ed.): *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2008; EPSTEIN, Lee: “Some thoughts on the study of judicial behavior”, *William & Mary Law Review*, 2016, Cilt 57, Sayı 6, s. 2017-2073; HOWARD, Robert M. / KIRK A. Randazzo (Ed.): *Routledge Handbook of Judicial Behavior*. Routledge, 2017; (EPSTEIN, Lee / LINDQUIST, Stefanie A. Ed.): *The Oxford Handbook of US Judicial Behavior*, Oxford University Press, 2017.

<sup>4</sup> İlgili çalışma için bkz. PRITCHETT, H.: *The Roosevelt Court*, Macmillan Company, New York, 1948.

<sup>5</sup> Daha fazla bilgi için bkz. CARDOZO, Benjamin N.: *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921.

<sup>6</sup> İlgili yayın için bkz. EPSTEIN, Lee: “Some thoughts on the study of judicial behavior”, *William & Mary Law Review*, 2016, Cilt 57, Sayı 6, s. 2017-2073.

na genel olarak bakıldığında çalışmaların farklı ülkelerdeki yüksek mahkeme yargıçlarına odaklandığı ve ampirik çalışmaların yüksek yargıçları ve onların kararlarını analiz ettiği görülmektedir. İncelemesini yaptığımız eser ise yüksek mahkemelerle yerel mahkemelerin bağlantısını kurarak literatürdeki çoğu çalışmanın aksine yerel aktörleri incelemiştir. Ancak çalışmada yerel mahkemeler üzerinden kitabın yazıldığı dönemin hukuk sistemine ışık tutulduğu söylenebilir.

Kitabın giriş kısmında özetlendiği üzere, literatürde 1920 ve 1930'larda yüksek mahkemelerden çok yerel mahkemelerin karar süreçleri ele alınmıştır. Bir bölgedeki suç oranı, suçluların aldıkları cezalar ve bunların topluma yansımaları doğrudan politika ve politikacıları etkilemektedir. Bu nedenle hukuk ve adalet, siyasetçiler için dikkatle takip edilmesi gereken konulardır. Hukuk sistemini ya da tek tek yargı kurumlarını siyasal sistemin bir alt sistemi olarak almak, siyaset ve yargı arasındaki ilişkiyi açıklarken bir taraftan da yargıçları siyasal sistemde karar vericiler konumuna getirmektedir. Yazarlara göre siyasal sistemin değerleri aynı zamanda hukuk sisteminin ve aktörlerinin de değerleridir.

Yukarıdaki genel bakış açısının detaylandırılması için hazırlanan ilk bölümün<sup>7</sup> *James R. Klonoski* ve *Robert I. Mendelsohn* tarafından hazırlanan birinci makalesinde,<sup>8</sup> mevcut yasal sistemler ve bu sistemlerde nasıl karar verildiği açıklanmaktadır. Makalede Yasal Yönetim Modeli, Çatışma Modeli, Pazarlık Modeli ve Refah Modeli olarak dört temel model ve modellerin işleyişi açıklanmıştır. Ayrıca yerel hukuk sistemlerini Değişim Modeli, Elit-Baro Modeli ve Kommün Sistem olmak üzere üç grupta açıklayan yazarlar, makalenin tümünde dava türleri ve alt mahkeme türlerini kısaca açıklayarak bu mahkemelerin siyasetle ve siyaset bilimcilerle alakasını ortaya koymuşlardır.

İlk bölümün ikinci makalesi<sup>9</sup> *R.L. Meek* tarafından hazırlanmıştır. Amerikan siyasal sistemi ile adalet kavramı arasındaki ilişkiyi ele alan *Meek*'e göre, mahkemeler siyasal sistem içinde adil olma çabasına hizmet etmektedir. Kararın doğruluğuna katılan kişi sayısı ne kadar fazla ise o kadar adil davranıldığı düşünülmektedir. Bu nedenle yargıcın kararlarının birey ve grupların değerleri ile ne kadar örtüştüğü dikkate alınmaktadır. Amerikan sisteminde adaletin yoğunluğunu ölçmedeki en büyük sorun güç-iktidar dağılımının karmaşık yapısıdır. Yerel sistemlere genel olarak bakıldığında herhangi bir yerel sistemin bir üst basamak eyalet sisteminde ya da ulusal sistemde geliştirilen eylem modeliyle az çok uyumlu çalıştığı görülmektedir.

Üçüncü makalede<sup>10</sup> ise *Ziegenhagen* yerel sistem ve süreçlerin tanımlanmasında etkisi olan siyaset bilimi uygulama ve yöntemlerini analiz etmektedir. Ona göre, analitik hukuk bilimi yaklaşımı, geleneksel hukuk bakış açısını yansıtarak yargıçların dava süreçlerinde karar verirken sadece yasaları uyguladığını savunurken sosyolojik hukuk bilimci ve hukuki gerçekçiler gelenekselin sadece yasaların uygulandığı anlayışına karşı çıkarlar. Yargısal davranışçılar ise normlar, değerler ya da geleneklerle değil, davada yer alanların ve katılımcıların davranışlarıyla ilgilenmektedirler. Yüksek mahkemeleri merkeze alarak yapılan çalışmalarda çoğunlukla diğer geleneksellik karşıtı hukuk bilimciler gibi karar vermeye odaklanılmaktadır. Yukarıda geçen yaklaşımların eksik yanı ise hukuki yargısal davranışın siyasi davranıştan bağımsız ele alınmaya çalışılmasıdır. Oysa yargıç davranışı da siyasal davranıştan beslenmektedir.

Kitabın ikinci bölümünde,<sup>11</sup> üç başlık altında, yerel hukuki sistemin toplumsal kurumların yapısı ve dinamikleri üzerindeki etkisi ele alınmıştır. İkinci bölümün ilk makalesinde,<sup>12</sup> ülkenin güneyindeki bölge mahkemelerinde görülen ırkla ilişkili davalar üzerinden bir analiz yapılmıştır. Mayıs 1954 ve Ekim 1962 arasında 11 Güney bölgesindeki ırk ilişkili davalardaki yargıç davranışlarının ele alındığı çalışmada, bölge-lerdeki siyah ve beyaz vatandaşların nüfus yoğunluğu verileriyle kararlardaki bakış açısının paralel olduğu

<sup>7</sup> "The Idea of the Politics of Local Justice".

<sup>8</sup> "The Allocation of Justice: A Political Approach".

<sup>9</sup> "Distribution of Justice: Theoretical Issues".

<sup>10</sup> "The Reconceptualization of Legal Systems and Processes".

<sup>11</sup> "Local Political and Legal Systems".

<sup>12</sup> "Federal District Judges and Race Relations Cases in the South".



görülmüştür. Aynı çalışmada yargıçların sosyal ve politik geçmişleri incelendiğinde ise güneyde görev yapan yargıçların sosyal ve politik çevrelerinden etkilenerek karar verdikleri görülmüştür.

