

Cilt: 27, Sayı: 47, Yıl: 2022
Vol: 27, No: 47, Year: 2022
ISSN: 1300-2929

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Dicle University Journal of Law Faculty

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Diyarbakır 2022

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (DÜHFD)

Dicle University Journal of Law Faculty

Derginin Sahibi	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dekan)
Sorumlu Müdür	: Fırat YANIK (Fakülte Sekreteri)
Yönetim Yeri	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
Yayının Türü	: Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
ISSN	: 1300-2929
e-ISSN	: 2458-7907

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK	Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN	Prof. Dr. Ezeli AZARKAN
Prof. Dr. Ali AYLİ	Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN	Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Editör: Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN

Editör Yardımcısı: Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Kurumsal İletişim Bilgileri

Adres	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
Tel / Fax	: +90 412 2488357 / +90 412 2488358
Url	: http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi
E-Mail	: diclehukukdergisi@gmail.com / hukukdergisi@dicle.edu.tr
Dizgi	: Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN
Basım Yeri	: Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
Basım Yılı	: Aralık 2022

Dergi Hakkında

A. Amaç: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olan Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin amacı, hukuk alanında özgün ve bilimsel akademik çalışmaları yayımlamak suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamaktır.

B. Kapsam: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık), basılı ve elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. Derginin kapsamına, hukuk alanında yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir. Derginin yayını dili Türkçedir, ancak Türkçe özetine yer verilmek koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir. Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.

C. İngilizce İsim ve Kısaltma: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin İngilizce ismi, Dicle University Journal of Law Faculty'dir. Derginin isminin kısaltması, DÜHFD'dir.

DANIŞMA KURULU*


- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Özyeğın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nihat TAŐDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Recep GÜLŐEN (İğdır Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEĞAROĞLU (Altınbaş Ün. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zehra Şeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cevat Gökhan ERBAŞ (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)


DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ'NİN TARANDIĞI İNDEKSLER VE DİZİNLER

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,


ULAKBİM Tübitak Ulakbim - TR Dizin Veri Tabanı'nda,

DergiPark
AKADEMİK Dergipark'ta,

 **Jurix** Jurix Hukuk Dergileri Veri Tabanı'nda ve

 **HEINONLINE** Heinonline Veri Tabanı'nda taranmaktadır.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Yayınlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
2. Yazıların ulusal ve uluslararası alanda geçerli araştırma ve yayım etiğine ilişkin kurullarla uyumlu olması gerekir.
3. Yazıların bilimsel standartlara uygun ve özgün olması gerekir. İntihal programları kullanılmak suretiyle veya başka bir şekilde intihale yer verdiği tespit edilen yazılar kabul edilmez.
4. Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
5. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
6. Yazıların teslimi sırasında ayrıca yazının türü (makale, derleme, özet, editöre mektup, çeviri, karar incelemesi, kitap veya muhtelif eser kritiği, vaka takdimi, mevzuat incelemesi, araştırma notu, tez özeti vb.) hakkında da bilgi verilmelidir.
7. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün uygun görüşü alınmak suretiyle yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak çaplı değişiklikler yapılabilir.
8. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemlerden en az biri fakülte dışından seçilir. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı talep üzerine veya re'sen üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.
11. Yayına kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti veya başka bir isim altında herhangi bir ödeme yapılmaz.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.
2. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir “Öz” kısmına yer vermelidir. Ayrıca “Öz” kısmından hemen sonra gelmek üzere hem yazı dilinde hem de ilgili yabancı dilde en az beş anahtar kelimeye ve yazının ilgili yabancı dildeki başlığına da yer verilmelidir. “Öz”ün ve “Öz”ün yabancı dildeki tercümesinin her biri 400 kelimeyi geçmemelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe “Öz”üne yer verilmesi zorunludur.
3. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır.

BAŞLIK

(Bu başlık altında öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

(Burada yabancı dilde öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

I. GİRİŞ (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

II. ...

A. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

B. ...

1. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

2. ...

a. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

b. ...

III. ... (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da **numara verilmelidir.**)

KAYNAKÇA (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacak ve başlığa **numara verilmeyecektir.**)

4. Kaynakça kısmında önce büyük harflerle yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli, iki nokta üst üste işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçada yer verilen her eser veya kaynak sonra nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukuku, 25. Baskı, Anayasa Yayınevi, Ankara 2015. **(Kitap örneği)**

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukukunda Normlar Hiyerarşisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 1- 33. **(Makale örneği)**

5. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılması gerekir.
6. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfayı geçmemesi gerekir.

DERGİNİN GEÇMİŐİ

(ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018
Cilt: 23	Sayı: 39	Yıl: 2018
Cilt: 24	Sayı: 40	Yıl: 2019
Cilt: 24	Sayı: 41	Yıl: 2019
Cilt: 25	Sayı: 42	Yıl: 2020
Cilt: 25	Sayı: 43	Yıl: 2020
Cilt: 26	Sayı: 44	Yıl: 2021
Cilt: 26	Sayı: 45	Yıl: 2021
Cilt: 27	Sayı: 46	Yıl: 2022
Cilt: 27	Sayı: 47	Yıl: 2022

NOT: DÜHFD 32. sayıya kadar 1303-9105 ISSN numarasıyla, 33. ve sonraki sayılarda ise 1300-2929 ISSN numarasıyla yayımlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM

TÜRKİYE'DE YARGI BAĞIMSIZLIĞININ MEVZUATTAN
KAYNAKLANAN SORUNLARI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ 315

Prof. Dr. Mehmet DALAR

ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞU
VE BM TASLAK SÖZLEŞMESİ 357

Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU

BAZI KONULARIN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİYLE
DÜZENLENMESİNİ ÖNGÖREN ANAYASA HÜKÜMLERİ
HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER 375

Doç. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN

VERGİ YARGILAMASINDA DAVA AÇMA SÜRELERİNİN YARGI
KARARLARINA GÖRE İNCELENMESİ 418

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Nuri GÜZEL

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU VE
MAHKEMENİN VERDİĞİ KARARLARA GENEL BİR BAKIŞ 357

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Murat IŞIK

İSVİÇRE KONFEDERASYONU HÜKÜMET SİSTEMİNİN MECLİS
HÜKÜMETİ SİSTEMİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 533

Arş. Gör. Rıza ADIGÜZEL

YARGININ SİYASALLAŞMASI: KAVRAMSAL BİR ÇERÇEVE 563

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Sevgi IŞIK EROL

TÜRK İŞ HUKUKUNDA KADIN ÇALIŞANLARA YÖNELİK
KORUYUCU DÜZENLEMELER 597

Dr. Öğr. Üyesi Filiz YAVUZ İPEKYÜZ / Merve POLAT

TÜRK MEDENİ KANUNU VE ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER İŞİĞİNDE
BİRLİKTE VELAYET 621

Arş. Gör. Dr. Derya BULUTTEKİN
İFLÂS MASASINA KARŞI İSTİHKAK İDDİASINDA BULUNULMASI
VE BU İDDİANIN MASA TARAFINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 661

Av. Dr. Tuna ACAR
ALMAN, İSVİÇRE VE AVUSTURYA MEDENÎ YARGILAMA
HUKUKUNDA ARA KARARA KARŞI KANUN YOLLARI 703

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM

PROBLEMS OF THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY ARISING FROM THE LEGISLATION IN TURKEY AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS 316

Prof. Dr. Mehmet DALAR

INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND THE UN DRAFT ARTICLES 358

Assoc. Prof. Tahir MURATOĞLU

SOME REFLECTIONS ON THE CONSTITUTIONAL PROVISIONS PROVIDING FOR THE REGULATION OF SOME MATTERS BY PRESIDENTIAL DECREES..... 376

Assoc. Prof. Mehmet Burak BULUTTEKİN

REVIEW OF THE TERM OF LITIGATION IN TURKISH TAX PROCEEDINGS IN ACCORDANCE WITH JUDICIAL DECISIONS..... 417

Asst. Prof. Mehmet Nuri GÜZEL

INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT AND AN OVERVIEW OF THE COURT'S DECISIONS..... 492

Asst. Prof. Hüseyin Murat IŞIK

EVALUATION OF THE SWISS CONFEDERATION GOVERNMENT SYSTEM IN TERMS OF PARLIAMENT GOVERNMENT SYSTEM 534

Res. Asst. Rıza ADIGÜZEL

POLITICIZATION OF THE JUDICIARY: A CONCEPTUAL FRAMEWORK 564

PRIVATE LAW

Assoc. Prof. Sevgi IŞIK EROL

PROTECTIVE REGULATIONS INTENDED FEMALE EMPLOYEES IN TURKISH LABOR LAW 598

Asst. Prof. Filiz YAVUZ İPEKYÜZ / Merve POLAT
JOINT CUSTODY IN THE LIGHT OF TURKISH CIVIL CODE AND
VIEWS IN THE DOCTRINE..... 622

Res. Asst. Dr. Derya BULUTTEKİN
CLAIM OF REPLEVIN AGAINST BANKRUPT'S ESTATE AND
EXAMINATION OF THE CLAIM OF REPLEVIN BY THE
BANKRUPT'S ESTATE 662

Ad. Dr. Tuna ACAR
LEGAL REMEDIES AGAINST INTERLOCUTORY JUDGEMENT IN
GERMAN, SWISS AND AUSTRIAN CIVIL PROCEDURE LAW 704

KAMU HUKUKU

TÜRKİYE’DE YARGI BAĞIMSIZLIĞININ MEVZUATTAN KAYNAKLANAN SORUNLARI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Fazıl Hüsnü ERDEM*

ÖZ

Genel olarak yargının bağımsız olup olmadığına dair bir değerlendirme yapılırken, bir yandan yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkelerin pozitif hukuk tarafından güvence altına alınıp alınmadığına, diğer yandan da yargının uygulamadaki işleyişine ve görünümüne bakılır. Birinci durumda “hukuki bağımsızlık”, ikincisinde ise “fiili bağımsızlık” açısından bir değerlendirme yapılır. Yargının hukuki bağımsızlığı her zaman için fiili bağımsızlığı garanti etmez. Özellikle yerleşik olmayan demokrasilerde, kâğıt üzerinde hukuki bağımsızlık güvence altına alınmış olmasına rağmen, uygulamada yargı bağımsız olmayabilmektedir. Tam tersine, hukuki bağımsızlığın olmadığı ya da yeterince güvence altına alınmadığı yerleşik demokrasilerde ise yargı fiilen bağımsız olabilmektedir.

Türkiye’de yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkelerin/gereklerin büyük ölçüde anayasal ve yasal düzeyde güvence altına alındığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, pozitif hukukta yer alan bazı düzenlemelerin, özellikle yürütmenin yargıya müdahalesine ve onu yönlendirmesine imkân

* Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: fherdem@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-1428-0643.

Makalenin Gönderim Tarihi : 16.08.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 12.11.2022.

tanıdığını ifade etmek gerekir. Yürütmenin, mevzuatta yer alan bu açık kapılardan sık sık sızarak yargıyı etkilemeye ve yönlendirmeye çalıştığı bilinen bir gerçektir. Buna, yargının bağımsızlığına geçit vermeyen hukuk ötesi parametreler de eklenince, yargı bağımsızlığını sağlamak adeta imkânsız hale gelmektedir. Yargının fiili bağımsızlığının önündeki temel etken olan hukuk ötesi parametreler; Türkiye’de cari olan siyasi sistem ile toplumsal-siyasal kültüre hâkim olan ve hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkesine geçit vermeyen negatif özelliklerden oluşmaktadır. Bu parametrelerin iyileştirilmesine yönelik ciddi adımlar atılmadan, tek başına gerçekleştirilecek yargı reformuyla bir netice elde etmek mümkün değildir. Bu durumda yapılması gereken eş zamanlı olarak yargı bağımsızlığının önündeki hukuki ve hukuk ötesi etkenleri ortadan kaldırmaya yönelik geniş kapsamlı bir reform programını hayata geçirmek olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Yargı bağımsızlığı, yargının hukuki bağımsızlığı, yargının fiili bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, yargı bağımsızlığının mevzuattan kaynaklanan sorunları.

PROBLEMS OF THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY ARISING FROM THE LEGISLATION IN TURKEY AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS

ABSTRACT

While making an assessment of whether the judiciary is independent in general, on the one hand, whether the basic principles of judicial independence are guaranteed by positive law, and on the other hand, the functioning and appearance of the judiciary in practice. In the first case, an evaluation is made in terms of “legal independence” and in the second case in terms of “de facto independence”. The legal independence of the judiciary does not always guarantee de facto independence. Especially in incomplete democracies, although legal independence is guaranteed on paper, the judiciary may not be independent in practice. Conversely, in established democracies where there is no legal independence or it is not sufficiently secured, the judiciary can be de facto independent.

It is possible to say that the basic principles/requirements regarding the independence of the judiciary in Turkey are to a large extent guaranteed at the constitutional and legal level. However, it should be noted that some of the regulations in positive law, in particular, allow the executive to intervene and direct the judiciary. It is a known fact that the executive tries to influence and direct the judiciary by frequently leaking through these open doors in the

legislation. When the extra-legal parameters that do not allow the independence of the judiciary are added to this, it becomes almost impossible to ensure the independence of the judiciary. Extra-legal parameters, which are the main factors in front of the de facto independence of the judiciary; consist of the current political system in Turkey and negative features that dominate the socio-political culture and do not allow the rule of law and the independence of the judiciary. Without taking serious steps to improve these parameters, it is not possible to achieve a result with judicial reform alone. In this case, what needs to be done should be to implement a comprehensive reform program aimed at eliminating the legal and extra-legal factors in front of the independence of the judiciary simultaneously.

Keywords: Independence of the judiciary, legal independence of the judiciary, the de facto independence of the judiciary, legal guaranty of judges, problems of the independence of the judiciary arising from the legislation.

I. GİRİŞ: YARGININ HUKUKİ VE FİİLİ BAĞIMSIZLIĞI

Türkiye’de yargı bağımsızlığı kavramı eksenli çalışmalarda sıklıkla karşılaşılan eksiklerden biri, söz konusu kavramın sadece hukuksal boyutuyla sınırlı olarak incelenmesidir. Oysa yargı bağımsızlığının hukuksal boyutu kadar fiili boyutu da büyük önem taşır. Hatta, hukukun üstünlüğüne dayalı çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi pratiğinin ve kültürünün zayıf olduğu toplumlarda, yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik hukuksal düzenlemelerden ziyade, yargının işleyişindeki fiili duruma bakmak, gerçeği ortaya koymada daha aydınlatıcıdır. Çünkü genellikle bu tür toplumlardaki otoriter yönetimler; baskıcı politikalarına, keyfi eylem, işlem ve kararlarına toplum nezdinde hukuki bir meşruiyet kazandırmak amacıyla, anayasal ve yasal güvencelerle donatılmış görünürde bağımsız bir yargı organı oluştururlar. Böylesi bir durumda, yargı bağımsızlığını önemli ölçüde güvence altına alan hukuksal düzenlemelerden ve kurumlardan hareketle – uygulamayı/fiili durumu dikkate almadan- yapılacak dışarıdan bir değerlendirme eksik ve yanıltıcı olacaktır. Bu sebeple, özellikle yerleşik olmayan demokrasilerde yargı bağımsızlığı konusu ele alınırken, hukuki düzenlemelerden ziyade uygulamaya bakılması, gerçeği öğrenmede çok daha yararlı olacaktır. Başka bir anlatımla, yargı bağımsızlığına ilişkin hakikatı ortaya koymada yargının hukuki bağımsızlığından ziyade fiili bağımsızlığına odaklanmak gerekir.

Hukuki bağımsızlık, yargıyı/yargıcı dışarıdan ve içeriden gelecek baskı ve müdahalelere karşı koruyacak hukuksal düzenlemelerin ve

mekanizmaların varlığını gerektirir. Fiili bağımsızlık ise, yargının bağımsızlığını sağlamaya yönelik hukuksal güvencelerin yanı sıra, uygulamada da yargının her türlü baskı ve müdahaleden uzak bir şekilde görev icra edebilmesini ifade eder. Hukuki bağımsızlık her zaman için yargının fiili bağımsızlığını garanti etmez. Zira, yargı bağımsızlığını güvence altına alan anayasal ve yasal düzenlemelere (hukuki bağımsızlığa) rağmen yargı, uygulamada bağımsızlığını zedeleyecek baskı ve müdahalelere maruz kalabilir.¹ O nedenle, yargı bağımsızlığı konusu incelenirken her iki boyutunu da dikkate alan bütüncül bir yaklaşımla hareket edilmelidir.

Türkiye’de yargının bağımsızlığı alanında yaşanan sorunlar iki farklı kaynaktan beslenmektedir. Bunlar, hukuksal düzenlemelerdeki eksiklik ve yanlışlıklar ile, hukuk ötesi etkenlerden oluşmaktadır.² Birincisi “hukuki bağımsızlık”, ikincisi ise “fiili bağımsızlık” kavramlarıyla ilgilidir. Hukuk ötesi etkenlerden kastedilen, yargının fiili bağımsızlığını engelleyen siyasi sistemin niteliği, işleyişi ve onu besleyen kültürel ve zihinsel kodlardır. Bu kaynaklardan asıl belirleyici ve etkili olan ikincisidir; yani, yargının da içinde yer aldığı ve doğrudan etkilendiği siyasi sistemin ve siyasi kültürün olumsuz özellikleridir.³

Yargı bağımsızlığını teminat altına almaya yönelik hukuk sistemimizin öngördüğü güvencelerin önemli bir kısmına yer vermeyen kimi yerleşik demokrasilerde yargının bağımsızlığı konusunda ciddi sorunlar yaşanmamasına rağmen, ülkemizde bu alanda çok büyük sorunların yaşanması, Türkiye’de yargının “fiili bağımsızlık” sorunu olduğunu ortaya koymaktadır. Birtakım eksiklikler ve yanlışlıklar içerse de yargının hukuki bağımsızlığının anayasal ve yasal düzenlemelerle önemli ölçüde güvence altına alındığını söylemek mümkündür. Buna rağmen Türkiye’de yargı bağımsızlığı konusunda ciddi sorunların yaşanıyor olması, yargının ciddi bir fiili bağımsızlık sorunu olduğunu göstermektedir. Bu tespit, Türkiye’de yargının hukuki bağımsızlığı boyutunda herhangi bir sorunun olmadığı anlamına gelmemektedir. Elbette yargı bağımsızlığının mevzuattan kaynaklanan sorunları da vardır. Ancak bu sorunlar, aysbergin sadece görünen kısmını

¹ Levent Gönenç, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, Ankara, 2011, s. 13-14.

² Fazıl Hüsnü Erdem, “Türkiye’de Yargının Hukuk Ötesi Sorunları, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 40, 2019, s.3-30.

³ Erdem, Türkiye’de Yargının Hukuk Ötesi Sorunlar, s. 27.

oluşturmakta ve temel sorunu besleyen ve büyüten bir etki yaratmaktadır. Temel sorun; devletçi, tekçi, çoğunlukçu, otoriter ve baskıcı nitelikleriyle temayüz eden Türk siyasal sistemi ve buna eşlik eden siyasal kültürdür. Siyasal sisteme ve siyasi kültüre egemen olan kodlar, bağımsız bir yargının ortaya çıkmasına ve yaşamasına geçit vermemektedir.

Yargı bağımsızlığı konusunda yaşanan güncel sorunların temelinde de, mevcut siyasi iktidarın, yargıyı kendi politik hedeflerini gerçekleştirmenin ve bunlara görünürde hukuksal meşruiyet kazandırmanın bir aracı haline getirme çabası yatmaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu tür bir çabanın karşılık bulmasına imkân veren boşlukların pozitif hukukumuzda mevcut olduğu da bir gerçektir. Mevzuatta özellikle yürütme organının yargının işleyişine müdahalesine imkân tanıyan birtakım düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerin yarattığı boşluklardan hemen bütün iktidarların yararlandıkları, yargı kararlarını etkilemeye, yargıda kadrolaşmaya, yargıyı kendi nüfuzları altına almaya çalıştıkları biliniyor. Bu nedenle, Türkiye’de yargı alanında yaşanan sorunların temel nedeni mevzuattaki eksik ya da yanlış düzenlemeler olmasa da, yargının bağımsızlığını temin edebilmek amacıyla bir hukuk reformuna ihtiyaç duyulduğu da açıktır.

Yargının bağımsızlığının önündeki mevzuat kaynaklı sorunlara ve bunlara ilişkin çözüm önerilerine geçmeden önce, yargının hukuki bağımsızlığı ile filli bağımsızlığı arasındaki makasın ne denli açık olduğunu ve yargı bağımsızlığı konusunda yaşanan sorunların esas nedeninin hukuk ötesi faktörler olduğunu ortaya koyabilmek amacıyla, yargı bağımsızlığı ilkesinin anayasal ve yasal çerçevesine bakmakta yarar vardır.

II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI İLKESİNİN ANAYASAL VE YASAL ÇERÇEVESİ

Yargı bağımsızlığı, hâkimlerin/mahkemelerin görevlerini yerine getirirken başta yasama, yürütme, kamu idaresi ve diğer yargı yerleri olmak üzere bütün güç odaklarından (baskı grupları, sermaye grupları, sendikalar, siyasi partiler, medya vb.) emir ve talimat almaksızın, baskı ve etki altında kalmaksızın, çekinme ve endişe duymaksızın sadece hukuka ve vicdani kanaatlerine göre karar verebilmeleri demektir. Yargıya tanınan bu ayrıcalığın amacı, yargının tarafsızlığını ve adil kararlar verebilmesini sağlamak ve toplumda yargının adil olduğuna ilişkin bir güven yaratmaktır. Anayasa Mahkemesi’nin de ifade ettiği

gibi, “Bağımsızlığın amacı, her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkuadan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancını yerleştirmektir”.⁴

Yargı bağımsızlığının pozitif hukukta güvence altına alınmasında, bu güvencenin hangi hukuksal metin tarafından sağlandığına bakmak gerekir. Yargı bağımsızlığı, özellikle yasama ve yürütmeden gelebilecek baskılar karşısında hâkimlerin/mahkemelerin korunmasını ifade ettiğine göre, söz konusu ilkenin yasama ve yürütme organlarının çok kolay bir şekilde değiştiremeyeceği hukuksal metinlerle güvence altına alınması doğru olacaktır. Bu bağlamda en güçlü güvenceyi, yasama ve yürütme organlarını da bağlayan ve kolaylıkla değiştirilemeyen katı bir anayasa sağlayacaktır. Dolayısıyla, yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkelerin anayasa tarafından düzenlenmesi, güvence bakımından en doğru seçenektir.⁵ Nitekim, Türk pozitif hukukunda yargı bağımsızlığına dair temel ilkeler başta anayasa olmak üzere yasalar tarafından düzenlenmek suretiyle, yargı bağımsızlığı ilkesi üst seviyede güvence altına alınmıştır.

1982 Anayasası’nın “yargı yetkisi” kenar başlıklı 9. maddesi, “yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır” demektedir. Bu genel ifadeye içerik kazandıran hüküm, Anayasanın 138. maddesinde yer alır. Bu maddeye göre,

⁴ Bkz. AYM, E.1988/32, K.1989/10, K.T.28.2.1989, R.G. 22.06.1989-20203.

⁵ Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından onaylanan “BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri” belgesinde, “yargı bağımsızlığı, anayasa veya yasada yer verilmek suretiyle devlet tarafından güvence altına alınacaktır.” denmektedir (Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted 06 September 1985 by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985, para. 1, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>).

Avrupa Konseyi “Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu”nun (Venedik Komisyonu) “Yargı Sisteminin Bağımsızlığı” adlı Raporunun “Hâkimlerin Bağımsızlığı” bölümünün sonuç kısmında şu öneriye yer verilmektedir: “Yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkeler Anayasalarda veya eşdeğer belgelerde düzenlenmelidir.” (Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, Conclusions, para.1 [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e)

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrası, hâkimlerin bireysel bağımsızlığına işaret etmektedir. İlgili maddenin diğer fıkra hükümleri ise, hâkimlerin dış bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvenceler içermektedir. Anayasa'nın 140. maddesinin 2. fıkrası, “*hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasına göre görev ifa ederler*” diyerek, mahkemelerin kurumsal bağımsızlığına vurgu yapmaktadır.

Anayasa'nın 138. maddesi ile 140. maddesinin 2. fıkrasına paralel bir yasal düzenleme, 2802 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Kanunu”nda yer almaktadır. Söz konusu Kanunun 4. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Hâkimler mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.”

Ayrıca Anayasa'nın 142. maddesinde, “*mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir*” denilmek suretiyle, mahkemelerin/hâkimlerin bağımsızlığı güçlendirilmektedir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapacağını ifade eden Anayasa'nın 159. maddesinin 1. fıkrası da aynı amaca yöneliktir.

Yargı bağımsızlığı açısından önemli olan konulardan biri, hâkimler ve savcılarının Adalet Bakanlığına karşı bağımsızlıklarının

korunmasıdır. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik Anayasa’da iki güvence hükmü mevcuttur. Bunlardan biri “hâkimlik ve savcılık mesleği” kenar başlıklı maddede yer alan, “*hâkimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar*” hükmüdür (m.140/6). Diğeri ise, “Adalet hizmetlerinin denetimi” başlıklı 144. madde hükmüdür. Buna göre, “*adalet hizmetleri ile savcuların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.*”

Hâkimlerin çevreye karşı bağımsızlıklarını sağlamak amacıyla Anayasa’da bir dizi önlem öngörülmektedir. Bunlardan biri, “*hâkimler ve savcılar kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar*” hükmüdür. (m. 140/5). Bir başkası, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin, yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabileceğini öngören hükümdür (m. 26/2). Benzeri bir tedbir, basın ve yayın organlarından hâkimlere gelebilecek baskıları önlemek amacıyla basın hürriyeti için kabul edilen sınırlamadır. Buna göre, yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için hâkim tarafından yayım yasağı kararı verilebilmektedir (m.28/5).

Anayasanın 138. ve “Hâkimler ve Savcılar Kanunu”nun 4. maddesinde öngörülen yasağı ihlal eden kişiler hakkında cezai yaptırım öngörülmek suretiyle de yargı bağımsızlığı güçlendirilmektedir. Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) “yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” başlıklı 277. maddesi⁶ ile, “adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” başlıklı 288. maddesi,⁷ dışarıdan gelecek

⁶ “Görülmekte olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” (TCK m.277/1).

⁷ “Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.” (TCK m. 288)

müdahaleler karşısında yargının bağımsızlığını koruma amacını taşımaktadır.

Yargı bağımsızlığının gerçek bir anlam ifade edebilmesi, yargı fonksiyonunu yerine getiren hâkimlerin hukuki bir teminata bağlanmasıyla, yani herhangi bir baskı veya tehdide maruz kalmaksızın görevlerini tam bir serbestlik ve tarafsızlıkla yapabilmeleri ile mümkün olabilir.⁸ Hâkimlik teminatıyla desteklenmediği sürece yargı bağımsızlığını sağlamak mümkün değildir. Her ne kadar Anayasa, yargı bağımsızlığı ile hâkimlik teminatını ayrı başlıklar altında düzenlemiş ise de, aslında her ikisi de birbirini tamamlayan kavramlardır. Hâkimlik teminatı, yargı bağımsızlığını sağlamaya hizmet eden en önemli kurumlardan biridir.⁹

1982 Anayasası'nın “hâkimlik ve savcılık teminatı” kenar başlıklı 139. maddesine göre, “*hâkimler ve savcılar azlonulamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz*”. Bu madde hükmünde hâkimlik teminatına ilişkin bazı unsurların (azlolunmama, altmışbeş yaşından önce emekliye sevk edilmeme, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmama) Anayasa’da düzenlenerek güvence altına alındığı, diğer unsurları için ise, “*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir*”(m.140/3) denilerek, bu unsurlar bakımından kanuni güvencenin öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Temel insan haklarından biri olan “adil yargılanma hakkı” anayasal güvenceye alınmak suretiyle de yargının bağımsızlığı ilkesi güçlendirilmiş olmaktadır. Adil yargılanma hakkı, yargıya intikal eden bir olay hakkında hakkaniyete uygun bir karar verilebilmesi için gerekli olan usuli güvenceleri öngören bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) “adil yargılanma” başlıklı 6. maddesine göre, “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme*

⁸ Ergun Özbudun: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 362.

⁹ Fazıl Hüsnü Erdem, “1982 Anayasasında İnsan Hakları ve Hukuk Devleti: Eleştirel Bir Bakış”, Yeni Türkiye, Yıl: 4, Sayı: 21, (Mayıs-Haziran 1998), s. 642.

tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.” İçeriği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) içtihatlarıyla somutlaştırılan bu hakkın temel teminatını “bağımsız ve tarafsız mahkeme” oluşturmaktadır.

1982 Anayasası’nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesine göre, ‘*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*’ Anayasanın 36. maddesinin norm alanı AİHS’nin 6. maddesinin norm alanıyla paralellik arz ettiğinden, adil yargılanma hakkının AİHS’nin 6. maddesindeki unsurları, Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının da unsurlarını oluşturacaktır. Bu nedenle, adil yargılanma hakkını güvence altına alan Anayasanın 36. maddesi, aynı zamanda bu hakkın temel unsurlarından biri olan “hâkimlerin/mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesini de güvence altına almış olmaktadır.

Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan ve yargı bağımsızlığı ilkesiyle ilintili olan “tabii hâkim/doğal yargıç” ilkesi de Anayasa tarafından güvence altına alınmaktadır. Bu ilke, bir hukuki uyumsuzluk hakkında karar verecek olan mahkemenin, o hukuki uyumsuzluğun doğmasından önce kanunen belirlenmiş olmasını öngören bir ilkedir.¹⁰ Başka bir deyişle, herkesin kanunla önceden kurulmuş bir mahkemede yargılanma hakkını ifade eder. Bu ilkeyle, hukuki uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmaktadır. Böylelikle, kişiye ya da olaya özgü mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır.¹¹ 1982 Anayasası’nın “kanuni hâkim güvencesi” başlıklı 37. maddesi, “*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz*” diyerek, çok açık bir güvence öngörmektedir. Bu madde hükmü, kişiler bakımından olduğu kadar, hâkimlerin ve mahkemelerin bağımsızlığı açısından da bir güvence oluşturmaktadır.

1982 Anayasasında ve çeşitli yasalarda yer alan düzenlemelerin, farklı yönleri ve unsurlarıyla birlikte yargı bağımsızlığını korumada yeterli bir güvence sağladığını söylemek mümkündür. Söz konusu

¹⁰ Özbudun, s. 134.

¹¹ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2021, s. 1167.

düzenlemelerin, konuya ilişkin uluslararası belgelerle de önemli ölçüde uyumlu olduğu ifade edilebilir.¹² Bütün bu hukuksal güvencelere rağmen yargının bağımsızlığı konusunda çok ciddi sorunların yaşanıyor olmasını ve toplumda yargının bağımsız ve tarafsız olduğuna ilişkin inancın düşük seviyede seyretmesini iki faktörle açıklamak mümkündür. Bunlardan birincisi, yargının fiili bağımsızlığını engelleyen hukuk ötesi etkenler (siyasal sistemin ve siyasal kültürün olumsuz özellikleri), ikincisi ise pozitif hukuktan kaynaklanan kimi eksiklikler ve yanlışlıklardır.

III. YARGI BAĞIMSIZLIĞININ MEVZUATTAN KAYNAKLANAN SORUNLARI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. Kurumsal Bağımsızlık Teminatı: Hâkimler ve Savcılar Kurulu

Hâkimlik teminatının (dolayısıyla yargı bağımsızlığının) amacına uygun olarak hayata geçirilebilmesi açısından temel sorun, hâkimlerin tayin, terfi, denetim ve disiplin gibi özlük işlerinin ne tür bir organ ya da kurul tarafından yapılacağıdır.¹³ Yargının temel işlevlerinden birinin yasama ve yürütme organlarının hukuka uygun hareket etmelerini sağlamak olduğu dikkate alındığında, bu tür kurulların her iki organdan da bağımsız olması gereği ortaya çıkar. Hâkimlerin özlük hakları/işleri hakkında karar verme yetkisinin yasama ya da yürütme organına bırakılması halinde, söz konusu organların yargı üzerinde baskı kurmalarının, yargıya müdahale etmelerinin ve etkisi altına almalarının önü açılmış olur. Bunu engellemek ve yargıyı bağımsız kılmak amacıyla, dünyanın pek çok ülkesinde, yasama ve yürütmeden bağımsız bir yargı kurulu oluşturularak, hâkimlerin özlük işleri hakkındaki kararların bu kurullar tarafından alınması yöntemi benimsenmiştir.¹⁴

¹² Yargı bağımsızlığına dair uluslararası belgelerin topluca yer aldığı çalışma için bkz. Adalet Bakanlığı, Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Belgeler, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2004.

¹³ Özbudun: s. 363.

¹⁴ Levent Gönenç, Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, Ankara, 2011, s.1. Yargı kurullarına/konseylerine ilişkin yapılan karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Burak Çelik, Hâkimler ve Savcılar Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Avrupa Konseyinin “Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu”nun (Venedik Komisyonu) “yargısal atamalar” başlığı altında 2007’de kabul ettiği raporun sonuç kısmında yargı konseyine ilişkin özetle şu tespit ve öneriler yer almaktadır: Yerleşik demokrasilerde yürütme gücünün yargısal atamalar konusunda kimileyin kesin bir etkisi vardır. Bu tür demokrasilerde yürütme gücü, uzunca bir zaman zarfında olgunlaşan hukuk kültürü ve geleneklerle sınırlandırılmış olduğundan, yargısal atamalarda yürütmenin etkin olduğu sistem uygulamada iyi işleyebilir ve bağımsız yargıya imkân tanıyabilir. Ancak yeni demokrasiler bu türden suiistimalleri önleyecek geleneklere sahip olmadığından, bu ülkelerde açık anayasal ve yasal düzenlemelerle, hâkimlerin atamalarında ortaya çıkabilecek olası siyasi suiistimler denetlenmelidir. Özellikle yeni demokrasilerde yargı bağımsızlığını sağlayabilmek amacıyla, özerkliği anayasal güvencelerle donatılmış bir yargı konseyi oluşturulmalıdır. Bu konsey, hâkimlerin atama, terfi ve disiplin işlemlerinin yürütülmesi konularında tam bir yetkiye sahip olmalıdır. Konsey üyelerinin önemli bir bölümü veya çoğunluğu yargı organı tarafından, diğer bölümü de gerekli hukuki niteliklere sahip kişiler arasından yasama organınca seçilmelidir. Yargıdaki korporatizmin olumsuz etkilerinden sakınmak amacıyla, yargı bağımsızlığı ve yargının kendi kendini yönetimi ile yargının hesap verebilirliği arasında bir denge sağlanmalıdır.¹⁵

Avrupa Konseyinin bir başka danışma organı olan “Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi”nin 2007 tarihli ve 10 numaralı görüşünde konuyla ilgili şu önerilere yer verilmektedir: Yargının ve bireysel olarak hâkimlerin bağımsızlığını koruyacak “yargı konseyi” biçiminde özel bir birim oluşturulmalıdır. Yargı konseyi, yasama ve yürütme karşısında özerkliğini korumalıdır. Yargı konseyi, asıl çoğunluğu hâkimlerden olmak kaydıyla karma bir yapı oluşturmalıdır. Konseyin hâkim kökenli üyeleri, kendi meslektaşları arasından ve yargıyı en geniş biçimde temsil edecek bir yöntemle seçilmelidir. Konseye parlamento tarafından seçilecek -hâkim olmayan- üyelerin muhalefetin de desteğini alacak bir nitelikli çoğunlukla seçilmeleri sağlanmalı ve bu yolla seçilecek üyelerin toplumdaki farklı görüşleri yansıtabilecek kişiler olmalarına gayret edilmelidir. Yargı konseyi şeffaf biçimde çalışmalı ve faaliyetlerinden

¹⁵ Rapor için bkz. CDL-JD (2007)001 - “Judicial Appointments”: Revised discussion paper prepared by the Secretariat for the meeting of the Sub-commission on the Judiciary (14 March 2007). [https://www.venice.coe.int/docs/2007/CDLJD\(2007\)001-e.asp](https://www.venice.coe.int/docs/2007/CDLJD(2007)001-e.asp) (Erişim Tarihi: 18.08.2022).

dolayı hesap verebilir olmalıdır. Yargı konseyi; hâkimlerin seçimi, atanması ve yükselmesi konularında yetkili olmalıdır. Hâkimlerin seçimi, yasama ve yürütmeden bağımsız biçimde tam bir şeffaflık içerisinde gerçekleştirilmelidir.¹⁶

1982 Anayasası'nın “Hâkimler ve Savcılar Kurulu” (HSK) kenar başlıklı 159. maddesi iki kez değişiklik geçirmiş;¹⁷ ilk/orijinal haliyle birlikte birbirinden farklı üç düzenlemeye sahip olmuştur.¹⁸ Her iki anayasa değişiklik paketinin de en fazla tartışılan maddelerinden biri olmuştur. Anayasanın 159. maddesinin ilk hali de sürekli eleştirilen ve tartışılan bir düzenleme olma özelliğini taşımıştır. Daha önce “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu” (HSYK) olan, 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte “Hâkimler ve Savcılar Kurulu” olarak ismi değiştirilen bu yargı kurulu etrafında yoğun tartışmaların yaşanmasının ve iki kez değişikliğe tabi tutulmasının temel nedeni, söz konusu kurulun, iktidar savaşlarının merkezinde yer alıyor oluşudur. İlk haliyle Kemalist devlet iktidarının siyasi iktidar üzerindeki vesayetinin önemli aparatlarından biri olarak kurgulanan HSYK, 2010 Anayasa değişiklikleriyle birlikte AK Parti iktidarı ile Gülen Cemaatinin oluşturduğu ittifakın bir parçası haline getirilmiştir. Gülen cemaatinin AK Parti'yi saf dışı edip HSYK'yı ve onun üzerinden yargıyı tümüyle ele geçirme çabası içerisine girmesi, bütün hâkim ve savcıların oy kullandığı 2014 HSYK seçimlerinde, muhafazakâr, milliyetçi, lâik ve sosyal demokrat kesimlerin -Gülen cemaati karşısında- geniş çaplı bir ittifak (Yargıda Birlik) oluşturmalarına yol açtı. Seçimleri az bir farkla kazanan bu ittifakla birlikte HSYK ve yüksek yargıda belirli bir ölçüde de olsa çoğulcu bir yapı oluştu ve denge

¹⁶ İlgili görüş için bkz. Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society (Strasbourg, 21-23 November 2007), Summary of Recommendation and Conclusions, <https://rm.coe.int/168074779b>. (Erişim Tarihi: 18.08.2022).

¹⁷ 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” için bkz. Resmi Gazete, 13.5.2010-27580; 21.1.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” için bkz. Resmi Gazete, 11.2.2017-29976.

¹⁸ Anayasa'nın 159. maddesinin ilk hali ile, daha sonra geçirdiği iki değişiklik hakkında geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. Özbudun, s. 363-372; Gözler, s. 1178-1185; Abdulkadir Yıldız, Yargının Tarafsızlığı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 160-170.

sağlanmış oldu. AK Parti iktidarı, Gülen cemaatini yargıdan tasfiye ettikten sonra, HSYK’yı, yüksek yargıyı ve yargının diğer birimlerini - 2016 sonrası iktidarına fiilen ortak ettiği- MHP’yle birlikte ele geçirip kullanabilmek amacıyla 2017 Anayasa değişikliğinde HSK’ya ilişkin yeni bir düzenleme gerçekleştirdi.¹⁹

Siyasi iktidarın HSK’yı ve onun üzerinden bütün bir yargı organını kendi lehine şekillendirmek amacıyla 159. maddede²⁰

¹⁹ HSYK/HSK üzerinden yaşanan iktidar savaşları için bkz. Ali Ulusoy, “Yargıda ‘dikensiz gül bahçesi’ devri, <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/yargida-dikensiz-gul-bahcesi-devri.25383>. (Erişim Tarihi: 19.08.2022).

²⁰ “Hâkimler ve Savcılar Kurulu” kenar başlıklı 159. maddenin yürürlükteki hali şöyledir:

Madde 159 – Hâkimler ve Savcılar Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı

esaslarına göre kurulur ve görev yapar.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu on üç üyeden oluşur; iki daire halinde çalışır.

Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcıları arasından, bir üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından

Cumhurbaşkanınca; üç üyesi Yargıtay üyeleri, bir üyesi Danıştay üyeleri, üç üyesi nitelikleri kanunda belirtilen yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilir. Öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçilen üyelerden, en az birinin öğretim üyesi ve en az birinin de avukat olması zorunludur. Kurulun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek üyeliklerine ilişkin başvurular, Meclis Başkanlığına yapılır. Başkanlık, başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları

Üyelerinden Kurulu Karma Komisyona gönderir. Komisyon her bir üyelik için üç adayı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde,

her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapar. Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da

üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır.

Üyeler dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler bir kez daha seçilebilir.

Kurul üyeliği seçimi, üyelerin görev süresinin dolmasından önceki otuz gün içinde yapılır. Seçilen üyelerin görev süreleri dolmadan Kurul üyeliğinin boşalması durumunda, boşalmayı takip eden otuz gün içinde, yeni üyelerin seçimi yapılır.

Kurulun, Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı dışındaki üyeleri, görevlerinin

devamı süresince; kanunda belirlenenler dışında başka bir görev alamazlar veya Kurul tarafından başka bir göreve atanamaz ve seçilemezler.

Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekiline devredebilir. Kurul, adli ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici

yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun ve diğer mevzuata (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.

Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulur. Genel Sekreter, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir.

Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak

gerçekleştirdiği en önemli revizyon, Kurul üyelerinin seçim usulünde yaptığı değişikliktir. 2010 Anayasa değişikliğinin öngördüğü modelle mukayese edildiğinde, seçim usulündeki çoğulcu niteliğin zayıflatıldığı görülmektedir. Yargı organının kendi içinden ve kendisi tarafından üye seçme usulü terk edilmiştir.²¹ Kurul üyelerinin çoğunluğunun, hâkim ve savcıların kendi eşitleri arasında seçtikleri üyelerden oluşması ilkesi tamamen kaldırılmış; bunun yerine, atama yetkisi, yasama ve yürütme organları arasında bölüştürülmüştür. 13 üyeden oluşan Kurulun Başkanı Adalet Bakanındır ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Bunun dışında dört üye Cumhurbaşkanlığı tarafından atanmaktadır. Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarını da atama yetkisi Cumhurbaşkanına ait olduğu dikkate alındığında, toplam altı üyenin Cumhurbaşkanı tarafından belirlendiği görülmektedir. Geriye kalan yedi üye ise TBMM tarafından nitelikli çoğunlukla seçilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin bütün kurgusu, yürütme ile yasama çoğunluğunun aynı siyasi partiye mensup olması üzerine kuruludur. Bu genel kurgu HSK üyelerinin seçiminde de geçerlidir. Cumhurbaşkanı ile TBMM’deki çoğunluğun aynı siyasi partiye mensup olması, HSK üyelerinin tümünün veya çok büyük bir kısmının siyasi iktidarla uyumlu kişilerden oluşması sonucunu doğuracaktır. HSK’nın, bütün yargı mensupları üzerinde büyük bir etkiye ve nüfuza sahip olduğu gerçeği dikkate alındığında, yeni düzenlemenin, bir bütün olarak yargı organını siyasi iktidara bağımlı hale getireceğini söylemek mümkündür.²² Nitekim, 2017 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi sonrasında yaşanan gelişmeler, bu tespiti doğrulamıştır.

çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.

²¹ Sibel İnceoğlu, “Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Ekseninde Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Çağdaş Devlette Yargının İşleyişi Çalıştayı, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Genel Kamu Hukukçuları Toplantısı, İstanbul, 2019, s. 117.

²² Özbudun, s. 371-372.