İkinci bölümün ikinci makalesinde<sup>13</sup> merkeze uzak toplulukların adalet sistemi ile ilişkisi değerlendirilmiştir. Toplumsal dayanışmanın daha fazla olduğu ve radikal siyasi hareketlerin de kolayca yükselebildiği bu bölgelerde bireycilik oldukça düşüktür. Bu toplumsal anlayış sebebiyle bireylerin yargıya başvurma ihtimali azalırken yargı dışındaki alternatif yollara başvurarak çözümü kendi topluluklarında aramayı tercih etme oranı artmaktadır. Bunun bir nedeni bireyin çevresinin ne düşüneceğine çok fazla önem vermesiyken bir diğer sebebi de haklarını ve yargıdan neler kazanabilecekleri hakkında yeterince bilgi sahibi olmamalarıdır.

*Dolbear*'ın hazırladığı ikinci bölümün üçüncü makalesinde,<sup>14</sup> siyasi süreçte amaçlara ulaşmak için kullanılan araçlardan biri olarak ele alınan mahkemelere kimlerin başvurmayı tercih ettiği incelenmiştir. Yazarın 1948-1963 arası davaları incelediği asıl çalışmasının daraltılmış hali olan bu yazısında 388 davada kamu politikasıyla ilgili sorunlara rastlandığı belirtilmiştir. Makalede yapılan inceleme sonucunda mahkemelere çoğunlukla bireylerin ya da küçük işletmelerin başvurduğu, ancak bölge-lerin önemli ve büyük aktörlerinin mahkemelere başvurmayı tercih etmediği görülmüştür.

Üçüncü bölümde<sup>15</sup> dört başlıkla yerel hukuk sisteminin çıktıları ve dağılımı ele alınmıştır. Üçüncü bölümün ilk makalesinde<sup>16</sup> Manhattan'a özel olarak uygulanan kefalet sistemi anlatılarak sistemin değerlendirilmesi yapılmıştır. 1961'de başlayan Manhattan Kefalet Projesi'nde davalının son ikametinde 6 aydan uzun kalıp kalmadığı, son 6 aydaki iş durumu ve iş veren bilgisi, New York'ta yaşayan ve görüştüğü akrabaları, suç geçmişi ve New York'ta 10 yılı aşkın süredir yaşayıp yaşamadığına bakılarak davalının kaçıp kaçmayacağı, dolayısıyla tutuksuz yargılanıp yargılanamayacağına karar verilmektedir. Makalede, 1960 sonrası raporlar analiz edilerek projenin başarılı olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmış ve özel kılınmak istense de New York mahkemelerinin kefalet sistemi uygulanan diğer mahkemelerden pek farklı olmadığı görülmüştür.

Üçüncü bölümün ikinci makalesinde<sup>17</sup> Steel City, Trade City, Milltown ve Manor Heights'ın karşılaştırması üzerinden farklı bölgelerdeki çocuk suçluların durumu ile polis ve mahkemenin çocuk suçlulara karşı tutumu ele alınmıştır. Çalışmada dört şehirdeki çocuk suçlu oranları yaş gruplarına göre ayrılarak incelenmiştir. Polisin çocuk suçlulara karşı tutumunun, görev aldığı bölge toplumun dava konusu suça ve çocuk suçlulara bakış açısını doğrudan yansıttığı görülmüştür. Ancak polisin tutumu çocukların ilerleyen yıllardaki davranışlarını etkileyeceğinden polisin sadece toplumsal beklentiye ve baskılara göre hareket etmesi çocuklar için daha fazla travmaya sebep olması muhtemeldir. Bu nedenle polislerin eğitimleri ve hukukun işleyişi çocuklar düşünülerek ve diğer suçlulardan farklı yöntemler uygulanarak düzenlenmelidir.

Üçüncü bölümün üçüncü makalesinde<sup>18</sup> *Newman*, Türkiye'de de 2020 yılı başında uygulamaya başlanan seri muhakeme usulünün bir benzeri olan, ceza pazarlığı sistemini<sup>19</sup> ele almıştır. Davalının savcıyla bir suç üzerinde anlaşarak daha az ceza alma talebine dayanan bu sistem çoğu zaman işe yararken bazı durumlarda teklif yapılması dahi davaya bakan yargıcı etkileyerek davalının vadedilenden çok daha fazla ceza almasına sebep olmaktadır. Pazarlık sistemi, zaman kazanma ve dava sürecinde yaşanacak gerginlik ve travmaların önüne geçme açısından avantajlı olsa da sürecin şeffaf olmayışı ve davalının dava sürecinde yararlanabileceği ceza indirimleri gibi imkânlardan mahrum kalması sistemin sorunlarının olduğunu göstermektedir.

<sup>13</sup> "Suburbia: Its People and Their Politics".

<sup>14</sup> "Who Uses the State Trial Courts?".

<sup>15</sup> "Patterns of Allocation: Who Gets What?".

<sup>16</sup> "The Manhattan Bail Project: An Interim Report on the Use of Pre-Trial Parole".

<sup>17</sup> "Differential Selection of Juvenile Offenders: Analysis of the Individual Communities".

<sup>18</sup> "Guilty Plea Convictions".

<sup>19</sup> Bahsi geçen sistem Türkiye'de birebir uygulanmadığından "seri muhakeme sistemi" adıyla Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) 250. maddede düzenlenmektedir. 2019 yılında CMK'ya giren ilgili düzenleme 2020 yılında uygulanmaya başlanmıştır.

*Nagel*'in hazırladığı üçüncü bölümün dördüncü makalesinde<sup>20</sup> dava sonuçları analiz edilerek dezavantajlı grupların (Amerikan sistemi için bunlar; siyahiler, dar gelirliler, mülteciler ve toplumdan dışlanan, göz ardı edilen diğer kişiler) nasıl korunmaya çalışıldığı ve adalete ulaşmalarını kolaylaştırmak amacıyla neler yapılabileceği tartışılmıştır. Çalışmada 1962-1963 arası 50 eyaletten seçilen 1949 yerel, 981 federal dava incelenmiştir. Çalışmaya göre ABD'nin adalet sisteminde şehirli-köylü ve kuzeyli-güneyli ayrımları çok açık bir şekilde kendini göstermektedir. Federe devletlerin konumu ve işleyişine göre dezavantajlı grupların durumu değişebilse de örneğin kuzey eyaletlerinde kuzeyliler, güney bölgelerine göre daha hızlı adalete ulaşabilmektedir. Federal davalara bakıldığında dezavantajlıların durumun daha da kötü olduğu görülmektedir. Yazar, ABD sistemindeki durumu *Orwell*'in "Hayvan Çiftliği" kitabına atıfta bulunarak "Tüm insanlar eşittir ama bazıları daha fazla eşittir." cümlesiyle anlatır. Bahsi geçen sorunun çözümü için atılacak en önemli adım ise bu ayrımın kabul edilmesidir.