Hâkim ve savcılarının özlük işleri hakkında karar verme yetkisine sahip bağımsız bir yüksek yargı kurulunun varlığının, hâkimlik teminatı ve yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından hayati önemi haiz olduğu açıktır. Türkiye’de yargının hukuki bağımsızlığını sağlayabilmek amacıyla gerçekleştirilecek geniş çaplı bir yargı reformunda yüksek yargı kurullarının yeniden düzenlenmesi bir gerekliliktir. Yüksek yargı kurullarının yeniden yapılandırılmasında dikkate alınmasının doğru olacağına inandığımız tespit ve önerileri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- 1961 Anayasası’nda “Yüksek Hâkimler Kurulu” ve “Yüksek Savcılar Kurulu” şeklinde iki ayrı yargı kurulu öngörülmüşken, 1982 Anayasa’nın hâkimler ve savcılar için “tek kurul” sistemini kabul etmesi, doktrinde haklı eleştirilere konu olmuştur.²³

²³ Bülent Tanör’e göre, “yeni sistemde yargıçlarla savcılarının özlük durumlarının aynı kurulun yetki çerçevesi içinde toplanması da dikkat çekicidir. Bunlar arasındaki işlev arklarını silen bu yaklaşımın, savcılar yargıçların sahip oldukları ya da sahip olmaları gereken güvenceli duruma yaklaştırmak yerine, yargıçları savcılarının daha az güvenceli durumuna yaklaştırmak anlamına geldiği açıktır” (Bülent Tanör, Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD, İstanbul, 1997, s. 177).

Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, konuya ilişkin eleştiri ve önerilerini şu şekilde ifade etmektedir: “1982 Anayasası, gerek ilk gerek 2010’da değiştirilen metninde, işlevleri gereği tarafsız ve bağımsız konumda olması gereken hâkimlerle, yine işlevleri gereği bu konumda olmayan savcılarının özlük haklarını aynı Kurula vermekle, daha baştan, hiç de isabetli olmayan bir yapılaşma tercih etmiştir. Oysa doğru olan, 1961 Anayasası gibi, hâkimler ve savcılar için ayrı kurullar oluşturmaktır. Çünkü, her ne kadar Anayasa 140. maddesinde hâkimlik ve savcılık mesleklerini birlikte düzenlemişse de, işlevleri gereği bu ikisi ayrı mesleklerdir ve yine Anayasada da görüldüğü üzere (md. 138 ve 139) hâkimler için bağımsızlık ve teminat söz konusu iken, savcılar için sadece teminattan söz edilebilir. Dolayısıyla da arklı konumlardaki iki meslek grubunun özlük hakları konusunda aynı kurulu yetkilendirmek isabetli değildir” (Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 2014, s. 461).

Levent Gönenç de konuya ilişkin eleştirisini ve önerisini şöyle ifade etmektedir: “2010 anayasa değişikliği teklifi hazırlanırken, öğretilde öteden dile getirilen, yargıçların ve savcılarının ‘iddia makamı’ ve ‘hüküm makamı’ olarak yargı sistemi içerisinde farklı işlevler yerine getirdikleri ve dolayısıyla yargıçlar ve savcılar için ayrı kurullar oluşturulması gerektiği yönündeki eleştiri dikkate alınmamış, halkoylamasında kabul edilen

Hâkimlerin ve savcılarının tek bir kurul çatısı altında düzenlenmesi, ceza yargılamasındaki silahların eşitliği ilkesi ve savunma hakkı açısından problem teşkil etmektedir.²⁴ Hâkimlerin ve savcılarının yargı sistemi içerisinde birbirinden farklı statü ve işleve sahip olmaları ve idare ile olan ilişkilerinde farklı konumlarda bulunmaları dikkate alındığında, her bir meslek grubu için ayrı bir kurulun oluşturulması doğru bir tercih olacaktır.²⁵ Özellikle hâkimlerin bağımsızlığını daha güvenceli kılmak açısından da doğru seçeneğin bu olduğu söylenebilir. Bordeaux Bildirisi’nde yer alan, “hâkim ve savcılar hem kendi görevlerinde bağımsız hareket etmeli hem de birbirlerinden bağımsız olmalı ve bu şekilde görünmelidirler”²⁶ şeklindeki görüşün gereği de, her iki meslek grubuna ilişkin ayrı yargı kurullarının oluşturulmasıdır. Öte yandan, ayrı kurullar, bir taraftan hâkimlik ve savcılık kültürünün yerleşmesini, diğer taraftan da her bir kurulun kendi üyelerini daha yakından tanınmasını ve kendi mesleklerinin sorunlarına daha çok vakıf olmasını sağlayacaktır. Bütün bu sebeplerle, tıpkı 1961 Anayasasında olduğu gibi, hâkimler ve savcılar için ayrı kurullar oluşturulmalıdır.

- “Hâkimler Kurulu”nun oluşumunda, seçenlerin ve seçilenlerin farklı kaynaklardan gelmeleri sağlanmak suretiyle, Kurulun üye kompozisyonunun zenginleştirilmesi ve çoğulcu bir yapıya

metinde HSYK yargıçlar ve savcılar için yetkili tek kurul olarak muhafaza edilmiştir. Oysa ki, yargıçların ve savcılarının yargı sistemi içerisindeki yerleri, özellikle idare ile olan ilişkileri farklı statü ve pozisyonları göz önüne alınarak düzenlenmelidir. Bu konuda, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, yargıçlar ve savcılar için ayrı kurullar oluşturulması en uygun çözüm gibi görünmektedir” (Gönenç, Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları, s. 5-6.)

²⁴ Yıldız, s. 264.

²⁵ Yusuf Şevki Hakyemez, “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, Stratejik Düşünce Enstitüsü Yargı Raporu, Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurulları, Ankara, 2010, s. 69; Yıldız, s. 263.

²⁶ Demokratik Bir Toplumda Hâkim ve Savcılar Arasındaki İlişkiler Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunulan Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin (CCJE) 12 (2009) Sayılı Görüşü ve Avrupa Savcılar Danışma Konseyinin (CCPE) 4 (2009) Sayılı Görüşü (CCJE ve CCPE tarafından birlikte kabul edilen bu Görüş, “Bordeaux Bildirisi” olarak adlandırılmaktadır.) para.3. <https://rm.coe.int/1680747391> (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

kavuşturulması temin edilmelidir. Yargı kurullarının yapılanmasına ilişkin birçok uluslararası belgede de ifade edildiği gibi, Kurul üyelerinin çoğunluğu ya da en az yarısı, yargının en geniş temsilini sağlayacak şekilde, kendi meslektaşlarınca seçilecek hâkimlerden oluşmalıdır.²⁷ Yargıtay ve Danıştay üyelerinin yanı sıra, ilk derece ve istinaf mahkemelerinde görev yapan hâkimler de Kurulda temsil edilmelidir.²⁸ Karma yapılı olacak Kurulun hâkim olmayan üyeleri, -muhafeletin de desteğini alacak bir nitelikli çoğunlukla- TBMM tarafından seçilmelidir. TBMM tarafından seçilecek adayların kamuya açık bir biçimde mülakata tabi tutulması öngörülmelidir. Bu yöntemle, bir taraftan adayların kamuoyunda yeterince tanınması, diğer taraftan da nitelikli adayların seçilmesi sağlanmış olacaktır.

- Kurul kararlarının kişisel çıkarlardan, kaygılardan ve siyasi eğilimlerden etkilenmemesi için, karma oluşumun yanı sıra, Kurulun üye sayısının fazla olmasına dikkat edilmelidir. Az sayıdaki üye ile çalışan bir kurulda çoğulculuğu sağlama ihtimali düşük olacağından, tek bir eğilimi yansıtmaya potansiyeli yüksek olan böyle bir kurulun sağlıklı karar almasında ciddi sorunlar yaşanacaktır. Ne kadar fazla sayıda üye ile toplanılırsa Kurulun o kadar daha sağlıklı müzakereler yapması ve kararlar alması mümkün olacaktır. ²⁹ Ayrıca, bu yolla Kurulda sağlanacak çoğulculuk, hâkimlerin bağımsızlığını sağlamada da etkili olacaktır. Bu bağlamda 2010 Anayasa değişikliğinin öngördüğü sayı (22 üye) ya da ona yakın bir sayı öngörülebilir.
- Yürütmenin yargıya müdahalesine açık kapı bırakan ve yargı bağımsızlığı açısından birçok sakınca içeren Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının (ilgili Bakan Yardımcısının) Kurul üyeliği uygulamasına son verilmelidir. Ancak, Adalet Bakanına, ülkenin adalet siyasetinden ve adalet hizmetlerinin

²⁷ Gönenç, Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları, s. 9; Denge ve Denetleme Ağı, 2021’e Girerken Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi: Yargı, Demokrasi Barometresi, Analiz Raporu No:12, 8 Kasım 2020, s. 7. [https://www.dengedenetleme.org/dosyalar/file/CBHS'nde%20Yarg%C4%B1%20-%20Demokrasi Barometresi Analiz Raporu No 12.pdf](https://www.dengedenetleme.org/dosyalar/file/CBHS'nde%20Yarg%C4%B1%20-%20Demokrasi%20Barometresi%20Analiz%20Raporu%20No%2012.pdf) (Erişim Tarihi: 02.09.2022).

²⁸ Hakyemez, s. 68.

²⁹ Hakyemez, s. 61, 70.

yerine getirilmesinden sorumlu olduğu dikkate alındığında, oy hakkı olmaksızın, -soruşturma veya disiplin konularını içeren toplantılar hariç olmak üzere- Kurul toplantılarına katılma hakkı tanınabilir.³⁰

- Görev süresi biten Kurul üyelerinin yeniden seçilmeleri mümkün olmamalıdır. Kurul üyelerine getirilecek ikinci kez seçilme yasağı, üyelerin tavizler vermesini, farklı ilişkiler içerisine girmesini ve özellikle kendilerini seçen makamın talep ve beklentilerine duyarlı olmalarını engelleyecek ve böylece bağımsız ve tarafsız davranabilmelerini sağlayacaktır.³¹
- Hâkimler Kurulu, idari bir organ olacağından dolayı kararları da idari nitelik taşıyacaktır. İdari kararların yargı denetimi dışında tutulması, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.³² Nitekim bu sebeple 1961 Anayasası’nın orijinal metninde Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı yargı yolu açık tutulmuşken, 1971 değişikliğiyle Kurul kararları yargı denetimi dışında tutulmuştur. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. 1982 Anayasasıyla tekrar Kurul kararlarına karşı denetim yasağı getirilmiştir. 2010 Anayasa değişikliğiyle HSYK’nın, meslekten çıkarma cezasına ilişkin kararları yargı denetimine tabi tutulmuştur. Hukuk devleti ilkesi, hâkimlik teminatı ve hâkimlerin bağımsızlığı açısından doğru olan, Hâkimler Kurulu’nun tüm kararlarının yargı yoluna açık tutulması olmalıdır.³³
- Savcılık mesleğini teminat altına almak, genel olarak yargının bağımsızlığını temin etmek bakımından önemlidir. Bu amaçla, savcılık mesleğinin gerekleri ile adalet hizmetlerinin yürütülmesindeki siyasi sorumluluk ilkesini dikkate alarak, farklı kaynaklardan atanan üyelerden oluşacak çoğulcu bir “Savcılar Yüksek Kurulu” oluşturulmalıdır. Kurulun Başkanının Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarının da doğal üye olacağı bu

³⁰ İnceoğlu, Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Ekseninde Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, s. 119.

³¹ İnceoğlu, Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Ekseninde Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, s. 124.

³² Tanör, s. 178.

³³ Gönenç, Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları, s. 19; Hakyemez, s. 69.

Kurul, savcılarının özlük işleri hakkında karar almaya yetkili olacaktır.

B. Hâkim Adaylarının Seçimi, Eğitimi ve Atanmalarına İlişkin Teminat

Hâkim adaylarının seçimi, eğitimi ve göreve alınmalarına ilişkin kararların hangi organlar tarafından alındığı ve bu kararlara ilişkin ölçütlerin neler olduğu hususu, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi açısından büyük önem taşır. Hâkim adaylarının, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği nitelikleri esas alan objektif ölçütler çerçevesinde, bağımsız bir yargı kurulu tarafından seçilmesi ve atanması, yargı bağımsızlığının güçlenmesine hizmet edecektir. Tam tersi durumda, yani hâkim adaylarının subjektif ve keyfi kararlarla seçilmesi ve atanması ya da seçen ve atayan makamın bağımsız olmaması halinde ise yargı bağımsızlığı zedelenecektir. Böylesi bir durumda seçilen ve atanan hâkimler, kendilerini mesleğe kabul eden makama karşı borçlu hissedecekler; onların talep ve beklentileri doğrultusunda hareket edeceklerdir. Bu da, yargı bağımsızlığının sonu anlamına gelebilecektir.

Yargının bağımsızlığını sağlamada hayati önemi haiz olduğu için birçok uluslararası belgede hâkimlerin seçimi ve atanmalarına ilişkin yol gösterici görüş ve önerilere yer verilmiştir. “Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri” adlı belgenin “Hâkimlerin Nitelikleri, Göreve Seçilmeleri ve Eğitimleri” başlıklı 10. paragrafında, “hâkimler, gerekli hukuk eğitimini ve niteliklerini almış, dürüst ve ehliyetli kişiler arasından seçilir. Yargısal göreve seçim yöntemleri düzenlenirken, uygunsuz saiklerle atama yapılmasına karşı koruyucu tedbirler getirilir. Hâkimlerin seçiminde ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum ve statü gibi nedenlerle bir kimseye karşı ayrımcılık yapılamaz” demektedir.³⁴

Konuya ilişkin “Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi”nin 1 numaralı görüşüne göre, hâkimlerin mesleğe kabulü ve atanmalarında; adayların niteliklerini, dürüstlüklerini, yeteneklerini ve etkinliklerini gözetilen bir liyakat esasını temin edecek objektif ölçütler belirlenmeli,

³⁴ Bkz. Basic Principles on the Independence of the Judiciary, para. 10, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>. (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

ilan edilmeli ve uygulanmalıdır.³⁵ Venedik Komisyonu’nun yayınladığı “Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakkındaki Rapor”a göre de, hâkimlerin atanması ve kariyerleri ile ilgili tüm kararlar, kanunla belirlenmiş objektif kriterlere dayalı olarak alınmalıdır.³⁶

Diğer iki Avrupa Konseyi danışma organlarının görüşlerine paralel olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Rec.(1994) 12 Tavsiye kararına göre, hâkimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin bütün kararlar objektif ölçütlere dayanmalı, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri, nitelikleri, dürüstlüğü, yetenek ve etkinlikleri gözetilerek liyakat esasına göre olmalıdır. Hâkimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren mercii hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciiin bağımsızlığını güvence altına almak için, merciiin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu mercii kendi usul kurallarını kendisi vazetmelidir.³⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin bir başka tavsiye kararına göre, hâkim seçiminde uygulanan usuller şeffaf olmalı ve alınan kararların gerekçeleri, talep etmeleri halinde, başvuran kişilere bildirilmelidir. Başarısız olan bir adaya, karara veya en azından kararın alınmasında izlenen usule itiraz etme hakkı tanınmalıdır.³⁸

Ayrıca, “Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı”, hâkim adaylarının seçimine, göreve alınmasına, eğitimine, atanması veya -daimi kadrosu onaylanmadan önce- atanmaması kararına ilişkin çok geniş bir görüş ve öneriler listesi sunmaktadır.³⁹ Listede yer alan öneriler,

³⁵ Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi, Opinion No. 1, para. 25.

³⁶ Venedik Komisyonu’nun “Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Hakkındaki Rapor” için bkz. CDL-AD (2010)004-e Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12-13 March 2010), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e) (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

³⁷ Bkz. Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (94) 12, to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges (1994), Principle 1/2c, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c84e2>. (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

³⁸ Recommendation CM/Rec (2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, para. 48, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/06/CMRec201012E.pdf> (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

³⁹ Raporun ilgili kısmında şu görüş ve öneriler yer almaktadır:

Türkiye’de ilerleyen süreç içerisinde gerçekleştirilecek geniş kapsamlı bir yargı reformuna ilişkin yol gösterici mahiyette öneriler içermektedir.

Türkiye’de hâkim adaylarının seçiminde siyasi müdahalelerin ve kayırmanın rol oynadığına ilişkin yaygın bir kanaatin olduğu biliniyor. Bu kanaatin oluşmasında iki unsur etkilidir. Bunlardan birincisi, hâkim adaylığı seçiminde uygulanan ve sübjektif nitelik taşıyan mülakat yönteminin kabul edilmesidir. İkincisi ise, hâkim adaylığı statüsüne

2. Seçim, İşe Alınma, İlk Eğitim

2.1 Statünün bağımsız bir organ tarafından hâkimlerin seçimi ve işe alınmaları hususundaki kuralları, adayların kendilerine verilen hukuki meseleleri tarafsız ve serbest bir şekilde değerlendirebilme ve bireylerin onuruna saygı ile yasaları uygulama yeteneğine dayanmaktadır. Bu Statü herhangi bir adayın sadece cinsiyeti veya etnik veya sosyal kökeni veya felsefi ve siyasi görüşü veya dini inançları nedeniyle dışlanmasını yasaklar.

2.2 Statü, eğitim durumu veya önceki tecrübe ile ilişkili koşullar yoluyla yargı görevini yerine getirebilmek hususundaki yeterliliği sağlayan şartlara ilişkin düzenleme öngörmektedir.

2.3 Statü, seçilmiş olan adayların yargı görevlerini etkili bir şekilde yerine getirebilmeleri için devletin sağladığı uygun eğitim programlarıyla hazırlanmalarını sağlar.2.3 no’lu paragrafta belirtilmiş olan otorite, adli görevlerin yerine getirilmesiyle yakından ilgili olan açık fikirli, yeterli ve tarafsız olma değerlerinin ışığında, bu eğitim programlarının ve bunu uygulayan kurumun elverişliliğini/uygunluğunu sağlar.

3. Atama ve Azlolanamama

3.1 Seçilmiş olan bir adayın hâkim olarak atanması ve bir mahkemede görevlendirilmesi kararı 1.3’te belirtilen bağımsız makam tarafından veya onun, teklifi veya tavsiyesi veya rızası veya görüşü üzerine alınacaktır.

3.2 Statü, adayın veya yakınlarının geçmiş faaliyetlerinin bir mahkemeye atanmasına engel olacak şekilde adayın tarafsızlığı ve bağımsızlığı hususunda haklı ve objektif şüphelere yol açabilecek halleri düzenliyor.

3.3 İşe alınma usulü bir deneme süresi öngördüğü takdirde, kısa bir süre için olmak üzere, hâkimliğe aday gösterildikten sonra fakat daimi kadrosu onaylanmadan önce veya yenilenecek şekilde sınırlı bir süre ile işe alındığında, daimi kadroya atanmaması veya yenilenmemesi kararı, 1.3’te belirtilen bağımsız makam tarafından veya onun teklifi, veya tavsiyesi veya rızası veya görüşü üzerine alınacaktır. 1.4’teki hüküm deneme süresine tabi tutulmuş olan kişilere de uygulanacaktır.

Bkz. European Charter On The Statute For Judges, (Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı), Strasbourg, 8 - 10 July 1998, para. 2.1., <https://rm.coe.int/16807473ef>. (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

kabulden hâkimlik statüsüne atanmaya varıncaya kadarki süreçte Adalet Bakanlığının ve Türkiye Adalet Akademisi’nin (TAA) yetkili olmasıdır.

24.02.1983 tarih ve 2802 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Kanunu”,⁴⁰ hâkim adaylığına atanmada iki ayrı sınav öngörmektedir: Yazılı yarışma sınav ile mülakat (m.8/1-I). Kanuna göre yazılı yarışma sınavı, Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılır (m.9/A-1). ÖSYM tarafından yapılacak ve çoktan seçmeli sorulardan oluşacak yazılı sınav yöntemi doğru olmakla birlikte, bir taraftan soruların kimler tarafından hazırlanacağına ilişkin belirsizlik, diğer taraftan da geçmiş yıllarda bu soruların defalarca çalınıp dağıtılmış olması, yazılı sınavın nesnelliği konusunda kuşku uyandırmaktadır.⁴¹

2802 sayılı Kanun, yazılı sınavda başarılı olanların mülakata çağrılacağını (m.9/A-5), Mülakat Kurulunun; Adalet Bakanının görevlendireceği bakan yardımcısının başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreteri ve Türkiye Adalet Akademisi Danışma Kurulundan seçilen bir kişi olmak üzere toplam yedi üyeden oluşacağını öngörmektedir (m.9/A-6).

Hâkim adaylığına atanmada öngörülen ve subjektif değerlendirmelere açık olan mülakat yöntemi, adayların bilgi ve liyakatını ölçmeye yönelik objektif bir yöntem olmadığı gibi, yargısal denetime de elverişli değildir. Oysa, hâkimlerin mesleğe hangi yöntemle kabul edildikleri hususu, hâkimlerin bağımsızlığıyla ilgili bir konu olduğundan, hâkimlik teminatı ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi, hâkim adaylarının seçiminin liyakatı esas alan objektif bir yöntemle yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenleme, hâkimlik teminatına, dolayısıyla da yargı bağımsızlığı ilkesine aykırılık arz etmektedir.

⁴⁰ Bkz. Resmi Gazete, 26.2.1983-17071. Henüz yürürlükte olmayan, ancak 1/1/2023 tarihinde yürürlüğe girecek olan 23/6/2022 tarihli ve 7413 sayılı Kanunun 21 inci maddesiyle 2802 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak “Hâkim ve Savcı Yardımcılığı” kadrosu kabul edilmiş; ilgili Kanunda geçen “adaylık” ibaresi “Hâkim ve Savcı Yardımcılığı” şeklinde değiştirilmiştir (Resmi Gazete, 28.6.2022-31880).

⁴¹ İnceoğlu, Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Ekseninde Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, s. 129.

Öte yandan, Mülakat Kurulunun⁴² beş üyesinin Adalet Bakanlığı'nda görev yapan bürokratlardan oluştuğu, geriye kalan iki üyeden birinin özerkliği zedelenmiş TAA Danışma Kurulunun kendi içinden, diğerinin ise (HSK Genel Sekreteri) HSK üyeleri tarafından gösterilen üç aday içerisinden Adalet Bakanı tarafından seçildiği dikkate alındığında, Kurulun, yürütmenin etkisine ve yönlendirmesine açık olduğu görülür. Yürütme organından bağımsız olarak görev yapması gereken hâkimlerin, daha mesleğe girişte yürütme organı ağırlıklı bir Kurul tarafından mülakata tabi tutulması, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkesiyle çelişmektedir.⁴³

Hâkim adaylarının seçimi ve atanması sürecinde ortaya çıkan bir başka sorun alanı, hâkim adaylarının meslek öncesi eğitimleri ve adaylık süresinin bitiminde yapılan yazılı ve sözlü sınavlarıdır. Hâkim adaylarının meslek öncesi eğitimlerinin kapsamı ve niteliğinin nasıl olduğu ve eğitimcilerin kimlerden oluştuğu sorularına verilecek cevaplar, hâkim adaylarının mesleğe atanmaları sonrasında sergileyecekleri duruş ve tutum bakımından önem taşımaktadır. Meslek öncesi eğitimin; bir endoktrinasyon aracı olarak kullanılması, adaylarla siyasi ya da çıkara dayalı ilişkilerin geliştirildiği bir mecra haline getirilmesi ve/veya adaylarda, yargının siyasi iktidarın bir parçası olduğuna ilişkin güçlü bir kanaatin oluşmasında bir araç olarak kullanılması, adayların mesleğe atanmaları sonrasında takınacakları tavır konusunda olumsuz etki yaratabilecektir.

Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na göre, hâkim adaylarının meslek öncesi eğitimi TAA tarafından yapılır (m. 10/2). İlk bakışta bu düzenlemenin yargı bağımsızlığı açısından herhangi bir sorun teşkil etmediği söylenebilir. Ancak bunu söyleyebilmek için TAA'nın kuruluşuna, yapısına ve özellikle yürütme ile olan ilişkisine bakmak gerekir.

⁴² “Mülakat Kurulu; Adalet Bakanının görevlendireceği bakan yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreteri ve Türkiye Adalet Akademisi Danışma Kurulundan seçilen bir kişi olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.” (2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, m. 9/A-6).

⁴³ Çelik, s.216.

23.7.2003 tarih ve 4954 sayılı “Türkiye Adalet Akademisi Kanunu”⁴⁴ ile kurulan ve bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip olan TAA; 2.7.2018 tarih ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin⁴⁵ 2. maddesi gereği kuruluş kanunu yürürlükten kaldırıldığı için kapatılmış ve 34 numaralı “Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”⁴⁶ ile yeniden kurulmuştur. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, yargı mensuplarının meslek öncesi ve meslek içi eğitiminde görevli olan ve özellikle hâkim adaylarının seçimi ve atanma sürecinde kritik yetkilere sahip bir kuruluşun OHAl Kararnamesiyle kapatılması ve kanunla değil de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yeniden kurulması, yargı bağımsızlığı açısından çok büyük sakınca içermektedir.⁴⁷

4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile mukayese edildiğinde, daha çoğulcu, katılımcı ve özerk bir TAA öngörmekteydi. Mülga Kanun, Akademinin, Başkanlık, Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu organlarından oluşmasını, görev ve yetkilerin de bu organlar arasında paylaşılmasını kabul etmiştir. Yürürlükteki düzenleme ise, Akademinin, Başkanlık ve Danışma Kurulundan oluşmasını ve bütün yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından atanan Başkanda toplanmasını öngörmektedir. Böylece eski düzenlemedeki görece çoğulcu, katılımcı ve yetki paylaşımına dayalı yapıya son verilmiş; tekçi ve merkezîyetçi bir yapı oluşturulmuştur. Daha önceki düzenlemede de yeterince çoğulcu, katılımcı ve özerk olmayan bu yapının söz konusu niteliklerinin önemli ölçüde zayıflatılmış olması, yargı bağımsızlığı açısından önemli bir sorun teşkil etmektedir.⁴⁸

⁴⁴ Bkz. Resmi Gazete, 31.07.2003-25185.

⁴⁵ Bkz. Resmi Gazete, 09.07.2018-3. Mükerrer.

⁴⁶ Bkz. Resmi Gazete, 02.05.2019-30762.

⁴⁷ İnceoğlu, Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Ekseninde Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, s. 133.

⁴⁸ Avrupa Birliği 2021 Türkiye Raporunda Türkiye Adalet Akademisine ilişkin şu değerlendirmeye yer verilmiştir: “Hâkim ve savcı adaylarının hizmet öncesi eğitimleri ile hizmet içi eğitimleri, Türkiye Adalet Akademisi tarafından vermeye devam edilmiştir. Kanunen bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip olmakla birlikte, genel kurulu veya yönetim kurulu bulunmadığı ve yönetimi Cumhurbaşkanı tarafından atanan başkana bırakıldığı için Akademinin bağımsızlığına ilişkin endişeler devam etmektedir. Akademinin bağımsız olmaması; açıklık, yeterlilik ve tarafsızlık şartlarına uygun eğitim programları düzenleme kapasitesini

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine göre, hâkim adaylarına meslek öncesi eğitimi verecek öğretim elemanları Adalet Bakanı ve TAA Başkanı tarafından belirlenir (m.8,9). Adalet Bakanı ve TAA Başkanı tarafından belirlenen öğretim elemanlarının eğitiminden geçen adaylar, adaylık süresinin sonunda yazılı ve sözlü sınava tabi tutulur. Yazılı sınavdan en az yetmiş puan alanlar sözlü sınava alınır. Yazılı sınav; adaylara ders veren öğretim elemanları arasından TAA Başkanınca seçilen başkan ile dört asıl ve iki yedek üyeden oluşan yazılı sınav kurulu tarafından yapılır. Sözlü sınav ise; TAA Başkanının başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı ve Personel Genel Müdürü ile adaylara ders verenler arasından ilgili bakan yardımcısınca seçilen iki asıl ve bir yedek üyeden oluşan sözlü sınav kurulu tarafından yapılır. Sınavlarda başarılı olamayanlar, talepleri hâlinde Bakanlıkça merkez veya taşra teşkilatında genel idare hizmetleri sınıfında bir kadroya atanabilir, aksi hâlde bunların adaylığına Bakanlıkça son verilir (2802 sayılı Kanun m.10/2-6).

Görüldüğü gibi, hâkim adaylarının seçiminden atanmasına kadarki süreç içerisinde tesis edilen işlemler ve alınan kararlar konusunda etkili ve belirleyici olan yürütme organıdır. Her ne kadar hâkimlik mesleğine atama yetkisi HSK'ya ait olsa da, HSK, Adalet Bakanlığı'nın belirlediği üyeler arasında seçim yapmaktadır.⁴⁹ Türkiye'de yürütmenin yargıya müdahale ve yargıyı denetimi alma geleneği ve pratiği dikkate alındığında, bu durumun, yargı bağımsızlığı açısından ciddi bir sakınca oluşturduğunu ifade etmek gerekir.

Hâkim adaylarına ilişkin bir başka sorun alanı, adaylık süresi içerisinde göreve son verme hallerinden birinin keyfiliğe açık olmasıdır. 2802 sayılı Kanuna göre, adayın, adaylık süresi içindeki davranışlarında hâkimlikle bağdaşmayacak tutumları, bilgi ve iş yapma kabiliyeti bakımından yeterli olmadığı tespit edilmesi” halinde adaylığına Adalet Bakanlığınca son verilir (m. 12/c). Adalet Bakanlığınca tanınan bu yetki keyfi uygulamaya açık olduğundan, hâkim adaylarına yönelik kullanılabilir bir tehdit potansiyeline sahiptir.

etkilemektedir. Avrupa Yargı Eğitim Ağı (EJTN), 2021 Genel Kurulu'nda Türkiye Adalet Akademisinin 2017'de kararlaştırılan gözlemci statüsünün askıya alınmasının sürdürülmesine karar vermiştir.”

(Bkz. https://ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2021_turkiye_raporu_tr.pdf) (Erişim Tarihi: 21.08.2022).

⁴⁹ Yıldız, s. 263.

Hâkimlerin seçimi ve atanmalarında yargı bağımsızlığı bakımından sakıncalı olan düzenlemelere ilişkin şu öneriler dikkate alınabilir:

- Hâkim adaylığına kabul ile hâkimlik mesleğine kabul süreçleri birbirini tamamlayan süreçlerdir. Tıpkı bir madalyonun iki yüzü gibidir. Biri olmadan diğeri düşünülemez.⁵⁰ Bu nedenle, hâkim adaylığı statüsüne atanma ile hâkimlik statüsüne atanmayı birbirinden ayıran, birincisinde Adalet Bakanlığını, ikincisinde ise HSK’yı yetkili kılan mevcut düzenleme terk edilmeli; her iki statüye atanma konusunda Hâkimler Kurulu yetkili olmalıdır.
- Hâkim adaylarının seçiminde ve hâkimlik mesleğine atanmada, kamu hizmetlerinde göreve kabuldeki eşitlik ilkesine uygun olarak, objektif kriterlere dayalı, her türden kayırma ve torpil uygulamasına kapalı bir sınav sistemi kabul edilmelidir. Bu amaçla ÖSYM tarafından yapılan hâkim ve savcı adaylığı yazılı sınav uygulamasına devam edilmelidir. Yazılı sınavda başarılı olanlar için yapılacak mülakatta sübjektif değerlendirmelerin önüne geçebilmek için şeffaf bir yöntem kabul edilmelidir. Bu çerçevede mülakat; yazılı, işitsel ve görsel kayıt altına alınmalıdır.
- Mülakat Kurulu, seçen ve seçilen kaynak bakımından zenginleştirilmeli ve çoğulcu bir yapıya kavuşturulmalıdır. Kurul üyelerinin çoğunluğu Hâkimler Kurulu, diğer üyeler ise Üniversiteler, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Adalet Akademisi ve Adalet Bakanlığı tarafından belirlenmelidir. Bu şekilde oluşturulacak çoğulcu niteliğe sahip bir karma kurul, mülakatın hem adillliğini hem de meşruiyetini güçlendirecektir.
- Hâkim adaylığı süresi içerisinde adaylığa son verme halleri, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği objektif niteliklerle sınırlı olarak belirlenmeli; sübjektif ve keyfî uygulamalara yol açabilecek koşullara yer verilmemelidir.
- Hâkim adaylarının eğitiminden sorumlu olacak TAA, gerçek anlamda bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip kılınmalıdır. TAA’nın oluşumunda ve işleyişinde çoğulculuk, katılımcılık ve özerklik ilkeleri esas alınmalıdır.

⁵⁰ Çelik, s. 216.

C. Hâkimlerin Coğrafi Teminatı

Hâkimlerin, görevlerini bağımsızlık duygusu içinde, huzur ve güvenle yapabilmeleri için, görev yerlerinin değiştirilebileceği kaygısından uzak kalmaları gerekir.⁵¹ Hâkimlerin -iradeleri dışında- başka bir yargısal makama veya başka bir yerdeki göreve, yükseltme yoluyla da olsa atanmaları, onlar üzerinde bir baskının oluşmasına yol açabilir. Belli bir süre görev yaptıkları yerde aile düzenlerini kuran ve yaşamlarını bu düzen çerçevesinde sürdüren hâkimler, görev yerlerinin değiştirilmesini ve kurdukları düzenin bozulmasını istemezler. Görev yeri değiştirmeye yetkili olan mercii, hâkimlerin bu insani beklentilerini suiistimal ederek, onlar üzerinde bir tehdit unsuru olarak kullanabilir. Öte yandan, hâkimlerin görev yaptıkları yerlerin yaşam kalitesi bakımından birbirinden farklı olduğu ve her hâkimin daha yaşanabilir bir yerde görev yapmayı isteyeceği dikkate alındığında, böyle bir beklenti de yetkili mercii tarafından hâkimler üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılabilir.⁵² Bütün bunlardan daha tehlikeli ihtimal, -yetkili mercii istediği kararı vermeyecek olan- hâkimlerin bakmakta oldukları davanın ellerinden alınması amacıyla görev yerlerinin değiştirilmesidir.

Hâkimlerin kendi rızaları dışında görev yerlerinin değiştirilmesinin yargı bağımsızlığı açısından yaratacağı tehlikeyi dikkate alan birçok devletin anayasasında ve konuyla ilgili uluslararası belgelerde “coğrafi teminat” kabul edilmiştir. Hâkimlerin kendi istekleri dışında yer ve görevlerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin kurala Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı üç istisna öngörmektedir. Bunlar; bir disiplin soruşturması sonucunda yer değiştirmenin öngörülmüş olması, mahkeme sisteminde hukuka uygun bir değişikliğin yapılmış olması ve azami süresi kanunla sınırlanmış olmak şartıyla yakın bir mahkemeye destek olmak amacıyla geçici bir görevlendirme yapılmasıdır.⁵³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararında ise sadece iki sebeple bir hâkimin kendi isteği dışında görev yerinin değiştirilebileceği söylenmektedir. Bunlar; yargı teşkilatında reforma gidilmesi veya bir disiplin cezası verilmesidir.⁵⁴

⁵¹ Gözler, s. 1177.

⁵² Gönenç, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, s. 19.

⁵³ Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı, para. 3.4.

⁵⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 52.

Türkiye’de coğrafi teminata pozitif hukukta yer verilmediğinden, hâkimler, başka bir mahkeme ve yerdeki göreve iradeleri dışında rahatlıkla atanabilmektedirler.⁵⁵ Hâkimlerin görev yerlerinin değiştirilmesine ilişkin kararların bağımsız gibi görünen HSK tarafından alınıyor olması, coğrafi teminatın gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Zira hâkimlik teminatı HSK’ya karşı da olmalıdır.⁵⁶ Zira HSK’nın, siyasi eğilimini beğenmediği bir hâkimin görev yerini değiştirerek davadan el çektirmesi mümkün olduğu gibi, karar verdikten sonra ilgili hâkim üzerinde baskı kurmak veya diğer hâkimlere gözdağı vermek amacıyla, daha zor şartlarda yaşamını sürdüreceği ve görevini yapacağı bir yere tayin edilmesi de mümkündür.⁵⁷ HSK’nın özellikle son yıllarda verdiği naklen atama kararları, bütün bu ihtimallerin fiili gerçekliğe dönüştüğüne dair kamuoyunda bir kanaatin oluşmasına yol açmaktadır. Benzeri kaygı ve kanaatin Avrupa Birliği (AB) Türkiye Raporlarında da paylaşıldığı görülmektedir.

Avrupa Birliği’nin (AB) 2020 Türkiye Raporu’nun “Yargı ve Temel Haklar” başlığı altında şu değerlendirmeye yer verilmiştir: “*Türk hâkim ve savcılarının % 30’unun ihraç edilmesinin ve yer değiştirmeye zorlanmasının hem bağımsızlık hem de verimlilik açısından olumsuz etkisi devam etmiştir. Hukuka uygunluk gözetilmeksizin yapılan ihraçların yargı içinde otosansüre ve sindirilmeye yol açtığına dair endişeler mevcuttur (...)* Hâkim ve savcılarının görev yerlerinin sık sık değiştirilmesi yargı kalitesini olumsuz yönde etkilemeye devam etmiştir.” Raporda bir sonraki yıl için, hâkimlerin görev yerlerinin kendi istekleri dışında değiştirilmemesi konusunda etkili güvencelerin sağlanması tavsiye edilmiştir.⁵⁸

AB’nin 2021 Türkiye Raporu’nda da aynı görüşler tekrarlanmış ve hâkim ve savcılarının rızaları olmaksızın hiçbir gerekçe gösterilmeden görev yerlerinin değiştirilmesine 2020 boyunca devam edildiği ifade edilerek, bu konuya ilişkin kaygılar paylaşılmış; bir önceki yılki raporda yer alan tavsiyelerin yerine getirilmediğine dikkat çekilmiş ve bir sonraki

⁵⁵ Sibel İnceoğlu, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2008, s. 21-22.

⁵⁶ Gözler, s. 1177.

⁵⁷ Gözler, s. 1177.

⁵⁸ AB 2020 Türkiye Raporu için bkz.

https://ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_repo_rt_30.10.2020.pdf (Erişim Tarihi: 21.08.2022).

yıl, Türkiye'nin özellikle: hâkimlerin görev yerlerinin kendi rızaları alınmadan değiştirilmemesi konusunda etkili güvenceler sağlaması gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁵⁹

HSK'nın, Adli ve İdari Yargı 2022 yılı Kararnamesi ile 5426 hâkim, 33 başsavcı ve 351 yerel mahkeme üyesinin görev yerleri değiştirildiği biliniyor. HSK'nın, hâkimlerin görev yeri değişikliğine ilişkin kararlarında adalet mekanizmasının iyi işlemesi amacının değil, başka sebeplerin etkili olduğu ileri sürülmektedir.⁶⁰ Bu sebeplerin başında, siyasi iktidarın beklentileri doğrultusunda karar vermemek geliyor. Bu amaçla gerçekleştirilen görev yeri değişikliğine ilişkin birçok örnek vermek mümkündür. Bunlardan biri, Cemal Kaşıkçı'nın öldürülmesine ilişkin davada dosyanın Suudi Arabistan'a nakline ilişkin verilen karara muhalefet şerhi yazan İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Nimet Demir'in Kahramanmaraş'a atanması kararıdır.⁶¹ Bir başka örnek, Gezi davasındaki mahkumiyet kararına muhalefet şerhi yazan ve İstanbul'da görev yapan hâkim Kürşad Bektaş'ın Tokat Turhal Hâkimliğine görevlendirilmesidir.⁶² Son bir örnek, “siyasi ve askeri casusluk” suçlamasıyla gözaltına alınıp daha sonra tutuklanan DEVA Partisi kurucu üyelerinden olan Metin Gürcan hakkında tahliye kararı veren Ankara 26. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Halit Kılıç'ın Trabzon'a görevlendirilmesidir.⁶³

HSK'nın, hâkimlerin görev yeri değişikliğine ilişkin verdiği bu tür kararların yargı bağımsızlığı üzerindeki olumsuz etkisi, Denge ve Denetleme Ağı'nın “2021'e Girenken Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi: Yargı” başlıklı raporunda şu şekilde dile getirilmektedir: “HSK'nın oluşumu üzerindeki yürütme etkisi düşünüldüğünde, bu tip görev yeri değişiklikleri yargıçların kararlarının yargısal usuller ve yargı

⁵⁹ AB 2021 Türkiye Raporu için bkz. https://ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2021_turkiye_raporu_tr.pdf (Erişim Tarihi: 21.08.2022).

⁶⁰ Gözler, s. 1177.

⁶¹ Bkz. <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/cemal-kasikci-davasinin-atanan-hakimi-nimet-demir-benim-tayinim-yargiyi-hizaya-getirme-tayinidir-1949570> (Erişim Tarihi: 02.09.2022).

⁶² Bkz. <https://www.karar.com/yazarlar/taha-akyol/yargiya-baskinin-araci-hsk-1593387> (Erişim Tarihi: 02.09.2022).

⁶³ Bkz. <https://www.karar.com/yazarlar/elif-cakir/hsknin-surgun-ettigi-hakim-sayisi-iki-degil-1593440> (Erişim Tarihi: 02.09.2022).

İçeriler dışında değiştirilemeyeceği yönündeki temel ilkeyle çelişmekte ve yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını zedelemeye devam etmektedir.”⁶⁴

Hâkimlerin rızaları dışında görev yerlerinin değiştirilmesinin yargı bağımsızlığı açısından potansiyel bir tehdit oluşturması, HSK’nın oluşumundaki yürütme etkisi ve uygulamanın güvencesizliği dikkate alındığında, Türkiye’de coğrafi teminatın ne kadar önemli ve gerekli olduğu daha iyi anlaşılacaktır. Her ne kadar 2019 Yargı Reformu Strateji Belgesi’nde belli bir kıdemdeki hâkim ve savcılara coğrafi teminat getirileceği öngörülmüşse de, bugüne kadar konu ile ilgili herhangi bir adım atılmadığı görülmektedir.

Hâkimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı açısından hayati önemi haiz coğrafi teminata ilişkin şu iki önerinin yerine getirilmesi doğru olacaktır:

- Yargı bağımsızlığını ve hâkimlik teminatını gerçek anlamda sağlayabilmek için, hâkimin atandığı mahkemeden emekli oluncaya kadar, rızası olmadıkça bir başka mahkemeye atanmaması anayasal ve/veya yasal güvenceye kavuşturulmalıdır.⁶⁵ Bunun mümkün olmaması ya da bu konuda uzlaşmaya varılamaması halinde, 2019 Yargı Reformu Strateji Belgesi’nde öngörüldüğü gibi, belli bir kıdemdeki hâkimler için coğrafi teminat kabul edilmelidir.
- 2802 sayılı Kanunla Adalet Bakanına tanınan, bir yargı çevresindeki hâkim veya savcuyu ihtiyaç duyulan başka bir yargı çevresinde görev yapmak üzere geçici olarak görevlendirme yetkisi (m. 47/3), hâkimler bakımından kaldırılmalıdır.

D. Savcılık Sınıfına Atanmama Teminatı

Bir hâkimin kendi isteği ve onayı olmaksızın hâkimlik sınıfından savcılık sınıfına geçirilmesi, yargı bağımsızlığına müdahale potansiyeline

⁶⁴ Denge ve Denetleme Ağı, 2021’e Girerken Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi: Yargı, Demokrasi Barometresi, Analiz Raporu No:12, 8 Kasım 2020, https://www.dengedenetleme.org/dosyalar/file/CBHS'nde%20Yarg%C4%B1%20-%20Demokrasi_Barometresi_Analiz_Raporu_No_12.pdf (Erişim Tarihi: 02.09.2022).

⁶⁵ Benzer görüş için bkz. Gözler, s. 1178.

sahiptir. Anayasa’da bu teminat kabul edilmediği gibi, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa göre, HSK, hâkimlerin onayını almaksızın onları savcılık sınıfına atayabilir (m. 36/1-a). Böylece siyasi eğilimleri beğenilmeyen ya da verdiği kararlardan hoşnut olunmayan hâkimlerin HSK tarafından savcılık sınıfına atanmaları mümkün olmaktadır.⁶⁶ Bu ihtimal, hâkimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı açısından kabul edilemezdir.⁶⁷ Dolayısıyla yapılması gereken şudur:

- Her ne kadar uygulamada HSK, hâkimlerin talebi olmaksızın onları savcılık sınıfına atamama konusunda duyarlılık gösterse de, böyle bir ihtimalin varlığı dahi hâkimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı bakımından sorunludur. Bu nedenle hâkimlerin savcılık sınıfına atanmama güvencesi anayasal ve yasal güvence altına alınmalıdır.

E. Hâkimlerin Adalet Bakanlığına Karşı Bağımsızlık Teminatı

- Hâkim ve savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olduklarına ilişkin Anayasa’nın 140/6. maddesi, hâkimler üzerinde baskı oluşturma potansiyeline sahiptir. Özellikle hâkimler bakımından yargısal ve idari görev ayrımı çok ince bir ayrım olduğundan, Anayasa’nın ilgili hükmü, hâkimlerin kendilerini sürekli tedirgin hissetmelerine yol açabilir. O nedenle söz konusu hüküm hâkimler açısından kaldırılmalı ve buna ilişkin yetki Hâkimler Kuruluna verilmelidir.⁶⁸
- Anayasa’nın 159/9. madde hükmüne göre, “Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun ve diğer mevzuata (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır”. Bu hüküm, hâkimlerin karar ve işlemlerinin herhangi bir sınırlama olmaksızın denetlenmesine yol açma riski taşımaktadır. Zira, müfettişlerin yapacağı

⁶⁶ Gözler, s. 1178.

⁶⁷ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 465.

⁶⁸ Tanör, s. 179.

incelemenin, bir kanun yolu ya da itiraz yolu niteliğine bürünme ihtimali mevcuttur. Oysa hâkimlerin karar ve işlemlerinin kanun yolu ya da itiraz dışında denetlenmesi mümkün değildir. Aksi durum yargı bağımsızlığı bakımından ciddi sakıncalar doğurabilir.⁶⁹ Bu nedenle söz konusu madde, müfettişlerin, hâkimlerin karar ve işlemlerini denetlemesine yol açmayacak bir açıklıkta yazılmalıdır.

- Anayasa tarafından Adalet Bakanına tanınan bir başka yetki de yargı bağımsızlığı açısından sorunludur. Anayasa’ya göre, “Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.” (m. 159/12) Anayasa’nın bu hükmüne paralel bir hükme yer veren 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 37. maddesine ilişkin görüş bildiren Venedik Komisyonu’na göre, bu yöntem, yürütmenin, yargıyı etkilemesine ve denetlemesine imkân tanıma ve hâkimlerin bireysel bağımsızlığına müdahale etme potansiyeline sahiptir.⁷⁰
- 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 82/1. maddesinde düzenlenen, “Hâkim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır” hükmü de hâkimlerin kendi üzerlerinde baskı hissetmelerine yol açabilecek nitelikte bir hükümdür. Venedik Komisyonuna göre, bu yetki, Bakana, hükümeti rahatsız eden soruşturmaları engelleme fırsatını vermektedir.⁷¹ Adalet Bakanı tarafından

⁶⁹ Sibel İnceoğlu, Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, 2012, s. 37.

⁷⁰ Venice Commission, Opinion on the Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey (25 March 2011), Opinion No. 610/2011, CDL-AD (2011) 004, para. 49.

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)004-e) (Erişim Tarihi: 03.09.2022).

⁷¹ Venice Commission, Interim Opinion on the Draft Law on the High Council For Judges and Prosecutors (of 27 September 2010) of Turkey, Opinion No. 600/2010, CDL-AD (2010)042, para. 47.

kötüye kullanılmaya açık olan bu yetki hâkimler açısından kaldırılmalı ve buna ilişkin yetki Hâkimler Kuruluna verilmelidir.

Yine 2802 sayılı Kanunun, “Adalet Bakanı, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere hâkim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını haizdir” (m. 5/3) hükmü, yargı bağımsızlığı açısından sorunludur. İlgili maddede her ne kadar denetim yetkisinden söz edilmemişse de, gözetim yetkisinin kaçınılmaz sonucu denetim yetkisidir. Gözetlemeye yetkili olan makamın her zaman için denetleme alanına kayabilme ihtimali mevcuttur. Bu sebeple ilgili madde hükmü hâkimler yönünden kaldırılmalı ve bu yetki de Hâkimler Kuruluna verilmelidir.⁷²

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Türkiye’de yargının hukuki bağımsızlığının önünde engel olarak görülen ve haklarında çözüm önerileri sunulan sorunlara kaynaklık eden mevzuat hükümlerine bakıldığında, bunların çok önemli bir kısmının yerleşik demokrasilerin hukuk sistemlerinde de mevcut olmadığı görülür. Yerleşik demokrasilerde yargı bağımsızlığına ilişkin kimi ilke ve kuralların pozitif hukuk tarafından güvence altına alınmaması yargının bağımsız işleyişinde ciddi bir sorun teşkil etmezken, yerleşik olmayan demokrasilerde yargı bağımsızlığına ilişkin hukuki güvencelerin yokluğu ya da eksikliği, yargı bağımsızlığı alanında yaşanan sorunları büyüten ve derinleştiren bir etki yaratmaktadır.

Yargı bağımsızlığına ilişkin uluslararası belgelerde de ifade edildiği gibi, hâkimlerin özlük hakları konusunda karar verme yetkisinin yürütme organına tanınmasına rağmen yerleşik demokrasilerde yargının fiili bağımsızlığında ciddi sorunların yaşanmamasının nedeni, bu ülkelerde uzunca bir süredir devam edegelen hukuk kültürü ve siyasi geleneklerin varlığıdır. Bu tür toplumların tarihlerinde uzun soluklu verilen mücadeleler sonrasında ortaya çıkan ve ilerleyen süreç içerisinde kalıcı bir kazanıma dönüşen bağımsız yargıya dair davranış kodları ve gelenekler, başta yasama ve yürütme olmak üzere çeşitli güç odaklarının yargıya müdahale etmelerine engel olmaktadır. Zaman zaman ve yer yer

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)042-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)042-e) (Erişim Tarihi: 03.09.2022).

⁷² Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 465.

bu ülkelerde de yargıya müdahale girişimleri ortaya çıkabilmekte, ancak bu girişimler çoğu kez istenilen sonuç elde edilmeden savuşturulabilmektedir.

Aynı değerlendirmeyi yerleşik olmayan demokrasiler için yapmak mümkün değildir. Türkiye gibi, demokratik istikrarın ve kurumsallaşmanın olmadığı, özgürlüklerin ve çoğulculuğun sınırlı olduğu ve hukukun üstünlüğü ilkesinin hayatiyet bulmadığı bu tür ülkelerde yargının bağımsızlığı konusunda yaygın ve güçlü bir kültür ve gelenek olmadığı gibi, hukuksal güvenceler de ya yetersizdir ya da zevahiri kurmaya yöneliktir.

Türkiye’de, geçmişten bugüne uzanan çizgide, hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlet/yönetim geleneği ve bunun vazgeçilmez gereği olan bağımsız yargı hiçbir zaman istenilen düzeye ulaşamadı. Bağımsız yargı idealine yaklaşılan çok kısa dönemler yaşandı, ancak kalıcı olamadı. Bağımsız yargının kaderi, siyasal sistemin kaderine bağlı olarak değişim gösterdi. Hukukun üstünlüğüne dayalı çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi bir türlü kurumsallaştırılamadığı ve istikrara kavuşturulamadığı için, bağımsız yargı hedefine de ulaşamadı. Bugün itibarıyla, Türkiye’de yürürlükteki siyasal sistemin devletçi, tekçi, çoğunlukçu, merkeziyetçi, otoriter ve baskıcı nitelikleri ve buna eşlik eden zihniyet dünyası, çoğulcu ve özgürlükçü bir demokrasiye geçit vermediği gibi, bağımsız bir yargıya da geçit vermemektedir.

Yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını bütün unsurlarıyla birlikte fiili bir gerçeklik haline getirebilmek için, eş zamanlı olarak yürütülecek iki yönlü bir reform programına ihtiyaç vardır. Bir taraftan siyasal sistemin ıslahını sağlamak, diğer taraftan da geniş çaplı bir yargı reformunu hayata geçirmek için çaba sarf etmek gerekir.

Türkiye’de yargının hukuki bağımsızlığı konusunda çok ciddi eksikliklerin bulunmadığı söylenebilir. Yargının bağımsızlığına ilişkin temel ilke ve kuralların önemli ölçüde anayasal ve yasal güvenceye kavuşturulduğunu ifade etmek mümkündür. Bununla birlikte, yargının bağımsızlığına geçit vermeyen -siyasi sistemin niteliğinden kaynaklanan- siyasal gelenekler ve davranış kodları ve buna eşlik eden toplumsal kültür, mevzuatta yer alan kimi eksiklik ve/veya boşluklar, siyasi iktidarların yargıyı etkilemesine ve ona müdahalesine imkân tanımaktadır. Bunu önleyebilmek için, müdahaleye ve yönlendirmeye açık olan mevzuat hükümleri tespit edilerek değiştirilmesi yoluna gidilmelidir. Bu yapılırken, yargı bağımsızlığına ilişkin uluslararası

Fazıl Hüsnü ERDEM

belgelerde yer alan yol gösterici mahiyetteki görüş ve öneriler dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- AB 2020 Türkiye Raporu, https://ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf (Erişim Tarihi: 21.08.2022).
- AB 2021 Türkiye Raporu, https://ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2021_turkiye_raporu_tr.pdf (Erişim Tarihi: 21.08.2022).
- Adalet Bakanlığı, Yargı Etiği ve Yargı Bağımsızlığı Konusunda Uluslararası Belgeler, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2004.
- Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi, Opinion No. 1, para. 25.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, para. 52.
- Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted 06 September 1985 by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985, para. 1, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>
- Basic Principles on the Independence of the Judiciary, para. 10, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>. (Erişim Tarihi: 20.08.2022).
- CDL-AD(2010)004-e Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12-13 March 2010), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e) (Erişim Tarihi: 20.08.2022).
- CDL-JD (2007)001 - “Judicial Appointments”: Revised discussion paper prepared by the Secretariat for the meeting of the Sub-commission on the Judiciary (14 March 2007). [https://www.venice.coe.int/docs/2007/CDLJD\(2007\)001-e.asp](https://www.venice.coe.int/docs/2007/CDLJD(2007)001-e.asp) (Erişim Tarihi: 18.08.2022).

Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (94) 12, to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges (1994), Principle 1/2c, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c84e2>. (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

Çelik Burak, Hâkimler ve Savcılar Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Demokratik Bir Toplumda Hâkim ve Savcılar Arasındaki İlişkiler Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunulan Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin (CCJE) 12 (2009) Sayılı Görüşü ve Avrupa Savcılar Danışma Konseyinin (CCPE) 4 (2009) Sayılı Görüşü (CCJE ve CCPE tarafından birlikte kabul edilen bu Görüş, “Bordeaux Bildirisi” olarak adlandırılmaktadır.) para.3. <https://rm.coe.int/1680747391> (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

Denge ve Denetleme Ağı, 2021’e Girerken Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi: Yargı, Demokrasi Barometresi, Analiz Raporu No:12, 8 Kasım 2020. [https://www.dengedenetleme.org/dosyalar/file/CBHS'nde%20Yarg%C4%B1%20-%20Demokrasi Barometresi Analiz Raporu No 12.pdf](https://www.dengedenetleme.org/dosyalar/file/CBHS'nde%20Yarg%C4%B1%20-%20Demokrasi%20Barometresi%20Analiz%20Raporu%20No%2012.pdf) (Erişim Tarihi: 02.09.2022)

Erdem Fazıl Hüsnü, “1982 Anayasasında İnsan Hakları ve Hukuk Devleti: Eleştirel Bir Bakış”, Yeni Türkiye, Yıl: 4, Sayı: 21, Mayıs-Haziran 1998.

Erdem Fazıl Hüsnü, “Türkiye’de Yargının Hukuk Ötesi Sorunları, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 40, 2019.

European Charter On The Statute For Judges, (Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı), Strasbourg, 8 - 10 July 1998, para. 2.1., <https://rm.coe.int/16807473ef>. (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

Gönenç Levent, Dünyada ve Türkiye’de Yüksek Yargı Kurulları, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, Ankara, 2011.

Gönenç Levent, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, Ankara, 2011.

Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.

Hakyemez Yusuf Şevki, “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, Stratejik Düşünce Enstitüsü Yargı Raporu, Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurulları, Ankara, 2010.

https://ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2021_turkiye_raporu_tr.pdf
(Erişim Tarihi: 21.08.2022).

<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/cemal-kasikci-davasinin-atanan-hakimi-nimet-demir-benim-tayinim-yargiyi-hizaya-getirme-tayinidir-1949570> (Erişim Tarihi: 02.09.2022).

<https://www.karar.com/yazarlar/elif-cakir/hsknin-surgun-ettigi-hakim-sayisi-iki-degil-1593440> (Erişim Tarihi: 02.09.2022).

<https://www.karar.com/yazarlar/taha-akyol/yargiya-baskinin-araci-hsk-1593387> (Erişim Tarihi: 02.09.2022).

İnceoğlu Sibel, “Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Ekseninde Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Çağdaş Devlette Yargının İşleyişi Çalıştayı, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Genel Kamu Hukukçuları Topluluğu, İstanbul, 2019.

İnceoğlu Sibel, Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, 2012.

İnceoğlu Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2008.

Opinion no.10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society (Strasbourg, 21-23 November 2007), Summary of Recommendation and Conclusions, <https://rm.coe.int/168074779b>. (Erişim Tarihi: 18.08.2022).

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, para. 48, <https://www.icj.org/wp->

<content/uploads/2014/06/CMRec201012E.pdf> (Erişim Tarihi: 20.08.2022).

Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, Conclusions, para.1 [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e)

Tanör Bülent /Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 2014.

Tanör Bülent, Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD, İstanbul, 1997.

Ulusoy Ali, “Yargıda ‘dikensiz gül bahçesi’ devri, <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/yargida-dikensiz-gul-bahcesi-devri,25383>.” (Erişim Tarihi: 19.08.2022).

Venice Commission, Interim Opinion on the Draft Law on the High Council For Judges and Prosecutors (of 27 September2010) of Turkey, Opinion No. 600/2010, CDL-AD (2010)042, para. 47. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)042-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)042-e) (Erişim Tarihi: 03.09.2022).

Venice Commission, Opinion on the Draft Law on Judges and Prosecutors of Turkey (25 March 2011), Opinion No. 610/2011, CDL-AD (2011) 004, para. 49. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)004-e) (Erişim Tarihi: 03.09.2022).

Yıldız Abdulkadir, Yargının Tarafsızlığı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞU VE BM TASLAK SÖZLEŞMESİ

Mehmet DALAR*

ÖZ

Uluslararası hukuk kurallarının oluşturulmasında ve geliştirilmesinde önemli yeri olan ve kurucu anlaşmaları itibarıyla belirli amaçları gerçekleştirmek için kurulan uluslararası örgütler, faaliyetlerini yürütürken zarar verici hukuka aykırı eylemler işleyebilirler. Örgütün işlediği iddia edilen haksız eylemden hangi koşullarda sorumlu tutulacağı ve sorumluluğun nasıl işletileceği önem arz etmektedir. Bu itibarla Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, bu konuda taslak bir sözleşme örneği hazırlamıştır. Örgüt üyesi devletlerin sorumluluğuna da yer vermiş olan ve henüz devletlerin onayından geçmemiş bu taslakla ilgili inceleme yapan bu çalışma, taslak metni kritik ettikten sonra uluslararası örgütlerin sorumluluğunun nasıl işletileceğiyle ilgili sorunlara değinmiş, bu konudaki gelişmelere yer vermiştir. Örgüt üyesi devletin/devletlerin hangi koşullarda sorumlu tutulacağını ele alan çalışma, ulusal ve uluslararası yargı organlarının kararlarını incelemiş olup, bu kararlar bağlamında uluslararası örgütün sorumluluğunun işletilmesiyle ilgili karşılaşılan sorunları değerlendirmiştir.

* Prof. Dr., Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi, E-Mail: dalar_m@ibu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5044-859X.
Makalenin Gönderim Tarihi : 20.07.2022.
Makalenin Kabul Tarihi : 16.12.2022.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, uluslararası örgüt, haksız eylem, devlet, etkin kontrol.

INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND THE UN DRAFT ARTICLES

ABSTRACT

International organizations having been established to achieve certain purposes in accordance with their constituent instruments and playing a crucial role in the legislation and improvement of the rules of international law may commit wrongful acts while carrying out their activities. In this respect, in what circumstances the organization will be held responsible for the alleged wrongful actions and how the responsibility will be exercised have importance. In this regard, the United Nations International Law Commission prepared draft articles on the responsibility for internationally wrongful acts. This study has examined and criticized these draft articles on the responsibility of the member states of the organization who have not ratified these articles yet. While dealing the problems relating to specifying the content of the responsibility, definition of the circumstances and the operation of the responsibility of the international organizations, this study scrutinizes the developments with regard to this subject. Touching on the responsibility of member States and the conditions, this study examines the resolutions of internal and international courts and evaluates the problems encountered in the exercise of the responsibility of the international organization in the context of these resolutions.

Keywords: Responsibility, international organization, wrongful act, state, effective control.

I. GİRİŞ

Bilindiği gibi uluslararası örgütler, uluslararası hukukun gelişiminde, devletlerarasındaki işbirliği, koordinasyon, barış ve yakınlaşmanın sağlanmasında önemli yere sahiptirler. Uluslararası hukukun etkin olarak uygulanıp gelişmesi esasen uluslararası örgütlenmenin gelişmesine bağlıdır. Günümüzde bu tür önemli fonksiyonlar icra eden çok sayıda hükümet içi ve hükümet dışı uluslararası örgütler bulunmaktadır. Her biri kurucu belgesine dayanan ve

onları kuran aktörlerden ayrı karar ve yürütme organları bulunan tüzel bir kişiliğe sahip olan uluslararası örgütler teknik, ekonomik, askeri, siyasi, kültürel olmak üzere çok çeşitli uzmanlık alanlarında faaliyetlerini yürütmektedirler. Bu nedenle faaliyetlerini yürütürken uluslararası hukuk kurallarına aykırı davranışları söz konusu olabilmektedir. Uluslararası hukuka aykırı davranışları durumunda sorumluluk kurumlarının nasıl işletileceği ve ne şekilde sonuçlandırılacağı, devletlere yöneltilen sorumluluktan farklı yönlerinin neler olduğu konusu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışılmaktadır. Bu çalışmada süregelen yapıya geliş kurallarını derleyip değerlendiren Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK'nın) 2011'de oluşturduğu ve henüz taslak niteliğinde olan "Uluslararası Örgütlerin Haksız Eylemlerinden Dolayı Uluslararası Sorumluluğu" başlığındaki belge incelendikten sonra uluslararası örgütlerin sorumluluklarının nasıl işletildiği uygulamalar da dikkate alınarak değerlendirilecek ve bu konuda kaydedilen gelişmelere yer verilecektir.

II. TASLAK SÖZLEŞMENİN GENEL NİTELİĞİ

Uluslararası Adalet Divanı'nın Nükleer Silahların kullanımıyla ilgili 1996 tarihli danışma görüşünde uluslararası örgütleri "belirli ortak amaçları gerçekleştirmek için üye devletlerin yetkilerini devrettikleri özel yetkili" tüzel kişiler şeklinde tanımlamıştır.¹ Belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulan bu örgütler, devletlerden farklı olarak her konuda hukuksal işlem yapmaya yetkili değildirler. Ancak kuruldukları amaç doğrultusunda veya faaliyet alanlarında hukuksal işlem veya eylem gerçekleştirmek durumundadırlar. Uluslararası örgütlerin hukuka aykırı eylemlerden sorumluluğu sorunu, devletlerinkinden farklı olarak özellikle 2. Dünya Savaşından sonra gündeme gelmeye başlamıştır. Devletlerin iradeleriyle kurulan ve özerklikleri kurucu anlaşmalar itibarıyla belirlenen uluslararası örgütler, onları kuran devletlerden ayrı bir kişiliğe sahip olsalar da devletler gibi egemen ve zor kullanma özellikleri olmadığı veya olsa da üye devletlerin iradeleri bağlamında sınırlı olduğu için onlar hakkında işletilen sorumluluk kurumu, devletlerinkinden farklıdır. Bu

¹ Puig, Sergio. «Responsibility of International Organizations and Justiciability of Dispute» *Responsibility of International Organizations, essays in memory of Sir Ian Brownlie* içinde, düzenleyen Maurizio Ragazzi, 339-350. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, s. 345.

sebeple onların sorumluluklarıyla ilgili hukuki düzenlemelerin zaman alacağı ve karmaşıklığı da beraberinde getireceği olasıdır. Uluslararası yapılageliş kurallarını araştıran, derleyen ve kodifiye ederek onları devletler için yazılı antlaşma bağlamında uluslararası hukuk kuralları haline getirmek için faaliyet gösteren BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK), sorumluluk konusunda öncelikle devletlerin uluslararası sorumluluğu üzerinde çalışmalarını tamamlamıştır. 2001 yılında devletlerin haksız eylemlerinden dolayı sorumluluklarıyla ilgili taslak sözleşme² metnini hazırlayan UHK, uluslararası örgütlerin haksız eylem sorumluluklarıyla ilgili çalışmalarını 2000 yılında başlatmış olup, periyodik toplantılarla yapılan çalışmaları değerlendirerek 2011 yılında konuyla ilgili çalışmalarını tamamlamıştır. UHK, “Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Haksız Eylemlerden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Sözleşme Maddeleri” başlığındaki metni kabul etmiş olup, değerlendirme yapmak üzere BM Genel Kuruluna göndermiştir.³Uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin önemli belge olan 2011 tarihli Taslak Sözleşme Metni 67 maddeden ibarettir.⁴ Taslağın 58. Maddesi, haksız eylem yardım eden veya katkı yapan devletlerin sorumluluklarına da değindiğine göre Taslak sözleşme sadece Uluslararası Örgütlerin değil, haklı olarak, aynı zamanda örgüt içinde eylemde bulunan devletlerin de sorumluluklarına yer vermektedir. Devletlerin sorumluluğuna ilişkin taslak sözleşme metninin diline ve modeline göre hazırlandığı hissi veren bu Taslak sözleşme metni, sadece devletler tarafından kurulan örgütleri değil hükümet dışı kuruluşlarca

² Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. Dalar, Mehmet. «Uluslararası Haksız Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu: Birleşmiş Milletler Taslak Belgesinin Değerlendirilmesi.» *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 2 (2006): 113-149.

³ ILC. «Responsibility of international organizations.» https://legal.un.org/ilc/summaries/9_11.shtml. 2015. https://legal.un.org/ilc/summaries/9_11.shtml (Nisan 30, 2022 tarihinde erişilmiştir).

⁴ Taslak Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. Articles, Draft. «Draft articles on the responsibility of international organizations.» https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf. 2011. (Nisan 30, 2022 tarihinde erişilmiştir).
Taslak Sözleşme Türkçeye de çevrilmiştir. Bkz. Keskin, Sevda (Çevirmen). «Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler» *Public and Private International Law Bulletin* 36, no. 2 (2016): 163-188.

oluşturulan örgütleri de kapsayacak şekilde oldukça geniş kapsamlı olarak hazırlanmıştır.⁵Bunun dışında taslak sözleşmenin 58. Maddesinde ayrıntılarıyla düzenlenen ve yukarıda değinildiği gibi sadece haksız eylem işlediği iddia edilen uluslararası örgüte değil aynı zamanda bu eylemin oluşmasına katkıda bulunan veya ona yol açan devlet/lere de uluslararası sorumluluk yöneltilebilmektedir.⁶Zira bir örgüte üye olan devlet/ler, güçlerini kullanarak uluslararası örgütleri kendi çıkarları doğrultusunda yönlendirebilirler ve işledikleri haksız eylemleri uluslararası örgüte mal edebilirler. Bu gerçeği dikkate alan taslak sözleşme, salt uluslararası örgütün eylemini dikkate almamakta, bu eylemin oluşmasında devletin etkisinin, yönlendirmesinin veya katkısının olabileceğini düşünerek, sorumluluğun ya müşterek ya da uluslararası örgütten bağımsız olarak ilgili devlete yöneltilebilmesi şeklinde düzenleme getirmiştir.

III. ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN SORUMLULUĞUNUN KARŞILAŞTIĞI SORUNLAR VE TASLAK SÖZLEŞME

Taslak sözleşmenin 3. Maddesine göre uluslararası bir örgütün her haksız eylemi, o örgütün uluslararası sorumluluğunu gerektirmektedir. Her şeyden önce bir uluslararası örgütün uluslararası hukuka göre sorumlu sayılabilmesi için, aşağıdaki koşullardan birinin olması yeterlidir: a) içinde yapıla geliş kurallarının da olduğu bir uluslararası hukuk kuralının ihlali, b) bu ihlalin uluslararası hukukun bir öznesi veya uluslararası hukuk kurallarının bir muhatabı tarafından yapılması, c) haksız eylem veya ihmalin uluslararası hukukun öznesine

⁵ Alvarez, José E. «Revisiting the ILC's Draft Rules on International Organization Responsibility.» *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* (Cambridge University Press) 105 (2011), s. 345.

⁶ Erkiner, Hakkı Hakan. «Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu.» *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23, no. 2 (2017), s. 73. ; Keskin, Sevda. «Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu.» İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Programı, yayınlanmamış doktora tezi, 2018, s. 138.

bağlanması ve d) haksız eylemin oluşmasında hukuki bir engelin olmaması.⁷

Sorumluluğu bu şekilde belirlenebilen uluslararası örgütlerle ilgili hazırlanan Taslak Sözleşme her ne kadar önemli bir düzenleme niteliğinde olsa da uluslararası örgütlerin sorumluluklarının işletilmesi hususunda 5 önemli problemle karşı karşıya kalacağı öngörülmektedir. Birincisi, sadece uluslararası hukukun asli kaynaklarında değil, tali kaynaklarında da uluslararası örgütlerin sorumluluğuna ilişkin konularda devletlerde olduğu gibi belirgin bir uygulama örneğinin bulunmaması veya olsa da Avrupa Birliği (AB) ve BM örneğinde sınırlı düzeyde kalması. İkincisi, devletlerinkinden farklı olarak uluslararası örgütlerin iç düzenlemelerinin ve diğer kurallarının net olmaması. UHK'nın taslak maddeleri uluslararası örgütlerinkilerinin oluşturduğu kurallara uymanın örgütü sorumluluktan kurtarıp kurtarmadığı konusunda tutarlılık içermemektedir. Üçüncüsü, uluslararası örgütlerin farklı fonksiyonlarına ve üyeleriyle kurdukları farklı ilişkilere rağmen, taslağın tüm uluslararası örgütlerin eşit olduğu ve aynı genel sorumluluk kurallarına bağlı olacağı varsayımından hareket etmesi. UHK taslağı sanki Uluslararası Adalet Divanı'nın BM ile ilgili Zarar Giderim Davasında vermiş ve BM'nin tüzel kişi olarak sorumlu tutulabileceğine ilişkin karar göz ardı edilmiş gibi durmaktadır. BM adına görev yaparken Filistin'de öldürülen personelle ilgili Adalet Divanı'nın BM hizmetlerinde uğranılan zararın giderilmesine dair 1949 tarihli danışma görüşünde BM'nin uluslararası örgüt olarak dava açma ve davalara taraf olma bakımından uluslararası kişiliğinin olduğu belirtilmiştir. Fakat kişiliğe sahip oldukları kabul edilse de uluslararası örgütlerin devletlere benzer etkinlikleri sınırlıdır. Taslak belge sanki sınırlı olmadığı izlenimini vermektedir. Dördüncüsü, uluslararası örgütlerin mali, idari, siyasi vb. konularda sorumlu olacağı kabul edilmesi durumunda gerek örgüt içinde gerek örgüt dışında bununla ilgili çözüm yerleri ve yollarının neler olacağına belirsiz olması, bu bakımdan sorumluluğun işletilmesinde sorunlarla karşılaşılabilme olasılığının yüksek olması. Beşincisi ise uluslararası örgütlerin haksız eyleminden dolayı örgüt içindeki bir devletin sorumlu sayılabileceğine ilişkin mekanizmaların nasıl işleyeceğinin belirsiz olması. Haksız

⁷ Samara, Chrysanthi. *International Responsibility Of International Organizations (The Draft Articles of the International Law Commission)*, 2017, s. 2-3.

eylemin ilişkilendirileceği devletin yükümlülüklerini yerine getireceğine dair taahhüdünün olup olmamasının belirsizliği de dikkat çekmektedir.⁸

IV. SORUMLULUĞUN İŞLETİLMESİYLE İLGİLİ SORUNLAR VE UYGULAMALAR

Uluslararası hukuka aykırı zarar verici bir eylem olması halinde bu eylemin uluslararası örgüte atfedilmesine ilişkin sorumluluğun nasıl işletileceği konusunda karmaşık bir durum ortaya çıkabilmektedir. Uluslararası örgütlerin sorumluluklarının işletilmesiyle ilgili zorluklardan biri, bir uluslararası anlaşma gibi aksine bir hukuksal işlem olmaması halinde işledikleri iddia edilen haksız eylemler için yargı dokunulmazlıklarının olmasıdır. Hak ihlaliyle ilgili iddialar ancak örgüt tarafından kabul edilirse veya taraf olduğu bir sözleşme varsa yargıya taşınabilmektedir.⁹Zaten taslak sözleşmenin 64. Maddesi de bu durumu teyit ederek haksız eylemle ilgili özel bir uluslararası hukuk kuralının varlığı halinde taslak sözleşme hükümleri değil de bu özel hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir.¹⁰

Uluslararası örgütlere sorumluluğun yöneltmesiyle ilgili olarak devlet ile uluslararası örgüt arasında bir uyumsuzluk çıkması halinde bunun yargısal çözüm yollarıyla ilgili taslak sözleşme net bir düzenleme ortaya koyamamıştır. Tazminat, zarar giderim gibi sonuçların belirlenmesinde sorumluluğun tespiti konusunda anlaşmazlık halinde yargı organlarına gidilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Ne var ki uyumsuzluk durumunda bir uluslararası örgütün sorumluluğunun tespit edilmesi için Uluslararası Adalet Divanı nezdinde dava açılmamaktadır. Zira Divan statüsünün “Divanda ancak devletler davalara taraf olabilir” hükmünü getiren 34. Maddesi, uluslararası örgüte karşı dava açılmasına engeldir. Bununla birlikte bu durum, uluslararası örgütlerin tamamen yargı muafiyetleri olduğu anlamında değerlendirilmemelidir. Gerek BM genel kurulu gerek güvenlik konseyi, uluslararası örgütlerin sorumluluğu

⁸ Alvarez, a. g. e., s. 346-347.

⁹ Azarkan, Ezeli. «Uluslararası Örgütler Tarafından Yapılan Bireysel Temel Hak İhlalleri Durumunda Başvurulabilecek Hukuksal Önlemlere İlişkin Bir Değerlendirme.» *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 30-31 (2014), s. 53. ; Keskin, Uluslararası Örgütlerin Askeri..., s. 76-77.

¹⁰ Gerlich, Olga. «Responsibility of international organizations under international law.» *Folia Iuridica Wratislaviensis* 2, no. 2 (2013), s. 20.

konusunda Divan'dan danışma görüşü talep edebilir.¹¹ Ayrıca aşağıda değinileceği gibi AIHM gibi bölgesel mahkemelerin veya sözleşme kapsamında ulusal mahkemelerin sorumluluk konusunda karar vermeleri mümkündür.

Uluslararası örgütlerin sorumluluğun işletilmesiyle ilgili Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) ile Mısır arasında yapılan 25 Mart 1951 tarihli sözleşmenin uygulanması konusunda çıkan tartışma üzerine Uluslararası Adalet Divanı, verdiği danışma görüşünde DSÖ'nün yükümlülüklerini ihlal ettiğini belirterek Mısır'a karşı DSÖ'nün sorumlu olduğuna karar vermiştir.¹² 1980 yılında Mısır'daki bölge şubesini başka ülkeye nakletmek isteyen DSÖ, Mısır ile anlaşmazlık yaşamıştır. DSÖ, bunun üzerine Divan'dan danışma görüşü talep etmiştir. Kendisinin Mısır ile yaptığı 25 Mart 1951 tarihli Anlaşmanın 37. Maddesindeki görüşme ve bildirim hükümlerinin anlaşmanın taraflarından birinin bölge ofisinin Mısır dışına nakledilmesini istemesi halinde uygulanıp uygulanmayacağını sormuştur. Divan, danışma görüşünde anlaşmada belirtildiği gibi nakil durumundan da tarafların görüşme ve bildirim yükümlülüğüne uymaları gerektiği aksi halde tarafların birbirlerine karşı sorumlu olacağını bundan hareketle DSÖ'nün Mısır'a karşı sorumluluğu söz konusu olacağını kararlaştırmıştır.¹³ Aynı şekilde BM Barış gücü askerlerinin 1959'da kazaen Mısır vatandaşlarını öldürmeleriyle ilgili olayda, herhangi bir yargı organına gidilmeden, BM sorumluluğunu kabul etmiş ve ölen kişiler için tazminat ödemiştir.¹⁴ Bu örnek olaydan hareketle denilebilir ki, genel olarak düşünüldüğünde örgüt organları,

¹¹ Thirlway, Hugh. «Responsibility of International Organizations: What Role for the International Court of Justice.» *Responsibility of International Organizations, essays in memory of Sir Ian Brownlie* içinde, düzenleyen Maurizio Ragazzi, 339-350. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, s. 352.

¹² Amerasinghe, Chittharanjan F. «An Assessment of the ILC's Articles on the Responsibility of International Organizations.» *Responsibility of International Organizations, essays in memory of Sir Ian Brownlie* içinde, düzenleyen Maurizio Ragazzi, 71-78. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, s. 72.

¹³ ICJ. «Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt» <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/65/9555.pdf>. 1980. (Mayıs 5, 2022 tarihinde erişilmiştir).

¹⁴ Amerasinghe, op. cit, s. 74.

örgüt personelleri ve onun adına çalışanların uluslararası hukuka aykırı fiil işlediklerinde örgütün sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir.

BM aşağıda da değinileceği gibi bazı olaylarda 1946 tarihli “BM’nin Ayrıcalık ve Dokunulmazlığına dair Sözleşme” hükümlerine dayanarak eylemlerinin uluslararası veya ulusal yargı yetkisi altında olmadığını iddia etmiştir. Fakat bu sözleşme, BM’nin uluslararası tüzel kişiliğinin devletler gibi diplomatik olarak korunmasını amaçlamış olup, BM’yi temsilen veya onun adına hareket ederek uluslararası hukuka özellikle kendisinin kuruluş temelindeki insan hakları ve temel özgürlüklerin ihlali durumunda ihlal edenlerin yargılanmayacağı sonucunun çıkarılmaması gerekir. Zira bu anlamda BM’ye tanınacak mutlak dokunulmazlık, hem anlaşmanın 55. Maddesine hem de uluslararası insan hakları hukukuna aykırılık teşkil edecektir.¹⁵ Ayrıca aynı sözleşmenin 8. Madde, 29. kısmı da, BM’nin sözleşme yaptığı kuruluşlarla sözleşme kapsamında veya özel hukuk kuralları yönünden anlaşmazlık yaşaması halinde uygun çözüm yolları ve mekanizmaları sağlamakla görevli olacağını belirterek 2. Maddede geçen mutlak dokunulmazlığa denge getirmiştir. Dolayısıyla 29. Kısım hükümlerine aykırılık durumunda dokunulmazlığın söz konusu olmayacağı ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla sözleşme dışında da BM görevlileri buldukları yerlerde görevleriyle ilgisi olmayan ve yerel hukuka göre suç niteliğinde olan eylemlerinden sorumlu tutulabilirler.¹⁶

Bununla birlikte hem uluslararası örgüt hem devlet gibi başka bir uluslararası tüzel kişinin kontrolünde bulunan kişilerin haksız eylemlerinin hangisine ve ne şekilde atfedileceği konusunda belirsizlikler vardır. Özellikle BM adına veya BM kararı kapsamında girişilen askeri harekâtlarda devletlere bağlı silahlı kuvvet mensuplarının işledikleri iddia edilen eylemlerin BM’ye mi yoksa ilgili devlete mi atfedileceği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Fakat uygulamada BM kontrolü altında yürütülen harekâtlarda devletlerin askeri personeli tarafından işlenen eylemler konusunda BM organları sorumluluğu hemen kabul etmemektedirler. Bu durumlarda örgütün sorumluluğunun kabul edilebilmesi için örgüt her şeyden önce (a) yasa dışı bir eylem veya ihmalin olup olmadığını ve (b) bu tür bir eylemin örgüte atfedilebilir olup

¹⁵ Freedman, Rosa. «UN Immunity or Impunity? A Human Rights Based Challenge.» *The European Journal of International Law* 25, no. 1 (2014), s. 251.

¹⁶ Ibid, s. 247.

olmadığını belirlemektedir. BM, meşru askeri harekâtlardan kaynaklanan veya askeri zorunluluktan kaynaklanan zararların sorumluluğunu üstlenmeyi reddetmiştir –bu nedenle BM’ye göre bu eylemler hukuka aykırı değildir. BM, üye devletlerin gönderdiği askeri kuvvetlerinin emir ve komutasının üye devletlerce BM’ye devredilerek bu kuvvetlerin BM’nin atadığı bir komutanın emrine verilmesi halinde bu kuvvetler BM’nin bir parçası olacağından ancak bu koşulda askerlerin işledikleri iddia edilen eylemlerin sorumluluğunun BM’ye yöneltilebileceğini kabul etmiştir. Kore Savaşında olduğu gibi BM adına hareket etseler de askeri birlikler eğer ulusal devletin emir ve komutası altında ise ve bu konuda ulusal devlet, birliklerinin kullanımıyla ilgili açıkça yetkisini örgüte devrettiğini belirtmemişse bu birliklerin işledikleri iddia edilen eylemlerden BM sorumlu tutulmaz. Kısacası BM, devlet kuvvetlerinin BM adına hareket ettiğini belirtse de, bu konularda sorumluluk üstlenmesi için tüm kuvvetlerin sadece BM emir ve komutası altında olması gerektiği koşulunu ileri sürmüş olup aksi halde ilgili devlete sorumluluk yöneltmesi gerektiğini öngörmüştür.¹⁷ BM lehinde yapılan genel yorumlarda BM’nin komutası/emri altında olmaları durumunda BM’ye sorumluluk yöneltileceği, fakat kontrolü altında olması halinde sorumluluğun BM’ye yöneltilemeyeceği, zira “kontrol”ün, “emir/komuta”ya göre esnek olduğu, zorlayıcı olmadığı savunulmaktadır.¹⁸ Bunun dışında uluslararası örgütler genel olarak buldukları ülkelerde o ülke devletiyle yaptıkları sözleşmeler bağlamında faaliyetlerini yürütmektedirler. Bu faaliyetler yürütülürken zarar verici hukuka aykırı eylem iddiaları, sözleşme yaptığı devletin yasaları çerçevesinde veya özel tahkim kuralları uyarınca çözüme kavuşturulmaktadır.¹⁹ Bu nedenle uluslararası örgüt doğrudan sorumluluk üstlenemebilmektedir.

Sorumluluğun yöneltilmesinde sorun oluşturan başka bir durum da devletlerle uluslararası örgütler arasında yapılan karma anlaşmalardır. Böyle durumlarda, ortaya çıkan haksız eylemin anlaşma uyarınca devlete mi yoksa uluslararası örgüte mi yöneltileceği netlik kazanmayabilir. Zira

¹⁷ Amerasinghe, op cit, s. 73-74.

¹⁸ Tsega, Chimdessa Fekadu. «The responsibility of international organizations for wrongful acts in peace keeping operations: the case for dual attribution.» Düzenleyen <https://doi.org/10.1007/s40901-020-00112-1>. *Indian Journal of International Law* (Springer), 2020, s. 8-9.

¹⁹ Azarkan, op cit, s. 56-57.

örgüt üyesi devletler, her konuda değil de belirli konulardaki yetkilerinin bir kısmını bu anlaşmalarla örgüte devretmişlerdir. İşlenen haksız eylem sorumluluğu kısmen uluslararası örgütün kısmen de üye devletin yetki alanında ise sorumluluğun ortaklaşa mı yoksa taraflardan biri tarafından mı üstlenileceği konusunda belirsizlikler bulunmaktadır. Bazı anlaşmalarda (1979 Lome Anlaşmaları gibi) bu konuda kimin sorumlu olacağı açıkça belirtilirken, bazılarında ise bu durum muğlaktır. Bu durumda Moshe Hirsch, üç çözüm yolunu önermektedir: Birincisi, örgüt ve üye devletlerin, anlaşma hükümlerine uyum sağlamaları açısından ortaklaşa sorumlu tutulmaları; ikincisi, yetki dağılım oranına göre örgüt ve üye devletlerin arasında sorumluluğun paylaşılması; üçüncü ise devletlerin örgüte karşı sorumluluk iddiasında bulunmaları durumunda örgütle birlikte diğer üyelerin, haksız eylem yapan üyeleri birlikte kararlaştırmalarıdır.²⁰

Uluslararası örgütlere sorumluluk atfetme noktasında dikkati çeken durum da Taslak sözleşmenin 7. Maddesinde geçen “etkin kontrol” kavramının yorumlamasındadır. Bu hükümden anlaşıldığı kadarıyla uluslararası örgütün sorumluluğu normal kontrolü altında bulunan devlet görevlilerinin eylemlerinden değil ancak “etkin kontrol”ünde iken hukuka aykırı eylem yapmaları halinde bu eylemlerden sorumlu tutulacağıdır. Bu konuda Taslak sözleşmenin 7. Maddesinde geçen “etkin kontrol” ile ilgili hükme göndermede bulunan²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), BM Kosova Görev Gücü kapsamında Fransız askerlerinin ihmali sonucunda Kosova’da gerçekleşen ölüm olayında Fransa’dan ziyade sorumluluğun BM’de olduğunu belirtmiş olup, bu konuda BM Güvenlik konseyinin 1244 sayılı kararına atıfta bulunarak “etkin kontrol” kriterini kullanarak uluslararası örgütlere sorumluluk yöneltme konusunda dikkat çeken bir karar vermiştir.²² Bu kapsamda AİHM, 1244 sayılı karar uyarınca BM Kosova Görev Gücü kapsamında görev yapan askerlerinden dolayı Fransa’ya değil de sorumluluğun bölgede etkin kontrol sağlayan uluslararası örgütte olacağına yönelik önemli bir karar vererek bu yönde bir içtihadın

²⁰ Hirsch, 1995, 24’den aktaran Gerlich, op cit, s. 23-24.

²¹ Gerlich, Ibid, s. 29

²² Arsava, Fusun. «AİHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçevde Doğan Uluslararası Sorumluluk.» *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2011), s. 11; Tsega, op cit, s. 10.

oluşmasına dayanak oluşturmuştur. Buna karşılık 2003'te ABD ile Irak'a müdahale eden İngiltere'ye karşı hem Irak hem İngiliz vatandaşının açtığı davada ise Lordlar Kamerası Mahkemesi, her ne kadar işgalden sonra alınan 1511 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı olsa da, Güvenlik Konseyi'nin Irak'a müdahaleyle ilgili açıkça bir emri olmadığını da dikkate alarak bu karardan önce ABD ile İngiltere'nin Irak'ta işgalci güç olarak sorumluluklarının olduğunu, dolayısıyla İngiltere'nin sorumluluğunun BM'ye yöneltilmesiyle ilgili iddiasının geçerli olmadığını belirterek, bu konuda BM'nin değil, İngiltere'nin sorumluluğuna yer vermiştir. Mahkeme bu konuda karar verirken etkin kontrol çerçevesinde yorum yaparak BM'nin o dönemde Irak'ta bulunan İngiliz ve ABD kuvvetleri üzerinde etkin kontrolünün olmadığını belirtmiştir.²³ Bosna-Hersek'te BM Koruma Gücü (UNPROFOR) kapsamında görev yapan Hollandalı askerlerin denetimi altında bulunan ve güvenli bölge olarak kabul edilen Srebrenica'da Sırlar tarafından yapılan soykırım niteliğindeki katliamdan sonra öldürülenlerden üç kişinin yakınları olan Hasan Nuhanovic ve Mustafic bölge mahkemesinde Hollanda'ya karşı dava açmışlar, fakat bu mahkemenin o dönemde bölgede bulunan Hollanda birliklerinin BM gücünün bir parçası olduğunu, dolayısıyla sorumluluğunun BM'ye yöneltilmesi gerektiğini belirterek davayı reddetmesi üzerine, davacılar temyiz mahkemesine başvurmuşlardır. Bölge mahkemesinden farklı davranan Temyiz Mahkemesi, taslakta geçen "etkin kontrol" kavramına atıfta bulunmuş, her ne kadar Hollanda askerleri BM gücünün bir parçası olarak çalışsalar da davacıların ölen yakınlarının Hollanda askerlerinin bulunduğu üstte kalmak istedikleri halde üstten çıkarılarak Sırlarca öldürülmelerine yol açtıkları için Hollanda'yı sorumlu tutan karar almıştır. Zira BM kapsamında olsa da Hollanda gibi devletlerin birliklerinin kişisel ve disiplin meseleleriyle ilgili olarak yetkiyi elinde bulundurduğu ve birliklerinin geri çekilmesini emredebileceği ve bu nedenle teorik olarak sığınmacıların sınırdan çıkarılmalarını kontrol edebileceği gerçeğine dikkat çekilmiştir. Bu kararda mahkeme genel komuta ve kontrolün yapısından ziyade hangi aktörün belirli davranış üzerinde etkin kontrol uyguladığının önemli olduğunu, bu sebeple hem BM hem de BM kontrolünde çalışan devletlere sorumluluk yöneltilebileceğini belirtmiştir. Daha sonra *Srebrenica Anneleri (vakfi)*, Srebrenica soykırımında öldürülenlerin tümü için hem Hollanda'ya hem de BM'ye karşı dava açmışlardır. Önce Bölge

²³ Tsega, op cit, s. 15.