Dördüncü bölümde<sup>21</sup> adalet sisteminde yer alan önemli aktörler; avukatlar, polis ve yargıçların sistemdeki rolü ve gücü ele alınmıştır. Dördüncü bölümün ilk makalesinde<sup>22</sup> *Jacob*, iki bölge savcısının birinci ve üçüncü görev yıllarındaki davalarını incelemiştir. *Savcı Leon Hubert* ve *Savcı Richard Dowling*'in davaları üzerinden ceza davası süreçlerinde bölge savcısının rolü, seçim sonuçları ve siyasi örgütlerin etkisi, siyahilerin durumu gibi hususlar anlaşılmaya çalışılmıştır. Buna göre, siyahiler söz konusu olduğunda *Dawling*'in *Hurbert*'tan daha sert olduğu görülmüştür. Seçim sonuçları ise dava kararlarında beklenenden daha az etkili olmuştur. Reform yaklaşımı ve mekanik yaklaşım adayları olarak savcılar iki yanda yer alsada kumar ve fuhuş gibi birçok konuda aralarında tutum farkı yok gibidir.

Dördüncü bölümün ikinci makalesinde<sup>23</sup> avukatların yerel siyasette adalet dağılımındaki rolü geleneksel bakış açısı ve bu bakışa karşı çıkan yeni yaklaşımlar üzerinden ele alınmıştır. Geleneksel bakış açısından avukatların siyasette etkileyciliği yüksektir. Adalet dağılımında kuşkusuz yeri olan avukatlar güçlerini kamu çalışanları ya da siyasiler gibi siyasal ve sosyal sorumluluklarının olmayışı (kamu avukatları hariç), değer yargılarını müvekkilleri aracılığıyla sisteme dahil edebilmeleri ve yine müvekkillerinin davaları aracılığıyla değer yargılarına karşı durabilme imkanlarından almaktadırlar. Ancak bu güç yozlaşmaya da oldukça açıktır.

*Wilson*, dördüncü bölümün üçüncü makalesinde<sup>24</sup> polisin sistemdeki yerini incelemiştir. Buna göre polisler doğrudan yargı sisteminin bir parçası olmamakla birlikte yasa uygulayıcılar olarak sisteme dahil edilebilirler. Polislerin muhbir kullanması, rüşvete açık bir konumda çalışmaları, halk üzerinde doğrudan otorite kurabilme imkânı, belli durumlarda kullanabildikleri gizlilik hakkı, zaman zaman şiddet kullanabilmesi ya da şiddet görmeye açık konumda olması gibi nedenlerle adalet sisteminin içindeki varlıkları aslında görünenden çok daha fazladır.

Dördüncü bölümün son makalesinde<sup>25</sup> ise yargıçların sistem içindeki yeri değerlendirilmiştir. *Morse* ve *Beattie*'nin çalışmasında 1771 vaka incelenmiş ve ceza davalarının dağılımındaki tutarsızlık ve çeşitlilik ortaya çıkarılmıştır. Dava karşılaştırmalarıyla yargıçların birçok dış etkene maruz kaldığı ve çok benzer davalarda bile farklı karar verebildikleri ya da orantısız dava yükü nedeniyle yeterince vakit ayrılamayan dosyalarda tutarsız kararlar verilebildiği görülmüştür.

Kitabın beşinci bölümünde<sup>26</sup> yargı sisteminin ihtiyaçları ortaya konmuştur. Bu bölümün ilk başlığı 1967 tarihli "Task Force on The Police, The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice: The Police and The Community Postcript"<sup>27</sup> isimli rapora yer vermektedir.

<sup>20</sup> "The Tipped Scales of American Justice".

<sup>21</sup> "Users of Power: Lawyers, Police and Judges".

<sup>22</sup> "Politics and Criminal Prosecution in New Orleans".

<sup>23</sup> "Lawyers and the Allocation of Justice".

<sup>24</sup> "The Police and their Problems: A Theory".

<sup>25</sup> "A Study of the Variances in Sentences Imposed by Circuit Judges".

<sup>26</sup> "Support and Supporters: Community Responses".

<sup>27</sup> "Başkanın Yasa Uygulama ve Adalet Yönetimi Komisyonu, Polis Görev Gücü: Polis ve Topluluk Eki" şeklinde çevrilebilir.

Raporda polis ve topluluk ilişkisinde polisin halka ve halkın polise karşı tutumları; azınlıklar, siyahiler, gençler gibi gruplar göz önüne alınarak incelenmiş ve sonuçta özellikle siyahilerle polis arasında karşılıklı bir yok sayma, saygı eksikliği ve kimi zaman şiddete varan tartışma ve direnişlerin olduğu görülmüştür. Raporda bahsi geçen ilişkilerin ayrıntıları yapılan anket sonuçları da dikkate alınarak bir tablo şeklinde okuyucuya sunulmuştur.

*Gerald M. Caplan*, beşinci bölümün ikinci makalesinde<sup>28</sup> ceza hukuku alanında görev yapan ya da yapmak isteyen hukukçuların kariyer sorunları üzerinden ceza yargısının değerlendirmesini yapmıştır. *Caplan*'a göre hukuk fakültesine başlayan öğrenciler ilk yıllarında çoğunlukla ceza alanında çalışmak isterler. Son yıla doğru sayısı azalan ceza hukuku hayranları mezuniyetten sonra da ceza alanında avukatlık ya da savcılık yapmaya başlasalar bile çok azı dışındakiler iki üç yıl içinde kariyer alanını değiştirmektedir. Bunun nedenleri makalede ceza hukuku alanındaki derslerin teorik olması ve pratiği doğrudan yansıtmaması, ceza avukatlarının diğerlerinden -kötü anlamda- farklı kabul edilmesi, ceza davalarında kazanma oranlarının düşük olması, kamu avukatları dışındakilerin toplumda kötü şöhretli olmaları, barolarda dışlanmaları gibi sorunlar olarak sıralanmıştır.

Beşinci bölümün üçüncü makalesinde<sup>29</sup> adalet sisteminin bütçesi ele alınmıştır. 1962 verilerine göre, yıllık 4-5 milyon dolar kamu<sup>30</sup> harcaması adalete ayrılmıştır. Bu miktarın %60'ı polis koruma ve soruşturmalarına, %20'si mahkemelere ve kalan %20'si de iyileştirmelere harcanmaktadır. Makalede bu harcamaların detayları verildikten sonra yargının ve diğer adalet organlarının iyileştirilmesi için daha fazla ödenek ayrılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Kitabın son bölümü olan altıncı bölümde<sup>31</sup> ise önceki bölümlerde anlatılan sorunların çözülmesi ya da sistemin daha iyi hale gelebilmesi için önerilerde bulunulmuştur. Sırasıyla *Carlin* ve arkadaşları,<sup>32</sup> *Stringfellow*<sup>33</sup> ve *Holden*'in<sup>34</sup> hazırladığı başlıklar altında dezavantajlı grupların adalet sistemine erişiminin kolaylaştırılması ve teşvik edilmesi, Amerikan siyasi sisteminde dezavantajlı grupların daha fazla yer bulması ve bu iyileştirmelerin sadece hukuk sistemine değil politikaya ve toplumun geneline de benimsetilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Hayli eski tarihli olan bu çalışmanın günümüze katkı ve etkileri değerlendirilecek olursa ortaya konulan 1960'lardaki durum günümüzdekinden büyük farklılık göstermediğini, o dönemde yaşanan karmaşanın artan nüfus ve gelişen teknoloji ile yükseldiğini bile söylemek mümkündür. Gelişmelerle her ne kadar yargı mensuplarının sayısı 1960'ların çok üstünde olsa da sistemlerin karmaşasında ve iş yükünde bir azalma olmadığı da ortadadır. Son dönem ABD'de yaşanan polis şiddeti olayları ve "#blacklivesmatter" hareketi, Trump dönemi yüksek mahkemeye yaşanan siyasi çatışmalar gibi gelişmeler kitabın analiz ve önerilerinin günümüzde de dikkate alınmaya değer olduğunu göstermektedir. Türkiye'de son dönemde yaşanan Anayasa Mahkemesi ile hükümet arasındaki gerginlikler ceza davalarının ülke gündeminde ve sosyal medyada sıklıkla tartışma konusu olması ve protestolar yapılması ise -ABD hukuk sistemi ile Türkiye hukuk sistemi yapısal farklılık gösterse de- kitabın Türkiye sistemini değerlendirmede de faydalı olacağı söylenebilir.

<sup>28</sup> "Career Inhibiting Factor: Problems of the Public Prosecutor and Defender".

<sup>29</sup> "Open Doors to Justice: An Overview of Financing Justice in America".

<sup>30</sup> 2020 verilerine göre kamu harcamalarının adalete ayrılan kısmı 40 milyon dolar civarındadır. Bu miktarın yaklaşık %12'si ulusal güvenliği artırma ve terör tehdidiyle mücadeleyle, %9'u sınır güvenliği ve göçmen sorunlarına, %70'i şiddet suçlarını azaltma ve kamu güvenliğini artırma ve kalan %9'u da iyileştirme çalışmalarına harcanmaktadır. Ayrıntılar için bkz. <https://www.justice.gov/doj/page/file/1338191/download#page=19> (E.T.: 21.06.2021).

<sup>31</sup> "Unresolved Questions of Politics and Justice".

<sup>32</sup> "Civil Justice and the Poor".

<sup>33</sup> "Unresolved Issues in the Allocation of Justice: An Existential View".

<sup>34</sup> "Politics, Public Order and Pluralism".

**KAYNAKÇA**

- CARDOZO, Benjamin N.: *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921.
- EPSTEIN, Lee / LINDQUIST, Stefanie A. (Ed.): *The Oxford Handbook of US Judicial Behavior*, Oxford University Press, 2017.
- EPSTEIN, Lee: "Some thoughts on the study of judicial behavior", *William & Mary Law Review*, 2016, Cilt 57, Sayı 6, s. 2017-2073.
- HOWARD, Robert M. / KIRK A. Randazzo (Ed.): *Routledge Handbook of Judicial Behavior*, Routledge, 2017.
- KLONOSKI, James R. / MENDELSON, Robert. I. (Ed.): *The Politics of Local Justice*, Little Brown, Boston, 1970.
- PRITCHETT, H.: *The Roosevelt Court*, Macmillan Company, New York, 1948.
- SEGAL, Jeffrey A.: "Judicial Behavior", (Ed.) CALDEIRA, A. / KELEMEN, R. Daniel / WHITTINGTON, Keith E.: *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2008.

# Makale İncelemesi

---



## Milletlerarası Özel Hukuku Sevdiren Nedir? Bir Makalenin Düşündürdükleri<sup>(\*)</sup>

*What Makes Private International Law “Lovable”?  
Reflections on an Article*

[MICHAELS, Ralph: “Private International Law as an Ethic of Responsivity”, (Ed.) RUIZ ABOU-NIGM, Veronica / NOODT TAQUELA, Maria Blanca: *Forthcoming, Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2019.]

**Ayşe Kübra ALTIPARMAK**  

Araştırma Görevlisi

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Milletlerarası özel hukukla ilgili -özellikle de farklı alanlarda çalışan hukukçulardan- yükselen temel eleştiri alanın oldukça teknik ve karışık olduğu yönündedir. Bu alanda uzmanlaşmaya çalışan genç bir hukukçu olarak, görünürdeki teknik boyutun ardında milletlerarası özel hukukun beni cezbeden başka bir yönü vardı. Türkiye’de yetişmiş, Türk hukukunu bilen bir hukukçunun karşılaştığı uyumsuzlukta yabancı bir hukuku gündeme getirebilmesi beni inanılmaz heyecanlandırmıştı. Dünya, “yerel”den ibaret değildi ve bunun da hukukta bir yansıması olmalıydı. Ancak alanda çalışmalarım yoğunlaştıkça pek çok karmaşık problemin, konunun teknik boyutuna ağırlık vererek çözülmeye çalışıldığını da fark ettim. Tam bu noktada karşıma çıkan *Ralf Michaels*’ın “*Private International Law as an Ethic of Responsivity*”<sup>1</sup> makalesi yeni bir kapı açtı. Milletlerarası özel hukukun etik bir boyutu da vardı ve bu etik boyut aslında alanın teknik yönü tarafından destekleniyordu.

*Michaels*’ın söz konusu çalışması, milletlerarası özel hukuku bir sorumluluk etiği alanı olarak ele alıyor. Yazar popülizm, yabancı düşmanlığı, İslamofobi, kadın düşmanlığı ve ırkçılık, ihtiyaç sahiplerine sınırların kapatılması gibi problemleri modernitenin “varoluşsal krizi” olarak tanımlıyor. Bu kriz karşısında güçlü bir cevap olarak etiği işaret ediyor. Yazar, önemli bir soruyla açılışı yapıyor: Bu problemlerin çözümünde etiğe yönelmek yerine neden teknik bir alan olan milletlerarası özel hukuka yönelmeliyiz? Bu kadar teknik bir alan bize ne gibi bir fayda sağlayabilir? Sağlayabilir çünkü bu alanın teknik yapısı tam da bu problemleri çözmeye yönelik etik yanıtlar için “metot” sağlamaktadır. Sayılan problemler asırlarca etik boyutlarıyla tartışılrsa dahi bunların çözümünde uygulamaya yansıyacak bir metot sunulmadığı sürece çözüme ulaşılamaz. Bu nedenle *Michaels*’ın bakış açısı milletlerarası özel hukukun geleceği açısından da özel bir önem taşıyor. Çalışma, bu alanın yalnızca bir hesap maki-

<sup>(\*)</sup> Makale İncelemesi.

Gönderim Tarihi: 07.07.2021, Kabul Tarihi: 08.07.2021.

<sup>1</sup> Eserin ismi Türkçeye “Bir Sorumluluk Etiği Olarak Milletlerarası Özel Hukuk” olarak çevrilebilir.

nesi gibi uygulanacak hukuku veya mahkemelerin yetkisini tespit eden işlevinden ziyade etiği kullanan işlevsel yönüne odaklanıyor. Yazar milletlerarası özel hukukun, modernitenin kronikleşmiş problemlerinin çözümünde bir metot sağladığını ve tam da bu nedenle, rolünün görünenden önemli olduğunu ifade ediyor.