Mahkemesine, sonra Temyiz Mahkemesine başvuran davacılar hem BM hem de Hollanda'nın Srebrenica'nın düşüşünden ve akabinde gerçekleşen soykırımdan sorumlu olduklarını belirtmişler. BM ise BM'nin Ayrıcalık ve Dokunulmazlığına ilişkin Sözleşmenin 2/II maddesi uyarınca bu konuda yargı dokunulmazlığının olduğunu iddia etmiştir.²⁴Bu iddia karşısında BM'yi yargılama yetkisinin olmadığını kabul eden Mahkeme²⁵, Taslağın 8. Maddesi uyarınca önce yetki aşımı çerçevesinde inceleme yapmıştır. Bölge mahkemesi, davacıların Hollanda birliklerinin üstleri olan BM'nin talimatlarına uymamaları nedeniyle sorumluluğun Hollanda'ya atfedilmesi gerektiğiyle ilgili iddialarını kabul ederken, temyiz mahkemesi de Hollanda birliklerinin BM'nin "resmi sıfatı ve tüm fonksiyonları kapsamında" olduğu ileri sürülen tüm eylemlerinin BM'ye atfedilemeyeceğini belirterek kısmi de olsa Hollanda'nın sorumluluğuna yer vermiştir. Temyiz mahkemesi, katliamı engelleme kabiliyetinin olduğu iddiasını reddetmekle beraber Taslağın yetki aşımıyla ilgili 8. Maddesine atıfta bulunarak "etkin kontrol" kavramı kapsamında Hollanda birliklerinin güvenli bölgede Boşnak erkekleri öldürecek Sırp güçlerini dikkate almayarak Sırp güçlerinin katliamlarına maruz kalacak şekilde davranmasından sorumlu olduğunu, fakat bu sorumluluğun yüzde 30 gibi kısmi olduğunu belirtmiştir.²⁶ Temyiz mahkemesi bu kararda ayrıca Srebrenica'da öldürülen sekiz bin kişiden üç yüz elli kişinin ölümünden Hollanda'nın tek başına sorumlu olduğunu tümünün ölümünden yüzde otuz oranında kısmen sorumlu olduğunu, her ne kadar güvenli bölgedeki Boşnakların Sırp milislerine teslim edilmesi doğru olmasa da tümünün ölümünden sorumlu olmadığını, zira ağır silahlara sahip olan Sırlara karşı hafif silahlı Hollanda birliklerinin karşı koyacak halde olmadığını belirterek davayı sonuçlandırmaya çalışmıştır. Her iki tarafın bu karara itiraz etmesi üzerine Hollanda Yüksek Mahkemesi, temyiz mahkemesinin kararını onamakla birlikte Hollanda askerlerinin yüzde 10 sorumlu tutulacağını, üç yüz elli Boşnak erkeğinin ölümünden sorumlu tutulmaması gerektiğini açıklayarak mağdurlara ödenecek tazminat oranını düşürmüştür. Bu karar karşısında davacılar AİHM'ne başvurma kararını almıştır.²⁷Ne varki daha önce Srebrenica Annelerinin

²⁴ Ibid, s. 16

²⁵ Freedman, op cit, s. 249.

²⁶ Tsega, op cit, s. 17.

²⁷ Özkan, Yusuf. «Srebrenitsa kurbanlarının yakınları Hollanda'yı AİHM'e şikayet etme kararı aldı.» <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51183327>. 20 Ocak 2020. (Haziran 25, 2022 tarihinde erişilmiştir).

AİHM'ne yaptıkları başvuruda, AİHM, Srebrenica anneleri vakfının Srebrenica katliamı mağdurlarının hayatta kalan akrabalarının çıkarlarını desteklemek için kurulmuş olmasına rağmen, başvuran vakfın kendisinin AİHM 6. ve 13. maddeleri kapsamında şikâyet edilen konulardan etkilenmediğini, bu nedenle, 34. madde uyarınca bu hükümlerin ihlalinin “mağduru” olduğunu iddia etmelerinin dayanağının olmadığını belirtmiştir. Ayrıca AİHM, BM'nin dokunulmazlığına atıfta bulunarak, bu konuda BM'yi yargılayacak yetkisinin olmadığını açıklayarak başvuruyu reddetmiştir.²⁸ Bununla birlikte AİHM, yukarıda Kosova olayında BM'nin sorumluluğuna atıfta bulunarak çelişkili bir izlenim vermiştir. Bunun dışında katliamın mağdurları için kurulduğu kabul edilen vakfın kendisinin katliamın mağdurunun olmadığını belirtmek de mahkeme için ayrı bir talihsizlik oluşturmaktadır.

V. SONUÇ

Yukarıda incelendiği gibi uluslararası örgütlerin sorumluluğu devletlerinkinden farklıdır. Sorumluluk konusunda sadece uluslararası örgütler değil, karar mekanizmasında yer alan veya örgüt kapsamında faaliyet yürüten devletlerin de uluslararası sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Örgütün kontrolü altında olsa bile haksız eylemde devletin etkin kontrolü varsa veya haksız eylemde devletin katkısı olması durumunda da devlete sorumluluk yöneltilebilmektedir. Böyle durumlarda eylemin niteliği ve eylemde devlet görevlilerinin kusuru gibi faktörler dikkate alınarak hem devlete hem de uluslararası örgüte sorumluluk yöneltilebilmektedir.

BM gibi uluslararası örgütlerin her ne kadar dokunulmazlık ve bağımsızlıklarının olduğu düşünülse de bunların devletlerinki gibi örgütün bütünüyle bir tüzel kişi olarak diplomatik anlamda değerlendirilmesi gerekir. Zira devlet yetkililerinde olduğu gibi örgüt adına hareket eden, örgütten emir ve talimat alan yetkililerin işledikleri iddia edilen haksız eylemlerin ilgili örgüte yöneltmesi mümkündür. Ayrıca örgütlerin devletlerle yaptıkları özel anlaşmalarda da anlaşmanın uygulanması ve

²⁸ ECHR. «Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands (dec.)», 65542/12.» <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-7604%22%5D%7D>. 11 June 2013. (Haziran 30, 2022 tarihinde erişilmiştir).

yorumlanması konusundaki uyuşmazlıklar için de örgüte karşı ulusal veya uluslararası yargı organlarında dava açılması mümkündür.

Taslak sözleşme, uluslararası örgütlerin sorumluluklarının işletilmesiyle ilgili genel bir çerçeve sunmuş olmakla birlikte, ayrıntılara girmiş değildir. Örgüt üyelerinin devletlerin örgütü yönlendirebileceğini dikkate alarak örgütün eyleminde üye devletin etkisi/katkısı olması durumunda sorumluluğun örgüte değil üye devlete yöneltileceğini, bazı durumlarda yetki aşımı da dikkate alınarak hem örgüte hem üye devlete çifte sorumluluk yöneltilebileceğini hükme bağlamıştır. Değişik davalarda ulusal ve uluslararası yargı organları kararları incelendiğinde açılan her davadaki özel ve somut durumu yorumlayan yargı organları bu konuda farklı kararlar alabildiklerinden içtihat birliğinden söz etmek olası değildir. Bununla birlikte yargı kararları, taslağın ileride yeniden gözden geçirilerek eksik ve muğlak noktalarının giderilmesinde zemin oluşturabilir.

KAYNAKÇA

- Alvarez, José E. «Revisiting the ILC's Draft Rules on International Organization Responsibility.» *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* (Cambridge University Press) 105 (2011): 344-348.
- Amerasinghe, Chittharanjan F. «An Assessment of the ILC's Articles on the Responsibility of International Organizations.» *Responsibility of International Organizations, essays in memory of Sir Ian Brownlie* içinde, düzenleyen Maurizio Ragazzi, 71-78. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Arsava, Füsün. «AİHK'nun Konvansiyon Alanı Dışında Uygulanması Kriterleri ve Bu Çerçevede Doğan Uluslararası Sorumluluk.» *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2011): 1-25.
- Articles, Draft. «Draft articles on the responsibility of international organizations.»
https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf. 2011. (Nisan 30, 2022 tarihinde erişilmiştir).
- Azarkan, Ezeli. «Uluslararası Örgütler Tarafından Yapılan Bireysel Temel Hak İhlalleri Durumunda Başvurulabilecek Hukuksal Önlemlere İlişkin Bir Değerlendirme.» *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 30-31 (2014): 45-60.
- Dalar, Mehmet. «Uluslararası Haksız Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu: Birleşmiş Milletler Taslak Belgesinin Değerlendirilmesi.» *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 2 (2006): 113-149.
- ECHR. «Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands (dec.), 65542/12.»
<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22002-7604%22%5D%7D>. 11 June 2013. (Haziran 30, 2022 tarihinde erişilmiştir).
- Erkiner, Hakkı Hakan. «Bir Uluslararası Örgütün Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Davranışından Ötürü Bir Üye Devletin Uluslararası Sorumluluğu.» *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 61-86.

- Freedman, Rosa. «UN Immunity or Impunity? A Human Rights Based Challenge.» *The European Journal of International Law* 25, no. 1 (2014): 239–254.
- Gerlich, Olga. «Responsibility of international organizations under international law.» *Folia Iuridica Wratislaviensis* 2, no. 2 (2013): 13-58.
- ICJ. «Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt.» <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/65/9555.pdf>. 1980. (Mayıs 5, 2022 tarihinde erişilmiştir).
- ILC. «Responsibility of international organizations.» https://legal.un.org/ilc/summaries/9_11.shtml. 2015. https://legal.un.org/ilc/summaries/9_11.shtml (Nisan 30, 2022 tarihinde erişilmiştir).
- Keskin, Sevda (Çevirmen). «Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler.» *Public and Private International Law Bulletin* 36, no. 2 (2016): 163-188.
- Keskin, Sevda. «Uluslararası Örgütlerin Askeri Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu.» İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Programı, 2018.
- Özkan, Yusuf. «Srebrenitsa kurbanlarının yakınları Hollanda'yı AIHM'e şikayet etme kararı aldı.» <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51183327>. 20 Ocak 2020. (Haziran 25, 2022 tarihinde erişilmiştir).
- Puig, Sergio. «Responsibility of International Organizations and Justiciability of Dispute.» *Responsibility of International Organizations, essays in memory of Sir Ian Brownlie* içinde, düzenleyen Maurizio Ragazzi, 339-350. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Samara, Chrysanthi. *International Responsibility Of International Organizations (The Draft Articles of the International Law Commission)*. 2017.
- Thirlway, Hugh. «Responsibility of International Organizations: What Role for the International Court of Justice.» *Responsibility of International Organizations, essays in memory of Sir Ian Brownlie* içinde, düzenleyen Maurizio Ragazzi, 339-350. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Tsega, Chimdessa Fekadu. «The responsibility of international organizations for wrongful acts in peace keeping operations: the case for dual attribution.» Düzenleyen <https://doi.org/10.1007/s40901-020-00112-1>. *Indian Journal of International Law* (Springer), 2020: 1-22.

**BAZI KONULARIN CUMHURBAŞKANLIĞI
KARARNAMELERİYLE DÜZENLENMESİNİ ÖNGÖREN
ANAYASA HÜKÜMLERİ HAKKINDA
DEĞERLENDİRMELER**

Tahir MURATOĞLU*

ÖZ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda 6771 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda 2018 yılında Türk hukuk sistemine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adıyla yeni bir norm türü girmiştir. Anayasa Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin türleri, düzenleme alanı, genel çerçevesi ve yargısal denetimi gibi konuları düzenlemiş, ayrıca bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesini öngörmüştür. Anayasa'nın özellikle bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesini öngören hükümleri önemli bazı soruları da beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada bu konuda bazı değerlendirmelere yer verilmiştir. Doktrinde ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında konu hakkında farklı yönde düşünceler mevcut olsa da burada yapılan değerlendirmeye göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği öngörülen konuların kanunla düzenlenmesi mümkün değildir. Ayrıca Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel hükümleri ile bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceğine ilişkin özel

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: tahirmuratoglu@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-5958-5598.

Makalenin Gönderim Tarihi : 26.08.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 15.11.2022.

hkmleri arasında bir çatışmanın söz konusu olduğu hallerde, bu çatışmanın özel hkmlere öncelik tanınmak suretiyle giderilmesi gerekir. Bu durum Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle dzenlenmesi ongörlen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasındaki muhtemel bir çatışmanın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri lehine giderilmesini, yani ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine üstünlük tanınmasını gerektirir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yasama yetkisinin genelliği ilkesi, münhasır alan, kanunlarda açıkça dzenlenen konular, normlar hiyerarşisi, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çatışması.

SOME REFLECTIONS ON THE CONSTITUTIONAL PROVISIONS PROVIDING FOR THE REGULATION OF SOME MATTERS BY PRESIDENTIAL DECREES

ABSTRACT

As a result of the amendment of the Constitution of the Republic of Turkey by the Law No. 6771, a new type of norm entered the Turkish legal system in 2018 under the name of presidential decree. The Constitution regulates the types, scope, general framework and judicial review of presidential decrees, and specifies that some matters should be regulated by presidential decrees. Particularly the provisions of the Constitution providing that some matters should be settled by presidential decrees have raised some important questions. This study makes some reflections on this issue. Although there are contrary opinions on this issue in the doctrine and jurisprudence of the Constitutional Court, it is argued here that it is not possible to legislate on the subjects to be regulated by the presidential decrees. Furthermore, in cases where there is a conflict between the general provisions of the Constitution concerning presidential decrees and the special provisions of the Constitution entailing the regulation of some matters by presidential decrees, the conflict should be resolved by giving precedence to the special provisions. This requires that a possible conflict between the presidential decrees on matters to be regulated by presidential decrees and the laws enacted on matters to be regulated by presidential decrees should be resolved in favor of the presidential decrees. That is, priority should be given to the relevant presidential decrees.

Keywords: Presidential decrees, principle of the generality of legislative power, exclusive domain, the matters explicitly regulated by laws, hierarchy of norms, conflict between laws and presidential decrees.

I. GİRİŞ

Anayasa'da ve Türk idare sisteminde köklü değişiklikler getiren 6771 sayılı Kanun¹ 09.07.2018 tarihinde tamamen yürürlüğe girmiştir. Yeni sistemin en önemli özelliklerinden biri de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adıyla yeni bir norm tipine yer vermiş olmasıdır. Ne var ki, Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümlerinden bir kısmı yeterli açıklıkta değildir ve Anayasa'nın diğer bazı hükümleri karşısında belirsizliklere sebebiyet vermektedir. Doktrin ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bu belirsizlikler açıklığa kavuşturulmaya çalışılsa da konu hakkındaki bazı soru işaretleri hala varlığını devam ettirmektedir. Bu çalışmada bu soru işaretlerinden bir kısmı üzerinde durulacaktır.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini düzenleyen hükümlerinden bir kısmı bazı konuların bu kararnamelerle düzenlenmesini öngörmüştür. Anayasa'ya göre şu dört konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir: Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (m. 104/9); bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (m. 106/11); Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (m. 108/4); Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (m. 118/6).

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesini öngördüğü bu konularda kanunla düzenleme yapılmasının mümkün olup olmadığı, bunun mümkün olduğunun kabul edildiği ve kanuni düzenlemenin yapıldığı durumlarda aynı konunun bir de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı, bu konuların hem kanunla hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlendiği hallerde ise bu kez kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki çatışmanın ne şekilde çözülmesi gerektiği soruları gündeme gelmektedir. Bu çalışmada bu sorulara cevap aranacaktır. Ancak daha önce bazı örneklerle konuyu somutlaştırmakta fayda vardır.

Yeni anayasal düzene geçildikten sonra çıkarılan ilk Cumhurbaşkanlığı kararnamesi 10.07.2018 tarihinde Resmî Gazete'de

¹ 11.02.2022 tarih ve 29976 sayılı Resmî Gazete (RG).

yayımlanıp yurrluge giren 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'dir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi sonraki tarihlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile birçok kez değiştirilmiştir. Bu değişikliklerden bazıları aşığıda gösterilmiştir.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 65. ve devamı maddeleri ilk önce "Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı" adıyla bir bakanlığa yer vermişken, 04.08.2018 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanıp yurrluge giren 15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi bu bakanlığın ismini "Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı" şeklinde değiştirmiştir. Aynı Cumhurbaşkanlığı Kararnemesinin 4. maddesi ile mevzuatta "Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı"na yapılan atıfların "Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı"na yapılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Oysa kimi bazı kanunlarda hala "Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı"ndan söz edilmektedir.²

21.04.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanıp yurrluge giren 73 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi "Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı"nı kaldırarak "Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı" ile "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı" adı altında iki yeni bakanlık kurmuştur. Aynı Cumhurbaşkanlığı Kararnemesinin geçici 1. maddesinin on sekizinci fıkrası mevzuatta bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kaldırılan Bakanlığa yapılan atıfların ilgisine göre kaldırılan Bakanlığın görevlerini devralan Bakanlığa yapılmış sayılacağını hüküm altına almıştır. Kaldırılan "Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı"na atıf yapan mevzuat hükümleri arasında yurrlükteki kanunlar da bulunmaktadır.³ Bakanlık teşkilatlarında yapılan bu değişiklik 73 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnemesinden sonra 25.05.2021 tarihli Resmî

² Örnek olarak bkz. 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, m. 2 ve 5; 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu, ek madde 2; 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Alanında Bazı Mali Hükümler Hakkında Kanun, ek madde 3; 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu, m. 2.

³ Örnek olarak bkz. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, ek madde 43; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m. 89; 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, m. 66; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, geçici madde 78 ve 80. 5510 sayılı Kanunun 63. maddesinde aynı zamanda daha eski tarihli "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı"na yapılan atıflar da mevcuttur.

Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe giren 7139 sayılı Kanununun 10. maddesi ile 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na ekli (I) sayılı cetvele işlenmiştir.

29.10.2021 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe giren 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi “Çevre ve Şehircilik Bakanlığı”nın ismini “Çevre, Şehircilik ve İklim Değişiklik Bakanlığı” olarak değiştirmiştir. Aynı Kararnamenin 7. maddesi ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin altıncı kısmının dördüncü bölümüne eklenen geçici 1. madde mevzuatta “Çevre ve Şehircilik Bakanlığı”na yapılan atıfların “Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı”na yapılmış sayılacağını hüküm altına almıştır. 06.11.2021 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe giren 7341 sayılı Kanununun 18. maddesi ile 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na ekli (I) sayılı cetvelde yer alan “Çevre ve Şehircilik Bakanlığı” ifadesi “Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak gerek 5018 sayılı Kanunda gerekse başka birçok kanunda hala “Çevre ve Şehircilik Bakanlığı”ndan söz edilmektedir.⁴

Bu değişiklikler kanunlarda bu yönde bir düzenleme yapılmadan bir bakanlık teşkilatında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle değişiklik yapılmasının mümkün olup olmadığı, bu şekilde bir değişiklik yapıldığı hallerde ise ilgili kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden hangisinin geçerli olduğu, yani bunlar arasındaki çatışmanın ne şekilde çözülmesi gerektiği sorularını gündeme getirmektedir. Gerçi burada yer verilen örneklerde bir bakanlığının farklı kanunlarda farklı şekillerde zikredilmesi bir sorun teşkil etmeyebilir. Zira böyle bir durumda en son çıkarılan kanunun geçerli olduğu, diğer kanunlarda ismi geçen bakanlıklardan son kanuni düzenlemede yer alan bakanlığın anlaşılması gerektiği kabul edilebilir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yoluyla bakanlık teşkilatlarında yapılan değişikliklerin yukarıda zikredilen son iki örnekte olduğu gibi, öncelikle 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na işlenmesi konu ile ilgili bazı soru işaretlerini ortadan kaldıracaktır. Ancak çok daha önemli bazı soru işaretleri hala varlığını korumaktadır ve bu sorulara cevap aranması gerekir.

⁴ 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu, m. 31, 33, 41, 45, 46, 47; 5393 sayılı Belediye Kanunu, m. 4, 8, 12, 15, 18, 19, 49; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, m. 58, 63; 3194 sayılı İmar Kanunu, m. 4, ek madde 5, geçici madde 16.

703 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin 216. maddesi kanun ve kanun hükümünde kararnamelerle bakanlıklara yapılan atıfların Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bunlara karşılık olarak belirtilen ve düzenlenen bakanlıklara yapılmış sayılacağını hüküm altına almıştır.⁵ Bu hükümden Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yoluyla kanunlarda yer alan düzenlemelerden bağımsız bir şekilde bakanlık teşkilatlarının düzenlenebileceği sonucu çıkarılabilir. Ancak 703 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin anılan hükümünden hareketle burada zikredilen sorunların çözüldüğünden söz etmek mümkün değildir. Zira bu hükmün kanun koyucu tarafından kaldırılması veya değiştirilmesi mümkündür. Ayrıca 703 sayılı Kanun Hükümünde Kararnameden sonraki tarihlerde bakanlık teşkilatları bağlamında yapılabilecek kanuni düzenlemeler karşısında sonraki tarihli kanunun veya duruma göre özel kanuni düzenlemenin uygulama alanı bulacağı ve 703 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin anılan hükmünün uygulama alanı bulmayacağı sonucuna ulaşılabilir. Bu nedenle 703 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin anılan hükmü sorunları çözmeye yeterli değildir. Bu sorunlara Anayasa kurallarının yorumlanması suretiyle çözüm bulunması zorunludur. Kaldı ki, bu çalışmada yer verilen sorunlar yalnız bakanlıklarla ilgili olmayıp, aynı zamanda Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi öngörülen diğer konularla da ilgilidir.

⁵ 703 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin 216. maddesi şu şekildedir: “Kanun ve kanun hükümünde kararnamelerle bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan atıflar Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bunlara karşılık olarak belirtilen ve düzenlenen bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarına yapılmış sayılır.” Kanaatimce bu hüküm bakanlıklar dışında kalan idari teşkilat açısından Anayasa’ya aykırıdır. Zira bakanlıklar dışındaki idari teşkilat Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında değildir. Anayasa’da konuyla ilgili başka bir özel düzenleme de yoksa, bu teşkilat Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalır. Dolayısıyla bunlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle değil, kanunla düzenlenmek zorundadır. Kanunla düzenlenmesi gereken ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyecek olan bir kurum veya kuruluş bağlamında kanunlarda yer alan atıfların Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen kurum veya kuruluşa yapılmış sayılacağını kabul etmek mümkün değildir. Bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), 01.06.2022 tarih ve E. 2021/85, K. 2022/60 sayılı karar, nr. 21 vd.: 18.08.2022 tarih ve 31927 sayılı RG; AYM, 01.06.2022 tarih ve E. 2020/94, K. 2022/61 sayılı karar, nr. 21 vd.: 18.08.2022 tarih ve 31927 sayılı RG; Ülgen, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler, s. 631.

Bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceğine ilişkin Anayasa hükümlerinin ortaya çıkardığı en önemli sorunlar Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesi öngörülen konularda kanunla düzenleme yapılmasının mümkün olup olmadığına, Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü veya kanunlarda açıkça düzenlenen konularda bu tür Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılıp çıkarılmayacağına ve bu konuların hem kanunla hem de Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlendiği hallerde kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki çatışmanın ne şekilde çözülmesi gerektiğine ilişkindir. Bu sorunların önemli bir kısmı Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel hükümlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konular hakkında da geçerli olup olmadığı ile ilgilidir. Bu nedenle aşağıda önce Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi öngörülen konuların kanunla düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı (I), ardından da Anayasa’nın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel hükümlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen konular hakkında da geçerli olup olmadığı (II) konularına yer verilecektir.

II. ANAYASA’DA CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE DÜZENLENMESİ ÖNGÖRÜLEN KONULARIN KANUNLA DÜZENLENEBİLİRLİĞİ

Az önce de ifade edildiği gibi, Anayasa’da 6771 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin getirdiği en önemli yeniliklerden biri Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Gerçi 1982 Anayasası’nın ilk halinde de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adıyla bir norm tipine yer verilmişti. Anayasa’nın 6771 sayılı Kanunla kaldırılan 107. maddesi “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilât ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.”⁶ hükmüne yer veriyordu. Ancak altını çizmek gerekir ki,

⁶ Anayasa’nın bu hükmüne istinaden 18.08.1983 tarih ve 1 numaralı “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” çıkarılmıştır (20.08.1983 tarih ve 18141 sayılı RG). Daha sonra 01.01.1988 tarih ve 7 numaralı Kararname ile 1983 yılında çıkarılan bu Kararname yürürlükten kaldırılarak aynı isimli yeni bir Kararname çıkarılmıştır (07.01.1988 tarih ve 19687 sayılı RG). 703 sayılı

aynı isme sahip olsalar da Anayasa'nın mülga 107. maddesinde yer alan "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" ile 6771 sayılı Kanunla getirilen "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" aynı normlar değillerdir. İki normun benzer ve farklı yönleri mevcuttur.⁷ Her iki Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de tek başına Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılabilen ve Cumhurbaşkanının Anayasa'da öngörülen sınırlar içinde asli düzenleme yetkisini kullanabildiği normlardır.⁸ Buna karşın iki Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek konular birbirinden tamamıyla farklıdır. Anayasa'nın 6771 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 107. maddesi yalnızca çok sınırlı bir alanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngörmüş iken, 6771 sayılı Kanunla getirilen Anayasa hükümleri Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin geniş bir alanı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yoluyla düzenlemesine imkan tanımış, ayrıca Anayasa'da özel olarak zikredilen bazı konularda Cumhurbaşkanı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma görevi yüklemiştir.

Anayasa'nın 6771 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki ve sonraki halinde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ortak bir yönü de şudur: Her iki norm tipi de Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngördüğü konularda kanunla düzenleme yapılmasının mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmişlerdir. Anayasa'nın mülga 107. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde bu hükümde zikredilen konuların kanunla düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olacağı ifade edilmekteydi.⁹ Gerçi bu dönemde 2879

Kanun Hükümünde Kararnemenin 46. maddesi ile Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği teşkilatı kaldırılmıştır (Bkz. dipnot 10).

⁷ Konu hakkında bkz. Açıl, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 739 vd.

⁸ Anayasa'nın mülga 107. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asliliği hakkında bkz. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, s. 268; Taşdöğen, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 943. 6771 sayılı Kanunla getirilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin asliliği hakkında bkz. AYM, 22.01.2020 tarih ve E. 2018/125, K. 2020/4 sayılı karar, nr. 4: 13.05.2020 tarih ve 31126 sayılı RG; Ardıçoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 25, 37; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Basım, s. 248 vd.; Döner, Türk Anayasa Hukuku, s. 428.

⁹ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, s. 268; Teziç, Anayasa Hukuku, s. 18 vd.; Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10. Baskı, s. 237, 334, 360; Taşdöğen, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 942 vd.

sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu¹⁰ da çıkarılmıştı. Ancak 2879 sayılı Kanunun 1. maddesi bu Kanunun “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları” düzenleyeceğini hüküm altına almış, böylece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi gereken konuları Kanunun kapsamı dışında bırakmıştı. Bu hüküm karşısında bir taraftan 2879 sayılı Kanunun Anayasa’nın 107. maddesiyle çelişmediği ifade edilmiş,¹¹ diğer taraftan bu düzenlemeye rağmen 2879 sayılı Kanunun Anayasa’ya aykırı olduğuna işaret edilmiştir.¹²

6771 sayılı Kanundan önceki dönemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konuların kanunla düzenlenemeyeceği açık ve net bir şekilde ifade edilirken, 6771 sayılı Kanundan sonra bu konuda bu denli net bir tutum göze çarpmamaktadır. Literatürde hem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi öngörülen konuların kanunla düzenlenemeyeceği yönünde¹³ hem de bunun aksi yönde¹⁴ görüşler savunulmaktadır. Kimi zaman da bu ikisinin

¹⁰ 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 46. maddesi ile bu Kanunun adı “Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun” şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. 09.07.2018 tarih ve 30473 sayılı 3. Mükerrer RG.

¹¹ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, s. 268.

¹² Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10. Baskı, s. 360.

¹³ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 968 vd.; Atar, Türk Anayasa Hukuku, s. 273, 279 vd.; Döner, Türk Anayasa Hukuku, s. 432 vd.; Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, s. 1321; Gözler / Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 392 vd.; Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 339 vd.; Ülgen, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, s. 17 vd.; Kanadoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 647 vd.; Yıldırım, İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, s. 300; Yasin, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri, s. 318; Şanlı Atay, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, s. 585; Açıl, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 735; Alkan, Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kurumsal Özellikleri ve Demokratikleşme Sürecine Olası Etkileri, s. 142 vd.; Küçük / Doğan, Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı, s. 47 vd.

¹⁴ Ardiçoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 37 vd., 44; Tanör / Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, s. 438; Ulusoy, Türk İdare Hukuku, s.

dışında kalan gürüşlere yer verilmektedir.¹⁵ Tespit edebildiğim kadarıyla literatürde çoğunlukla savunulan gürüş Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesini ongördüğü konuların kanunla dzenlenemeyeceği gürüşüdür. Kanaatimce de isabetli olan gürüş bu gürüşdür.¹⁶

324 vd.; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 37 vd.; Güneş, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri, s. 174 vd.

¹⁵ Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesi ongörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmadan kanun çıkarılamayacağı, ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarıldıktan sonra konunun bir de kanunla dzenlenebileceği gürüşü için bkz. Sezer, Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 376 vd.

¹⁶ Bir konunun belli bir kural tipi ile dzenleneceğinin ongörülmesi normal şartlarda bu konunun hiçbir şekilde başka bir kuralla dzenlenemeyeceği anlamına gelmez. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesi gereken bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yoluyla temel kurallar belirlendikten ve konunun genel çerçevesi çizildikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususlar dzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlenebilir. AYM, 11.11.2021 tarih ve E. 2018/121, K. 2021/84 sayılı karar, nr. 141: 17.03.2022 tarih ve 31781 sayılı RG; AYM, 30.12.2020 tarih ve E. 2019/71, K. 2020/82 sayılı karar, nr. 45 vd.: 24.02.2021 tarih ve 31405 sayılı RG. Aynı şekilde kanunla dzenlenmesi gereken bir konunun temel ilkeleri ve çerçevesi kanunla belirlendikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlar yürütme tarafından dzenlenebilir. AYM, 08.09.2022 tarih ve E. 2022/54, K. 2022/99 sayılı karar, nr. 26: 20.09.2022 tarih ve 31959 sayılı RG; AYM, 21.04.2022 tarih ve E. 2021/73, K. 2022/51 sayılı karar, nr. 16 vd.: 05.07.2022 tarih ve 31887 sayılı RG. Ancak kanunla dzenlenmesi gereken bir konunun ayrıntıları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenemez, zira Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi bunu açık bir şekilde yasaklamaktadır. Aynı şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesi ongörülen bir konunun ayrıntıları kanunla dzenlenemez. Zira bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesini ongören Anayasa hkmlerinin amacı bu konuların yürütme tarafından dzenlenmesini, bu konularda yürütme organına yasamanın etkisinden uzak bir hareket alanı oluşturulmasını sağlamaktır. Bu da konunun kanunla dzenlenmesine engel teşkil eder. Ayrıca kanunlar normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin altında yer almadıkları için Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesi gereken konulara ilişkin ayrıntıların kanunla dzenlenmesi mümkün değildir.

Burada savunulan görüşten farklı olarak Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konuların kanunla da düzenlenebileceği görüşünü savunanların bu konuda gösterdikleri en önemli gerekçe Anayasa'da yasama yetkisinin genelliği ilkesini sınırlandıran bir hükmün mevcut olmamasıdır.¹⁷ Yasama yetkisinin genelliği ilkesi kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olduğunu, yani yasama organının kanun yoluyla her konuyu düzenleyebileceğini ifade etmektedir.¹⁸ Ancak unutmamak gerekir ki, kanun koyucu tamamen serbest bir iradeye de sahip değildir. Kanun koyucu için de geçerli olan sınırlamalar mevcuttur. Bunların en önemlisi Anayasa'dır. Kanun koyucu anayasa koyucunun çizdiği sınırlar içinde hareket etmek ve bu sınırların dışına çıkmamak durumundadır. Aksi takdirde ilgili kanuni düzenleme Anayasa'ya ve dolayısıyla hukuka aykırı hale gelir ve düzenlemenin iptali gerekir. İşte bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceğine ilişkin hükümler de anayasa koyucunun kanun koyucu için çizdiği sınırlardandır. Anayasa bu konuda Cumhurbaşkanına takdir yetkisi tanımamış, hem Cumhurbaşkanına hem de devletin tüm organlarına bir emir vermiştir. Cumhurbaşkanı bu konuları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yoluyla düzenlemek zorunda olduğu gibi, devletin diğer organları da Anayasa'nın bu hükmünü etkisiz hale getirecek bir tutum sergilemekten kaçınmak durumundadır. Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (B) fıkrasının ikinci cümlesi de bu sonucu desteklemektedir.¹⁹ Zira bu hüküm Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen değişikliklerin Anayasa'da 6771 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre seçilen Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından yapılacağını öngörmüştür.

Anayasa'da kanun koyucunun hareket alanını kısıtlayan başka düzenlemeler de mevcuttur. Sözelimi Anayasa'nın 9. maddesine göre yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Bu hüküm nedeniyle yasama organının bir hukuki uyumsuzluğun

¹⁷ Ulusoy, Türk İdare Hukuku, s. 325 vd.; Arđıçođlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 37 vd.; Tanör / Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, s. 438.

¹⁸ Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 26. Baskı, s. 236; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Basım, s. 209; Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 944.

¹⁹ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 969 vd.; Yıldırım, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 27.

taraf larını dinleyip, bun ların sunduk ları delilleri değerlend irip uyuşmazlığı kanuni bir düzenleme yoluyla çözmesi mümkün değildir. Anayasa'nın 69. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca siyasi partilerin kapatılması Anayasa Mahkemesince karara bağlanır. Bu nedenle bir siyasi partinin kanunla kapatılması mümkün değildir. Anayasa'nın 95. maddesinin birinci fıkrası Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürüteceğini hüküm altına almaktadır. Anayasa'nın 88. maddesinin ikinci fıkrası, 94. maddesinin beşinci fıkrası ve 98. maddesinin altıncı fıkrasında da bazı konuların içtüzükle düzenleneceği öngörülmüştür. Bu konular içtüzük yerine başka bir usulle, örneğin kanunla düzenlenemez.²⁰ Anayasa'nın 84. maddesi bir milletvekillinin milletvekilliğinin düşürülmesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından alınacak bir karar yoluyla mümkün olacağını hüküm altına aldığına göre, bu konu karar yerine kanunla hüküm altına alınamaz.²¹ Konu ile ilgili başka bir düzenleme Anayasa'nın 149. maddesinin beşinci fıkrasında yer almaktadır. Bu hüküm şöyledir:

“Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı içtüzükle düzenlenir.”

Buna göre Anayasa Mahkemesi ile ilgili bazı hususların kanunla, diğer bazı hususların ise Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile düzenlenmesi gerekir. Hükümde içtüzükle değil de kanunla ve kanunla değil de içtüzükle düzenlenmesi gereken konular açık bir şekilde belirtilmiştir. Anayasa koyucu bu şekilde kanun koyucuya bir sınır çizmiştir.

Burada Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konuların kanunla düzenlenemeyeceği görüşü savunulmuş olsa da bu konuda son sözü söyleme görev ve yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesinin aksi yöndeki görüşü benimsediğini söylemek mümkündür. Gerçi tespit edebildiğim kadarıyla Anayasa Mahkemesi bu konuda henüz açık bir ifadeye yer vermemiştir. Ancak Yüksek Mahkemenin muhtelif kararlarından bu sonuç çıkarılabilir. Sözelimi 1987 yılına ait bir kararında Yüksek Mahkeme Anayasa'nın kararla düzenlenebileceğini öngördüğü bir konunun kanunla da düzenlenebileceğine karar vermiştir. Bu karar Anayasa Mahkemesinin aynı tutumu Cumhurbaşkanlığı

²⁰ Teziç, Parlamento Kararı ve Kanun, s. 124 vd.; Tanör / Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, s. 272.

²¹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 698 vd.; Teziç, Anayasa Hukuku, s. 72.

kararnemeleri bağlamında da sürdüreceğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Anayasa Mahkemesinin ilgili kararı şu şekildedir:

“Hukuk sistemimize göre, kanunkoyucu, Anayasa’ya uygun olmak şartı ile kanunla, her alanda her çeşit düzenlemeyi yapabilir. Yasamanın düzenleme alanı sınırsızdır.

Yasama organı, Anayasa’nın kararlarla düzenleneceğini öngördüğü konularda dahi kanunla düzenlemeler yapabilir. Buna Anayasa açısından bir engel yoktur. Karar konusunun kanunla düzenlenmesi Anayasa’ya aykırılık veya yasamanın o konuda yetkisizliği sonucunu doğurmaz. Zira, kanunun sebep unsuru bazı istisnalar dışında tamamen yasama organının takdirine bırakılmıştır.”²²

Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı kararnemelerinin yargısal denetimini yaparken verdiği yeni tarihli kararlarında da aynı tutumu görmek mümkündür. Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularla ilgili olarak şu cümlelere yer vermiştir:

“Anayasa’da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK’lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK’lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa’da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa’nın CBK’lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır.”²³

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konuların da kural olarak Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki hükümlere tabi olacağını ifade ettiğine göre, Anayasa Mahkemesi bu konuların kanunla düzenlenebileceğini kabul etmektedir. Zira 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümlelerinde münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken ve kanunla düzenlenmesi gerekmemekle birlikte açıkça kanunla düzenlenen konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceği öngörülmektedir. Anayasa Mahkemesi ilgili kararında bu hükümlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda

²² AYM, 09.10.1987 tarih ve E. 1987/23, K. 1987/27 sayılı karar: 14.10.1987 tarih ve 19604 sayılı RG, s. 42.

²³ AYM, 23.01.2020 tarih ve E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı karar, nr. 25: 13.05.2020 tarih ve 31126 sayılı RG.

geçerli olmadığını, yani bu konuların yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesi gerektiğini ifade etmemiş, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan hkmler ile bazı konuların özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle dzenleneceğine ilişkin Anayasa hkmlerini uzlaştırmaya çalışmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu tutumunu başka kararlarında da sürdürmekte ve Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenleneceği öngörülen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına uygunluğunu denetlemektedir. Sözgelimi Yüksek Mahkeme Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının teşkilat yapısını düzenleyen bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına uygunluğunu denetlemiştir.²⁴ Aynı şekilde Anayasa'nın 108. maddesi kapsamında çıkarılan 5 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hkmlerinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına uygunluğu denetlenmiştir.²⁵ Anayasa Mahkemesi bu denetim kapsamında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi öngörülen konularda açık bir kanuni düzenleme bulunmadığını, bu nedenle ilgili konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin 104. maddenin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı olmadıklarını da ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi öngörülen konuların kanunla dzenlenemeyeceği görüşünde olsa, bu konuların kanunlarda açıkça dzenlenip dzenlenmediğini denetlemezdi. Mahkeme ilgili konularda açık bir kanuni düzenlemenin mevcut olup olmadığını denetlediğine göre, bu konuların kanunla dzenlenebileceği düşüncesinden hareket etmektedir.

²⁴ AYM, 31.12.2021 tarih ve E. 2021/91, K. 2021/106, sayılı karar, nr. 18-28: 23.03.2022 tarih ve 31787 sayılı RG.

²⁵ AYM, 11.11.2021 tarih ve E. 2018/121, K. 2021/84 sayılı karar, nr. 22-34, 47-54, 64-69, 86-91, 113-118, 125-136, 144-150, 154-160: 17.03.2022 tarih ve 31781 sayılı RG.

III. ANAYASA’NIN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNE İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLERİNİN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE DÜZENLENMESİ ÖNGÖRÜLEN KONULARDA UYGULANABİLİRLİĞİ

Bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin Anayasa hükümlerinin ortaya çıkardığı sorunların çoğu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin genel çerçevesini çizen ve Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan hükümlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de geçerli olup olmadığı ile ilgilidir. Bu konu hakkında bir şeyler söyleyebilmek için Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan kuralları incelemek ve her kural hakkında ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir.

A. Yürütme Yetkisi Dışında Kalan Konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenebilirliği

Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceğini hüküm altına almaktadır. Dikkat edilirse, Anayasa’nın özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konuların tümü zaten yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kalmaktadır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen konularda çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesi arasında kural olarak bir çatışma söz konusu olmaz. Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bir şekilde yürütme alanı dışında kalan bir konuda düzenleme yaparlarsa bu durum hem Anayasa’nın bazı konuların özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngören hükümlerine hem de 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesi hükmüne aykırı olacaktır.²⁶ Zira Anayasa’nın bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngören hükümleri

²⁶ Bkz. AYM, 11.06.2020 tarih ve E. 2018/119, K. 2020/25 sayılı karar, nr. 20 vd.: 09.11.2020 tarih ve 31299 sayılı RG.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesi ile tam bir mutabakat içindedir, bu hükümler Cumhurbaşkanına kararname yoluyla yürütme yetkisi dışında kalan alanlarda da düzenleme yapma yetkisi vermemektedir. Anayasa'nın bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngören hükümleri yürütme yetkisi dışında kalan konuların da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yoluyla düzenlenmesine imkan tanısaydı, bu durumda bu hükümlerin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesi karşısında özel hüküm olduğundan söz edilebilirdi. Ancak böyle bir durum söz konusu olmadığı için Anayasa'nın zikredilen hükümleri arasında genel hüküm - özel hüküm ilişkisinden söz edilemez. Bu nedenle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında da uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu ortaya çıkmaz.

B. Temel Hak ve Ödevler ile Siyasi Hak ve Ödevlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenebilirliği

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceğini hüküm altına almıştır. Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini öngördüğü konulara bakıldığında, bu konuların 104. maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde zikredilen konularla doğrudan bir ilgisinin olmadığı görülecektir. Ancak bu tür Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle bir düzenleme yapılırken, sözelimi bir bakanlığın görev ve yetkileri düzenlenirken Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde zikredilen konular da bir şekilde düzenlenirse, bu düzenleme 104. maddenin anılan hükmüne aykırı olacaktır.²⁷ Zira bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngören Anayasa hükümleri bu hükümlere istinaden çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yoluyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde gösterilen sınırların dışına çıkılabileceğine ilişkin özel

²⁷ Bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1006; Yasin, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri, s. 323 vd.

bir düzenlemeye yer vermemişlerdir.²⁸ Yani Anayasa'nın zikredilen hükümleri arasında herhangi bir çatışma söz konusu değildir. Bu nedenle Anayasa'nın bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini öngören hükümleri ile Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi arasında genel hüküm - özel hüküm ilişkisi mevcut değildir. Durum böyle olunca 104. maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konular hakkında da uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür.

C. Münhasıran Kanunla Düzenlenmesi Gereken Konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenebilirliği

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Anayasa hükümleri incelendiğinde, Anayasa'da bir konunun "münhasıran" kanunla düzenleneceğine ilişkin açık bir ifadenin yer almadığı görülecektir. Anayasa Mahkemesinin konu hakkındaki yerleşik içtihadına göre Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekir. Yüksek Mahkeme bu konuda şu ifadelere yer vermiştir:

"Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (...). Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır."²⁹

Anayasa bir taraftan kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceğini, diğer taraftan ise bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngörmüştür. Kanunla düzenlenmesi gereken konular ve

²⁸ Yıldırım, İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, s. 310 vd.

²⁹ AYM, 24.02.2022 tarih ve E. 2019/96, K. 2022/17 sayılı karar, nr. 11: 26.05.2022 tarih ve 31847 sayılı RG.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecek olan konular birbirinden sınırları net bir şekilde ayrılmış olsaydı farklı yöndeki bu hükümlerin aynı anda uygulanabilmesi söz konusu olabilirdi. Ancak Anayasa Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konuları kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan açık bir şekilde ayırmamıştır. Tam tersine Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konuların esas itibarıyla aynı zamanda kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer aldıklarını söylemek mümkündür.³⁰ Anayasa'nın konu ile ilgili en geniş kapsamlı düzenlemesi 123. maddenin birinci fıkrasıdır. Bu hükme göre idare kuruluş ve görevleri ile bir bütündür ve kanunla düzenlenir. Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü tüm konuların esas itibarıyla idarenin kuruluş ve görevleri ile ilgili olduğu söylenebilir.³¹ Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin daha dar kapsamlı düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasına göre Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, Devlet Denetleme Kurulu üyelerinin görev süresi ve özlük işleri hem Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası hem de 108. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında kalmakta, yani Anayasa'da bu konunun hem kanunla hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır.³²

³⁰ Bkz. Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 969.