Makalenin ilk kısmında, milletlerarası özel hukukta etiğin yeri olmadığına yönelik görüşlere yer veriliyor. *Robert Wai*'nin milletlerarası özel hukukun, özel hukukun bir dalı olmasından dolayı bireyler arası ilişkileri konu alması ve bu nedenle savaş, özgürlük gibi "büyük etik problemler" ile değil "küçük problemler" ile ilgilendiği görüşü bu örnekler arasında en dikkat çekenlerden. Türk hukukunu da yakından ilgilendiren bir diğer örnek, milletlerarası özel hukukun gösterici kurallarının maddi hukuk adaletiyle ilgilenmediği tespiti. Bu tespite göre bir bağlama kuralının, hangi hukukun somut olayda adaleti sağlayacağıyla, dolayısıyla hukukların "etik içeriğiyle" ilgilenmemesi ve bu alanın ağır teknik yapısı etiği konu dışında bırakmaktadır. Tüm bu görüşler karşısında yazar, milletlerarası özel hukuk ile etik bağlantısının nasıl kurulacağını "etik tanımı" üzerinden ortaya koyuyor.

Yazar etiği temelde "ötekiyle olan ilişkimiz" olarak tanımlıyor. Yanlış ve doğruyu ayırt eden bir saha olan etik, esasen "öteki"yle olan ilişkimizi aydınlatmaya çalışır. Burada öne çıkan "öteki" (*other*) kavramı oldukça önemlidir. Kişinin ötekini nasıl tanımladığı, kendisiyle kurduğu ilişkiyi de belirler. Milletlerarası özel hukuk, temelde yabancı bir ilişki, yabancı bir kişi, yabancı bir sözleşme gibi kendinden olmayanla; bir başka deyişle "öteki" ile ilişkiyi konu edinir. Yazar, konuyu netleştirmek amacıyla milletlerarası özel hukukun konusu olan yabancı hukukları "öteki" olarak tespit ediyor. *Michaels*'a göre, milletlerarası özel hukukta farklı olanın öteki olarak kabulü oldukça önemli. Zira benzerlik ve farklılığın reddedilmesi ötekinin tanınmamasına ve her durumda *forum* hukukunun uygulanmasına sebep oluyor. Bu yaklaşım ise ötekini anlamama isteksizliğinden kaynaklanıyor. Bunun yansıması olan *lex fori* yaklaşımı her ne kadar kanunlar ihtilafında *forum* hukukunun uygulanmasına sebep olursa da yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında farklı sonuçlar doğurması mümkün.

Yazar, milletlerarası özel hukukta ötekinin kendi varlığıyla öteki olarak kabulünün önemini açıkladıktan sonra, milletlerarası özel hukukun dayandığı üç etik kavramı sıralıyor: tolerans, kabul ve hoşgörü. Yazarın bu kavramları somut yargı kararları ve çeşitli doktriner yaklaşımlarla örneklendirmesi, milletlerarası özel hukukun etik boyutunun çalışmada somutlaşması bakımından oldukça önemli. Son olarak makaleye adını veren milletlerarası özel hukukun sorumluluk etiği boyutu ayrı bir başlıkta ele alınıyor. Yazara göre etik alanın üç temel sacayağı bulunuyor: öteki, ötekiyle ilişki ve sorumluluk yöntemi-tekniki. İlk iki sacayağı genel anlamda etik alanın konusu olsa da *Michaels*, son başlığın milletlerarası özel hukukun konusu olduğu görüşünde. İlk iki konu milletlerarası özel hukuka ihtiyaç duymasa da yazar, son konunun milletlerarası özel hukukun etik alana katkısı olduğunu savunuyor. Bunun sebebi ise milletlerarası özel hukukun yönteminin bu alana özgü olmasından kaynaklanıyor.

Çalışmanın sonuç kısmındaki açıklamalar, tam da makaleyi okurken aklımdan geçenleri teyit eder nitelikte. Milletlerarası özel hukukun etik boyutunun ortaya konulması, hukukçuları bu alana tamamen teknik boyuttan bakma hatasından kurtarıyor. Bu bakış açısı, alanın mevcut yapısının etik boyutunu anlamamızı sağlayarak, bu alanda bir devrimden ziyade bakış açısı değişikliğine ihtiyaç olduğunu altını çiziyor.

Yazının başında milletlerarası özel hukukun bana cazip gelen yönünden ve bu alanla ilk tanışmamda nasıl ilgimi çektiğinden bahsetmiştim. Teknik yapısı nedeniyle eleştirilen bu alan neden bende böyle bir ilgiye sebep olmuştu? *Michaels*'in makalesi sayesinde milletlerarası özel hukukun ötekini tanımaktan gelen etik yönünün, bu alana yönelmemdeki asıl sebep olduğunu da anlamış bulunuyorum. Bu nedenle makale, alanın bambaşka ve ihmal edilmiş bir yönünü görmemizi sağlayarak, biz milletlerarası özel hukuk alanında çalışan, çalışmak isteyen hukukçular için de oldukça faydalı bir bakış sunuyor.



# Yargı Kararları

---





## Güncel Yargı Kararları

### Özel Hukuk

#### *Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL Davası, Dava No. C-434/15*

2014 yılında, taksi sürücüleri derneği Elite Taxi (Asociación Profesional Elite Taxi), yolcu taşıma platformu *Uber*'in haksız rekabete yol açtığı iddiası ile Barselona Ticaret Mahkemesine dava açmış ve haksız rekabet fiiline son verilmesini talep etmiştir. Mahkeme, *Uber* faaliyetlerinin İspanya hukuku açısından haksız rekabete yol açıp açmadığını belirlemek amacıyla *Uber* tarafından sağlanan hizmetlerin ulaşım hizmeti mi, bilgi toplumu hizmeti mi, yoksa her ikisinin birleşimi olarak mı değerlendirileceğinin belirlenmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Bu amaçla Mahkeme, Avrupa Adalet Divanına *Uber*'in nasıl bir hizmet verdiğini sormuştur. Mahkeme cevabında, *Uber*'in verdiği aracılık hizmetinin ana bileşenin ulaşım hizmeti olduğunu ve şirketin ulaşım hizmeti veren bir şirket olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar, özellikle toplu iş hukuku açısından önemli olan işkolu kavramının ana unsurunu oluşturan şirketin faaliyetinin belirlenmesi noktasında önemlidir. Çünkü toplu iş hukukunda sendikal örgütlenme, sendika üyeliği ve toplu iş sözleşmesinin yapılması işkolu kavramıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu bağlamda ilgili karar, *Uber* sürücülerinin işçi olarak kabul edildiği bir durumda, hangi sendikaların örgütlenebileceğinin veya işçilerin hangi sendikalara üye olabileceğinin cevabını vermesi açısından yol göstericidir.