³¹ Bkz. AYM, 11.11.2021 tarih ve E. 2018/121, K. 2021/84 sayılı karar, nr. 28, 156 vd.: 17.03.2022 tarih ve 31781 sayılı RG; AYM, 24.02.2022 tarih ve E. 2019/96, K. 2022/17 sayılı karar, nr. 36: 26.05.2022 tarih ve 31847 sayılı RG; AYM, 30.12.2021 tarih ve E. 2021/91, K. 2021/106 sayılı karar, nr. 23 vd.: 23.03.2022 tarih ve 31787 sayılı RG; AYM, 13.10.2021 tarih ve E. 2018/133, K. 2021/70 sayılı karar, nr. 20 vd., 46: 10.12.2021 tarih ve 31685 sayılı RG.

³² Bkz. AYM, 11.11.2021 tarih ve E. 2018/121, K. 2021/84 sayılı karar, nr. 28: 17.03.2022 tarih ve 31781 sayılı RG. Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında başka bir örnek için bkz. AYM, 15.10.2020 tarih ve E. 2018/124, K. 2020/56 sayılı karar, nr. 43 vd.: 04.12.2020 tarih ve 31324 sayılı RG.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konular esas itibarıyla aynı zamanda kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer aldıklarından bu konularda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinin uygulama alanı bulmaması zorunludur. Aksi takdirde Anayasa bir taraftan bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini emretmiş, diğer taraftan ise bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağını hüküm altına almış olur. Bu da Anayasa'nın ilgili hükümlerinin kendi içinde çelişmesi ve uygulanamaz hale gelmesi sonucunu doğurur. Bu durumun önüne geçmek için bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngören Anayasa hükümlerini hem aynı konuların kanunla düzenlenmesini öngören hükümler karşısında hem de Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi karşısında özel hüküm olarak kabul etmek gerekir.³³

Anayasa'nın kendi içinde çatışan ve aynı anda uygulanma imkanı bulunmayan başka hükümleri de mevcuttur ve bu tür durumlarda çatışan hükümler arasında özel ve genel hüküm ilişkisi kurulmak suretiyle bu çatışmanın önüne geçilmektedir.³⁴ Sözelimi Anayasa'nın 125. maddesi idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu hüküm altına alırken, 129. maddesinin dördüncü fıkrası ile 159. maddesinin onuncu fıkrası idari işlem olduğu açık olan bazı işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olduğunu öngörmüşlerdir. Zikredilen son iki düzenleme karşısında bu iki düzenleme kapsamında kalan idari işlemlerin de Anayasa'nın 125. maddesi kapsamında kaldıklarını ve bunların yargı denetimine tabi olduklarını iddia etmek mümkün değildir. Uygulama da bu yöndedir.³⁵

Anayasa Mahkemesi bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini öngören Anayasa hükümleri ile Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi arasında özel hüküm - genel hüküm ilişkisi bulunduğunu açıkça kabul

³³ Konu hakkında bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1004 vd.; Küçük / Doğan, Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı, s. 47 vd.

³⁴ Yıldırım Anayasa kuralları arasında özel hüküm - genel hüküm ilişkisinin olmadığını, bunun yerine kaide - istisna ilişkisinin olduğunu ifade etmektedir. Yıldırım, İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, s. 311 vd.

³⁵ Bkz. Akyılmaz / Sezginer / Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 56 vd.

etmese de farklı bir ifadeyle aynı sonuca ulaşmıştır. Yukarıda aktarılan kararda da yer aldığı gibi,³⁶ Yüksek Mahkeme bir taraftan Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için getirilen sınırlamaların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konular için de geçerli olduğunu, diğer taraftan da söz konusu sınırlamaların Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan sınırlamalar mutlak manada geçerli olsa bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini öngören Anayasa hükümlerinin bir anlamı kalmayacak, bu konular Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Anayasa Mahkemesi 104. maddenin on yedinci fıkrasında yer alan sınırlamaların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konular hakkında da geçerli olduğunu ifade etse bile, bu sınırlamaların Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin diğer Anayasa hükümleri ile birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmek suretiyle 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan hükmün Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konular hakkında uygulanamayacağını kabul etmiş olmaktadır. Yüksek Mahkeme bu hususu daha açık bir şekilde şu cümlelerle ifade etmiştir:

“Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK'lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediğı anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceğı özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir.”³⁷

Sonuç olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konuların aynı zamanda münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer alması bu konuların Cumhurbaşkanlığı

³⁶ Bkz. dipnot 23.

³⁷ AYM, 24.02.2022 tarih ve E. 2019/96, K. 2022/17 sayılı karar, nr. 35: 26.05.2022 tarih ve 31847 sayılı RG. Benzer ifadelere yer veren aynı yöndeki bir karar için bkz. AYM, 30.12.2021 tarih ve E. 2021/91, K. 2021/106 sayılı karar, nr. 22: 23.03.2022 tarih ve 31787 sayılı RG.

kararnamesi ile düzenlenmesine engel değildir. Kanuni bir düzenleme yapılmış olsa da olmasa da bu konular hakkında konunun kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasa hükümleri değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin Anayasa'nın özel hükümleri uygulama alanı bulur. Anayasa Mahkemesi zikredilen kararında bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile “düzenleme yapılabilir” ifadesini kullanmış olsa da, bu ifadeyi bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile “düzenleme yapılması yasağı geçerli değildir” şeklinde anlamak gerekir.³⁸ Aksi takdirde Anayasa Mahkemesinin kullandığı ifadeden hareketle bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenip düzenlenmeyeceği hususunda Cumhurbaşkanının takdir yetkisine sahip olduğu sonucu çıkarılabilir. Bu ise Anayasa'nın ilgili hükümleri ile bağdaşmaz. Dolayısıyla Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konular münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer alsalar bile bu konular kanunla düzenlenemez, bunların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi zorunludur.

D. Kanunlarda Açıkça Düzenlenen Konuların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenebilirliği

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi kanunlarda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağını hüküm altına almaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konular kanunlarda açık bir şekilde düzenlenir ve Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının bu hükmünün bu konular hakkında da geçerli olduğu kabul edilirse, Anayasa'nın bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulamayacak, bu konular Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir. Yani bu durumda Anayasa'nın bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin hükümlerinin bir anlamı kalmayacaktır. Buna karşın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi

³⁸ Anayasa Mahkemesi kararlarında geçen “CBK ile düzenlenmesi gereken bir konu” ya da “Cumhurbaşkanı'nın CBK ile düzenlemesi gereken konular” şeklindeki ifadeler de kanaatimce bu sonucu desteklemektedir. Örnek olarak bkz. AYM, 11.11.2021 tarih ve E. 2018/121, K. 2021/84 sayılı karar, nr. 140 ve 141: 17.03.2022 tarih ve 31781 sayılı RG.

ile dzenlenmesi ongörlen konular hakkında uygulanmayacağının kabul edilmesi durumunda, bir konunun kanunla açıkça dzenlenmiş olması aynı konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesine engel teşkil etmeyecektir. Anayasa'nın bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesini ongören hkümlerinin bir anlam ifade edebilmeleri için Anayasa'nın çatışan hkümleri arasında özel hüküm - genel hüküm ilişkisinin bulunduğunun ve bu şekilde ikinci ihtimalin geçerli olduğunun kabul edilmesi zorunludur.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi ongörlen konuların kanunlarda açıkça dzenlenmiş olması durumunda aynı konunun bir de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna tespit edebildiğim kadarıyla Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar açık bir cevap vermemiştir. Zira bu sorunun cevaplandırılmasını gerektiren somut bir olay henüz Yüksek Mahkemenin önüne gitmemiştir. Kanaatimce bunun en önemli sebebi Anayasa değişikliklerine uyum sağlamak amacıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesi ongörlen konulara ilişkin kanuni dzenlemelerin yürürlükten kaldırılmış olmasıdır.³⁹

Anayasa Mahkemesi bu konuyu ele alırken Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi ongörlen bir konuyu açıkça dzenleyen kanuni bir dzenlemenin bulunup bulunmadığını sorgulamakta, ardından da böyle bir kanuni dzenlemenin mevcut olmadığını tespit altına alarak konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Anayasa Mahkemesinin konu hakkındaki örnek bir kararı aşağdaki gibidir:

³⁹ Bkz. 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hkümünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hkümünde Kararname, 09.07.2018 tarih ve 30473 sayılı 3. Mükerrer RG. Ulusoy bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenleme yapılmadan evvel o konudaki kanuni dzenlemelerin yürürlükten kaldırılması için "alan boşaltması" ve "boş alan yaratılması" ifadelerini kullanmaktadır. Bkz. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, s. 316.

“Kurala konu hususta yürürlükte bulunan herhangi bir açık kanuni düzenleme tespit edilemediğinden kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesini ihlal etmemektedir.”⁴⁰

Anayasa Mahkemesinin bu tutumundan hareketle Mahkemenin 104. maddenin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konularda da uygulama alanı bulacağı, yani açık kanuni düzenlemenin mevcut olduğu hallerde bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı kanaatinde olduğu düşünülebilir. Ancak bu düşüncede isabet yoktur. Gerçi Yüksek Mahkemenin kullandığı ifadeler okuyucunun böyle bir düşünceye kapılmasına elverişlidir. Zira bu tür kararlar okuyucuda açık kanuni düzenlemenin bulunduğu hallerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının dördüncü cümle hükmünün ihlali anlamına geldiği intibasını bırakabilir. Ancak Mahkemenin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili kararları bir bütün olarak incelendiğinde durumun farklı olduğu görülecektir. Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen bir konuda çıkarılmış olan açık bir kanun hükmünü tespit ederse, sırf bu nedenle ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşmayacak, kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki çatışmanın ne şekilde çözülmesi gerektiğini karara bağlayacaktır. Bu durum Mahkemenin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi bağlamında geliştirdiği içtihadın zorunlu bir sonucudur. Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda dahi Anayasa'daki özel düzenlemelere istinaden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğini kabul eden Anayasa Mahkemesinin kanunla düzenlenmesi zorunlu olmamakla birlikte kanunlarda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağını kabul ettiği düşünülemez. Kanaatimce Anayasa Mahkemesi konu hakkında tutarlı bir tutum takınacak, yani açık kanuni düzenlemenin mevcut olduğu hallerde dahi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğine karar verecektir.

⁴⁰ AYM, 11.11.2021 tarih ve E. 2018/121, K. 2021/84 sayılı karar, nr. 117: 17.03.2022 tarih ve 31781 sayılı RG. Benzer kararlar için bkz. AYM, 30.12.2021 tarih ve E. 2021/91, K. 2021/106 sayılı karar, nr. 27 vd.: 23.03.2022 tarih ve 31787 sayılı RG; AYM, 18.03.2021 tarih ve E. 2018/127, K. 2021/18 sayılı karar, nr. 44: 17.06.2021 tarih ve 31514 sayılı RG.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi ongrtlen konuların kanunlarla açıkça dzenlenmesinin bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesine engel teşkil etmediği sonucuna ulaşıldıktan sonra, bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesinin zorunlu olup olmadığı sorusu da gndeme gelecektir. Kanaatimce açık bir kanuni dzenlemenin mevcut olup olmadığına bakılmaksızın bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi zorunludur. Múnhasıran kanunla dzenlenmesi gereken konular bağlamında savunulan grruşun burada da aynen tekrar edilmesinin onunde herhangi bir engel yoktur. Anayasa'nın konu ile ilgili özel dzenlemeleri bunu gerektirmektedir. Buna rağmen konunun kanunlarla dzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Anayasa'nın konu ile ilgili amir hkmlerine rağmen bu konuların kanunla dzenlenmesi ve bu kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında çatışma olması durumunda ise bu çatışmanın ne şekilde czlmesi gerektiği sorusu ortaya ıkacaktır. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

E. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri İle Kanunlar Arasındaki Çatışmanın Czlmesi

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cmleri uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hkmler bulunması halinde kanun hkmleri uygulanır. Bu hkmün Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesini ongordüğü konular hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı son derece önemli bir konudur. Yukarıda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçncü ve dördncü cmlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi ongrtlen konularda uygulama alanı bulmayacaklarına, yani múnhasıran kanunla dzenlenmesi gereken konularla kanunlarda açıkça dzenlenmiş olan konuların da Anayasa'daki özel hkmlere istinaden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenebileceğine, daha doğrusu dzenlenmesi gerektiğine değinildi. Ayrıca teorik olarak bakıldığında, múnhasıran kanunlarla dzenlenmesi gerekenlerin ve kanunlarda açıkça dzenlenenlerin dışında kalan konuların da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenecek konular arasında yer alması mümkündür. Bu tür hallerde bu konuların da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi gerekir. İşte múnhasıran

kanunla düzenlenmesi gereken konuların veya böyle bir zorunluluk olmamakla birlikte açıkça veya açık olmayan bir şekilde⁴¹ kanunla düzenlenmiş olan konuların aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecek konular arasında yer alması ve bu konuların hem kanunla hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi durumunda ilgili kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki muhtemel bir çatışmanın ne şekilde giderileceği sorusu gündeme gelecektir. Gerçekten de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasının tek başına bir anlamı olmayacak, bu konudaki asıl önemli soru çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanuni düzenlemeler arasında bir çatışmanın bulunduğu hallerde bu çatışmanın ne şekilde çözüleceği sorusu olacaktır.

Sözü edilen çatışmanın ne şekilde çözülmesi gerektiği konusuna geçmeden önce Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesinin kapsamı hakkında bir şeyler söylemek faydalı olacaktır. Kanaatimce bu hüküm münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular hakkında uygulama alanı bulmaz. Zira münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bu konulara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunlarla uyumlu da olsa uyumsuz da olsa Anayasa'ya aykırıdır. Bunların Anayasa'ya aykırılığında söz etmek için konunun kanunla düzenlenmiş olup olmadığının da bir önemi yoktur.⁴² Anayasa Cumhurbaşkanına bu konuları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yetkisi vermemiştir.

⁴¹ Kanunlarla düzenlenen bir konunun “açık” bir düzenleme olup olmadığı sorusuna net bir cevap vermek güçtür. Zaten Anayasa’da ve Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun gerekçesinde de bu konuda herhangi bir açıklama mevcut değildir. Bu çalışmada “açık” bir kanuni düzenlemenin hangi hallerde mevcut olduğu sorusuna cevap aranmayacaktır. Zira burada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üzerinde durulmaktadır ve kanunlarda açık bir düzenlemenin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bu tür Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılabileceği kabul edilmektedir. Kanunlarda açıkça düzenlenen konuların tespitinin güçlüğü hakkında bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 1002.

⁴² Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 276; Ulusoy, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme*, s. 51 vd.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesinin kanunda açıkça dzenlenen konuları kapsayıp kapsamadığı da sorulabilir. Anayasa kanunda açıkça dzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağını hüküm altına aldıktan sonra Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümlerin bulunması ihtimalinden söz ettiğine göre bu hükmün kanunda açıkça dzenlenen konularda da uygulama alanı bulmayacağı söylenebilir. Zira kanunlarda açıkça dzenlenen bir konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenemez. Yapılacak düzenlemenin içerik itibarıyla kanunlarla aynı ya da farklı yönde olup olmadığının bir önemi yoktur. Dzenleme yapılması tek başına Anayasa'ya aykırıdır ve iptal sebebidir.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesi münhasıran kanunla dzenlenmesi gereken konularla kanunda açıkça dzenlenen konular hakkında uygulama alanı bulmadığına göre, bu hükmün uygulama alanının somut olarak tespit edilmesi gerekir. Anayasa'nın lafzından hareketle bu hükmün uygulama alanının kanunla dzenlenmesi zorunlu olmayan bir konunun kanunda açık olmayan bir şekilde dzenlendiği ve aynı konuda bir de Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarıldığı, bununla birlikte ilgili kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin farklı hükümlere yer verdikleri hallerle sınırlı olduğu söylenebilir. Ancak altını çizmek gerekir ki, bu durum Anayasa'da hakkında özel bir düzenleme bulunmayan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için geçerli olup, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi öngörülen konular hakkında geçerli değildir. Anayasa'nın özel hükümlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesini öngördükleri konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi zorunludur. Aynı konunun hem kanunla hem de bu tür bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlendiği hallerde ise ilgili kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında çatışma söz konusu olabilir. Bu durumda da çatışmanın çözülmesi gerekir.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesini öngördüğü konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında bir çatışma olması durumunda, kanaatimce bu çatışmanın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri lehine çözülmesi gerekir. Yani Anayasa'nın amir hükmüne rağmen çıkarılan kanunların hükümsüz oldukları ve ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesine göre uygulama

yapılması gerektiği kabul edilmelidir.⁴³ Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuları düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aynı konuları düzenleyen kanunlara karşı üstünlüğe ve uygulama önceliğine sahip olmalarını farklı gerekçelere dayandırmak mümkündür. Her şeyden önce Anayasa’nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konular esas itibarıyla aynı zamanda münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer alırlar.⁴⁴ Bu nedenle bu iki konuya ilişkin Anayasa hükümleri arasında çatışma mevcuttur ve bu çatışmanın genel hüküm - özel hüküm ilişkisi çerçevesinde çözülmesi gerekir. Buna göre daha özel bir alanı düzenleyen Anayasa hükümleri daha genel bir alanı düzenleyen Anayasa hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. Başka bir ifadeyle, bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngören Anayasa hükümlerinin bu konuları da içine alan daha geniş bir alanın kanunla düzenlenmesini öngören Anayasa hükümleri karşısında uygulama önceliğine sahip olmaları gerekir. Sözelimi Anayasa’nın 123. maddesinin birinci fıkrası ile 106. maddesinin on birinci fıkrası arasındaki ilişkide bunların ilki genel, ikincisi ise özel hüküm niteliğindedir.⁴⁵ Zira bakanlıklar da idare teşkilatı içinde yer alırlar.⁴⁶ Bu nedenle özel hüküm kapsamında kalmak şartıyla bu konudaki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlara karşı üstün

⁴³ Bkz. Ülgen, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, s. 20 vd.; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1005.

Aksi yöndeki görüş için bkz. Ardıçoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 44; Tanör / Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, s. 438; Ulusoy, Türk İdare Hukuku, s. 325 vd.

Anayasa’nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konularda kanun çıkarılamayacağı, ancak kanun çıkarılması durumunda artık ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin değil, kanunun uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Atar, Türk Anayasa Hukuku, s. 279; Açıl, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 748.

⁴⁴ Bkz. yukarıda 32. dipnotun bulunduğu paragraf.

⁴⁵ Ulusoy, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme, s. 59; Yeniay / Yeniay, Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 115 vd.

⁴⁶ Gözler / Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 15, 151 vd.; Ulusoy, Türk İdare Hukuku, s. 192 vd.; Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 67, 154 vd.; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 73, 224 vd.

olmaları gerekir.⁴⁷ Aynı durum münhasıran kanunla dzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmayan kanuni dzenlemeler için de geçerlidir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi ongörülen bir konu anayasal bir zorunluluk olmamakla birlikte kanunlarla dzenlenmişse, bu konuya ilişkin kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki çatışmada Cumhurbaşkanlığı kararnamesine üstünlük tanımak gerekir. Münhasıran kanunla dzenlenmesi gereken konulara ilişkin kanuni dzenlemeler karşısında özel hkümlere istinaden çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üstün olduklarının kabul edilmesi aynı durumun evleviyetle kanunla dzenlenme zorunluluğu bulunmayan konulara ilişkin kanuni dzenlemeler bağlamında da kabul edilmesini gerektirir.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesini ongördüğü konular esasen aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenebilen konular arasında yer alırlar. Daha açık bir ifadeyle, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü

⁴⁷ Bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenleneceğine ilişkin Anayasa hkümlerine göre daha özel nitelikli Anayasa hkümlerinin de olması mümkündür. Sözelimi Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası bakanlıkların görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenleneceğini hüküm altına almaktadır. Buna karşın bir başka Anayasa hükmü belli bir bakanlığın belli bazı görev ve yetkilerinin kanunla dzenleneceğini ongörürse, bu hüküm Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasına göre daha özel bir hüküm olacak ve buna göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Yani böyle bir durumda Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasına göre çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi değil, daha özel nitelikteki bir Anayasa hükmüne istinaden çıkarılan kanuni dzenleme üstün olacaktır. Üst kademe yöneticilerinin atanması usulü bağlamında bu duruma şu somut örnek verilebilir: Anayasa Cumhurbaşkanının üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenleyeceğini hüküm altına almış ise de (m. 104/9) rektör ve dekanlar (m. 130/6) ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyelerinin (m. 133/2) atanma ve seçilmelerine ilişkin usul ve esasların kanunla dzenleneceğini ongörmüştür. Bu özel dzenlemeler karşısında rektör ve dekanlar ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyelerinin atanma ve seçilme usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesi mümkün değildir. Bu konuları dzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa'ya aykırıdır. Bkz. Ülgen, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler, s. 628 vd.; Ülgen Adadağ, Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar, s. 275.

cümlelerindeki sınırlamalar bir kenara bırakılırsa, bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin Anayasa hükümleri olmasa bu konular yine de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecekti. Zira bunlar yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında kalırlar. Anayasa bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğini ayrıca ve açıkça hüküm altına aldığına göre bu hükümlerin farklı bir özelliğinin bulunması zorunludur.⁴⁸ Bu özellik münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olsa da ya da kanunlarda açıkça düzenlenmiş konular kapsamında kalsa da Anayasa'nın özel hükümlerine istinaden bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesi zorunluluğudur. Ancak bu özellik ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından tek başına bir anlam ifade etmez. Bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin Anayasa hükümlerinin ve bu hükümlere istinaden çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bir anlam ifade edebilmeleri için bu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanması ve hukuki sonuç doğurması da gerekir. Bunun için de Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konuların kanunla düzenlenememesi, kanunla düzenlemenin mevcut olduğu hallerde ise kanuni düzenlemenin değil, ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulama alanı bulması gerekir.

Anayasa'nın bazı konuların kanunla düzenleneceğine ilişkin hükümlerinden hareketle ilgili konuların başka tür düzenlemelerle, bu arada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemeyeceği, bunların münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁹ Dikkat edilirse Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini istediği konular da aynı şekilde formüle edilmişlerdir. Sözgelimi Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci fıkrası "Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir." hükmüne, Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası ise "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir." hükmüne yer vermiştir. Anayasa'nın zikredilen iki düzenlemesi de aynı ifade tarzına sahip olduklarına göre, bunlardan birinin münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken alan olarak

⁴⁸ Yeniay / Yeniay, Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 113 vd., 119 vd.; Açıl, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 735.

⁴⁹ Bkz. dipnot 29.

kabul edilmesi, diğerinin de münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi gereken alan olarak kabul edilmesini gerektirir. Anayasa'da yer alan ifadeler aynı olmasına rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi ongörlen konular bağlamında farklı bir tutum takınılmasının makul bir sebebi ve anlamı yoktur.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi ongörlen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlara karşı üstün bir konumda olmaları Cumhurbaşkanlığı hükümeti sisteminin de bir gereğidir. Zira bu sistemde yasama ve yürütme erkleri öncekine göre daha sert bir şekilde birbirinden ayrılmışlardır.⁵⁰ Bu ayırım yürütmenin yasamadan bağımsız olarak kendine ait bir düzenleme alanının bulunmasını gerektirir. Yasamanın yürütmenin her alanına müdahale etmesi yeni sistemle ongörlen ayrılığı anlamsız hale getirebilecek, yürütme organı kendi tercihleri doğrultusunda hareket etme imkanından yoksun bırakılabilecektir.⁵¹ Özellikle yasama organındaki siyasi çoğunluğun Cumhurbaşkanı ile uyum içinde olmadığı hallerde yasama organı Cumhurbaşkanının yürütmeyi kendi politikaları doğrultusunda şekillendirmesine engel olabilecektir.⁵²

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi ongörlen konularda kanun çıkarılamayacağı, çıkarılsa bile kanunun değil ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin geçerli olacağı yönündeki görüşümüzün normlar hiyerarşisi ile kurulan düzene aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak kanaatimce bu düşüncede isabet yoktur. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kural olarak kanunlardan daha aşağı bir seviyede yer alırlar.⁵³ Anayasa'nın 104.

⁵⁰ Bkz. Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 937, 943, 973; Gönenç / Kontacı, 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütme İlişkileri, s. 62 vd., 66 vd.; Doğan / Geyik, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 21, 30 vd.; Ardıçoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 28; Yıldırım, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 23.

⁵¹ Döner, Türk Anayasa Hukuku, s. 433; Eren, Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükümünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi, s. 46.

⁵² Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 973 vd.; Gönenç / Kontacı, 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütme İlişkileri, s. 75; Yancı Özalp, 2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama Yürütme İlişkilerine ve Yargı Bağımsızlığına Etkileri, s. 130.

⁵³ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1009, 1018; Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 953 vd.; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Basım, s. 248

maddesinin on yedinci fıkrası münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularla kanunlarda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağını, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağını ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen bir konuda kanun çıkarılması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceğini hüküm altına aldığına göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha aşağı bir seviyededirler. Aynı sonuca Anayasa'nın 119. maddesinin altıncı fıkrası üzerinden de ulaşmak mümkündür. Anılan düzenleme uyarınca olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun hükmündedir. Anayasa koyucu olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için bu şekilde bir hüküm getirdiğine ve bunların dışında kalan olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından bu yönde bir ifade kullanmadığına göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha aşağı bir seviyede yer alırlar.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hiyerarşik açıdan kural olarak kanunların altında bir seviyede yer alsalar bile bunun bazı istisnaları mevcuttur. İlk istisna olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgilidir ve bu husus Anayasa'nın 119. maddesinin altıncı fıkrasında hüküm altına alınmıştır. İkinci istisna ise Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Anayasa bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini emrettiğine göre, bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi zorunludur, bu konular kanunla düzenlenemez. Bu durumun doğal bir sonucu olarak

vd.; Tanör / Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, s. 438; Ulusoy, Türk İdare Hukuku, s. 320 vd.; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 42 vd.; Ardıçoğlu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 48 vd.; Yıldırım, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 23.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyede yer aldığına ilişkin görüş için bkz. Döner, Türk Anayasa Hukuku, s. 435; Atar, Türk Anayasa Hukuku, s. 275 vd.; Şanlı Atay, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, s. 588 vd.; Sezer, Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, s. 398.

bu tdr Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiyerarşik olarak kanunların altında yer aldığından söz edilemez.⁵⁴

Normlar hiyerarşisi bağlamında ayrıca şu hususa değinmek gerekir ki, her zaman her konuda uygulanabilecek tek ve değışmez bir normlar hiyerarşisinden söz etmek mümkün değildir.⁵⁵ Normlar hiyerarşisini oluşturan temel norm Anayasa'dır ve Anayasa'nın genel olarak belirlediğı bu hiyerarşik ilişkinin yine Anayasa tarafından farklı konular bağlamında farklı olarak şekillendirilmesi mümkündür. Gerçekten de Anayasa genel itibarıyla "Anayasa - kanun - Cumhurbaşkanlığı kararnamesi - yönetmelik" şeklinde bir normlar hiyerarşisi öngörmüş ise de bu hiyerarşinin her konuda uygulanmasını öngörmemiştir. Daha önce de ifade edildiğı gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmalarını ne şekilde yürüteceğı içtüzük ile düzenlenir. Bu konuda kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ya da yönetmelik çıkarılamaz. Dolayısıyla Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmaları söz konusu olduğunda normlar hiyerarşisi yalnızca "Anayasa - Türkiye Büyük Millet Meclisi İctüzüğü" şeklinde sıralanır. Yine Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesine cevaz vermediğı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi normlar hiyerarşisinde yer almaz, bu konulardaki normlar hiyerarşisi kural olarak "Anayasa - kanun - yönetmelik" şeklinde sıralanır. Yönetmelik çıkarılabilen bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenememesi eleştiriye açık olsa da, Anayasa bu şekilde bir sistem öngörmüştür. Bu konuya Alman hukukundan da örnek vermek mümkündür. Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'nın 31. maddesi uyarınca federal hukuk federe devletlerin hukukundan üstündür. Ancak bu durum federal devletin düzenleme yetkisine sahip olmadığı konularda geçerli değildir, bu tür hallerde federe devletlerce çıkarılan düzenlemeler federal düzenlemelerden üstündür.⁵⁶ İşte bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngören Anayasa hükümlerinin uygulama alanı bulduğu hallerde de genel normlar hiyerarşisi bir kenara

⁵⁴ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1019; Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 166. Farklı görüş için bkz. Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 954 vd.

⁵⁵ Güneş, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri, s. 168 vd.

⁵⁶ Pieroth, in: Jarass / Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 31; Muratoğlu, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Yapılanması, s. 347 vd.

birakılmaktadır.⁵⁷ Bu şekilde ilgili konuların kanunla düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmakta, yani Anayasa'nın konu ile ilgili özel hükümlerinin uygulama alanı bulduğu konularda kanunlar normlar hiyerarşisinden çıkarılmaktadır. Bu tür hallerde normlar hiyerarşisi "Anayasa - Cumhurbaşkanlığı kararnamesi - yönetmelik" şeklinde sıralanmaktadır.

Yukarıda münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda çıkarılan kanunların ya da bir konuyu açıkça düzenleyen kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle çatışması durumunda bu çatışmanın ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi lehine çözülmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığına göre, aynı sonucun kanunla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmayan alanları açık olmayan bir şekilde düzenleyen kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki ilişkide de geçerli olması gerekir. Kanunla düzenlenmesi gereken konuları düzenleyen kanunlarla açık kanuni düzenlemeler ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnameleri karşısında uygulama alanı bulmuyorlarsa, kanunla düzenlenmesi zorunlu olmayan konuları açık olmayan bir şekilde düzenleyen kanunların da ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnameleri karşısında evleviyetle uygulama alanı bulmamaları gerekir.

Tespit edebildiğim kadarıyla, Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasındaki muhtemel bir çatışmanın ne şekilde çözülmesi gerektiği konusunda şu ana kadar açık bir tutum ortaya koymamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda uygulanamayacağını kabul ettiğine ve yukarıda aynı sonucun dördüncü cümle bağlamında da geçerli olması gerektiği sonucuna ulaşıldığına göre, Anayasa Mahkemesinin bu kapsamda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine üstünlük tanınması gerektiğini kabul etmek yanlış olmayacaktır. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesinin bu konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği yönündeki içtihadının bir anlamı olmayacaktır.

⁵⁷ Bkz. Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 166; Yeniay / Yeniay, Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 118 vd.

Konu bağlamında son olarak şu hususun altını çizmek gerekir ki, burada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi ongörlen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasındaki çatışma ele alınmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenleneceği ongörlen konulara ilişkin olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında çatışma olursa bu çatışmadan kanuni dzenlemeler galip çıkar, yani kanunlara aykırı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hkmleri hükümsüz olup uygulama alanı bulmazlar. Bu konuda herhangi bir tereddüt yoktur.

F. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Daha Sonraki Tarihlerde Çıkarılan Kanunlar Arasındaki Çatışmanın Çözülmesi

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz kalır. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkranın beşinci cümlesi gibi, bu cümle hükmü de münhasıran kanunla dzenlenmesi gereken konularda uygulama alanı bulmaz. Zira kanunla dzenlenmesi gereken konular Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenemez, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenleme yasağı bu konuların henüz kanunla dzenlenmemiş olduğu hallerde de geçerlidir. Buna karşın on yedinci fıkranın beşinci cümlesinden farklı olarak fıkranın altıncı cümlesi kanunda açıkça dzenlenen konularda uygulama alanı bulur. Zira kanunla dzenlenmesi zorunluluğu bulunmayan bir konuda henüz açık bir kanuni dzenleme yoksa, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle dzenlenebilecek bir konu olması şartıyla, bu konu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenebilir.⁵⁸ İşte Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenleme yapıldıktan sonra konunun kanunla açık bir şekilde dzenlenmesi durumunda ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Bu durum 104. maddenin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinin de bir gereğidir. Zira kanunda açıkça dzenlenen bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaması, açık kanuni dzenleme yapıldığında bu dzenlemeden önce çıkarılmış olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de hükümsüz hale gelmesini gerektirir.

Münhasıran kanunla dzenlenmesi gereken konular ile kanunlarda açıkça dzenlenen konular bağlamında Anayasa'nın 104.

⁵⁸ Döner, Türk Anayasa Hukuku, s. 431.

maddesinin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesinin kapsamı bu şekilde belirlendikten sonra geriye yalnızca bu hükmün kanunla düzenlenmesi gerekmeyele birlikte kanunlarda açık olmayan bir şekilde düzenlenen konular hakkında uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusu kalmaktadır. Kanaatimce on yedinci fıkranın altıncı cümlesi bu konularda uygulama alanı bulmaz. Zira kanunlarla düzenlenmesi zorunlu olmamakla birlikte kanunlarda açık olmayan bir şekilde düzenlenen konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Bu tür Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanabilme kabiliyetinden yoksun bırakılabilmesi için bunların ilgili kanunlara aykırı olması gerekir. İlgili kanunlara aykırı olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri geçerli olup hüküm ifade ederler. Bu tür Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hüküm ifade etmeleri için, bunların kanuni düzenlemeden önce ya da sonra çıkarılmış olması arasında herhangi bir fark yoktur. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesi yalnızca kanunla düzenlenmesi zorunlu olmamakla birlikte kanunda açıkça düzenlenen konular hakkında uygulama alanı bulur. Ancak tekrar altını çizmek gerekir ki, bu durum Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülmeven konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için geçerlidir. Anayasa'nın özel hükümlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü konularda altıncı cümle hükmü uygulama alanı bulmaz. Daha önce de söylendiği gibi, bu konular kanunla değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmek zorundadır.

Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesi bir konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesinden sonra aynı konunun bir de kanunla düzenlenmesi ihtimalinden söz etmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği öngörülen konular bağlamında bu ihtimal ele alındığında şu sonuca ulaşılabacaktır: Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini öngördüğü bir konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarıldıktan sonraki bir tarihte kanunla düzenlenmesi durumunda ilgili kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki çatışmadan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi galip çıkar. Zira bu konuların kanunla düzenlenmesi Anayasa'ya aykırıdır. Kanunla düzenleme yasağı hem bu konuların daha önce Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş olduğu hem de böyle bir düzenlemenin henüz yapılmamış olduğu haller için geçerlidir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan kanunlarla Cumhurbaşkanlığı

kararnameleri arasındaki çatışma bağlamında yukarıda 104. maddenin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesi bağlamında söylenenler aynı fıkranın altıncı cümlesi bağlamında da geçerlidir. Bu nedenle aynı hususların burada bir daha tekrar edilmesine gerek yoktur. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenecek olan konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mevcut kanunlardan farklı hkümlere yer vermeleri durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine üstnlük tanınması ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin daha sonraki tarihlerde çıkarılacak kanunlara karşı da üstün olmalarını ve bunlara karşı da öncelikle uygulama alanı bulmalarını gerektirir.

IV. SONUÇ

Anayasa üst derece kamu yöneticileri, bakanlıklar, Devlet Denetleme Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği ile ilgili bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenleneceğini öngörmüştür. Anayasa'nın konu ile ilgili hkümlerinin ifade tarzlarından hareketle bu konuların mutlaka Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenlenmesi gerektiği ve kanunla dzenlenemeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi bazı konuların kanunla dzenleneceğine ilişkin Anayasa hkümlerinden hareketle bu konuların münhasıran kanunla dzenlenmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Aynı durumun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi öngörülen konular açısından da kabul edilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesini öngördüğü konular bağlamında üzerinde durulması gereken önemli bir husus da Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel hkümlerin bu konular hakkında da geçerli olup olmadığıdır. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk iki cümlesi incelendiğinde, bunlar ile bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenleneceğine ilişkin Anayasa hkümleri arasında herhangi bir çatışma olmadığı görülecektir. Ancak on yedinci fıkranın kalan dört cümlesi açısından durum farklıdır. Fıkranın son dört cümlesinde yer alan hkümler ile bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle dzenleneceğine ilişkin Anayasa hkümleri arasında çatışma mevcuttur ve bu çatışmanın konu ile ilgili özel hkümlere öncelik tanınmak suretiyle giderilmesi gerekir. Bu nedenle münhasıran kanunla dzenlenmesi gereken konular aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile dzenlenmesi öngörülen konular arasında yer alıyorsa, bu konular kanunlarla değil de

Anayasa'daki özel hükümlere istinaden çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmelidir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi gereken bir konunun kanunlarla açık bir şekilde düzenlenmiş olması bu konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesine engel değildir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi gereken bir konuda kanun çıkarılmaması gerekirken bu konu kanunla düzenlenmiş ise, bu konudaki kanunun değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulama alanı bulması gerekir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi gereken konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kendilerinden önce çıkarılan kanunlardan üstün oldukları gibi, kendilerinden sonra çıkarılan kanunlara karşı da üstündürler. Bir çatışma durumunda ilgili kanunun değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulama alanı bulması gerekir.

KAYNAKÇA

- Açıl, Murat: 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 76, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 725-756.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Alkan, Haluk: Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kurumsal Özellikleri ve Demokratikleşme Sürecine Olası Etkileri, Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2018, Sayı: 30, s. 139-153.
- Ardıçoğlu, M. Artuk: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 75, Sayı: 2017/3, s. 19-51.
- Atar, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Çağlayan, Ramazan: İdâre Hukûku Dersleri, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Doğan, Bayram / Geyik, Ali Fuat: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 19-45.
- Döner, Ayhan: Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Eren, Abdurrahman: Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükümünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 1-72.
- Gönenç, Levent / Kontacı, Ali Ersoy: 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütme İlişkileri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2019, Sayı: 145, s. 53-79.
- Gözler, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- 412 *DÜHFD, Cilt: 27, Sayı: 47, Yıl: 2022, s. 375-415*

- Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2021.
- Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2010.
- Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2021.
- Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 24. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2022.
- Güneş, Mehmet: Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 166-179.
- Kanadoğlu, Korkut: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/2, s. 637-650.
- Küçük, Adnan / Doğan, Bayram: Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 1-59.
- Muratoğlu, Tahir: Almanya Federal Cumhuriyeti’nde Devlet Yapılanması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2014, s. 291-366.
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 18. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Pieorth, Bodo: Kommentierung zu Art. 31, in: Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2016.
- Sezer, Abdullah: Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı], Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 353-412.
- Söyler, Yasin: Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

- Şanlı Atay, Yeliz: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2019, s. 579-593.
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ő., İstanbul 2018.
- Taşdöğen, Salih: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 937-966.
- Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Tıpkı 21. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ő., İstanbul 2017.
- Teziç, Erdoğan: Parlamento Kararı ve Kanun, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 5, Yıl: 1988, s. 121-130.
- Ulusoy, Ali D.: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme, Anayasa Yargısı, Cilt: 37, Sayı: 2, Yıl: 2020, s. 31-66.
- Ulusoy, Ali D.: Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Ülgen, Özen: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/2, s. 619-636.
- Ülgen, Özen: Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 3-39.
- Ülgen Adadağ, Özen: Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 261-277.
- Yancı Özalp, Nihan: 2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama Yürütme İlişkilerine ve Yargı Bağımsızlığına Etkileri, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 11, Yıl: 2017, s. 117-136.
- Yasin, MelikŐah: Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 315-333.
- Yeniay, Lokman / Yeniay, Gülden: Türk Hukukunda Yürütme Organının Dzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 105-138.

Tahir MURATOĞLU

Yıldırım, Turan: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 23, Sayı: 2, s. 13-28.

Yıldırım, Turan: İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 293-314.

REVIEW OF THE TERM OF LITIGATION IN TURKISH TAX PROCEEDINGS IN ACCORDANCE WITH JUDICIAL DECISIONS

Mehmet Burak BULUTTEKİN*

ABSTRACT

In tax proceedings under the administrative jurisdiction, in order for a taxation dispute to be resolved through a lawsuit, this dispute must be brought before the court within the term of litigation. After the deadline for filing a lawsuit, the right to claim a lawsuit in terms of the relevant dispute will expire. In doctrine and practice, it is accepted that the duration of litigation is a procedural rule related to public order, which can only be regulated by law, and which is taken into account ex officio by the court. The issues that need to be discussed about the duration of filing a lawsuit in tax proceedings are the legal nature, the basic features, the beginning, the calculation, the extension of the litigation periods, the general and special litigation periods, and whether it is possible to suspend the litigation periods. As a general rule, the duration of filing a lawsuit in the tax court is thirty days (Law No. 2577, art. 7/1). However, tax cases that fall under the jurisdiction of the Council of State as a court of first instance (Law No. 213, duplication art. 49), objection to the provisional

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: buluttekinb@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0998-2624.

Makalenin Gönderim Tarihi : 19.08.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 16.11.2022.

attachment, objection to the provisional accrual, objection to the payment order and claims for remuneration (Law No. 6183, art. 15/1, 20, 58/1, 66/2 and 67/1), cases where it is obligatory to apply to the administration before filing a tax lawsuit (Law No. 213, art. 124/1; Law No. 2557, art. 10/2, 11/2), and in case of failure to reach reconciliation (Law No. 618, annex art. 7/4), special litigation periods are stipulated for the cases to be filed. While the period of filing a lawsuit against individual transactions in tax proceedings starts with a written notification, it is also possible to start the notification by publication, learning date and electronic notification. In terms of calculating the periods in tax jurisdiction, Article 8 of Law No. 2557 and Article 18 of Law No. 213 regulations will form the basis. Problems in practice related to litigation deadlines are often the subject of judicial decisions. Based on this general framework, in this article, the term of litigation in tax proceedings will be examined according to judicial decisions.

Keywords: Turkish tax proceedings, the term of litigation, general and special litigation periods in tax proceedings, judicial decisions.

VERGİ YARGILAMASINDA DAVA AÇMA SÜRELERİNİN YARGI KARARLARINA GÖRE İNCELENMESİ

ÖZ

İdari yargı koluna bağlı olan vergi yargılamasında, vergilendirmeye ilgili bir uyuşmazlığın dava yoluyla çözümlenebilmesi için, bu uyuşmazlığın dava açma süresi içinde mahkeme önüne taşınması gerekir. Dava açma süresi geçtikten sonra, ilgili uyuşmazlık bakımından dava talep hakkı sona erecektir. Doktrinde ve uygulamada dava açma süresinin, kamu düzenine ilişkin olan, yalnızca kanunla düzenlenebilen, mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınan bir usul kuralı olduğu kabul edilmektedir. Vergi yargılamasında dava açma süresiyle ilgili tartışılması gereken konular, dava açma sürelerinin hukuki niteliği, temel özellikleri, başlangıcı, hesaplanması, uzaması ile birlikte genel ve özel dava açma süreleri ve dava açma sürelerinin durmasının mümkün olup olmamasıdır. Vergi mahkemesinde dava açma süresi genel bir kural olarak otuz gündür (İYUK m. 7/1). Bununla birlikte ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görev alanına giren vergi davaları (VUK mük. m. 49), AATUHK'da düzenlenen ihtiyati hacze itiraz, ihtiyati tahakkuka itiraz, ödeme emrine itiraz ve istihkak iddialarıyla ilgili açılacak davalar (AATUHK m. 15/1, 20, 58/1, 66/2 ve 67/1), vergi davası açmadan önce idareye başvurma zorunluluğu olan haller (VUK m. 124/1; İYUK m. 10/2, 11/2) ve uzlaşmanın sağlanamaması (VUK ek

m. 7/4) halinde açılacak davalar bakımından ise özel dava açma süreleri öngörülmüştür. Vergi yargılamasında bireysel işlemlere karşı dava açma süresi esas itibarıyla yazılı tebliğle başlamakla birlikte sürenin ilan yoluyla bildirim, öğrenme tarihi ve elektronik ortamda tebliğ edilmesi yoluyla başlaması da mümkündür. Vergi yargısında sürelerin hesaplanması bakımından İYUK m. 8 ve VUK m. 18 düzenlemeleri esas olacaktır. Dava açma süreleriyle ilgili uygulamadaki sorunlar sıklıkla yargı kararlarına da konu olmaktadır. Bu genel çerçeveden hareketle, bu çalışmada vergi yargılamasındaki dava açma süreleri yargı kararlarına göre incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Türk vergi yargılaması, dava açma süreleri, vergi yargılamasında genel ve özel dava açma süreleri, yargı kararları.