*Arş. Gör. Doğukan KÜÇÜK*

• • •

#### *Anayasa Mahkemesi, T. 14.01.2021, E. 2019/104, K. 2021/3*

Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi kapsamında incelemiş olduğu bu kararında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 62. maddesinde yer alan ve sigortalının yaşlılık aylığı başvurusunda bulunabilmesi için çalıştığı işyerinden ayrılması şartını arayan hükmü iptal etmiştir. Madde düzenlemesiyle sigortalının yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi için aranan prim ödeme gün sayısı, yaş ve sigortalılık süresi gibi koşulların yanında tahsis talebinde bulunulabilmesi için çalıştığı işyerinden ayrılma koşulu getirilmişti. Yaşlılık sigortasının temelini teşkil eden ve Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkı ancak ölçülülük ilkesi dikkate alınarak sınırlandırılabilir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi, işçinin yaşlılık aylığı tahsisi talebinde bulunabilmesi için çalıştığı işyerinden ayrılma koşulunu arayan hükmü iptal ederek sosyal güvenlik hakkını ölçüsüz şekilde sınırlandıran bu uygulamayı sona erdirmiş ve yine anayasal bir hak niteliğinde olan işçinin çalışma hakkını koruyucu bir sonuca ulaşmıştır.

*Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ*

• • •

**Yargıtay İBBGK, T. 20.11.2020, E. 2019/2, K. 2020/3**

Muhatabın bilinen en son adresine çıkartılan tebligatın iade edilmesi ve adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinin bilinen adresten farklı olması durumunda; Yargıtay 2. ve 4. Hukuk Dairelerinin uygulaması, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine “MERNİS kaydı içermeyen” normal tebligat çıkarılması, ardından muhatabın söz konusu adreste oturmadığının tespiti halinde ise “MERNİS adresi” şerhi düşülerek ve yeniden tebligat çıkarılarak Tebligat Kanunu m. 21/2 uyarınca tebligat yapılması şeklindeydi. Ancak aynı durum için Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, bilinen adrese çıkartılan tebligatın geri dönmesi halinde Tebligat Kanunu m. 21/2 uyarınca MERNİS adresine yapılan tebliği yeterli görmekteydi. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 12. Hukuk Dairesinin görüşünü benimseyerek içtihadı birleştirme kararı vermiştir.

Arş. Gör. Mehmet Arif TUĞ

• • •

**Yargıtay 11. HD., T. 01.04.2021, E. 2020/4396, K. 2021/3198**

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na (TTK) 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı Kanun ile eklenen 5/A maddesi gereğince “... ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.”. Bu düzenlemenin getirilmesinden sonra ticari dava niteliğindeki menfi tespit davaları bakımından dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olup olmadığı hususunda Yargıtay hukuk daireleri (özellikle 11 ve 19) arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. 19. HD çeşitli kararlarında, menfi tespit davalarının TTK m. 5/A kapsamında değerlendirilmesinin kanuna aykırı olacağını belirtmiştir.<sup>(\*)</sup> 11. HD ise menfi tespit davaları bakımından arabulucuya başvurmanın dava şartı olduğu yönünde kararlar vermiştir.<sup>(\*\*)</sup> Ancak 11. HD, 19. HD ile birleşmesini<sup>(\*\*\*)</sup> müteakip verdiği yukarıda belirtilen kararı ile önceki içtihadını terk ederek menfi tespit davalarının “... konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat...” davaları olarak nitelendirilemeyeceğine ve bu nedenle TTK m. 5/A kapsamında olmadığına karar vermiştir.

Arş. Gör. Neyzen Fehmi DOLAR

• • •

**Yargıtay 11. HD., T. 20.11.2019, E. 2019/285, K. 2019/7339**

Özellikle son yıllarda sosyal medyanın da yaygınlaşmasıyla bir hayranlık kültürü oluşmuştur. Bu noktada film, roman veya bilgisayar oyunu gibi eserlerdeki karakterler geniş bir tanınırlık seviyesine ulaşmakta ve eser sahipleri bu tanınırlığı maddi olarak değerlendirebilmektedir. Ancak hukukumuzda kurgusal karakterlerin alamet mi, yoksa eser mi olarak kabul edilmesi gerektiği tartışmalı olduğu için kurgusal karakterlerin hukuki niteliğinin net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Yargıtayın bu olaydaki değerlendirmesi bizce isabetlidir. Karakterlerin alamet yerine eser olarak kabulü eser sahiplerine daha etkin bir koruma sağlayacak olup olası ihlallere karşı eser sahibine FSEK m. 70 çerçevesinde daha çeşitli hukuki çareler sunacaktır.

Arş. Gör. Emin ÇELİK

• • •

(\*) Bkz. Yargıtay, 19. HD., T. 13.02.2020, E. 2020/85, K. 2020/454.

(\*\*) Bkz. Yargıtay, 11. HD., T. 10.02.2020, E. 2019/3048, K. 2020/1093.

(\*\*\*) Bkz. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu’nun 07.07.2020 tarihli ve 173 sayılı Kararı.

**Yargıtay 13. HD., T. 1.10.2019, E. 2016/29003, K. 2019/9214**

Karar incelememize konu olayda, taraflardan hizmet sağlayanın yani sağlayıcının muhasebeci/mali müşavir, hizmetten yararlananın ise şirket olduğu; muhasebe/mali müşavirlik sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi, asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla uyuşmazlığın esasına girmiş ve karar vermiştir. Akabinde hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay, taraflar arasındaki muhasebe/mali müşavirlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığını, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 3 f. 1 b. (1)'de tanımlanan "tüketici işlemi" kavramı içerisinde vekâlet sözleşmesinin de sayıldığından bahisle uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğini belirtmiş ve bu gerekçeyle verilen kararı bozma yoluna gitmiştir. İlgili dairenin verdiği karar, maalesef, isabetli değildir. Zira bir hukuki işlemin 6502 Sayılı TKHK m. 3 f. 1 b. (1)'de sayılan işlemler arasında yer alması, söz konusu işlemin doğrudan tüketici işlemi niteliği taşıdığı sonucunu beraberinde getirmez. Tüketici işlemi kavramı, mal veya hizmet sunan tarafın müteşebbis, mal veya hizmet edinen tarafın ise "tüketici" olması; başka bir ifade ile ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek ya da tüzel kişi olması gerekliliği/esası üzerine inşa edilmiştir. Somut olayda muhasebeci/mali müşavir, her ne kadar hizmet sağlayan bir müteşebbis olarak karşımıza çıksa da, hizmet alan şirket tüketici olarak kabul edilemeyecektir. Doktrinde ve yine yargı kararlarında, tüzel kişi tacirlerin (anonim şirket, limited şirket vb.) ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmelerinin, dolayısıyla tüketici sıfatını taşımalarının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, somut uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle Yargıtay tarafından verilen bozma kararının yerinde olmadığı ifade etmek isteriz.

*Arş. Gör. Abdülhamit YILMAZ*

• • •

**Yargıtay 9. HD., T. 03.03.2021, E. 2021/1530, K. 2021/5434**

5953 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinde günlük sekiz saati aşan çalışmalar, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde yapılan çalışmaların "fazla saatlerde çalışma" olduğu açıklanmış; aynı maddenin 8. fıkrasında ise fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için %5 fazlasıyla ödeneceği düzenlenmiştir. Buna göre zamanında ödenmeyen fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları aynı kurala tabi kılınmıştır. Ancak söz konusu düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 19.09.2019 tarih ve 2019/48 esas, 2019/74 karar sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Böylelikle süresi içinde ödenmeyen bu alacak kalemlerinin %5 fazlasıyla ödeneceği yönündeki düzenleme ortadan kaldırılmıştır. Her ne kadar davacının alacakları iptal kararı tarihinden önce doğmuş olsa da bu tarih öncesinde mahkemece alacakların varlığına ilişkin bir kesin hüküm verilmemiştir. Somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesince verilecek iptal kararı, kesin hüküm halini almış yargı kararları saklı kalmak şartıyla, geriye etki doğurduğundan davacının uyuşmazlığa konu alacakları yönünden de derhal etki doğurur. Bu nedenlerle söz konusu alacakların %5 fazla olarak değil, normal ücret üzerinden hesaplanması gerekir. Açıklanan sebeplerle Yüksek Mahkemenin kararı kanımızca da isabetlidir.

*Arş. Gör. Dr. Burcu EZER*

• • •

**Yargıtay YİBHKG, T. 19.06.2020, E. 2019/4, K. 2020/1**

İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarihten sonra 5684 sayılı Kanun'un 30/12. maddesi ile Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti tarafından verilen 40.000 TL üzerindeki kararlar için başvurulacak kanun yolunun istinaf kanun yolu mu, temyiz kanun yolu mu olduğu konusunda Yargıtay hukuk daireleri arasında çıkan görüş ayrılığı sebebiyle aykırılığın içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesini talep edilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın yürürlüğünden sonra kanun koyucu sigorta tahkim komisyonu kararlarına karşı itiraz prosedürünü getirerek "İtiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebilir." düzenlemesine yer vermiştir. Kanun koyucu, bu değişiklik ile sigorta tahkimini kendi içinde ilk derece-istinaf sistemine benzer şekilde yapılandırmıştır. Kanun metninden anlaşıldığı üzere kanun koyucu açıkça tercihini temyizden yana kullanmıştır. 6100 sayılı HMK'da değişiklik yapılmasına ilişkin Kanun Teklifi'nin 56. maddesinde 5684 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesi değiştirilmiş olmasına rağmen temyize ilişkin hükümlerde bir değişiklik yapılmamıştır. Ayrıca kanun koyucu sigorta tahkim komisyonu kararının bölge adliye mahkemesinde saklanması usulünü benimsemeyerek sigorta tahkimini istinaf kanun yolundan uzak tutmuştur. İlgili maddenin sonraki düzenlemelerde kanun koyucunun istinaf kanun yolunu kasten devre dışı bıraktığı, kendi özel itiraz ve temyiz sistematiğini kurduğu belirgindir. Hukuk metodolojisi açısından da özel düzenleme olan Sigortacılık Kanunu'nun uygulanması gerektiğinden Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetinin istinaf mahkemelerinin faaliyete başladığı tarihten sonra itiraz üzerine verilen kararların temyiz kanun yoluna tabi olduğuna karar verilmiştir.

*Arş. Gör. Gülser Banu USLU*

• • •

**Anayasa Mahkemesi, Esra ÜNLÜ, B. No. 2018/4144, T. 25.02.2021**

Karar, aynı şirkette çalışan işçiler arasındaki duygusal ilişkinin ve özel yazışmaların iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine gerekçe gösterilip gösterilmeyeceğinin, özel hayatın gizliliği ilkesi bağlamında, tartışılmasına yöneliktir. Anayasa Mahkemesi ilgili kararında, işçilerin özel hayatına dâhil olan bazı eylemlerinin, ancak işlerin etkin bir şekilde yürütülmesi, iş sağlığı ve güvenliği gibi haklı ve meşru görülebilecek nedenlere dayanarak işveren tarafından sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir. Ancak kişilerin cinsel yöneliminin, cinsel yaşamının, aile hayatının, kişisel bilgilerinin ve verilerinin özel hayat kavramının içinde olduğunu ve Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alındığını vurgulamıştır. Bununla birlikte özel hayata dâhil olan her konunun, işyeri sınırları içinde de korunması gerektiğini ve işyerinde getirilecek kuralların, çalışanların temel hak ve özgürlüklerinin özünü zedeleyecek şekilde belirlenemeyeceğini ifade etmiştir. Bu nedenle yargı makamlarının özenli bir araştırma yapmadan işverenin fesih hakkını kabul eden kararlarının, özel hayata saygı hakkının ihlaline neden olduğuna ve yeniden yargılama yapılmak üzere kararın, ilgili iş mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

*Arş. Gör. Özge DOĞAN*

• • •

**Yargıtay 3. HD., T. 09.04.2021, E. 2021/3452, K. 2021/6001**

Ülkemiz genelinde pandemi döneminde yaşanan ekonomik sıkıntılar nedeniyle birçok kiracı kira bedelinin uyarlanmasıyla ilgili davalar açmıştır. Bursa Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulunun 09.04.2021 tarihli ve 2021/1 esas sayılı başvurusunda, Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 2020/1596 esas-2020/1499 karar sayılı dosyası ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 15.

Hukuk Dairesinin 2020/2164 esas, 2021/50 karar sayılı kesin kararları arasında, uyarlama davalarında ihtiyati tedbir kararı verilir verilemeyeceği hakkında görüş farklılıkları nedeniyle bu uyuşmazlığın giderilmesi istenmiştir. Bilindiği üzere ihtiyatî tedbirler teminat amaçlı, eda amaçlı ve düzenleme amaçlı olmak üzere verilebilir. Uyarlama davalarında verilecek ihtiyati tedbir kararı ise düzenleme amaçlıdır. Yargıtay, kira bedelinin uyarlanmasına ilişkin davalarda, davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğine ilişkin verilen ret kararının usul ve yasaya uygun bulunmuş, HMK 389 vd. maddelerindeki koşulların bulunması halinde ihtiyati tedbir kararı verilebileceğine hükmetmiştir.

*Arş. Gör. Gökçe VAROL*

• • •

***Berlin İstinaf Mahkemesinin (Berliner Kammergericht) 20.12.2019 Tarih ve 5 U 24/19 Sayılı Kararı Işığında, Alman Federal Mahkemesinin (BGH), 15.04.2021 Tarih ve I ZR 23/20 Sayılı “Abone Bazlı Çevrimiçi Yayın Kuruluşunun Ücret Değişikliği Yapabilmesini Öngören Kullanım Koşulunun Hükümsüzlüğüne İlişkin Kararı”***