I. INTRODUCTION

The principle of the rule of law requires that its actions and transactions comply with the law, protect and strengthen rights and freedoms, observe equality, consider itself responsible for establishing and maintaining a just legal order, ensure legal security, and be subject to independent judicial review in all its transactions and actions. In *the Constitution of the Republic of Turkey* (Law No. 2709, dated 18.10.1982)¹, while emphasizing the democratic state of law, it is aimed that all actions and transactions of the state are subject to judicial review. Judicial review is the basic condition of the rule of law. In the rule of law, the legality of the actions and transactions of the administration and ultimately the legality of the administration are provided through annulment cases. In accordance with the principle of the rule of law, the tax jurisdiction law regulated in the administrative jurisdiction law aims to resolve the dispute between the tax administration, which is the creditor public administration, and the taxpayers who are liable to pay taxes, in taxation-related transactions. In our legal system, the exercise of the right to seek rights is limited to certain periods. In other words, in all areas of law, time limits constitute the time limit of the freedom to seek rights.

We can express the concept of duration as a certain and limited time interval. The fact that resorting to judicial remedy is limited to certain periods is a requirement of the principle of continuity, efficiency

¹ (Day/month/year). All dates in the article will be displayed this way.

and legal security in the activities of the administration. Indeed, the parties should act according to certain deadlines in order to resolve their disputes regularly and rapidly. According to the Constitution, the deadlines can only be determined by law, and the administration has to specify the deadlines for filing lawsuits in its transactions. As a matter of fact, according to Article 13/1 of the Constitution, “*Fundamental rights and freedoms can only be limited by law, without affecting their essence, only depending on the reasons specified in the relevant articles of the Constitution.*” Again, according to Article 40/2 of the Constitution, “*The State has to specify which legal remedies and authorities the relevant persons will apply to and their duration in its transactions.*”

General and special litigation periods are regulated in tax proceedings. In tax jurisdiction law, the general litigation period is regulated in the Administrative Judgment Procedure Law, and the specific litigation periods are regulated in the Tax Procedure Law, the Law on the Collection of Public Claims Procedure and other special tax laws. The period of filing a lawsuit in tax proceedings refers to the time limit that must be brought before the court in order to resolve a tax dispute through a lawsuit. If the lawsuit is not filed within the term of litigation determined by the law, the right to claim a lawsuit for that dispute will disappear.

The aim of this article, which examines *the term of litigation (the litigation period, the filing period, the duration of litigation, the period of filing a lawsuit, the duration of filing lawsuit,)* in tax proceedings, is to reveal the durations of filing lawsuits in tax proceedings and to examine the problems arising from the duration of filing a lawsuit in the legislation and the practice within the framework of judicial decisions. The article mainly consists of three chapters. In the first chapter of the article, the studies in the literature on the duration of litigation will be examined, in the second chapter the methodology of the article will be revealed, and in the third chapter, which constitutes the main part of the article, the duration of litigation in tax proceedings will be discussed in detail. In the third chapter, while examining the duration of litigation, the concept of time and the classification of the periods regulated in tax law, the legal nature of litigation periods, the general characteristics of litigation periods, general and special litigation periods, the beginning of litigation periods, the calculation of litigation periods, whether it is possible to stop the litigation periods and the prolongation of the litigation periods will be revealed. Besides, the current situation and

problems in practice related to litigation periods will be discussed within the framework of judicial decisions.

In tax law, except for the litigation periods; tax jurisdiction periods, periods related to legal remedies, taxation procedures and taxpayers' duties are also stipulated in some periods. However, since this study is limited to the duration of filing a lawsuit in tax jurisdiction, periods other than the duration of filing a lawsuit are excluded from the scope of this study.

II. LITERATURE REVIEW

We can classify the literature review on the duration of litigation in tax proceedings under five headings. The durations of filing lawsuits in tax proceedings were first discussed in detail when examining the durations in tax proceedings as a monograph. In his work in which s/he examines the periods in tax law, *Çağan* examined the terms in general under the headings of classification of periods in Turkish tax law, durations in formal tax law, durations in material tax law, durations in tax criminal law, reasons that prevent the execution of periods and calculation of durations, and specifically the duration of litigation; quality, objection period and legal remedy periods². In his work, which examines the durations in tax jurisdiction, *Karakoç* has comprehensively evaluated the duration of litigation by considering the legal nature, the start of the periods, the suspension of the deadlines, the granting of additional time and the results of the filing period³.

Secondly, monographic studies on the duration of filing lawsuits in administrative jurisdiction are included. *Demirkol and Bereket Baş* examined the duration of filing a lawsuit in practice within the scope of notification date-time to file a lawsuit in administrative jurisdiction⁴. *Ergen* examined the duration of litigation in the administrative judiciary

² Nami Çağan, *Vergi Hukukunda Süreler*, Ankara Hukuk Fakültesi Publications, No. 389, Sevinç Press, Ankara, 1975, p. 66-83.

³ Yusuf Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler*, Yetkin Publications, Ankara, 2000, p. 39-142.

⁴ Selami Demirkol and Zuhale Bereket Baş, *Teoride ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, Beta Press Publishing Distribution, 2nd Edition, İstanbul, May 2001, p. 112-131.

within the framework of Articles 7-13 and 28 of *Administrative Jurisdiction Procedures Law* (Law No. 2577, dated 06.01.1982), together with the examples of the decision⁵. *Kaplan* examined the duration of litigation in administrative jurisdiction, the concept of litigation time, its comparison with other periods, the reasons for limiting the time, the legal nature of the litigation period, its types, calculation and results in terms of theory, practice and comparative law⁶.

Thirdly, the duration of litigation in tax judgment books has been examined. *Karakoç*, in his book on tax judgment law, discussed in detail the durations of filing lawsuits in tax proceedings under the titles of legal nature, beginning, calculation, stopping, prolongation, and termination⁷. In *Yüce*'s tax judgment law book, the duration of litigation has been examined within the scope of filing a lawsuit, and the results of filing a lawsuit⁸.

Fourthly, the periods of filing lawsuits in general and the duration of filing a lawsuit in tax proceedings are included in the administrative jurisdiction books. *Gözübüyük and Tan*, within the framework of administrative law, examined the duration of litigation in detail under the headings of general principles, the beginning of the period, the calculation of the period, the suspension of the period and additional periods, and the consequences of the expiration of the lawsuit period⁹. *Gözübüyük* examined the term of litigation in terms of the duration and its qualifications, the beginning of the period, the calculation of the period, the situations that stopped the period, the additional periods, the results of the expiry of the period¹⁰. *Tan* examined the duration of the lawsuit in terms of general principles, the beginning of the period, the

⁵ Cafer Ergen, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Seçkin Publishing, Ankara, March 2007, p. 17 et al.

⁶ Gürsel Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Turhan Bookstore, 3rd Edition, Ankara, February 2011, p. 13 et al.

⁷ Yusuf Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukuku*, Yetkin Publications, Ankara, 2017, p. 209-219.

⁸ Mehmet Yüce, *Vergi Yargılama Hukuku*, Ekin Press Publishing Distribution, 6th Edition, Bursa, September 2019, p. 184-202.

⁹ Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt II *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Bookstore, 5th Edition, Ankara, January 2012, p. 843-932.

¹⁰ Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Bookstore, 14th Edition Ankara, 2001, p. 397-428.

calculation of the period, the suspension of the period and additional periods, and the results of the expiration of the lawsuit period¹¹. *Kaplan* examined administrative litigation deadlines under the main heading such as general information about the duration of litigation and the processing of litigation periods in detail¹². *Akyılmaz, Sezginer, and Kaya* discussed in detail the duration of litigation, the characteristics of the litigation period, the general and special litigation periods, the calculation of the durations, and the effect of force majeure on the duration of the litigation¹³. *Günday* examined in detail the duration of administrative litigation (access to court), the nature of the litigation period, the start of the litigation period, the suspension of the litigation period, and additional periods¹⁴. *Candan* handled the duration for starting an administrative lawsuit in detail regarding the types of administrative litigation periods, the beginning of the period, and the principles to be applied in the calculation of the period¹⁵. *Ulusoy* examined the administrative litigation deadlines under headings features, suspension, and interruption of the periods, duration in ongoing violations of rights, the effect of applying to the higher authority on the duration of the case, duration in full remedy cases, duration in regulatory proceedings, calculation of durations and decisions on durations¹⁶.

Fifthly, the durations of filing a lawsuit in tax proceedings are included in tax law books. *Öncel, Kumrulu, Çağan and Göker* examined the duration of filing a lawsuit in tax jurisdiction within the scope of periods in tax law, and discussed the classification of periods, classification of periods according to their legal qualities, calculation of

¹¹ Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Bookstore, 4th Edition, Ankara, September 2015, p. 1027-1063.

¹² Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Press and Publication Distribution, 8th Edition, Bursa, October 2022, p. 337-394.

¹³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer and Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Publishing House, 4th Edition, Ankara, September 2020, p. 300-359.

¹⁴ Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Bookstore, 2nd Edition, Ankara, September 2022, p. 265-339.

¹⁵ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Publishing House, Ankara, March 2011, p. 327-405.

¹⁶ Ali D. Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, Yetkin Publications, 3rd Edition, Ankara, 2022, p. 79, 113-147.

deadlines and extension of deadlines¹⁷. *Kızılot and Kızılot* examined the litigation period in tax jurisdiction in detail with the titles of the terms related to deadlines, general and special litigation periods, the beginning of the litigation period, the effects of force majeure and holidays on the litigation period, and periods in tax jurisdiction¹⁸. *Mutluer* examined the durations of filing lawsuits in tax proceedings under the headings of starting, stopping and prolonging the periods¹⁹. In his book on general tax law, *Karakoç* evaluated the duration of filing a lawsuit in tax proceedings, the general characteristics of the duration of litigation, its legal nature, its beginning, calculation, suspension and extension, and the consequences of its termination²⁰. *Şenyüz, Yüce and Gerçek* dealt with the duration of filing a lawsuit in tax proceedings in general and examined them under the headings of classification of deadlines, calculation of deadlines and extension of deadlines²¹. *Batı*, under the title of filing a lawsuit in tax jurisdiction; examined the general characteristics of litigation periods, general and special litigation periods, suspension or prolongation of the deadlines, and cases where the duration of litigation is not specified in administrative proceedings²². *Uysal and Eroğlu* evaluated the durations in tax jurisdiction in general under the heading durations regarding nature, calculation, and extension; and as the period of filing a lawsuit and the beginning and end of the period, especially in the filing of a tax lawsuit²³.

¹⁷ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan and Cenker Göker, *Vergi Hukuku*, Turhan Bookstore, 31st Edition, Ankara, October 2022, p. 124-138.

¹⁸ Şükrü Kızılot and Zuhâl Kızılot, *Vergi İtilafları ve Çözüm Yolları*, Yaklaşım Publishing, 17th Edition, Ankara, 2010, p. 357-384.

¹⁹ M. Kamil Mutluer, *Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, Turhan Bookstore, 3rd Edition, Ankara, October 2011, p. 288-290.

²⁰ Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Publications, 2nd Edition, Ankara, 2019, p. 672-678.

²¹ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce and Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, Ekin Press Publishing Distribution, 7th Edition, Bursa, January 2016, p. 205-226, 276-278.

²² Murat Batı, *Vergi Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Publications, 2nd Edition, Ankara, September 2022, p. 579-584.

²³ Ali Uysal and Nurettin Eroğlu, *Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu*, Sözkese Printing, 3rd Edition, Ankara, 2005, p. 38-52, 765-768.

Finally, the theoretical discussions within the scope of the legal nature of filing a lawsuit in administrative jurisdiction should be considered important. A final discussion regarding the duration of litigation concerns the legal nature of the litigation period. There have been discussions in the literature on the legal nature of the litigation period. The period of filing a lawsuit is *the period of prescription* according to Onar²⁴, *the period of sui generis* according to Duran²⁵ and *the period of filing a lawsuit* (the term of litigation) exclusively according to Karakoç²⁶. According to Kaplan, this situation is a *problem of terminology* and no matter how it is named, the right itself does not end with the expiration of the litigation period²⁷.

III. METHODOLOGY

Tax jurisdiction mainly depends on the administrative jurisdiction. From this point of view, the duration of litigation in tax jurisdiction will be explained with a narrative method from general to specific, from administrative jurisdiction law to tax jurisdiction law. The study methodologically includes three stages. First of all, the legal regulations of the period of filing a lawsuit in tax proceedings will be revealed within the framework of the provisions of *the Constitution*, Law No. 2577, *Tax Procedure Law* (Law No. 213, dated 04.01.1961), and *Law on Collection Procedure of Public Receivables* (Law No. 6183, dated 21.07.1953). Secondly, the theoretical discussions in the doctrine about the duration of litigation in administrative jurisdiction and especially the duration of litigation in tax jurisdiction will be included. In this respect, the general principles regarding the duration of litigation, its legal nature, general and special litigation periods and litigation periods will be examined. Finally, the situation and problems of the current judicial decisions regarding the duration of litigation in tax proceedings will be discussed.

²⁴ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Vol. I, II and III, İsmail Akgün Printing House, 3rd Edition, Istanbul, 1966, p. 1961.

²⁵ Lütfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti (İdari Müruru Müddet)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol: 11, No: 1-2, pp. 238-263, 1945, p. 261.

²⁶ Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler*, p. 48.

²⁷ Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, p. 83.

IV. RESULTS AND DISCUSSION

In this section, the position of the term of litigation in tax proceedings in legislation and doctrine and the problems in practice will be examined. For this purpose, the concept of duration, the place of the litigation period in the classification systematic, its legal nature, general characteristics, general and special litigation periods, the beginning of the litigation period, the calculation of the periods, the effect of force majeure and the prolongation of the period will be discussed. The debates in the legislation and doctrine will be handled together with the judicial decisions.

A. The Concept of Duration and the Place of the Term of Litigation in the Duration Classification in Tax Law

The term *duration* (time period, grace period, time limit, maturity) literally means “*the part of time between the beginning and the end of an event, time interval, time part*”²⁸ or “*a certain part in the flowing time*”²⁹. In this respect, time refers to a specific and limited time period. The exercise of a right or power is defined and limited by time limits in all areas of law. As a matter of fact, in the words of the Council of State; “*It refers to a concrete part of time, which is an abstract concept. Specifically limited or predetermined time segments. Laws are valid from a certain moment or only until a certain moment.*”³⁰ In that case, in law, time periods are bounded to a result of *gaining or losing a certain right*³¹. With *Kaplan’s* definition, the term of litigation also means

²⁸ TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Access Date: 22.06.2022.

²⁹ Ali Püsküllüoğlu, Türkçe Sözlük, Doğan Kitap Publications, İstanbul, 1999, p. 1403.

³⁰ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 19.01.1990 and numbered *E.* (Docket Number, Turkish: *Esas No.*, in short *E.*) 1989/154, *K.* (Decision Number, Turkish: *Karar No.*, in short *K.*) 1990/10 (The decisions in this article will be shown in such abbreviation. And all the decisions used in this article were accessed from Kazancı Hukuk, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr>).

³¹ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, p. 337.

the time limitation of bringing a right before the courts, in this way, the duration, which is an abstract concept, takes the form of filing a lawsuit when it is desired to set a limit on the claim of a right before the courts³².

In tax law, when a certain period of time expires, sometimes a right ends, sometimes a duty or obligation arises³³. Some deadlines are stipulated for the taxation procedures and the entire judicial process in tax law³⁴. These periods are regulated by laws to bind the parties in taxation. The tax administration and taxpayers must fulfill their authorizations, responsibilities, duties, and rights according to the determined periods. In this respect, the deadlines aim to provide *legal security*, *administrative order*, and *stability* in the fulfillment of tax duties, collection of tax claims, and resolution of tax disputes³⁵.

In law, terms can be *classified* in various ways in terms of their legal qualifications, branches of law to which they are affiliated, persons to which they are directed, and the legal consequences they create³⁶. In the doctrine, the periods can be classified as “*legal (final) periods*”, “*administrative periods*” and “*judicial (accidental) periods*” according to the body in which the durations are determined³⁷. *Legal (final) periods*

³² Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 18.

³³ Çağan, p. 5.

³⁴ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 23.

³⁵ See, the decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 17.06.2015 and numbered E. 2015/408, K. 2015/323.

³⁶ For detailed information, see Çağan, p. 16-40; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 23-27.,

³⁷ For detailed information, see Çağan, p. 16-22; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 23-27; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, p. 266-270; Öncel, Kumrulu, Çağan and Göker, p. 124-130; Şenyüz, Yüce and Gerçek, p. 206-216; S. Ateş Oktar, Vergi Hukuku, Türkmen Bookstore, 13th Edition, Istanbul, 2018, p. 105-108; Batı, s. 74-75; Sadık Kırbaş, Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Siyasal Publishing House, 20th Edition, Ankara, February 2015, p. 144-145. Regarding the time periods in civil procedural law and the classification of these periods, see Baki Kuru and Burak Aydın, İstinaf sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Publishing, Istanbul, January 2021, p. 612-614; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Publications, 9th Edition, Istanbul, September, 2021, p. 128-128; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema

are the periods determined by laws. According to Article 73/3 of the Constitution “*Taxes, duties, fees, and similar financial obligations are imposed, changed or removed by law.*” Again, according to Article 14/1 of Law No. 213, “*Terms in tax transactions are determined by tax laws.*” In this respect, due to the principle of legality of the tax, the periods are determined by law, otherwise, it is not possible to determine the periods by contracts or agreements between the parties. Legal deadlines are final, may cause deprivation from rights, and are investigated ex officio by the judicial organs. *Administrative periods* are the periods determined by the administration in which the determination of the duration by the legislator is left to the administration. In order for the administrative periods to be valid in tax law, a clear authority must be given to the administration that these periods will be regulated by the administration in tax laws. As a matter of fact, according to Article 14/2 of Law No. 213, “*In cases not expressly written in the law, the administration that will make the notification determines this period, provided that it is not less than 15 days and notifies the relevant person.*” *Judicial (accidental) periods* are the periods determined by the organs in the tax jurisdiction. Similar to the administrative periods, in order for the judicial periods to be essentially valid in tax proceedings, a clear authority must be given to the judicial organs in this regard in the tax laws. For example, according to Article 16/2 of Law No. 2577, “*...if it is understood during the trial that there are issues that require the plaintiff to answer in the second defense of the defendant, the plaintiff is given a period of time to respond.*” Again, according to Article 274/1 of *Code of Civil Procedure* (Law No. 6100, dated 12.01.2011), to which Article 31 of Law No. 2577 refers: “*The time to be given for the preparation of the expert report cannot exceed three months. Upon the request of the expert, the court that appointed him may extend the period in a manner not to exceed three months, by showing its justification.*”

Taşpınar Ayvaz and Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Publications, 7th Edition, Ankara, September, 2021, p. 174-176; Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, Filiz Bookstore, 5th Edition, Istanbul, September, 2021, p. 144-146; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Publications, 4th Edition, Ankara, 2021, p. 288-291; L. Şanal Görgün, Levent Börü and Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Publications, 10th Edition, Ankara 2021, p. 200-202.

In this classification of periods in tax law, the period of filing a lawsuit in tax jurisdiction is within the scope of *legal periods*. Because the term of litigations are the periods determined by law and precisely. Changes to litigation deadlines can only be made by law.

B. The Problem of Determining the Legal Nature of the Term of Litigation

As mentioned in the literature review section, four different views in the doctrine regarding the legal nature of the duration of litigation will be discussed. The first of these is the view that the period of filing a lawsuit is *a period of prescription* in terms of its legal nature³⁸. According to *Onar*, if the right to sue is exercised only during that period, the condition will be fulfilled and the right will be completed, and if time has passed, the right and authority will be deemed incomplete³⁹. Because the court, like the other conditions and elements of the right, searches by itself, *ex officio*, whether the right is used within the time limit, and the defendant may claim at every stage of the case that the right did not materialize because it was not used within the time limit and that the litigation authority does not exist⁴⁰. For this reason, the case that is not filed within the period determined by the law will be dropped and there will be no opportunity to file a lawsuit on this issue anymore⁴¹.

According to the second opinion, the duration of filing a lawsuit is *sui generis* in terms of its legal nature⁴². According to *Duran*, after the deadline for filing a lawsuit has passed, many state institutions can remove or change the savings and compensate for unjustly inflicted damage⁴³. The litigation period can be processed, and it can start again, but it cannot be suspended in any way⁴⁴. While special interests are valid in the period of limitation, the duration of litigation depends on the

³⁸ Onar, p. 1961.

³⁹ Onar, p. 1961.

⁴⁰ Onar, p. 1961.

⁴¹ Onar, p. 1961.

⁴² Duran, p. 254.

⁴³ Duran, p. 259.

⁴⁴ Duran, p. 260.

general interests, and therefore the period of filing a lawsuit is different from the period of limitation of rights or the statute of limitations⁴⁵.

Although the Council of State has specified the duration of litigation as “*the period of prescription peculiar to itself*”⁴⁶ in some of its decisions, as a dominant opinion, it has evaluated the duration of filing a lawsuit as “*the period of prescription*”⁴⁷.

The third opinion in the doctrine regarding the legal nature of the litigation period is the view that the litigation period itself is in the nature of the *litigation period (the term of litigation)*⁴⁸. According to *Karakoç*, the period of filing a lawsuit is not a period of deprivation in the sense of private law, because it is possible to stop the litigation periods or to give additional time⁴⁹. The nomenclature of sui generis is also not appropriate

⁴⁵ Duran, p. 260.

⁴⁶ See, the decision of the 3rd Chamber of the Council of State, dated 23.02.2009 and numbered E. 2007/3182, K. 2009/461; the decision of the 3rd Chamber of the Council of State, dated 30.9.2009 and numbered E. 2009/4122, K. 2009/2814.

⁴⁷ “*The term of litigation in the administrative judiciary aims to stabilize administrative proceedings and decisions as soon as possible and to save them from being a matter of discord for a long time. In this way, the legislator wanted to ensure that the public service can be carried out quickly and effectively, by foreseeing that the administrative proceedings can be the subject of the lawsuit by the relevant persons and in a certain period of time in order to prevent the threat of litigation continuously. For this reason, the period of filing a lawsuit, which is considered to be related to public order in the administrative judiciary, is also in the nature of “period of prescription” which researched ex officio according to the case-law of the Council of State.*” (The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 17.06.2015 and numbered E. 2015/408, K. 2015/323). See, The decision of the Plenary Session of the Administrative Law Chambers of the Council of State, dated 07.04.2011 and numbered E. 2007/1221, K. 2011/215; the decision of the 6th Chamber of the Council of State, dated 20.10.1987 and numbered E. 1987/33, K. 1987/942; the decision of the 7th Chamber of the Council of State, dated 14.09.1998 and numbered E. 1996/1383, K. 1998/2797; the decision of the 13th Chamber of the Council of State, dated 13.11.2019 and numbered E. 2019/3939, K. 2019/3587.

⁴⁸ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 48.

⁴⁹ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 48.

to explain the meaning since it will not be possible to explain an institution with concepts and idioms and it is not sufficient to tell about the related demand⁵⁰. The nature of filing a lawsuit requires to have the features that it will not cause the loss of any subjective right with the expiration of the litigation period, that the process can be ensured to be in compliance with the law by applying to the administration after the time has elapsed, and that the deadlines will be taken into account ex officio⁵¹.

In the doctrine, the fourth opinion regarding the legal nature of the litigation period is the view that the views on legal nature of the litigation period stem from the *terminology problem*⁵². According to *Kaplan*, both the statute of limitations and sui generis opinions converge at the point that the expiration of the litigation period does not terminate the right itself⁵³. Both opinions agree that the duration is due to public order and is one of the prerequisites for the case to be heard and that it should be taken into account ex officio by the judge⁵⁴. Therefore, without prejudice to the need to establish a conceptual unity, in all opinions, the right itself does not end with the expiration of the litigation period, and despite the difference in nomenclature and expression, there is a consensus in doctrine and practice⁵⁵.

We agree with *Kaplan's* view. Because, although there are discussions about the naming of the legal nature of the duration of litigation in the doctrine, there is a consensus on the basic features of the litigation period. As a matter of fact, all of the nomenclatures of prescription, sui generis, or time to file a lawsuit accept that the right itself will not waive with the expiration of the litigation period and that the periods will be determined ex officio by the judge or the expiration of the period can be claimed by the parties. With the expiration of the period to file a lawsuit, not the right itself, but the right to claim a lawsuit ends. In other words, the right itself does not end when the person spends the time to file a lawsuit. The judge will observe ex officio whether the deadlines for filing a lawsuit are complied with, and the parties may

⁵⁰ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 48.

⁵¹ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 48-49.

⁵² Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 72.

⁵³ Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 74.

⁵⁴ Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 74.

⁵⁵ Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 83.

claim that the period to file a lawsuit has passed during the lawsuit. Therefore, without prejudice to the necessity of ensuring the unity of concepts, it would be appropriate to reveal the basic features of the duration of litigation rather than giving a nomenclature regarding the legal nature of the period of filing a lawsuit in administrative jurisdiction.

C. General Characteristics of the Term of Litigation in Tax Proceedings

The basic features of filing a lawsuit are regulated in the Constitution. According to Article 11 of the Constitution, the provisions of the Constitution bind the legislative, executive and judicial organs, administrative authorities, other institutions and individuals, and laws cannot be unconstitutional (the Constitution art. 11/1, 2). According to Article 36 of the Constitution, everyone has the right to a fair trial by claiming and defending as plaintiff or defendant before the judicial authorities by making use of legitimate means and ways (the Constitution art. 36/1). According to Article 40 of the Constitution, the state must specify which legal remedies the relevant persons will apply and the deadlines (the Constitution art. 40/2). According to a decision of the Council of State, *“In this state, due to the fact that the period of application for legal action in accordance with the regulation in Article 40 of the Constitution was not indicated in the content of the action, which should be the subject of a lawsuit within seven days from the date of notification, pursuant to the regulation in its special law, it has been understood that the case under investigation has been opened within sixty days, and it should be accepted that the case is within the time limits.”*⁵⁶

According to article 125 of the Constitution, judicial remedy is open against all kinds of actions and cases of the administration, and the time limit for lawsuits to be filed against administrative actions starts from the date of written notification (the Constitution art. 125/1, 3). In this context, the periods can be regulated in a way that binds everyone and can only be regulated by law, the administration has to specify the deadlines in all its transactions. In that case, the right to file a lawsuit regarding tax disputes should be considered within the framework of the

⁵⁶ The decision of the 8th Chamber of the Council of State, dated 17.03.2022 and numbered E. 2018/3648, K. 2022/1807.

principles of freedom of claim and supervision of the actions and transactions of the administration.

Also, according to the Council of State, “*It is a constitutional obligation to indicate the place of jurisdiction or administrative authorities to be applied against in all transactions established through the institutions of the state, as well as to specify the application period in question, and in the face of the binding nature of the Constitution, the legislative, executive and judicial organs, administrative authorities and other public institutions and organizations must comply with this obligation. and it is required to establish conforming actions and decisions; thereby, the administrative authority to be applied and the written notification of which the duration is not indicated will not start the objection period.*”⁵⁷ By that of, it is a *constitutional obligation* to indicate the place of jurisdiction or administrative authorities to be applied against in all kinds of transactions established through the institutions of the state, and to specify this application period.

According to *Gözübüyük and Tan*, there are two reasons why the period of filing a lawsuit in the administrative judiciary is *tied to a certain period*: The first of these is to give the relevant parties the opportunity to consider and examine whether the administrative decision given about them is in compliance with the law and whether it is necessary to file a case and to ensure stability in the actions of the other administration⁵⁸. According to *Kaplan*, limiting the right to sue to a certain period of time is inevitable, but must be fair and reasonable⁵⁹. According to *Akyılmaz, Sezginer and Kaya*, the term of litigation in the administrative judiciary has been introduced to ensure the principles of legal security and administrative stability⁶⁰.

According to *Karakoç*, the purpose of tax procedure law is to ensure the compliance of the actions and transactions of the tax office with the law and to protect fundamental rights and freedoms in this way⁶¹. In order to use the right to file a lawsuit in tax proceedings, it is

⁵⁷ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 12.10.2011 and numbered E. 2011/40, K. 2011/594.

⁵⁸ Gözübüyük and Tan, p. 843.

⁵⁹ Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 38.

⁶⁰ Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 301.

⁶¹ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 42.

necessary to comply with certain periods specified in the law⁶². As a matter of fact, according to the Council of State, “*Although judicial remedy is open against all kinds of actions and cases of the administration, an application period determined by law has been set in the administrative courts in order to ensure stability in administrative proceedings and to ensure the regular and efficient functioning of the public service. In this sense, the period of filing an administrative lawsuit is an institution that protects the administration from the constant threat of judicial remedies and ensures that the legal consequences of administrative actions are clarified, and protects the public order.*”⁶³ In other words, “*...the duration of litigation, which is considered to be “defeating (depriving from rights)” in the administrative court, is an institutionalized procedural rule for the purpose of ensuring the stability of administrative actions and transactions and for the public interest, and it is considered among the elements that can be taken into account and examined ex officio by the courts within the concept of “public order, the extension of the litigation period or its re-start is limited by the conditions listed in the law...*”⁶⁴ Starting from the general acceptance in practice and doctrine, we can determine the main features of the litigation period in administrative jurisdiction and therefore in tax jurisdiction as follows:

The period of filing a lawsuit is related to public order⁶⁵. The period of filing a lawsuit can only be regulated by law⁶⁶. As a matter of

⁶² According to Öncel, Kumrulu, Çağan and Göker, the most important issue in terms of tax cases is to comply with the time period stipulated in the law (Öncel, Kumrulu, Çağan and Göker, p. 215).

⁶³ The decision of the 8th Chamber of the Council of State, dated 25.12.1997 and numbered E. 1997/1117, K. 1997/4215.

⁶⁴ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 14.11.1986 and numbered E. 1986/18, K. 1986/20.

⁶⁵ See, the decision of the 5th Chamber of the Council of State, dated 18.9.1991 and numbered E. 1990/2812, K. 1991/1539; the decision of the 5th Chamber of the Council of State, dated 26.06.1995 and numbered E. 1992/1623, K. 1995/2335; the decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 3.03.1998 and numbered E. 1996/244, K. 1998/45; the decision of the 8th Chamber of the Council of State, dated 30.03.2000 and numbered E. 1999/3912, K. 2000/2438.

⁶⁶ The terms regarding the period do not apply to *the void transactions* (Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Publishing, Ankara, 2021, p.

fact, according to Article 13/1 of the Constitution, “*Fundamental rights and freedoms can only be limited by law, without infringing on their essence, depending on the reasons specified in the relevant articles of the Constitution.*” The duration of filing a lawsuit within the scope of fundamental rights and freedoms can only be prescribed by law. Since it is a limitation on the freedom to seek rights, the duration of litigation and the related regulations will be the subject of the law⁶⁷. The period for filing a lawsuit cannot be regulated except by law, for example, can not be regulated by *interpretation*⁶⁸ or by *the Regulation*⁶⁹. Again, the term of

409; Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 121; Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, p. 345; Gözübüyük and Tan, p. 846; Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak and İsmail Ercan, İdari Yargı, On İki Levha Publishing, 9th Edition, İstanbul, August 2013, p. 221; Gözübüyük, p. 400; Tan, p. 1028-1029).

⁶⁷ Günday, p. 266; Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 87. The use of rights and freedoms cannot disrupt public order (İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Publishing, 8th Edition, İstanbul, October 2012, p. 260). The rule of law describes the emergence of the state’s actions and actions in accordance with the rules of law and the sanctioning of its violation (Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Publications, Ankara, September 2018, p. 448). One of the main features of the rule of law is that actions and transactions are subject to judicial review (Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Publishing, 21st Edition, İstanbul, September 2017, p. 162). The special requirements of the rule of law are the conditions of the administration’s adherence to the law (Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Publishing and Distribution, 25th Edition, Bursa, June 2020, p. 84). The mechanism that will ensure adherence to the rules of law is that the actions and transactions of the state are under judicial control (Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Publications, 18th Edition, Ankara, 2018, p. 124).

⁶⁸ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 23.09.2005 and numbered E. 2005/122, K. 2005/199.

⁶⁹ The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 30.12.2016 and numbered E. 2016/5455 K. 2016/3937; the decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 15.12.2014 and numbered E. 2010/5658, K. 2014/7723; the decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 10.04.2007 and numbered E. 2005/9100, K. 2007/1765; the decision of the 2nd Chamber of the Council of State, dated 17.12.2004 and numbered E. 2004/2513, K. 2004/1601.

litigation cannot be changed by contract, unilateral action or court decision⁷⁰.

As discussed above, the term of litigation is considered to be a *period of prescription*⁷¹. According to Çağan, it is necessary to evaluate nature of the period of prescription of the term of litigation in tax jurisdiction law and administrative jurisdiction within the framework of public law principles, on the contrary, it is not correct to draw some conclusions from their similarities by comparing these periods with the period of prescription in private law⁷². Because, unlike private law, it has been accepted in tax jurisdiction law that the durations may stop in some cases⁷³. Again, the provisions of the Law No. 213 and *Council of State Act* (Law No. 2575, dated 06/01/1982) and the case law of the Council of State complete the gaps in the regulation in accordance with the principles of public law⁷⁴. In this respect, there will be no interruption for the periods, if it is foreseen in the law, there may be a state of stopping⁷⁵. If the period for disqualification of rights is found to have passed, the right of action will be terminated⁷⁶. It should also be noted that, after the

⁷⁰ Demirkol and Bereket Baş, p. 111.

⁷¹ See, Onar, p. 1961; Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 301; Ergen, p. 19; Zehreddin Aslan (Ed.), *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Seçkin Publishing, 2nd Edition, Ankara, November 2020, p. 129; Ulusoy, p. 79; Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku*, Savaş Publishing House, 50th Edition, Ankara, September 2020, p. 204; Erdoğan Öner, *Vergi Hukuku*, Seçkin Publishing, 11th Edition, Ankara, September 2019, p. 257; Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, Beta Publishing and Distribution, 9th Edition, Istanbul, November 2019, p. 515. For the sui generis view, see Duran, p. 249; Gunday, p. 273. For the opinion on the term of litigation, see Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler*, p. 48; Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukuku*, p. 211; Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, p. 673.

⁷² Çağan, p. 68.

⁷³ Çağan, p. 68.

⁷⁴ Çağan, p. 68-69.

⁷⁵ Aslan (Ed.), p. 129.

⁷⁶ For exemplary judicial decisions, see the decision of the 7th Chamber of the Council of State, dated 14.09.1998 and numbered E. 1996/1383, K. 1998/2797; the decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 13.03.1998 and numbered E. 1996/244, K. 1998/45; the decision of the 4th Chamber of the Council of State, dated 04.03.2002 and numbered E. 2001/1561, K. 2002/801; the decision of the

deadline for filing a lawsuit, administrative decisions do not constitute a final judgment like a judicial decision, they cannot only be the subject of a lawsuit⁷⁷. To the extent required by the public service, the administration may withdraw, abolish or change the decisions it has given, provided that it complies with the vested rights⁷⁸. In other words, the expiry of the period of filing a lawsuit will eliminate the possibility of filing a lawsuit, prevent the examination of the case, and the judicial remedy will be closed⁷⁹. In this respect, if the deadlines for filing a lawsuit in tax jurisdiction law have passed, it is no longer possible to apply to the judicial bodies against tax office transactions⁸⁰.

As noted, term of litigation is related to public order⁸¹, so it is taken into account by the court *ex officio*⁸². As a matter of fact, “*time lapse*” according to Article 14 of Law No. 2577 is examined by the judge at the first examination stage (Law No. 2577, art. 14/3-e) on the case petitions and at every stage of the case (Law No. 2577, art. 14/6) if it is detected after the first examination. The period of filing a lawsuit is examined strictly and uncompromisingly by the judicial authorities, and if the period of filing a lawsuit has passed, the case is rejected at the

-
- 10th Chamber of the Council of State dated 14.11.2002 and numbered E. 2000/260, K. 2002/4360; the decision of the 11th Chamber of the Council of State, dated 16.2.2007 and numbered E. 2006/6610, K. 2007/1246.
- ⁷⁷ Gözübüyük and Tan, p. 931; Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 157.
- ⁷⁸ Gözübüyük and Tan, p. 931.
- ⁷⁹ Gözübüyük and Tan, p. 843; Candan, p. 328; Kızılot and Kızılot, p. 380; Ergen, p. 19; Demirkol and Bereket Baş, p. 111.
- ⁸⁰ Çağan, p. 68; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 41.
- ⁸¹ Gözübüyük and Tan, p. 844-845, 931; Gözübüyük, p. 398; Tan, p. 1028; Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 300; Atay, p. 408; Candan, p. 328; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 141; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, p. 677; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku, p. 218; Ergen, p. 18; Mutluer, p. 288; Ulusoy, p. 113; Öncel, Kumrulu, Çağan and Göker, p. 127; Mehmet Arslan, Vergi Hukuku, Dora Printing-Publishing Distribution, 9th Edition, Bursa, January 2016, p. 373; Kızılot and Kızılot, p. 380.
- ⁸² Gözübüyük and Tan, p. 844; Çağan, p. 69; Candan, p. 328.

*initial (preliminary) examination stage*⁸³. Again, if it is determined that the period of filing a lawsuit has passed at every stage of the proceedings, the case is rejected in terms of *time-out*⁸⁴. Even at the stage of *appeal*, this issue can be examined by *the appellate authority*⁸⁵. The deadlines for filing lawsuits in administrative jurisdiction, independent of substantive law, relate to *procedural law*⁸⁶. According to *Ergen*, after the deadline for filing a lawsuit, the duration of litigation is a very important procedural issue, since it will no longer be possible to obtain that right through the judiciary, even if the case is right on the merits of the case⁸⁷.

With the expiration of the filing period, the right to sue ends and the plaintiff can no longer *change, increase or expand its claims and requests*⁸⁸. As a matter of fact, according to Article 16/4 of Law No. 2577, “*Parties cannot claim rights based on their defenses or second petitions after the expiration of the time limit.*” As a rule, taxation transactions cannot be made the subject of a lawsuit after the deadline for filing a lawsuit, but the administration can always withdraw or change these transactions, ex officio or upon the application of the relevant person, in accordance with the vested rights, to the extent of public services⁸⁹.

⁸³ Ulusoy, p. 79; Atay, p. 409; Gözübüyük and Tan, p. 844; Gözübüyük, p. 399; Tan, p. 1028; Çağan, p. 69; Kızılot and Kızılot, p. 358, 362; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 141-142.

⁸⁴ Odyakmaz, Kaymak and Ercan, p. 221; Gözübüyük and Tan, p. 844; Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 301; Çağan, p. 69; Candan, p. 328; Öncel, Kumrulu, Çağan and Göker, p. 127; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 142; Kızılot and Kızılot, p. 357; Demirkol and Bereket Baş, p. 111.

⁸⁵ Ergen, p. 18.

⁸⁶ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, p. 339; Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 18; Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 302; Atay, p. 408-409; Ergen, p. 18; Günday, p. 273.

⁸⁷ Ergen, p. 19.

⁸⁸ Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 157; Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, p. 394; Gözübüyük and Tan, p. 931; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku, p. 218; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, p. 678; Arslan, p. 373; Osman Pehlivan, Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Celepler Printing, Trabzon, February 2016, p. 132; Saban, p. 515.

⁸⁹ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 142; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku, p. 218

According to *Akyılmaz, Sezginer and Kaya*, the term of litigation should not be interpreted narrowly so as to abolish the “*right of access to a court*”⁹⁰. The right of access to the court is a right enumerated within the scope of Article 6 of the European Convention on Human Rights titled “*right to a fair trial*” and embedded in the case law of the Council of State⁹¹. According to this, “*Everyone has the right to have his case heard in public and within a reasonable time by an independent and impartial court established by law, which will decide on the merits of any disputes regarding his civil rights and obligations or the criminal charges against him.*” (Article 6/1 of the ECHR). According to the Council of State, “*...the statute of limitations preventing the right to file a lawsuit should be clear and specific that every citizen can easily understand. Otherwise, people’s right to a fair trial will be taken away. In addition, the rules of law on fundamental rights and freedoms should be interpreted in a way that expands the use of the right, not narrowing it. As a matter of fact, the ECHR has stated that if the procedural conditions of filing a lawsuit, such as the time limit, may cause more than one interpretation, one of those interpretations within the scope of the right of access to court should not be used in a strict manner to prevent people who want to file a lawsuit, or the conditions in question should not be subject to a strict application. (Beles v. Czech Republic App. No: 42273/99, 12.11.2002, § 51).*”⁹² Therefore, it should be accepted that the

⁹⁰ Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 301.

⁹¹ The prerequisite for judicial review in the rule of law is the recognition of the right to access to the judiciary and a fair trial (Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin Publishing, 3rd Edition, Ankara, September 2021, p. 409).

⁹² The decision of the 5th Chamber of the Council of State, dated 04.03.2015 and numbered E. 2013/9315, K. 2015/1859. For similar exemplary judicial decisions, see the decision of the 6th Chamber of the Council of State, dated 27.9.2012 and numbered E. 2012/4525, K. 2012/4622; the decision of the 6th Chamber of the Council of State, dated 27.9.2012 and numbered E. 2012/4525, K. 2012/4622; the decision of the 3rd Chamber of the Council of State, dated 21.1.2015 and numbered E. 2013/5292, K. 2015/42; the decision of the 17th Chamber of the Council of State, dated 24.03.2015 and numbered E. 2015/9249, K. 2015/841.

duration of litigation should not be subject to a *strict application* in view of the right of access to court⁹³.

D. Review of the Decision of the Constitutional Court on Article 102 of the Tax Procedure Law, dated 22.9.2021 and numbered E. 2021/37, K. 2021/63 213 (OJ No: 31676, Date: 01 December 2021)

The decision of the Constitutional Court dated 22.9.2021 and numbered E. 2021/37, K. 2021/63 is about the annulment of Law No. 213 art. 102/5-3, 4, 5 on the grounds that it is in violation of the Constitution 2, 13 and 35.

According to the legal assessment made by the Constitutional Court; *“With the notification of the administrative authorities to the relevant parties, the period of application to the administration against the transaction subject to the notification and the period of filing a lawsuit, which is of a disqualifying nature, starts to run, and after these periods have passed, the right to file a lawsuit before the judicial authorities is lost. In this case, if the taxpayer cannot be notified twice to the address of the settlement in the address registration system, a note containing the annotation that it can be received from the administration where the notification document is sent is affixed to the door, this situation is annotated and signed by the post office officer upon receipt of the notification, and the notification document is returned to the administration sending the notification, and if the notification document is received by the addressee in fifteen days as of the day the note is put on the door; it is deemed to have been notified on the date of receipt and if the note is not received within this term it is deemed that the notification has been served on the fifteenth day, this situation is subject to objections and thereby having started the duration for filing a lawsuit, it is clear that it sets obstacles before access to the court. ...Documentation and information constitute the two elements of the notification process. In this context, in addition to documenting the notification process, necessary*

⁹³ However, the Law No. 213 has foreseen the opportunity for taxpayers to request *error correction* after the deadline for filing a lawsuit, and those whose requests for corrections are rejected can apply to the Ministry of Finance through a complaint (Law No. 213, art. 124).

measures should be taken in order to notify the addressee of the transactions subject to the notification, in other words, to fulfill the informative element of the notification and thus to enable individuals to exercise their freedom of claim. ...In case of existence of one of the force majeure situations, it can also be applied in terms of legal periods regarding the notifications to be made to the settlement address in the address registration system. ...Although a limitation has been imposed on the right of access to the court, it is understood that the necessary safeguards are envisaged in the Law so that this does not impose an unreasonable burden on individuals, and within this framework, a reasonable balance that must be struck between the public interest related to the aim sought to be achieved by the rules and the personal benefit of the right to access the court is observed. In this respect, it has been concluded that the rules do not cause a disproportionate limitation and therefore do not impose a disproportionate limitation on the right of access to the court.”⁹⁴

Article 2 of the Constitution is about the rule of law, Article 13 the Constitution is about the reason and proportionality of the restrictions on fundamental rights and freedoms, Article 36 the Constitution is about the right to a fair trial and Article 73 the Constitution is about the tax duty. All transactions related to taxation must comply with these basic principles stipulated in the constitution. The notification regarding taxation functions as documentation and information. In the notification to be made for the second time according to Law No. 213 art. 102/5, if the notification is received by the addressee within fifteen days from the date of affixing the notification document, it is deemed to have been served on the day it was received; but if the notification is not received within this period, the notification shall be deemed to have been served on the fifteenth day. According to the decision, although there was a restriction on the right of access to a court in this case, it did not impose an unreasonable burden on them and it was therefore constitutional. In this case, a limitation on taxation must strike a reasonable balance between the public interest and the right of access to court. Access to the court shall not be deemed to be denied unless the rules result in a disproportionate limitation.