Karara ilişkin olayda uyuşmazlık, (davacı) tüketici derneği ile (davalı) ücretli aboneliğe dayalı olarak video akış hizmeti sunan dijital yayın kuruluşu arasında doğmuştur. Uyuşmazlık, davalı hizmet sağlayıcısının kullanım koşullarında zaman zaman fiyat artışı yapabileceğini, ancak bu değişikliklerle ilgili en az 30 gün evvel aboneleri bilgilendirmesi gerektiğini öngören hükme ilişkindir. Davacı, hizmet sağlayıcısının zaman zaman fiyat artışı yapabileceğine dair maddenin tüketiciyi makul ölçüleri aşar şekilde dezavantajlı konuma getirdiğini, bu sebeple ilgili hükmün § 307/I, s. 1 BGB kapsamında hükümsüz olması gerektiğini ileri sürmüştür. Davalı ise abonelerin fesih hakkı ile yeterli korunma imkânına sahip olduklarını, bu sebeple hükmün hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Berlin İstinaf Mahkemesi, kullanım koşullarında fiyat değişikliği yapılabilmesine ilişkin hüküm tesis edilebileceğini ancak hükmün somut maliyet artışı halinde ve ayrıntılı olarak açıklanmak kaydıyla yapılabilceğini öngörmüştür. Kararda, fiyat artışının kâr elde etmek amacıyla yapılamayacağı belirtilmiştir. Mahkeme, hizmet sağlayıcısının “zaman zaman” fiyat değişikliği yapabilmesini öngören maddenin davalıya genel ve ölçüsüz bir hareket alanı bahsettiğinden bahisle hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Davalının temyiz başvurusu dava değerinin düşüklüğü sebebiyle (§ 544/II, N. 1 ZPO) reddedilmiş, ret kararına itiraz edilmesiyle uyuşmazlık Alman Federal Mahkemesinin önüne gitmiştir. Federal Mahkeme dava değeri itibarıyla temyiz başvurusunun reddi kararını yerinde bulmuş, bunun yanında İstinaf Mahkemesinin fiyat değişikliğini öngören hükümleri tamamen yasaklamadığına, yalnızca kullanıcılar açısından öngörebilir ve keyfi olmayan sınırlar içinde tutulmasına gayret edildiğine dikkat çekmiştir. Böylece İstinaf Mahkemesinin vermiş olduğu karar kesinleşmiş ve fiyat artışına ilişkin madde hükümsüz kılınmıştır. Uyuşmazlığa konu madde, çevrimiçi yayın kuruluşunun Türkiye’deki kullanım koşullarında da aynen muhafaza edilmiş olup kanaatimizce İstinaf Mahkemesinin kararı Türk hukukunda doğacak uyuşmazlıklar bakımından da yol gösterici olması sebebiyle önemlidir.

*Arş. Gör. Damla Özden ÇELT*

• • •

***Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 01.07.2021 Tarihli ve 9647 Sayılı Kararı<sup>(\*)</sup>***

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu'nda 4.3.2021 tarihinde yapılan değişikliklerle 50/A maddesi kapsamında tasarruf finansman şirketinin faaliyet izninin kaldırılması ve tasfiyesi, Geçici 7. Madde ile de tasarruf finansman şirketlerinin intibak süreci hüküm altına alınmıştır. 50/A hükmü uyarınca likidite düzeyinin sürdürülememesi veya sürdürülemeyeceğinin anlaşılması, likidite hesaplamasının güvenilir şekilde gerçekleştirilememesi veya kasıtlı olarak likiditenin yanlış hesaplanması veya Kanun'un 15. maddesi kapsamında Kurumca alınması istenen tedbirlerin verilen süre içerisinde alınmaması ya da bu tedbirler kısmen veya tamamen alınmış olmasına rağmen mali bünyenin güçlendirilmesine imkân bulunmadığının veya bu tedbirler alınmış olsa dahi mali bünyenin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi hâlinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluna ilgili şirketin faaliyet iznini kaldırma ve tasfiyesine karar verme yetkisi verilmiştir.

Tasarruf finansman şirketlerinin 6361 sayılı Kanun hükümlerine intibak etmek üzere BDDK'ya yaptıkları başvurularda şirketler tarafından tevdi edilen bilgi ve belgeler, söz konusu şirketlere ilişkin Kurum denetim personeli tarafından yapılan incelemeler neticesinde düzenlenen Raporlarda yer alan tespitler ile ilgili mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda intibak planı yeterli görülmeyen *yirmi bir* şirket hakkında Geçici 7. Madde ve 50/A hükmü uyarınca tasfiye kararı verilmiştir. İlgili Karar, faizsiz finansman esaslarına göre faaliyet gösteren tasarruf finansman şirketlerinin denetlenmesi ve ilgili piyasada hak kayıplarının önlenmesi amacıyla Nisan ayı itibariyle yürürlüğe giren düzenlemelerin tatbik edilmesi bakımından önem arz etmektedir.

*Arş. Gör. Burak IŞIK*

---

<sup>(\*)</sup> İlgili Karar 02.07.2021 tarihli ve 31529 sayılı (Mükerrer) Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.



**Kamu Hukuku*****Danıştay 6. D., T. 18.02.2021, E. 2019/11714, K. 2021/2125***

2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca Isparta Doğa Koruma ve Milli Parklar İl Şube Müdürlüğü tarafından 35.193,00 TL idari para cezasının jandarma tespit tutanağına göre verilmesi işleminin iptaline ilişkin kararın temyiz incelmesinde; jandarmanın, sorumluluk alanlarında kamu düzenini korumak, asayiş ile kamu düzenini sağlamak, bunun için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak görevinin bulunduğu, çevrenin korunmasına ve kirletilmesinin önlenmesine yönelik uygulamaların da kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle “Jandarmanın, Çevre Kanunu kapsamındaki konusu suç teşkil eden fiil ve uygulamaları tespit yetkisi ve görevinin bulunduğu kabulü” gerektiğine karar verilmiştir. Karar, jandarma tarafından düzenlenen tutanağa dayanılarak verilen çevre para cezalarına ilişkin davalarda ilgili idari işlemlerin tesisi için jandarma tutanaklarının yeterli olduğunun kabul edilmesi bakımından önem arz emektedir.

*Öğr. Gör. Merve Gül GÜN BÜYÜKSÜTCÜ*

• • •

***Danıştay 10. D., T. 09.11.2020, E. 2020/1438, K. 2020/4662***

Karar 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca düzenlenen yatırım yolu ile istisnai olarak Türk vatandaşlığına alınma ile ilgilidir. Olayda Ürdün Haşimi Krallığı vatandaşı olan davacının babası; kendisi, eşi ve çocuklarının istisnai olarak Türk vatandaşlığı kazanması için başvuruda bulunmuştur. 22.07.2019 tarih ve 1353 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile davacının ailesinin Türk vatandaşlığı kazandığı; ancak davacının başvuru tarihinden sonra on sekiz yaşını doldurarak reşit olması sebebiyle Türk vatandaşlığına alınma talebi üzerine işlem tesis edilmediğinin İstanbul Valiliği İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürlüğünce düzenlenen ve davacının babasına 25.07.2019 tarihinde tebliğ edilen onay duyuru belgesinde davacının ismine yer verilmediğinin görülmesi suretiyle öğrenildiği ve davacının Türk vatandaşlığına alınma talebinin zımnen reddedildiği gerekçesiyle Cumhurbaşkanlığına karşı dava açılmıştır. Mahkeme, Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin işlemlerin yurt içinde İçişleri Bakanlığınca yürütüleceğini, Türk vatandaşlığının ise Cumhurbaşkanlığı kararıyla kazanılacağını ve başvuru hakkında menfi işlem tesis eden idarenin İçişleri Bakanlığı olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple görev yönünden Danıştay değil, dava konusu işlemi tesis eden İçişleri Bakanlığının bulunduğu yerde bulunan Ankara İdare Mahkemesinin görevli ve yetkili olduğu sonucuna varılmıştır.

*Arş. Gör. Cansu KAYA*