⁹⁴ The decision of the Constitutional Court, dated 22.09.2021 and numbered E. 2021/37, K. 2021/63.

E. Review of the Decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 27.1.2021 and numbered E. 2020/11, K. 2021/1

The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 27.1.2021 and numbered E. 2020/11, K. 2021/1 has been deemed worthy of examination in this section in terms of the obligation to indicate which law remedies and authorities the individuals will application and their timelines during the process of the state and the opening the case on time.

According to the legal assessment made by the Board; *“In the second paragraph of article 40 in the Constitution that sets forth that it is obligatory to specify for the individuals which legal remedies and authorities to apply and their deadlines in state proceedings; and it does not require the existence of a separate legal regulation and is directly applicable, and therefore legislative, executive and judicial organs, administrative authorities and other public institutions should compulsorily specify the administrative or judicial authorities and legal remedies to be applied against these proceedings and their duration. The existence of a contrary situation will clearly constitute a violation of Article 40 of the Constitution, which regulates the protection of fundamental rights and freedoms. For the explained reason, which legal remedies established by the administrative authorities and which authorities will be applied; and in the proceedings for which the application deadlines are not specified, the period for filing a lawsuit with the notification will not begin, and since it cannot be said that the lawsuit is not filed within the time limit in the lawsuits to be filed against the proceedings established in this way, it cannot be said that the violation is not filed within the time limit if the legal remedies and authorities to be applied in the disputed proceedings and the application periods are not specified and the merits of the matter must be examined.”*⁹⁵

According to Article 40 of the Constitution, it is obligatory to specify which legal remedies and authorities individuals will apply to, and their deadlines in state proceedings. For this reason, administrative or

⁹⁵ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 27.01.2021 and numbered E. 2020/11, K. 2021/1.

judicial authorities and legal remedies to be applied against administrative actions and their duration should be specified. Therefore, the failure to indicate the duration of filing a lawsuit in the communiqués sent by the administrative authorities regarding taxation would clearly be contrary to Article 40 of the Constitution, which regulates the protection of fundamental rights and freedoms.

F. General and Special Litigation Periods in Tax Proceedings

The duration of litigation in tax proceedings are regulated as *general litigation periods* in Law No. 2577 and as *special litigation periods* in tax laws.

The general litigation periods in administrative jurisdiction are regulated in Article 7 of Law No. 2577 and are regulated as the periods stipulated for the cases that do not show a separate time period in their special laws. In this respect, *the general duration of filing a lawsuit* is 60 days in the Council of State and administrative courts, and 30 days in tax courts⁹⁶ (Law No. 2577, art. 7/1). The legislator did not make a time allocation for the administrative litigation chambers and tax litigation chambers (3, 4, 7 and 9) of the Council of State and determined the general duration of filing a lawsuit for all the litigation chambers of the Council of State as 60 days. In other words, the general period of filing a lawsuit in *tax proceedings* is 30 days⁹⁷ in the tax court and 60 days in the Council of State. In this respect, taxes whose accrual is subject to collection, taxes levied by the administration or ex officio, taxes subject to registration (Law No. 2577, art. 7/2-b), transactions made on declarations submitted with reservation (Law No. 2577, art. 27/4),

⁹⁶ It should be reminded that, with the filing of a lawsuit in the tax court regarding tax disputes, the collection procedures regarding the levied taxes, duties and charges and similar financial liabilities and their increments and fines, which are the subject of the lawsuit, will suspend. (Abdurrahman Akdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gazi Publishing House, 14th Edition, Ankara, 2019, p. 197).

⁹⁷ “Taxpayers and those who have been fined themselves can file a lawsuit in the tax court against the taxes levied and the fines imposed. The tax office can file a lawsuit in the tax court against the estimates and defines by the amendment and valuation commissions.” (Law No. 213, art. 377/1, 2). Also see Law No. 213, art. 378/1, 2.

regarding those mentioned herein this sentence the duration of filing a lawsuit in the tax courts against ex officio assessments made through correction (Law No. 213, art. 121) or tax penalties (Law No. 2577, art. 7/2-b) is 30 days; the duration of litigation in cases to be brought before the Council of State⁹⁸ as a court of the first instance against general regulations regarding taxation is 60 days. According to the Council of State, “In lawsuits filed against the transactions of the Ministry of Finance; the sixty-day period in Article 7 of the Administrative Procedure Law shall apply.”⁹⁹

The special litigation periods (periods for filing a special lawsuit, specific deadlines for filing a lawsuit) in the administrative jurisdiction are the periods that will be valid in cases where separate periods are indicated in the special laws. According to *Kaplan*, in order for some disputes to be resolved as soon as possible, the legislator has envisaged special litigation periods that are shorter than the general litigation times¹⁰⁰. The term “*special litigation period*” mentioned in the article of the law refers to the litigation period indicated in the law in which the dispute arose¹⁰¹. Again, the phrase “*in cases where a separate period is not specified in special laws*” in the law regulation shows that there may be special provisions in terms of the duration of litigation in some laws¹⁰². The specific deadlines for filing a lawsuit in tax proceedings are as follows:

⁹⁸ “*Since the regulatory proceedings contain general and abstract rules, there is no hesitation that the annulment provisions given as a result of the lawsuits filed against these actions will have consequences not only for the party of that action, but also for the third parties who have not filed a lawsuit. Therefore, upon the cancellation of the regulatory act, the third parties who do not file a lawsuit against this regulation will be able to apply to the defendant administration in accordance with Article 10 of the Law No. 2577.*” (The decision of the 10th Chamber of the Council of State, dated 23.09.2008 and numbered E. 2006/6650, K. 2008/6283).

⁹⁹ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 11.12.1992 and numbered E. 1992/248, K. 1992/466.

¹⁰⁰ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, p. 339.

¹⁰¹ Kızılot and Kızılot, p. 360.

¹⁰² Gözübüyük and Tan, p. 849-850

In terms of tax cases that fall under the jurisdiction of the Council of State as a court of first instance, the duration of filing a special lawsuit is permissible under the duplication Article 49 of Law No. 213. According to this, “*Ministry of Finance, Public Works and Settlement shall jointly determine and announce in the Official Gazette the normal construction cost values per square meter of building, four months before the year in which it will be applied, in accordance with the provisions of the 29th article of the Real Estate Tax Law No. 1319 and the provisions of the regulation prepared in accordance with the 31st article of the same Law. The Union of Chambers of Commerce, Industry, Maritime and Commodity Exchanges Chambers of Turkey may file a lawsuit against these costs at the Council of State within fifteen days following its announcement in the Official Gazette.*” (Law No. 213, dup. art. 49/a).

On the other hand, *the special litigation periods* in tax proceedings are included in Law No. 213 and Law No. 6183¹⁰³. According to this, the special litigation periods applied in cases falling under the jurisdiction of tax courts can be listed as follows:

According to Article 15 of Law No. 6183 titled “Objection to Precautionary Seizure”, “*Those who are subject to precautionary lien can object to the reason for precautionary lien before the tax objection commission, which deals with the objection works of the creditor collection office, within 15 days following the application of the lien and the notification of the lien in case of lien in absentia.*” (Law No. 6183, art. 15/1).

According to Article 20 of Law No. 6183 titled “Objection to precautionary accrual”, “*Those who are subject to precautionary lien upon precautionary accrual may object to the reasons and amount of precautionary accrual in accordance with Article 15.*” (Law No. 6183, art. 20).

According to Article 58 of Law No. 6183 titled “Objection to the payment order”, “*The person to whom a payment order has been notified, claiming that s/he does not have such debt or has partially paid or expired, within 15 days from the date of notification, can appeal before the commission which deals with the objection works of the creditor collection office.*” (Law No. 6183, art. 58/1). According to the Council of

¹⁰³ Kızılot and Kızılot, p. 360; Ergen, p. 57.

State, in order for the notification regarding payment orders to be considered valid, the address to which the notification was made must be the address that was last notified to the administration or duly determined by the administration and is suitable for notification¹⁰⁴. Again, according to the Council of State, “*It is determined that the judicial authority or administrative authority to be applied against this transaction and the application period are not indicated in the payment order. Written notification regarding the application authority and the payment order for which the duration is not indicated will not initiate the period; consequently, it cannot be said that the case has not been filed within the due term.*”¹⁰⁵ Hereof, the written notification regarding the application authority and the payment order for which the duration is not indicated will not initiate the filing period, and in this case, it cannot be said that the case was not filed within the time limit.

According to another decision of the Council of State, “*Application to the tax administration upon notification of the payment order will not affect ... valid for filing a lawsuit against the payment order... since it is written in the payment order that a lawsuit can be filed in the tax court; the lawsuit filed by requesting the cancellation of the payment order after the deadline for filing a lawsuit shall not be examined as a lawsuit filed against the implicit rejection of the application made to the tax administration.*”¹⁰⁶ Accordingly, applying to the tax administration on the notification of the payment order will not affect the litigation against the payment order. Again, according to the

¹⁰⁴ “*In order for the notification regarding payment orders to be accepted as valid, the address to which the notification was made must be the address that was last notified to the administration or that has been duly determined by the administration and it is required to be suitable for serving a notification. Despite the absence of any evidence, there is no lawfulness in the insistence on the dismissal of the case due to time lapse, which was given with the approach that the plaintiff was divorced and residing at the residence address of her/his ex-spouse.*” (The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 06.11.1998 and numbered E. 1997/209, K. 1998/319).

¹⁰⁵ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 25.01.2012 and numbered E. 2009/173, K. 2012/19.

¹⁰⁶ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 20.06.2008 and numbered E. 2008/124, K. 2008/372.

Council of State, *“In the case that can be brought against the regulatory action in the Council of State within sixty days, the payment order with a duration of seven days or the assessment process with a duration of thirty days to file a lawsuit can also be the subject of a lawsuit in the same petition, and that such a situation cannot be permitted because of its consequences leading to infringement of the principle of “legal judge”, which makes the duty rule related to public order obligatory.”*¹⁰⁷

It is also within the scope of filing a special lawsuit pursuant to Article 66 titled “Remuneration claims against property seized in the hands of the debtor” and Article 67 titled “Remuneration claims against property confiscated in the hands of third parties” issued by Law No. 6183 regarding remuneration claims. According to Article 66/2 of Law No. 6183, against the claims of the third party against the confiscated goods in the hands of the debtor, *“If the collection office does not reject the claim within 7 days from the date of receipt of the seizure, it is deemed to have accepted the claim for remuneration. If the third party does not object within 7 days from the date of notification, the claim for remuneration will not be heard.”* According to Article 67/1 of Law No. 6183 regarding the claims of restitution against the property seized in the hands of the third party, *“If the seized property is not in the hands of the debtor; If it is in the hands of a third party claiming ownership or pledge on the property, the situation is put in the lien by the sequestering officer. The collection office, which claims that the goods belong to the debtor, notifies the creditor public administration of the situation. If the creditor does not file a lawsuit within 15 days from the date of notification of the public administration, the claim for remuneration is deemed to have been accepted.”*

Interested parties can apply to administrative authorities for a transaction or action that will be the subject of a tax lawsuit against them¹⁰⁸. According to Öner, *the obligation to apply to the administration*

¹⁰⁷ See, the decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 02.10.2019 and numbered E. 2019/433, K. 2019/667; the decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 12.06.2019 and numbered E. 2019/527, K. 2019/358.

¹⁰⁸ Z. Sacit Önen, Genel Vergi Hukuku, Detay Publishing, Ankara, February 2017, p. 321.

before filing a lawsuit in tax proceedings is basically regulated in two cases¹⁰⁹, only for tax errors in Law No. 213 (Law No. 213, art. 124) and in the *Customs Law* (Law No. 4458, dated 27/10/1999) for disputes related to the taxes levied by the customs administrations (Law No. 4458, art. 242)¹¹⁰. According to the article 124/1 of Law No. 213, “*Those whose correction requests are rejected after the deadline to file a lawsuit at the tax court can apply to the Ministry of Finance through a complaint.*” With the application for correction, the period of filing a lawsuit stops¹¹¹. If the complaint regarding the rejection of error correction requests made after the deadline for filing a lawsuit has elapsed, the Ministry explicitly or implicitly rejects the taxpayer’s refusal letter from the Ministry, or if no response is given by the Ministry within 30 days, starting from this date; within the general litigation period (30 days), they can file a lawsuit in the tax court (Law No. 2577, art. 10/2, 11/2). If the same complaint is filed this time within the period of filing a lawsuit, in case the Ministry explicitly or implicitly rejects this complaint, the period of filing a lawsuit shall be equal to the period of filing a lawsuit after deducting the number of days passed for the request for correction. As a matter of fact, in a decision of the Council of State, in the lawsuit filed by the plaintiff, whose application for rectification was rejected within the time limit to file a lawsuit against tax and penalty notices, the petition and its annexes should have been submitted to the authority, but the rejection of the lawsuit was not found correct basing on the statute of limitations¹¹². Again, according to Article 242/1 of Law No. 4458, “*Obligated persons may object to the customs duties, penalties and administrative decisions communicated to them with a petition to a higher authority, if there is no higher authority to the same authority, within fifteen days from the date*

¹⁰⁹ Apart from these, in practice, the aforementioned Article 10 of Law No. 2577 provisions are also applied for the refund of the taxes claimed to be collected unfairly and unjustly, the abolition of tax liability and the refund-offset practices (Serdar Çevik, *Daha Önce Vergi Davası Açmamış Avukatlar İçin Vergi Davaları ve Yargılama Usulü*, Seçkin Publishing, 3rd Edition, Ankara, February 2020, p. 95).

¹¹⁰ Öner, p. 260.

¹¹¹ Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Publication No: 3434, Hukuk Fakültesi Publication No: 698, Özdem Kardeşler Printing House, İstanbul, 1986/1987, p. 248.

¹¹² The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 27.02.2004 and numbered E. 2003/254, K. 2004/28.

of notification.” In this case, the 30-day period to file a lawsuit in the tax court will start from the notification of the last decision of the administration regarding the rejection of the objection¹¹³. As a result, in order to file a lawsuit against the administration in these two cases, an application must be made to the administration and the application request must be *rejected* or *deemed rejected*¹¹⁴.

According to the Council of State, “*The taxpayers are required to file a lawsuit before the finalization of the minimum square meter unit values determined by the appraisal commissions every four years with the request for the cancellation of the subject transaction within the general lawsuit filing duration that is 30 days from the date this became known by them or as of the response to the application that was made before the finalization of such values; there is no possibility of filing a lawsuit after the aforementioned values are finalized.*”¹¹⁵ Hereunder, taxpayers will be required to file a lawsuit for the cancellation of this transaction within the thirty-day general filing period as of the date on which the application is made to the administration before the finalization of the land and the minimum square meter unit values determined by the valuation commissions every four years. Similarly, in this case, when the tax office and related institutions file a lawsuit, the beginning of the litigation period is the date on which the decision of the relevant authority or commission is given to the tax office or the relevant organization¹¹⁶.

According to Annex Article 7 of Law No. 213, “*In the absence of reconciliation, the taxpayer or the addressee of the penalty; may file a lawsuit against the tax levied or the fine imposed, in accordance with the general provisions and before the authorized tax court, as of the notification of the report stating that the settlement has not occurred. In this case, if the deadline for filing a lawsuit is exhausted or less than 15 days remain, this period is extended to 15 days from the date of*

¹¹³ Kaneti, p. 247.

¹¹⁴ Öner, p. 260.

¹¹⁵ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 23.12.2015 and numbered E. 2015/897, K. 2015/1002.

¹¹⁶ Kaneti, p. 245.

notification of the report.” (Law No. 213, annex art. 7/4)¹¹⁷. Applying for reconciliation in tax law does not stop the litigation period. In this respect, if the taxpayer has applied for reconciliation and the reconciliation has not been realized, if the deadline for filing a lawsuit has expired or less than 15 days remain on the date of notification of the reconciliation report; In this case, the period of filing a lawsuit is extended by 15 days from the date of notification of the report¹¹⁸. According to the Council of State, *“In the lawsuit filed about the rejection of the reconciliation request where the reconciliation request is not covered under the reconciliation because the tax loss penalty has been imposed as per article 344, paragraph 3, of Tax Procedures Law No. 213, and thereby the reconciliation is rejected before considering the merits of the case; it is not possible to benefit from the additional lawsuit filing term provided in additional article 7 of Law No. 213.”*¹¹⁹ According to another decision of the Council of State, *“The lawsuit is related to the request for the removal of the lien placed in the registry of the vehicle owned by the company for the purpose of collecting its tax debt and because it is a partner. It is necessary to establish a provision considering that a lawsuit can be filed at any time, by qualifying the case in line with the claimant’s request, and requesting the removal of the lien, which has an effect as long as it is in the vehicle’s record.”*¹²⁰ Nonetheless, according to the Council of State, despite the absence of a duly written notification, there is no obstacle to the examination of the

¹¹⁷ According to *Aslan (Ed.)*, the wording of the law in the aforementioned article as *“15 days will be extended”* causes hesitation and should therefore be regulated more clearly, for example, an arrangement like *“...In this case, if the litigation period is over or less than 15 days are left, a lawsuit can be filed within 15 days from the date of notification of the report.”* would be more understandable (*Aslan (Ed.)*, p. 141). We also agree with this view, considering that such a regulation would be more appropriate in terms of the literal interpretation of the law.

¹¹⁸ See, the decision of the Constitutional Court dated 24.03.2022 and numbered E. 2021/129, K. 2022/33.

¹¹⁹ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 25.01.2008 and numbered E. 2007/199, K. 2008/7.

¹²⁰ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 21.03.2012 and numbered E. 2010/310, K. 2012/98.

case brought upon learning of the existence of the said transaction, tax, or penalty during the pre-assessment settlement meeting¹²¹.

G. Review of the Decision of the Board of the Unification of Case Law of the Council of State, dated 15.3.2022 and numbered E. 2021/2, K. 2022/1

Review of the Decision Board of the Unification of Case Law of the Council of State, dated 15.3.2022 and numbered E. 2021/2, K. 2022/1 was deemed worthy of examination in terms of eliminating the difference in practice by deciding that the general litigation period should be applied in cases where the duration of litigation is not specified in the administrative proceedings subject to the specific or general litigation period notified in writing.

According to the legal assessment made by the Board; *“When we look at the decisions of the Council of State, it is seen that there are three acceptances regarding time. 1- Even though the jurisprudence in this direction has been revoked, even if the means of application and the duration of an administrative action subject to the period of filing a special lawsuit are not shown or it is shown incorrectly, the lawsuit that is not filed within the period of filing a special lawsuit should be rejected in terms of time. 2- In administrative proceedings, which are subject to the general or special litigation period, but for which the litigation period is not specified, the general litigation period is used to determine whether the case has been filed within the time limit. It can be said that in the aforementioned approach, the balance between freedom of claim and administrative stability is observed. 3- Regardless of whether it is subject to a special or general litigation period, the application form and the written notification of the administrative act of which the duration is not shown will not start the litigation period, so the case is within the time*

¹²¹ *“Since the purpose of the written notification is to inform the persons concerned about the transaction and to enable them to exercise their rights of action, although there is no duly written notification, there is no obstacle to the examination of the lawsuit filed upon learning of the existence of the transaction, the tax to be released and the penalty to be imposed, in the settlement meeting before the reconciliation.”* (The decision of the 4th Chamber of the Council of State, dated 19.04.1993 and numbered E. 1991/104, K. 1993/1682).

limit regardless of the date it is filed. On the basis of this view, there is the idea that imposing on the individual the burden of showing the remedies, which is a directly applicable constitutional obligation and which is not fulfilled by the administration, is a situation that in a way restricts the freedom of seeking rights and it is an approach that contradicts with the principle of the rule of law state. ...As a result, due to the lack of recourse if a lawsuit is filed after the expiry of this period, which is subject to the special litigation period; and considering that the approach to determine whether the case is filed within the time limit by operating the general litigation period that also fits the balance between the freedom to seek justice and administrative stability, the difference in case-law regarding the duration of litigation as accepted by the majority of the Council of State Administrative Litigation Chambers and other administrative litigation chambers, "If the dispute is subject to the general litigation period, 30/60-day periods, which will be known to everyone, are to be applied; and when it is subject to private filing time duration; and if this situation is not explained in the administrative transaction and if the addressee is misled thereby; it is thought that it should be decided to combine it in line with the case law stating that "the 60 or 30-day general litigation period should be applied, not the duration of the private litigation."¹²²

As it is seen, the Board decided to combine the case-law in line with the necessity of applying the general period of filing a lawsuit in cases where the duration of litigation is not specified in the administrative proceedings subject to the specific or general litigation period notified in writing. In this respect, in an administrative transaction subject to a special litigation period, if the litigation period has not been indicated, a thirty-day general litigation period must be applied in tax courts. Moreover, in an administrative transaction that is subject to the general period of filing a lawsuit related to taxation, the thirty-day general period of filing a lawsuit will have to be applied, even if the period of filing a lawsuit has not been indicated. Thus, the difference in practice is eliminated by the Board.

¹²² The decision of the Board of the Unification of Case Law of the Council of State, dated 15.03.2022 and numbered E. 2021/2, K. 2022/1.

H. When Does the Term of Litigation Start?

The beginning of the period of filing a lawsuit in administrative justice is regulated in different ways. The legislator has stipulated different litigation periods for individual actions, regulatory actions, administrative contracts and administrative actions.

In order for the term of litigation to begin, there must first be an *administrative action* that is final and must be carried out, this action must be *communicated, announced or known*, and the *interlocutor* (addressee) must be informed of the action¹²³. The beginning of the term of litigation against individual transactions is arranged with *written notification, notification by announcement, date of learning (offer) and notification/access in electronic environment*¹²⁴. As a rule, the period of filing a lawsuit against individual actions (individual transaction) begins with a *written notification*¹²⁵. The purpose of the written notification is to announce the administrative act to the concerned parties in a clear and understandable manner by the administration in terms of exercising the right to claim rights¹²⁶. According to the Constitution and Law No. 2577, the beginning of the period for filing a lawsuit in administrative disputes is based on a written notification made in accordance with the procedure and principles. As a matter of fact, according to Article 125/3 of the Constitution article, “*The period for lawsuits to be filed against administrative proceedings starts from the date of written notification*” and according to Article 7/1 of Law No. 2577, “*...periods; a) In administrative disputes; starts from the day following the date of written notification...*” According to the Council of State, “*The purpose of the written notification is to inform the persons concerned about the*

¹²³ Ergen, p. 106; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 50-51.

¹²⁴ For detailed information, see Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, p. 349-357; Günday, p. 275-298; Ergen, p. 62-106; Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 305-318. According to Karakoç, it would be appropriate to use the concept of “*notification*” in order to create a conceptual unity (Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 50).

¹²⁵ Gözübüyük and Tan, p. 851; Gözübüyük, p. 402; Tan, p. 1031; Candan, p. 337; Odyakmaz, Kaymak and Ercan, p. 225.

¹²⁶ Ergen, p. 63.

transaction and to enable them to exercise their right to litigation.”¹²⁷ For this reason, as a rule, written notification rule will be valid in all administrative disputes, including tax disputes, and the period of filing a lawsuit will not begin unless the result of the completed administrative proceedings is notified in writing to the person concerned¹²⁸. In order for the term of litigation to begin, this notification must be made in *full and suitable*, in accordance with the format and method, and this must be *documented*¹²⁹. *Publication* will not replace notification in individual actions¹³⁰. Again, if the administrative action directly concerns more than one person, the written notification must be made separately *for each person*¹³¹. However, this rule only applies to persons who have a written notification requirement, that is, directly related to the administrative act. As a matter of fact, according to the Council of State, “...*despite the absence of a duly written notification, there is no obstacle to the examination of the lawsuit filed upon external learning of the existence of the transaction.*”¹³² The principle of *notification via announcement* is the regulation stipulated for cases where the written notification required for the commencement of the litigation period cannot be made. According to the Article 7/3 of Law No. 2577, “*In cases where notification is made to those whose addresses are not known by means of announcements in accordance with the provisions of their special laws, the period starts to run fifteen days after the last announcement date, unless there is a contrary provision in the special law.*”

It is possible to apply to the administration in order to carry out a transaction or action that may be the subject of an administrative lawsuit (Law No. 2577, art. 10/1). This also applies to tax disputes¹³³. In the event of such an application duly filed in conformance with the base to

¹²⁷ The decision of the 4th Chamber of the Council of State, dated 23.12.1996 and numbered E. 1996/1587, K. 1996/5746.

¹²⁸ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, p. 349.

¹²⁹ Gözübüyük and Tan, p. 853, 854; Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler*, p. 58.

¹³⁰ Gözübüyük and Tan, p. 857.

¹³¹ Gözübüyük and Tan, p. 851.

¹³² The decision of the 4th Chamber of the Council of State, dated 07.11.1990 and numbered E. 1990/1088, K. 1990/3054.

¹³³ Kırbaş, p. 215; Özhan Uluatam and Yaşar Methibay, *Vergi Hukuku*, İmaj Publishing House, 5th Edition, Ankara, October 2001, p. 247.

the administration, the period of filing a lawsuit begins after the administration's express or implied rejection decision. When the administration rejects the said transaction or action by giving a clear answer, the period of filing a lawsuit starts based on the date of the open response. Failure of the administration to respond within a certain period of time that is within 60 days, is an implied rejection decision. Accordingly, "*If no response is given within ...the request will be deemed to have been rejected. The persons concerned may file a lawsuit with the Council of State, administrative and tax courts, depending on the subject, within the period of filing a lawsuit as of the end of the ... days. If the answer given by the administration is not final within theperiod, the relevant answer can be considered as the rejection of the request, or the concerned can file a lawsuit or wait for a definitive answer. In this case, the filing period will not run. However, the waiting period cannot exceed four months from the date of application. In cases where a lawsuit is not filed or the case is rejected due to the deadline, if the competent administrative authorities respond after the expiry of the ...period, they can file a lawsuit within sixty days from the notification of the answer.*" (Law No. 2577, art. 10/1). The application made to the administration for the second time does not stop the term of litigation that has started to process again, this way can only be applied *once*¹³⁴.

According to another decision of the Council of State, "*As in the case of a restructuring request within the application period stipulated in the law; if the administration is notified in writing that the restructuring request has been waived, a lawsuit may be filed against the previously restructured debt within the period of filing a lawsuit.*"¹³⁵ Hereunder, pursuant to Law No. 7143 (Dated 11/5/2018), if the administration is notified in writing that the restructuring request has been waived, as in the case of a restructuring request, within the stipulated application period, a lawsuit can be filed against the previously restructured debt within the period of filing a lawsuit, otherwise the case will not be examined on the merits.

In lawsuits to be filed against regulatory actions that need to be announced, the period starts from *the day following the announcement*

¹³⁴ Gözübüyük and Tan, p. 912.

¹³⁵ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 03.11.2021 and numbered E. 2021/5, K. 2021/7.

date (Law No. 2577, art. 7/4)¹³⁶. Upon the implementation of these procedures, the relevant parties may file a lawsuit against the regulatory action, the action applied or both, and the fact that the regulatory action has not been canceled does not prevent the cancellation of this regulatory action (Law No. 2577, art. 7/4). In a decision of the Council of State, “*Regarding the lawsuit filed on 28.3.2016 for cancellation of the process dated 11.3.2016... as it is understood that this lawsuit was filed on 28.4.2017 after the 60-day period for filing a lawsuit for the cancellation of the disputed regulation with the claim that it constitutes the basis for the aforementioned transaction... In the decision, there has not been found any non-conformances to the law as it has been decided to reject the case regarding time limitations by basing on the date when the notification was published on the Official Gazette.*”¹³⁷ With reference to, the lawsuit that can be filed within 60 days for the annulment of the regulation will be calculated on the basis of the date of publication of the notification in the Official Gazette.

The beginning of the litigation period in *tax proceedings* also shows unique differences. These differences arise from the *nature, functions and purposes* of taxation transactions. As a rule, the duration of filing a lawsuit in tax proceedings is also based on a *written notification* made in accordance with the procedure and principles. The *notification, collection, payment and registration* dates stipulated by the legislator for the beginning of the litigation period are within the scope of written notification. As stated above, this written notice must also show the filing period, otherwise the litigation period will not begin. As a matter of fact, “*In all kinds of transactions established by the institutions of the state;*

¹³⁶ For exemplary judicial decisions, see the decision of the Plenary Session of the Administrative Law Chambers of the Council of State, dated 26.01.2022 and numbered E. 2020/2908, K. 2022/141; the decision of the Plenary Session of the Administrative Law Chambers of the Council of State, dated 17.02.2021 and numbered E. 2019/2547, K. 2021/312; the decision of the Plenary Session of the Administrative Law Chambers of the Council of State, dated 15.09.2022 and numbered E. 2022/2107, K. 2022/2517; the decision of the Plenary Session of the Administrative Law Chambers of the Council of State, dated 22.2.2021 and numbered E. 2020/2122, K. 2021/337.

¹³⁷ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 21.03.2018 and numbered E. 2018/84, K. 2018/124.

indication of the place of jurisdiction or administrative authorities to be resorted to against these proceedings; in addition, since it is a constitutional obligation to specify the application period in question and as the legislative, executive and judicial organs, administrative authorities and other public institutions and organizations must take action and decision in accordance with this requirement, in the face of the bindingness of the Constitution, where the administrative authority to be applied and the duration are not specified in the written notification, this will not initiate the objection period.”¹³⁸

However, for the taxpayers whose *address is not known*, the notification made through the *announcement* is taken as the basis for the beginning of the filing period (Law No. 2577, art. 7/3). In this case, the filing period starts to run 15 days after the day following the last announcement date (Law No. 2577, art. 7/3). The Council of State in a decision, “*No misjudgment is observed regarding the decision that no legal limits are introduced for the notification to be served among the people residing in the same residence, whereby the case is rejected due to time-lapse and giving the aforementioned as a justification for a taxpayer whose liabilities were canceled ex officio as s/he could not be found at her/his address and for the company that does not have a business address, it is justified that there are no contradictions regarding the legislation for serving the notice of assessment to the subject’s spouse at the residence address of her/his representative.*”¹³⁹

Again, in practice, there are some decisions based on *the learning date* for the beginning of the litigation period. As a matter of fact, certain and enforceable transactions such as the establishment of liability in tax proceedings, admission to special principles, and attachment documents are not notified to the person concerned, in these cases learning dates are based upon, from the point of filing a lawsuit¹⁴⁰. For example, according to *Plenary Session of the Tax Law Chambers*; In cases where taxpayers must make a notification pursuant to Article 33/1-7 of the Property Tax

¹³⁸ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 12.10.2011 and numbered E. 2011/40, K. 2011/594.

¹³⁹ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 13.12.2017 and numbered E. 2017/536, K. 2017/629.

¹⁴⁰ Çevik, p. 98.

Law, if the municipality has not notified the taxpayer of the filing period in writing, in this case, the date the property tax was paid by the taxpayer is accepted as the date of learning the assessment made, the period must start from the date of payment¹⁴¹. According to the Council of State, “While a lawsuit should be filed within thirty days as of 01/01/2015 against the property tax, which is deemed to have been accrued on behalf of the plaintiff on 01/01/2015 and which does not need to be notified to the plaintiff, the lawsuit filed after this period must be rejected due to the statute of limitations.”¹⁴² According to another Council of State decision, “It should be accepted that s/he was informed about the “Environmental Impact Assessment Positive” decision, which is the subject of the case, with the application petition that s/he first wrote to the District Governor on 22/09/2019 and entered the records of the District Governor’s Office on 30/09/2019; While a lawsuit must be filed within 30 days from the day following this date; there is a statute of limitations in the lawsuit filed on 25/12/2019 after this period has expired.”¹⁴³ Accordingly, in the place that will be affected or likely to be affected by the project planned to be realized, since no information/announcement has been made regarding the transaction subject to the lawsuit, the lawsuit filed after being informed of the decision will be deemed to be in time.

In accordance with the legislation, some administrative transactions are notified *electronically* to the *electronic notification addresses* of those concerned¹⁴⁴. According to Article 7/a-4 of the Notification Law No. 7201, “The electronic notification shall be deemed to have been made at the end of the fifth day following the date on which the addressee reaches the electronic address.” According to Article 107/A-1, 2 of Law No. 213, which is regulated in line with this, “The

¹⁴¹ See, the decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 08.03.2017 and numbered E. 2017/113, K. 2017/135.

¹⁴² The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 13.11.2019 and numbered E. 2019/262, K. 2019/917.

¹⁴³ The decision of the 6th Chamber of the Council of State, dated 22.09.2022 and numbered E. 2022/2679, K. 2022/8038; The decision of the 6th Chamber of the Council of State, dated 20.04.2022 and numbered E. 2022/2454, K. 2022/5056.

¹⁴⁴ Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 317.

persons to whom notification will be made pursuant to the provisions of this Law may be notified electronically via an electronic address suitable for notification, without being bound by the procedures listed in Article 93. The electronic notification shall be deemed to have been made at the end of the fifth day following the date on which the addressee reaches the electronic address.”

According to the Council of State, “*Since the notification provision requested to be annulled is implemented with the transaction announced to the plaintiff, the period of filing a lawsuit starts from the date of the announcement; the second transaction, which is on the same subject as the first transaction, does not give rise to the right to file a new lawsuit.*”¹⁴⁵

The beginning of certain litigation periods in tax proceedings has been specifically determined by Article 7/2-b of Law No. 2577. Accordingly, the duration of litigation in disputes arising from taxes, duties and fees and similar financial obligations and their increase and penalty, collection of taxes, the accrual of which depends on collection; notification in cases where notification is made or in transactions replacing notification; to pay the taxpayers in the taxes collected through withholding; the registration is made in the taxes related to the registration, and in matters where the administration should file a lawsuit, the decision of the relevant authority or commission has come to the administration; starts from the day following the date of the occurrence of the above specified (Law No. 2577, art. 7/2-b). Accordingly, for taxes whose accrual is subject to collection, the period of filing a lawsuit will begin on the date the *collection* is made, in other words, the *payment* is made¹⁴⁶. Yet, in such cases, such as *stamp duty* and *fees*, before the payment of the tax, it will not be possible to carry out the assessment and accrual procedures and notify the taxpayer of this¹⁴⁷. The time period for the *tax office* to file a lawsuit against the bases determined by the *valuation commissions* starts on the date the decision is given to the tax

¹⁴⁵ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 26.01.1996 and numbered E. 1994/330, K. 1996/42.

¹⁴⁶ Çağan, p. 73; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 61; Candan, p. 369; Kaneti, p. 243; Mutluer, p. 289; Bilici, p. 204; Ergen, p. 318.

¹⁴⁷ Kaneti, p. 243.

office¹⁴⁸. The period of filing a lawsuit in the lawsuit to be filed against the tax or penalty, when the tax is *levied, supplemented or imposed* by the administration or penalty will start from the notification of this *tax or penalty notice*¹⁴⁹. However, a notification that *does not meet the conditions* stipulated in the law will not be able to initiate the period of filing a lawsuit¹⁵⁰. In taxes collected through *deduction at source*, the period of filing a lawsuit is calculated from the date of payment¹⁵¹. It is possible for the taxpayers to file a lawsuit in the taxes levied and accrued according to *their own declarations*, and in the declarations *made with reservations*, in this case, the period to file a lawsuit starts from the day following the date of issuance of *the accrual slip*¹⁵². Upon the refusal of the tax office against the requests regarding *the correction of tax errors* made during the filing period, a lawsuit can be filed directly at the tax court within the period remaining after the 30-day litigation period is deducted from the notification date to the date of application to the tax office¹⁵³. In cases related to *registration*, such as *motor vehicle tax*, the period for filing a lawsuit starts from the day following the registration¹⁵⁴. The period of filing a lawsuit against *the payment order* will start from the notification of the payment order¹⁵⁵. The period of filing a lawsuit against *the attachment* will start from the date of attachment¹⁵⁶. In terms of *tax-like financial liabilities*, the general principle is to notify the taxpayer in writing and to file the case within 30 days starting from the day following this notification, provided that the exceptions are reserved¹⁵⁷. In case of *erroneous payment*, absence, obvious error, false statement or fraud of the officer, the administration can always withdraw the erroneously paid amount regardless of the time period, in cases other

¹⁴⁸ Kaneti, p. 244; Mutluer, p. 289; Yüce, p. 184; Bilici, p. 204; Ergen, p. 319.

¹⁴⁹ Kaneti, p. 243; Çağan, p. 72; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 63; Kızılot and Kızılot, p. 366.

¹⁵⁰ Ergen, p. 67.

¹⁵¹ Çağan, p. 73; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 65; Candan, p. 372; Kızılot and Kızılot, p. 370; Ergen, p. 319.

¹⁵² Kızılot and Kızılot, p. 364; Candan, p. 374-375; Yüce, p. 184.

¹⁵³ Kızılot and Kızılot, p. 371.

¹⁵⁴ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 66-67; Candan, p. 373; Ergen, p. 319.

¹⁵⁵ Yüce, p. 184.

¹⁵⁶ Yüce, p. 184.

¹⁵⁷ Kızılot and Kızılot, p. 374.

than this, the request for the erroneous payment back can be requested within the period of filing a lawsuit starting from the date of the erroneous payment¹⁵⁸.

Again, the period for filing a lawsuit for tax-related regulatory actions that need to be announced starts from *the day following the announcement date* (Law No. 2577, art. 7/4)¹⁵⁹. For example, according to the Council of State, *“The lawsuit has been filed with the request of the abolition of value-added taxes and tax loss penalties, which are a multiple of the taxes, and for the annulment of the decisions of the appraisal commission. Together with the annotation that the notifications regarding the assessments made on behalf of the plaintiff were served to the person concerned by deducting the phrase “company employee”, that the notification was made at the company address, and that this person as a company employee and with T.R. identity number accepted the notification without any objections thereto; considering the aforementioned, it is understood that the notification made is in accordance with the procedure. In this case, since the notifications regarding the assessments made on behalf of the plaintiff company are duly served, a lawsuit should be filed within 30 days from the date of notification; while the lawsuit filed long after this date should be rejected due to the statute of limitations, the court decision, which was given after examining the merits of the case, was not found to be in conformity with the law.”*¹⁶⁰ Accordingly, if the notifications regarding the assessments made on behalf of the *company* have been duly notified, the thirty-day litigation period will start from the notification date. According to another decision of the Council of State, *“Even though the court has decided that the tax assessments are unlawful because of the fact that the plaintiff’s right to defense was restricted because the tax technique report was not attached to the notice and not notified to the plaintiff; it has been seen*

¹⁵⁸ Ergen, p. 26; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 84.

¹⁵⁹ *“However, in full remedy action, the amount specified in the petition may be increased for once, by paying the fee, until the final decision is made, regardless of the time period or other procedural rules and the petition regarding the increase of the amount is notified to the other party to be answered within thirty days.”* (Law No. 2577, art. 16/4).

¹⁶⁰ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 10.03.2021 and numbered E. 2020/795, K. 2021/272.

that the plaintiff has filed a lawsuit against the taxation process in the Tax Court within the period of filing a lawsuit as of the notification of the notices regarding the penalty tax subject to the lawsuit, and the dispute has been brought to the judicial authority, and it has been observed that the opportunity to object to all the claims and transactions of the administration has been obtained, therefore, there is no legal accuracy in the said justification.”¹⁶¹

I. Review of the Decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 22.09.2021 and numbered E. 2021/2, K. 2021/4

The Decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 22.09.2021 and numbered E. 2021/2, K. 2021/4 is important in that it is related to the e-notification and litigation period.

According to the legal assessment made by the Board; “...while a lawsuit should be filed until 16/01/2020, the last day of the filing period, for the removal of the fee and penalty, which was duly notified with the notice duly served on 17/12/2019 to electronic notification address specified duly, in this case filed on 05/03/2020 there is no time lapse as it was filed after the final lawsuit filing date. In the regulation added to the second paragraph of Article 107/A of the aforementioned Law, stating that the notification made in the electronic environment will be deemed to have been made at the end of the fifth day following the date of reaching the electronic address of the addressee, the date of notification by SMS and/or e-mail is not the beginning of the five-day period; the date on which the document subject to the notification reaches the electronic address of the addressee is taken as a basis, and a five-day period is foreseen from the date it reaches the electronic address for the notification to be deemed to have been made. ...Therefore, pursuant to Article 107/A of the Tax Procedure Law, if no notification message is sent to the telephone number and/or e-mail address notified during the application to the electronic notification system or later regarding the notification made to the e-notification address registered in the electronic

¹⁶¹ The decision of the 4th Chamber of the Council of State, dated 15.06.2022 and numbered E. 2018/8461, K. 2022/4098.

notification system of the addressee, this will not have an impact on the duration of the notification and its validity.”¹⁶²

The notification provisions regarding taxation are regulated in the Tax Procedure Law. In cases where there is no clear provision regarding notification in the Tax Procedure Law, the provisions of the Notification Law must be applied in accordance with Article 51 of the Notification Law. With the Article 107/A of Law No. 213, regulations have been made to allow notifications to be made in electronic environment. E-notification was put into operation by establishing an Electronic Notification System by the Revenue Administration in accordance with the General Communiqué of the Tax Procedure Law No. 456. Electronic notification is the process of sending e-signed documents related to taxation to the electronic notification address of payers by the Revenue Administration. According to Article 107/A/2 of Law No. 213, the notification document is deemed to have been notified at the end of the fifth day following the date it reaches the electronic address of payers. As stated in the decision, pursuant to Article 107/A of Law No. 213, no notification message is sent to the telephone number and/or e-mail address notified during the application to the electronic notification system or later, regarding the notification made to the e-notification address of payers registered in the electronic notification system, shall not affect the duration and validity of the notification.

J. Review of the Decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 09.02.2022 and numbered E. 2020/1158, K. 2022/29

The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 09.02.2022 and numbered E. 2020/1158, K. 2022/29 has been deemed worthy to be examined in this section, as it is related to the issues of accounting of the tax on the dated if notice is given and duration.

According to the legal assessment made by the Board; “*In Article 11 of the Property Tax Law, it is regulated that if a notification is given, the tax will be accrued on the date it is levied and the taxpayer will be*

¹⁶² The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 22.09.2021 and numbered E. 2021/2, K. 2021/4.

notified in writing. In Article 32 of the Law, it is stipulated that the tax will be levied by the administration if the notification is not given. These rules require that the assessment made by the administration in cases where no notification is given, should be considered accrued on the date of assessment, when evaluated together with the fact that the tax assessment is not based on a statement, since there is no information on the tax base in the notifications envisaged to be given by the taxpayers. Moreover, in the years following the assessment and accrual made by the municipalities every four years, the property tax, which is calculated over the tax value determined according to the 29th article, and which is considered to have been accrued for that year as of the beginning of each budget year may be made the subject of a lawsuit during the thirty (30) days of lawsuit period that starts to run as of the starting date of the budget year, in addition, there is no obstacle for taxpayers to make it a subject of a lawsuit upon notification of the tax levied and accrued in this way in writing.”¹⁶³

In Article 11 of the *Property Tax Law*, it is regulated that if a notification is given, the tax will be accrued on the date it is levied and the taxpayer will be notified in writing. In Article 32 of the Law, it is stipulated that the tax will be levied by the administration if the notification is not given. The period for filing a lawsuit regarding the *real estate tax* that is deemed to have accrued is thirty days. This period will start to run from the beginning of the *budget year* in which the property tax is considered accrued.

K. Principles on The Calculation of the Term of Litigation in Tax Proceedings

Calculation of durations (periods, times) in tax proceedings is regulated generally in Article 8 of Law No. 2577 titled “*General principles regarding durations*” and specifically in Article 18 of Law No. 213 titled “*Calculation of durations*”. According to Çağan, it is not appropriate in terms of legal policy that there are differences in the rules

¹⁶³ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 09.02.2022 and numbered E. 2020/1158, K. 2022/29.

regarding the calculation of durations in terms of various branches of law¹⁶⁴.

According to Article 8 of Law No. 2577, the durations start to run from the day following the date of notification, publication or announcement; *holidays* are included in the duration; in so far, if the last day of the period coincides with a holiday, the period extends until the end of the working day following the holiday; if the expiry of the periods written in this Law coincides with *judicial recess* (the time for a break from working), these periods are deemed to be extended by 7 days from the date following the end of the break.

As a rule, the periods start from the “*day following the date of notification, publication or announcement*”, but if there is a special provision in special laws that the period will start differently, for example, from the “*date (day) of the notification*”, it should be acted upon accordingly¹⁶⁵. For example, the application period for appeal starts from the day the decision is served, not the day following the notification of the decision¹⁶⁶.

In a decision of the Council of State, “...*since it was announced that if the time period was specified as days, the starting date would not be taken into account, it was understood that the registration procedures were carried out on 23.12.2005 within a fifteen-day period according to the invoices dated 8.12.2005, and it was decided to abolish the irregularity penalties on the grounds that the fines were not found to comply with the law.*”¹⁶⁷ Accordingly, if the period is set as days, *the first day will not be taken into account*. According to the Council of State, “*It is concluded that in the calculation of the statute of limitations, the date on which the correction application made by registered mail should be taken as a basis, not the date on which it is received by the*

¹⁶⁴ Çağan, p. 163-164.

¹⁶⁵ According to *Karakoç*, it is necessary to understand and apply the word “*from* (beginning from)”, which expresses the beginning of the periods in the law, as the day of the publication of the notification or the announcement should not be taken into account in the calculation of the period (*Karakoç*, *Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler*, p. 29).

¹⁶⁶ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, p. 541.

¹⁶⁷ The decision of the 4th Chamber of the Council of State, dated 03.06.2008 and numbered E. 2007/1849, K. 2008/2159.

administration.”¹⁶⁸ By that of, in the calculation of the statute of limitations, the date on which the correction application will be mailed shall be taken as a basis.

According to Article 18 of Law No. 213; if the duration is specified as days, the day it starts is not taken into account and ends at the *holiday time* of the last day; if the duration is determined as a week or a month, it ends at the holiday time of the day corresponding to the day in the last week or month; if there is no day in the month in which the period ends, which corresponds to the day it started, the period ends at the holiday time of the last day of that month; for periods determined by a certain day, the period ends at the holiday time of that day; *legal holidays* (public holidays, official holidays, bank holidays) are included in the period; in so far, if the last day of the period coincides with a legal holiday, it ends at the holiday hour of the first business day following the holiday. According to a decision of the Council of State, “*Since the value added tax accrued on the declaration can be paid until the holiday time on the 25th day of the month following the taxation period, the above principles should be taken into account in the calculation of the late fee to be applied to the public receivables that are not paid within this period. Since 25.2.1996, the last day of the third month following the due date of the value added tax subject to the payment order, is a public holiday and it is undisputed that the payment is made on the first business day following the holiday, there is no illegality in the insistence on the partial cancellation of the payment order in terms of the late fee calculated for the fourth month.*”¹⁶⁹

Legal holidays are *official* and *religious holidays*, New Year’s Day, 1 May and 15 July (Law No. 2429 on National Holidays and General Holidays Art. 2)¹⁷⁰ and Saturdays and Sundays (Law No. 657

¹⁶⁸ The decision of the 7th Chamber of the Council of State, dated 07.03.2019 and numbered E. 2014/1554, K. 2019/1226.

¹⁶⁹ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 24.03.2000 and numbered E. 1999/364, K. 2000/111.

¹⁷⁰ “*The following legal holiday and religious feast holidays, New Year’s Day, 1 May and 15 July are general holidays. A) Legal holidays are as follows: 1. (Amended: 20/4/1983 - art. 2818/1) 23 April is the National Sovereignty and Children’s Day. 2. 19 May is the Commemoration of Atatürk and Youth and Sports Day. 3. August 30 is Victory Day. B) Religious feast days are as*

Civil Servants Art. 99/2). Similarly, in another decision, according to the Council of State, “As it is undisputed that 31.7.1994, the last day of the fourth month following the due date of the first installment of the income tax accrued on the declaration of the plaintiff, is a public holiday and the payment is made on the first business day following the holiday; there is no illegality in the insistence on the partial cancellation of the payment order in terms of the late fee calculated for the fifth month.”¹⁷¹

For transactions made in *electronic environment*, the time expires at the end of the day (Law No. 2577, art. 31/1, Law No. 6100, art. 445/4). According to Article 5/9 of the *Regulation on the Procedures and Principles for the Administration of Administrative Affairs and Clerical Services of Regional Administrative Courts, Administrative Courts and Tax Courts*, which entered into force after being published in the Official Gazette dated 11/07/2015 and numbered 29413, “It must be done until 00:00 in order to prevent their extension to the following date.”¹⁷²

follows: 1. Ramadan Feast is 3.5 days starting from 13.00 on the day of Eve. 2. Feast of Sacrifice is 4.5 days starting from 13.00 on the day of Eve. C) (Amendment: 25/10/2016 - art.6752/2) New Year's Eve on 1 January, Labor and Solidarity Day on 1 May, and Democracy and National Unity Day on 15 July are holidays. C) (Amendment: 25/10/2016 - art. 6752/2) In New Year's Eve on 1 January, Labor and Solidarity Day on 1 May, and Democracy and National Unity Day on 15 July, government office and institutions are suspended. When the National Holiday and general holidays specified in this Law end on Friday evening, the whole following Saturday is a holiday. The provisions of the special laws of the organizations that are required to work continuously due to their nature are reserved. Private businesses are required to close on 29 October.” (Law No. 2429, art. 2).

¹⁷¹ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 08.01.1999 and numbered E. 1997/487, K. 1999/30.

¹⁷² For an example, see the decision of the 4th Chamber of the Council of State, dated 12.12.2016 and numbered E. 2016/17163, K. 2016/4117.

L. Do the Circumstances Causing the Suspension of the Tax Obligation Periods Cause the Suspension of the Litigation Period?

As a rule, administrative periods in tax proceedings stop in case of *application to the higher authority*, the existence of certain issues that are foreseen to be stopped during the *financial holiday*, when the *lawyer withdraws from the case*, and *force majeure*¹⁷³. Again, the case of applying to the *ombudsman* is another case that stops the litigation period¹⁷⁴. In case of *stopping*, time until the stopping reason occurs, continues to run again from the moment the stopping reason disappears¹⁷⁵.

According to Article 11 of Law No. 2577, before filing a lawsuit, the relevant parties may apply to the higher authorities for the removal, withdrawal, change or a new action of the administrative action; If no response is received within 30 days, the request is deemed to have been rejected (Law No. 2577, art. 11/1, 2). This application, made in accordance with its procedures and principles, stops the tax filing period that has started to process. In case the request is rejected or deemed rejected, the period of filing a lawsuit starts again and the time passed until the application date is also taken into account (Law No. 2577, art. 11/3). However, it should be noted that if a certain period of time is stipulated in special laws regarding the objection to the higher authority, the application must be made within this period in order to stop the litigation period. The situation in Article 242 of Law No. 4458 can be given as an example to this situation. According to this, “*The obliged parties can object to the customs taxes, penalties and administrative decisions notified to them, with a petition to a higher authority within fifteen days from the date of notification, or to the same authority if there is no higher authority. 2. Objections submitted to the administration shall be decided within thirty days and notified to the relevant person. 3. If the objection petitions are submitted to the wrong authority within the time limit, the objection shall be deemed to have been made within the time*

¹⁷³ Yüce, p. 263-269.

¹⁷⁴ Ergen, p. 362.

¹⁷⁵ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 100; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku, p. 216; Mutluer, p. 290; Ulusoy, p. 115; Demirkol and Bereket Baş, p. 116.

limit and shall be delivered to the competent authority by the administration. 4. Against the decisions of rejection of the objection, an application can be made to the administrative judicial authorities in the place where the action was taken.” (Law No. 4458, art. 242/1, 2, 3, 4).

According to Article 1 of Law No. 5604 on the Creation of Financial Holidays, “*Fiscal holidays are applied from the first to the twentieth (including the twenty-first) of July every year. If the last day of June is a holiday, the financial holiday starts from the day following the first working day of July.*” (Law No. 5604, art. 1/1). During the financial holiday, the legislator has decreed that some periods will be suspended and some periods will be extended. Accordingly, the accounting registration periods, notification periods and filing periods regarding tax-related transactions, which are required to be made in certain periods according to the provisions of Law No. 213, do not run during the fiscal holiday, the specified periods start to run again after the end of the fiscal holiday (Law No. 5604, art. 1/3). However, according to the Council of State, while the periods to be extended during the financial holiday are specified, the application periods for legal remedies cannot be extended due to the financial holiday, since the application periods for legal remedies are not explicitly included¹⁷⁶. Nonetheless, *in the assessment based on the declaration*, by the completion of the submission period of the declarations that must be submitted within the legal period, in the assessment made ex officio or by the administration, reconciliation against the taxes levied and/or the penalties imposed, the taxes, duties and fees, tax penalties and delay interests due to coincide with the financial holiday. If the last day of the deadlines regarding the applications to be made in order to benefit from the provisions of the request or reduction in the penalty and the deadlines for providing the information that must be provided within the scope of the provisions of continuous information, coincides with the financial holiday; the said periods are deemed to be extended by 7 days from the date following the last day of the financial holiday (Law No. 5604, art. 1/2). Again, during the financial holiday; except for tax and penalty notices and deduction requests; Requests for information requests are not notified to taxpayers, tax and penalty

¹⁷⁶ The decision of the 3rd Chamber of the Council of State, dated 30.9.2009 and numbered E. 2009/4122, K. 2009/2814; the decision of the 3rd Chamber of the Council of State, dated 23.02.2009 and numbered E. 2007/3182, K. 2009/461.

responsible persons, but in the notifications made during the holiday period, the period starts to run from the last day of the financial holiday (Law No. 5604, art. 1/5). Fiscal holidays are not applicable for *special consumption tax, banking, and insurance transactions tax, special communication tax, games of chance tax, and taxes, duties and charges levied and/or collected by customs administrations, special provincial administrations, and municipalities* (Law No. 5604, art. 1/7).

The another situation regarding the suspension of the durations is the case of the lawyer's withdrawal from the case. According to Article 171/1 of *Attorneyship Law* (Law No. 1136, dated 19/3/1969), "A lawyer follows up the work s/he undertakes in accordance with the provisions of the law and even if there is no written contract." However, in some cases, it may be the case that the attorney given power of attorney cannot continue the case. In these cases, the trial period stops for up to 3 months. As a matter of fact, "In the event of the death of a lawyer, his dismissal from the profession, his being banned from work, or his temporary incapacity to work, the head of the bar association to which the lawyer is registered, upon the written request of the relevant persons or on the condition of obtaining the written consent of the business owners, shall employ a lawyer registered in his own bar to follow up and carry out the business temporarily and transfers and delivers the files to him. (Additional sentence: 2/5/2001 - Article 4667/28.) In addition, s/he notifies the courts and other places s/he deems necessary... The legal deadlines for the works written in the above paragraph do not run until the transfer and delivery of the file, yet this period cannot exceed three months." (Law No. 1136, art. 42).

In case of an application to the *ombudsman institution*, the period of filing a lawsuit stops. According to Article 17/7 of *Law on the Ombudsman Institution* (Law No. 6328, dated 14/06/2012), In case the response given by the administration is notified or the administration does not respond within 60 days, an application can be made to the institution within 6 months from the end of the period. The application made during the filing period will stop the litigation period that has started to process (Law No. 6328, art. 17/8). In case the application is rejected by the institution, the suspended litigation period starts to run from the point where it was left off after the notification of the rejection decision. (Law No. 6328, art. 21/1). If the application is accepted by the Institution, and if the relevant authority does not take action within 30 days upon the proposal of the Institution, the suspended litigation period

begins to run from where it was left off (Law No. 6328, art. 21/2). If the institution cannot conclude the application within 6 months, the suspended litigation period starts to run from where it was left (Law No. 6328, art. 21/3).

The last situation regarding the suspension of the periods is the *force majeure* situations. Force majeure is an event that cannot be foreseen or prevented even if it is foreseen, outside the will of the taxpayer¹⁷⁷. In other words, force majeure is an event or situation that occurs outside the will of the taxpayer, which cannot be controlled and prevented, and which essentially prevents the fulfillment of tax obligations¹⁷⁸. While force majeure is defined in a *narrow sense* as external events that occur outside the will of the person, in a *broad sense*, it is any event that prevents the acquisition of a right, the fulfillment of a debt or duty, and which is impossible to foresee or prevent¹⁷⁹. The basic elements of force majeure are *unpredictability*, *unavoidability*, and *externality*¹⁸⁰. According to the Council of State, “*in order for an event to be qualified as force majeure in terms of tax law, it must be unavoidable and unpredictable, and there must also be no negligence or intent by the taxpayer in its realization.*”¹⁸¹ Essentially, force majeure cases are regulated in Article 13 of Law No. 213 for the periods related to tax duties¹⁸². Accordingly, force majeure situations are “*1. Serious accident, serious illness, and detention that prevents the fulfillment of any of the tax duties; 2. Disasters such as fire, ground shaking, and flooding that will prevent the fulfillment of tax duties; 3. Compulsory absences that occur against the will of the person; 4. Cases such as the fact that his books and documents have been lost due to reasons beyond the will of the owner.*” (Law No. 213, art. 13). In this way, for the periods related to tax duties, in case of any written force majeure, the periods do not run until this reason

¹⁷⁷ Yüce, p. 267; Uysal and Eroğlu, p. 42.

¹⁷⁸ Oktar, p. 108.

¹⁷⁹ Candan, p. 400.

¹⁸⁰ Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 357.

¹⁸¹ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 03.07.2009 and numbered E. 2009/17, K. 2009/364.

¹⁸² According to *Batı*, force majeure in the law should not have any effect on the term of litigation, since it only includes cases of non-fulfillment of tax obligations (*Batı*, p. 92, 584).

disappears (Law No. 213, art. 15/1)¹⁸³. If the force majeure is known by *everyone*, there is *no need to prove* it separately by the taxpayer, but in cases that have occurred in the taxpayer *himself* and can only be known by the taxpayer, it must be *proven* and *documented* against the tax office or judicial organs¹⁸⁴. In jurisdictions, it is necessary to evaluate the force majeure situations *separately for each dispute* and make a decision thereby¹⁸⁵. *The Ministry of Finance* is authorized to declare force majeure for those who are exposed to disasters in regions, provinces and districts due to force majeure and to determine those who cannot fulfill their tax duties during this period (Law No. 213, art. 15/3).

Does the force majeure suspend (stop) the term of litigation? There are debates in practice and doctrine as to whether force majeure will suspend the term of the litigation. While the Council of State has a *firm opinion* that force majeure will not stop the period of filing a lawsuit in its previous decisions¹⁸⁶, it tends to *soften* this stance in its recent decisions¹⁸⁷. As a matter of fact, in a recent decision of the Council of State, “*The reasons stopping the periods of filing a lawsuit and applying to legal remedy are listed in the relevant articles of the Law on Administrative Trial Procedure: however, the state of illness is not listed among them. With this; it is necessary for the nature and importance of*

¹⁸³ See, the decision of the Board of the Unification of Case Law of the Council of State, dated 08.02.2019 and numbered E. 2013/3, K. 2019/1.

¹⁸⁴ Şenyüz, Yüce and Gerçek, p. 219; Çağan, p. 146; Uysal and Eroğlu, p. 46.

¹⁸⁵ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 13.12.2017 and numbered E. 2017/428, K. 2017/636.

¹⁸⁶ “*In the absence of a provision in the Administrative Procedure Law that prolongs the term of litigation due to force majeure, this allegation is also rejected on the grounds that it is not considered appropriate...*” (The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 15.05.2009 and numbered E. 2008/786, K. 2009/216); “*...it was rejected on the grounds that there is no reference to the articles of the Tax Procedure Law regarding force majeure, both in the 31st article of the aforementioned Law and in other articles, regarding the suspension of the appeal period due to force majeure.*” (The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 25.10.1991 and numbered E. 1991/51, K. 1991/76).

¹⁸⁷ See, the decision of the 7th Chamber of the Council of State, dated 10.12.2019 and numbered E. 2016/56, K. 2019/6537.

the right to claim rights, that the said periods do not operate in the presence of force majeure situations. In terms of exercising the right to claim rights, disasters that occur outside the will of the person, states of war and similar situations, and very serious illnesses that make it impossible to exercise this right, can be considered as force majeure.”¹⁸⁸

The Council of State, as a common view, does not accept the suspension of the period of filing a lawsuit in cases of force majeure. Likewise, in many of its decisions, the Council of State has stated that in Article 8 of Law No. 2577, which regulates the duration of litigation, there is no provision stating that the period of filing a lawsuit will not run in the presence of force majeure conditions and that the force majeure conditions specified in Article 13 of Law No. 213 will only suspend the periods related to tax transactions. In fact, it would not be wrong to say that this situation arises from the definition of the period of filing a lawsuit as a *period of prescription*. For example, according to the Council of State, “*In the 15th article of the Tax Procedure Law No. 213, if there are reasons written in the 13th article of the same Law, it is foreseen that the periods will not run until this reason disappears, in the (1) paragraph of Article 13, severe illness that prevents the fulfillment of any of the tax duties is counted as a compelling reason. This rule of the law can be applied in terms of delays in the fulfillment of tax-related duties. In cases such as resorting to legal remedies in the interest of tax disputes or against the decisions taken by the jurisdictions on disputes, it cannot be considered that the application period stops due to the aforementioned rule.*”¹⁸⁹ Yet another decision, according to the Council of State “*Severe accident and serious illness that may prevent the fulfillment of one of the tax duties must be accepted as force majeure. Since force majeure will cut the deadlines for the fulfillment of tax obligations, the lawsuit filed by tax and penalty addressees against the taxes and penalties imposed on their names does not cut the period of filing a lawsuit, and filing a lawsuit will not be considered one of the duties of the taxpayer, so the period of filing a lawsuit does not stop in case of illness or other force majeure. The plaintiff, who cannot file his case personally due to his illness, can always file his case in time through a representative s/he will*

¹⁸⁸ The decision of the 7th Chamber of the Council of State, dated 24.03.1999 and numbered E. 1999/653, K. 1999/1305.

¹⁸⁹ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 25.10.1991 and numbered E. 1991/51, K. 1991/76.

*appoint.*¹⁹⁰ However, in another decision, the Council of State, “*In Article 8 of the Law No. 2577, there is no provision stating that the period of filing a lawsuit will not run in the presence of force majeure and it has been stated in Article 13 of the Law No. 213 that only the periods related to tax transactions will cease in case of force majeure...The court decision that rejected the case on the grounds that the report regarding the 20-day bed rest received by the plaintiff from the Health Center would not stop the filing period was not found to be inaccurate.*”¹⁹¹ In another decision, the Council of State, “*Force majeure situations, which are foreseen to cut the deadlines related to the fulfillment of tax obligations by the tax procedure law, do not affect the duration of filing a lawsuit in the tax court...The aforementioned rules of the Tax Procedure Law do not contain a regulation regarding the duration of filing a lawsuit, the beginning, suspension, extension or termination of this period, and compelling reasons are accepted only from the situations that prevent the fulfillment of tax duties on time and stop the periods related to these duties in the Tax Procedure Law.*”¹⁹² According to the Council of State in yet another decision, “*The circumstances counted as force majeure are regulated exclusively for failure to fulfill tax obligations. Filing a lawsuit, which is not a tax liability, is a right for the taxpayer. The state of detention does not prevent the taxpayer from filing a lawsuit.*”¹⁹³

However, as regulated in Article 13 of Law No. 213, it cannot be said that it is possible for a person to use his right to file a lawsuit in cases which serious accident, serious illness, detention, natural disasters such as fire, earthquake, and his books or documents have been lost due to obligatory absences and reasons beyond his will. Moreover, changing or overcoming these states does not depend on one’s own will. In our opinion, ignoring force majeure in terms of the duration of litigation will

¹⁹⁰ The decision of the 9th Chamber of the Council of State, dated 20.05.2008 and numbered E. 2007/906, K. 2008/2530.

¹⁹¹ The decision of the 11th Chamber of the Council of State, dated 01.07.1999 and numbered E. 1998/4152, K. 1999/2772.

¹⁹² The decision of the 3rd Chamber of the Council of State, dated 05.10.2006 and numbered E. 2006/1488, K. 2006/2447.

¹⁹³ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 13.10.2021 and numbered E. 2020/123, K. 2021/1255.

constitute a violation of the basic principles of law and especially constitutional principles. Forasmuch as, this situation constitutes a violation of the principle of the rule of law, the reason and proportionality of the restrictions on fundamental rights and freedoms, the right to a fair trial, the freedom to seek justice and the principles of taxation. In some of its decisions, the Council of State, based on the *general principles of law*, has also taken into account the force majeure conditions in the calculation of the duration of filing a lawsuit¹⁹⁴. For example, the Council of State has found it appropriate to suspend the period of filing a lawsuit due to earthquake, which is one of the force majeure situations¹⁹⁵. In another decision, the Council of State stated, “*In order to prevent loss of rights in the jurisdiction due to the Covid-19 epidemic, all periods regarding the birth, exercise or termination of a right will cease until 15/06/2020 (including this date), it will start to operate from the day following the day when the suspension period ends...*”¹⁹⁶ and decided to suspend the period of filing a lawsuit in the *Covid-19 epidemic disease*.

In civil procedural law, as a rule, if no action is taken within the definite period determined by the law or the judge, the right to take the action is forfeited (Law No. 6100, art. 94/3). However, if the failure to

¹⁹⁴ Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 128; Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 148; Günday, p. 337.

¹⁹⁵ “*It is known that there was an earthquake with a magnitude of 5.9 on the Richter scale at 17.57 on 1.10.1995, where the plaintiff resides, and that the tremors started about 15 days before this date and continued for a while after the earthquake. It can be seen from the news in the press that many buildings that the earthquake caused death and injuries were destroyed, the rest became uninhabitable, and the people had to live in tents for a long time. It is understood that after the earthquake, almost all of the people living in the region fell into pain and struggled for their lives, and they were in an environment where they could not do any of the jobs they could do in normal times. Under these circumstances, it was not appropriate to reject the lawsuit filed 7 days after the normal time due to the statute of limitations, instead of examining its merits and concluding, considering that the case was applied to the court within a reasonable time after the force majeure disappeared.*” (The decision of the 4th Chamber of the Council of State, dated 20.06.1996 and numbered E. 1995/6183, K. 1996/2698).

¹⁹⁶ The decision of the 2nd Chamber of the Council of State, dated 22.10.2020 and numbered E. 2020/1895, K. 2020/3099.

carry out the transaction within the specified time is due to reasons beyond the control of the person concerned, in this case, the Law provides the opportunity for the person concerned to perform the transaction that he has not done in due time, by “*restitution* (reinstatement)”¹⁹⁷ (Law No. 6100, art. 95/1)¹⁹⁸. The reasons for restitution are considered to be serious illness, accident, natural disasters such as earthquake, flood or a long travel that the party of the case cannot learn about the notification made to him/her¹⁹⁹. The judge will determine these reasons and the decision on whether to apply the restitution of these reasons²⁰⁰. In the Law No. 2557, there is no regulation similar to this restitution institution regulated in the civil procedure law.

The fact that force majeure cases are not regulated in the Law No. 2557 to suspend the term of litigation has also been criticized in the doctrine. According to *Çağan*, in the event of force majeure, it should be accepted that the durations of objection, appeal and tolerance, which are the period of prescription, should be suspended together with tax duties, because tax jurisdiction law is regulated together with other procedural aspects of tax law²⁰¹. According to *Karakoç*, it should be accepted that the period of filing a lawsuit, which is regulated in special laws, should also be stopped due to a force majeure occurring during the period of filing a lawsuit, because the effect of force majeure to suspend-extend the periods is one of the general principles of law, for this reason, even if there is no regulation on this matter, it should be accepted that a lawsuit can be filed by using the remaining time in case the time is expired due to

¹⁹⁷ For detailed information on the restitution, see Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 132-135; Kuru ve Aydın, p. 616-620; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası, p. 181-185; Budak and Karaaslan, p. 146-148; Görgün, Börü and Kodakoğlu, p. 208-213.

¹⁹⁸ Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 132-133; Kuru ve Aydın, p. 616-617; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası, p. 181-182; Budak and Karaaslan, p. 146; Görgün, Börü and Kodakoğlu, p. 208.

¹⁹⁹ Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 133; Kuru ve Aydın, p. 617-618; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası, p. 182; Budak and Karaaslan, p. 146-147; Görgün, Börü and Kodakoğlu, p. 208.

²⁰⁰ Pekcanitez, Atalay and Özekes, p. 133; Görgün, Börü and Kodakoğlu, p. 209; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası, p. 185; Budak and Karaaslan, p. 148.

²⁰¹ Çağan, p. 149.

the occurrence of force majeure²⁰². According to *Kaplan*, it is possible that a person cannot exercise his rights in on time due to natural disasters, a mental illness or physical illness, this situation occurs out of the desire and will of the people, so ignoring such situations will not be in accordance with equity and justice²⁰³. According to *Akyılmaz, Sezginer and Kaya*, the approach to force majeure in terms of the duration of litigation includes many problems in terms of the right to access court and the right to a fair trial; the ambiguity of the concept of force majeure, its ability to change over time, and a different evaluation according to each concrete case may render all periods meaningless, including the duration of litigation in the law²⁰⁴. According to *Candan*, although it was not foreseen in the Law No. 2577, the Council of State, in some of its decisions, concludes that in cases where it is impossible to change or prevent, such as natural disasters, it is not justified to accept the continuation of the litigation period by not taking into account the force majeure²⁰⁵. According to *Kızılot and Kızılot*, there can be no logical reason for accepting that the period of filing a lawsuit is running by not taking into account the force majeure situation, especially in cases such as natural disasters that people cannot change or foresee with their will²⁰⁶.

It can be seen that there is no regulation in the Law No. 2577 regarding the suspension of the time period for litigation in cases of force majeure. In this respect, it is not possible to benefit from the force majeure conditions regulated in Article 13 of Law No. 213. It should also be added that in such force majeure cases, it may be possible to suspend the duration of litigation with law or Presidential Decrees. Again, there are also decisions of the Council of State in which it foresees the suspension of the duration of litigation in cases of force majeure, based on the general principles of law. Although the law²⁰⁷, the Presidential

²⁰² Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 128.

²⁰³ Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, p. 146.

²⁰⁴ Akyılmaz, Sezginer and Kaya, p. 359.

²⁰⁵ Candan, p. 400.

²⁰⁶ Kızılot and Kızılot, p. 376.

²⁰⁷ For example, according to the Provisional Article 1 of the Law No. 7226 on Amending Certain Laws, “*In order to prevent the loss of rights in the jurisdiction due to the Covid-19 epidemic in our country; a-) All periods regarding the birth, exercise or expiration of a right, including filing a lawsuit, initiating enforcement proceedings, application, complaint,*

Decree or the Council of State has the will to solve this problem based on the general principles of law, it is a shortcoming that force majeure conditions are not observed in terms of the term of litigation in the Law No. 2577. Moreover, the force majeure situation arises out of the will of the person and it is not possible to prevent or change this situation with the will. If the person misses the time to file a lawsuit due to force majeure that is beyond his will, s/he will lose his right to claim the lawsuit. Failure to foresee force majeure in terms of the duration of litigation will clearly violate the basic principles of law. Therefore, for all the reasons we have mentioned, in our opinion, it would be appropriate to add a regulation to the provisions regarding the duration of litigation in the Law No. 2577, stating that the duration of litigation will cease in case of force majeure.

M. Review of the Decision of the 3rd Chamber of the Council of State, dated 27.1.2022 and numbered E. 2021/3179, K. 2022/178

The decision of the 3rd Chamber of the Council of State, dated 27.1.2022 and numbered E. 2021/3179, K. 2022/178 has been deemed worthy of examination in this section as it is related to the request for the abolition of the value added tax and the special irregularity penalty, the duration of litigation and the suspension of the period.

According to the legal assessment made by the 3rd Chamber of the Council of State; *“The case is about the request for the abolition of the value added tax with one fold tax penalty and the special irregularity penalty imposed in accordance with the 1st clause of the article 353 of the Tax Procedure Law No. 213. AS it is understood that warnings related to the subject taxes and penalties of the case were notified on 14/08/2019; the time of 30 (Thirty) days starting as of mentioned date to file a lawsuit has been stopped because of the application to the tax office directorate submitted on 19/08/2019 for removal of the taxes and penalties as per article 11 of Law No. 257 7 and the time to file a lawsuit*

objection... Administrative Procedure Law No. 2577 dated 6/1/1982,... the periods determined for the parties... from 13/3/2020 (including this date) to 30/4/2020 (including this date) are suspended until the date. These periods start to run from the day following the day when the suspension period ends.”

has been started to process as of 04/11/2019 on which the claimant was notified by the letter of tax office directorate dated 30/11/20019; according to this it is understood that the lawsuit has been filed before 30/11/2019 on which the remaining days of 26 days of the case were exhausted that were remaining as of 04/11/2019; thereby the application of appellate was accepted and the decision of the Tax Cases Office that rejected the case on the grounds of time limits has been reversed.”²⁰⁸

Within the scope of article 11 of Law No. 2577, the plaintiff may directly file a lawsuit for the removal of the assessment made on his behalf, as well as request the removal, withdrawal, change or a new action from the higher authority, if there is no higher authority, from the authority that carried out the action, within the period of filing an administrative lawsuit. Accordingly, an application can be made to the administrative courts for the removal of the assessment. In this case, the period of filing a lawsuit will be stopped with an application to the administration. The suspended litigation period continues from where it left off as of the notification of the decision given by the administration²⁰⁹.

²⁰⁸ The decision of the 3rd Chamber of the State Council, dated 27.01.2022 and numbered E. 2021/3179, K. 2022/178.

²⁰⁹ In a decision of the Council of State, “...*It is not possible to apply Article 11 of the Administrative Procedure Law in calculating the duration of filing a lawsuit against tax loss penalties, since the determination of the duration of the administrative lawsuit against the tax penalty penalties is determined according to the date the notice is served, as a requirement of the regulation in the 7th article of the Administrative Procedure Law.*” (The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 30.01.2013 and numbered E. 2011/102, K. 2013/21) Hereunder, it is a requirement of the regulation in Law No. 2577, art. 7 that the duration of the administrative lawsuit to be filed against *the tax loss penalties* announced in the notice is determined according to the date the notice is served. It is not possible to apply Article 11 of Law No. 2577 in the calculation of the duration of filing a lawsuit against tax loss penalties.

N. Circumstances Requiring Extension of the Term of Litigation in Tax Proceedings

The *prolongation of the trial period* in tax proceedings is prolonged in cases of *judicial recess* (interruption of work), *applying to a non-commissioned court*, the presence of *some mistakes and deficiencies in the petition*, and *the failure of reconciliation*²¹⁰. According to a decision of the Council of State, “...the period of litigation, which is considered to be “foreclose” in the administrative jurisdiction, is an institutionalized procedural rule for the purpose of ensuring the stability of administrative actions and transactions and for the public interest, and is considered among the elements that can be taken into account and examined *ex officio* by the courts within the concept of “public order”, the prolongation or re-starting of the litigation period is limited by the conditions listed in the law...”²¹¹ Hereunder, the Council of State accepts the prolongation or re-processing of the period of filing a lawsuit, which it considers foreclose and the public order, limited to the cases listed in the law.

As stated above, during the *judicial recess*, some periods stipulated by the legislator are extended. Regional administrative, administrative and tax courts take a break from 20 July to 31 August, starting back to work as of 1 September every year (Law No. 2577, art. 61; Law No. 2575, art. 86). During the judicial recess, the time to file a lawsuit in the tax court and higher courts continues to run²¹². According to Article 8 of Law No. 2577, “If the expiry of the periods written in this Law coincides with the time for a break from working, these periods are deemed to be extended by 7 days from the date following the end of the break.” (Law No. 2577, art. 8/3). The Council of State did not limit this situation to Law No. 2577, but expanded it for special laws as well.

²¹⁰ See, Yüce, p. 269-275; Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 131-141; Candan, p. 333-337. According to Karakoç, in the discussion of whether these periods were granted due to the interruption of the litigation period or due to “additional time”, it should be accepted that these periods are additional periods given to the person concerned (Karakoç, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, p. 130-131).

²¹¹ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 14.11.1986 and numbered E. 1986/18, K. 1986/20.

²¹² Batı, p. 85.

According to this, “*The deadlines for filing lawsuits, which are stipulated in special laws and whose completion coincides with the time of suspending work, will also be deemed to be extended by seven days from the date following the end of the pause.*”²¹³ For example, in the continuation of the said decision, it is stated that this rule will also be applied for the 15-day period to file a lawsuit against the payment order period in Article 58 of Law No. 6183. According to the Council of State, this regulation stating that the periods ending in the period of suspension from work will be extended is a special regulation, and for this reason, the period that coincides with the time of interruption from working will also be extended in case of the period of litigation stipulated in special laws²¹⁴.

Again, according to a decision of the Council of State, “*If the plaintiff, whose litigation period has been extended until September 12, applies for rectification within this period, receives a response, and regarding the time that ran at the start; if the end of the period calculated according to Article 11 of Law No.2577 coincides on a date that was before the extended time duration; including 12th day of September, the case filed until this date should be accepted to have been filed within the due term.*”²¹⁵ Whereas, upon the application for rectification within the extended period of filing a lawsuit due to a judicial recess, the extended period shall be taken into account in the filing of a lawsuit regarding the

²¹³ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 21.04.2000 and numbered E. 1999/447, K. 2000/159.

²¹⁴ “*This regulation, which states that the periods ending in the period of suspending work will be extended, is a special regulation. For this reason, it is clear that the period whose end coincides with the time of suspending work will also be extended if there is a period of litigation stipulated in special laws. Since it was understood that a lawsuit was filed on 19.8.1997, not within seven days, but within an extended period of time, against the payment order notified on 11.8.1997, which coincided with the time to suspend work, the decision of insistence on the rejection of the case due to the statute of limitations was not found conforming to the law.*” (The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 21.04.2000 and numbered E. 1999/447, K. 2000/159).

²¹⁵ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 18.10.1990 and numbered E. 1990/29, K. 1990/58.

illegality of the penalties for the months for which the request for correction is not accepted.

Moreover, in a decision, the Council of State, “*In Article 7 of the Administrative Judgment Procedure Law No. 2577, the duration of filing a lawsuit is thirty days in tax courts, in cases where special laws do not specify a separate period. ...In the third paragraph of Article 8, it is stipulated that if the expiry of the periods written on this subject coincides with the time for a break from working, these periods will be deemed to be extended by seven days from the date following the end of the break. It is understood from the examination of these provisions that, since the request for reconciliation is dependent on the duration of the lawsuit, if the expiry of the said 30-day period coincides with the time for a break from work, this period will be extended in parallel with the duration of the lawsuit.*”²¹⁶ According to another decision, the Council of State, “*...from the lawsuit petition and the defense of the tax office, it is understood that the notices were served on 31.7.1995, and that the lawsuit to be filed with the tax court in accordance with Article 7 of the Administrative Procedure Law No. 2577 should be filed within 30 days, until 31.8.1995 at the latest, but since this date coincides with a judicial holiday, according to the article 8/3 of the same law, the period of filing a lawsuit was extended until 12.9.1995...*”²¹⁷ With reference to, if the end of the period of filing a lawsuit coincides with the time for a judicial recess, the period of filing a lawsuit will be deemed to be extended by seven days from the date of the end of the work break.

The legislator has given additional time for the lawsuits to be filed in the administrative jurisdiction upon the rejection of the lawsuit brought to the judicial court due to lack of jurisdiction²¹⁸. According to this, “*In case of refusal from the duty point of the cases brought before the judicial courts, even though the resolution of the Council of State, administrative and tax courts are within the duties of the Council of State, a lawsuit can be filed in the competent court within thirty days from the*

²¹⁶ The decision of the Plenary Session of the Tax Law Chambers of the Council of State, dated 05.02.1988 and numbered E. 1987/32, K. 1988/8.

²¹⁷ The decision of the 3rd Chamber of the State Council, dated 29.04.1998 and numbered E. 1996/6557, K. 1998/1463.

²¹⁸ For detailed information, see Günday, p. 328-333; Gözübüyük and Tan, p. 921-931; Gözübüyük, p. 423-425; Tan, p. 1057-1062.

day following the finalization of the decisions on this matter. The date of application to a non-judicial authority is considered as the date of application to the Council of State, administrative and tax courts.” (Law No. 2577, art. 9/1).

The Law No. 2577 has also ruled for additional time to eliminate the deficiencies that require the rejection of the petition. In a lawsuit filed in accordance with Article 15/1-d of Law No. 2577, if the petition is not prepared in accordance with the form in Article 3/2 of Law No. 2577, if the lawsuit is filed by a representative who is not a lawyer (Law No. 2577, art. 15/1-d), and in case a lawsuit is filed against more than one decision with a petition in an inappropriate way or in the event that a lawsuit is filed by more than one person with one petition (Law No. 2577, art. 5/1,2), the petition in question is rejected and an additional 30-day period is given to the plaintiff in order to correct the mistake and eliminate the deficiencies.

The legislator also envisaged an additional period in case of unsuccessful reconciliation negotiations. According to the Additional Article 7 of Law No. 213, *“The taxpayer or the person who has requested reconciliation within the deadline can file a lawsuit for the tax or penalty for which s/he seeks reconciliation, only if reconciliation does not occur... In the event that reconciliation does not occur, the taxpayer or the person who is penalized may file a lawsuit against the tax levied or the penalty imposed, in accordance with the general provisions and before the authorized tax court, as of the notification of the report stating that the reconciliation has not occurred. In this case, if the deadline for filing a lawsuit has expired or is less than 15 days, this period will be extended to 15 days from the date of notification of the report.”* (Law No. 213, art. 7/1, 4). In this respect, the taxpayer will be able to use his right to file a lawsuit if no reconciliation is reached²¹⁹.

V. CONCLUSION

In tax proceedings, while regulating the implementation of the principles of freedom of claim and fair trial expected from the judicial process, on the other hand, the parties are enabled to conclude their

²¹⁹ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, p. 388.

disputes regularly, effectively, and rapidly. In this respect, the conclusion of the judicial process in a regular and healthy manner will be possible if the judicial organs and the parties comply with the deadlines stipulated by the law for the trial process. In tax proceedings organized in administrative proceedings, the period of filing a lawsuit is a procedural rule regarding public order, which can only be regulated by law, has a detrimental nature, and is taken into account by the court *ex officio*.

1. The limitation of the right to file a lawsuit for a period of time has been discussed in doctrine and practice. According to the Council of State, a limitation on taxation must strike a reasonable balance between the public interest and the right of access to court. Access to court shall not be deemed to have been denied if the rules on litigation do not result in a disproportionate limitation.

2. In doctrine and practice, the legal nature of the term of litigation is controversial. First of all, it should be noted that; there is a general and dominant opinion in the doctrine and the applications of the Council of State that the period of filing an administrative lawsuit is a period of disqualification. Indeed, it is not possible to benefit from that right if a lawsuit is not filed within the specified timeframes in the administrative jurisdiction. However, it should be noted; upon the expiration of the filing period; there is no expiration or loss of the right. For example, if the administration has erroneously charged the taxpayer's income tax over an excessive amount, the fact that the relevant taxpayer has passed the period of filing a lawsuit determined in the law in order to bring this situation to the stage of tax proceedings does not indicate that this right has disappeared, but that s/he has not benefited from the said right. In other words, the erroneous assessment made by the administration continues to exist as a right even if no lawsuit is filed by the taxpayer. In this respect, we think that with the expiration of the period to file a lawsuit, the right to claim a lawsuit ends.

3. It is obligatory to indicate the administrative or judicial authorities and legal remedies and their duration to be applied against administrative actions. Failure to indicate the duration of filing a lawsuit in the notifications sent by the administrative authorities regarding taxation will clearly contradict Article 40 of the Constitution, which regulates the protection of fundamental rights and freedoms.

4. General litigation periods, which will be the basis for filing a lawsuit in tax proceedings, are determined by Law No. 2577. The

duration of filing a lawsuit is 60 days in the Council of State and administrative courts, and 30 days in tax courts, in cases where a separate period is not specified in special laws (Law No. 2577, art. 7). This difference in general litigation times may cause some problems in practice. As a matter of fact, in some cases, for example, in the assessment process, it may not be determined exactly whether the dispute in the concrete case will be resolved in the administrative court or the tax court. Moreover, in addition to this, some special tax laws also stipulate periods for filing a special lawsuit. For this reason, in our opinion, determining the same time for filing lawsuits in the administrative jurisdiction will eliminate potential problems in practice.

5. Administrative jurisdictions can be applied in order to remove the assessment in tax proceedings. According to the Council of State, in this case, the time to file a lawsuit stops with an application to the administration. The suspended litigation period will continue from where it left off as of the notification of the decision given by the administration.

6. As a general rule in Law No. 2577, the periods start to run from the day following the date of notification, publication or announcement (Law No. 2577, art. 8/1). However, in Article 45/1 of Law No. 2577; in Article 46/1, it is stated that the 30-day period determined for appellate and appeal, which are the ordinary legal remedies, will start from the notification of the decision that is the subject of the appellate or appeal, the correction of this situation would be appropriate in terms of unity of law.

7. It is also possible to make the notification electronically in tax proceedings. In this case, the notification document is deemed to have been served at the end of the fifth day following the date of the electronic address of acceptor (Law No. 213, art. 107/A/2). According to the Council of State, not sending an information message to the telephone number and/or e-mail address notified to the notification system during or after the application; shall not affect the duration and validity of the notification.

8. The Council of State, in a recent decision to consolidate its case-law, has eliminated the existing problems with the application of general and special litigation deadlines. Accordingly, in cases where the duration of litigation is not specified in the administrative proceedings

subject to the specific or general litigation period notified in writing, the general litigation period will have to be applied.

9. Law No. 213 has envisaged some conveniences for taxpayers who cannot arrive on time for a justified reason beyond their control, for specified deadlines for their tax liabilities. In force majeure and difficult situations, tax duties are suspended or extended under certain conditions. However, there is no regulation in the Law No. 2577 that provides for the suspension of term of litigation. Again, the Council of State strictly evaluated the duration of the lawsuit and trial and gave decisions against the plaintiff in case of time-lapse. However, it is seen that the Council of State has softened its stance in its recent decisions. As a matter of fact, the Council of State has taken into account force majeure and difficult situations during the trial in some of its recent decisions. In our opinion, the Council of State shows partial flexibility in favor of the plaintiff in the time periods determined for the trial, adhering to the spirit of the concrete case and the law; this would be more appropriate in terms of the principles of freedom to seek justice, fair trial and access to court. Moreover, especially natural disasters such as earthquakes and floods are not situations that a person can prevent and foresee with his/her own will. Again, it would be appropriate to make a regulation in the Law No. 2557 that will extend the period of filing a lawsuit in terms of situations that occur outside the will of the person or will bring an institution such as reinstatement or restitution as in the civil procedure law.

REFERENCES

- Akdoğan Abdurrahman, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gazi Publishing House, 14th Edition, Ankara, 2019.
- Akyılmaz Bahtiyar, Murat Sezginer and Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Publishing House, 4th Edition, Ankara, September 2020.
- Anayurt Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Publications, Ankara, September 2018.
- Arslan Mehmet, Vergi Hukuku, Dora Printing-Publishing Distribution, 9th Edition, Bursa, January 2016.
- Arslan Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz and Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Publications, 7th Edition, Ankara, September, 2021.
- Aslan Zehreddin (Ed.), Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Seçkin Publishing, 2nd Edition, Ankara, November 2020.
- Atalı Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Publications, 4th Edition, Ankara, 2021.
- Atay Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Publishing, Ankara, 2021.
- Batı Murat, Vergi Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Publications, 2nd Edition, Ankara, September 2022.
- Bilici Nurettin, Vergi Hukuku, Savaş Publishing House, 50th Edition, Ankara, September 2020.
- Budak Ali Cem and Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, Filiz Bookstore, 5th Edition, Istanbul, September, 2021.
- Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Publishing House, Ankara, March 2011.
- Çağan Nami, Vergi Hukukunda Süreler, Ankara Hukuk Fakültesi Publications, No. 389, Sevinç Press, Ankara, 1975.

- Çevik Serdar, *Daha Önce Vergi Davası Açmamış Avukatlar İçin Vergi Davaları ve Yargılama Usulü*, Seçkin Publishing, 3rd Edition, Ankara, February 2020.
- Demirkol Selami and Zuhul Bereket Baş, *Teoride ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, Beta Press Publishing Distribution, 2nd Edition, Istanbul, May 2001.
- Duran Lütfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti (İdari Müruru Müddet)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol: 11, No: 1-2, pp. 238-263, 1945.
- Eren Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin Publishing, 3rd Edition, Ankara, September 2021.
- Ergen Cafer, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Seçkin Publishing, Ankara, March 2007.
- Görgün L. Şanal, Levent Börü and Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Publications, 10th Edition, Ankara 2021.
- Gözler Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Publishing and Distribution, 25th Edition, Bursa, June 2020.
- Gözübüyük Şeref and Turgut Tan, *İdare Hukuku, Cilt II İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Bookstore, 5th Edition, Ankara, January 2012.
- Gözübüyük Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Bookstore, 14th Edition Ankara, 2001.
- Günday Metin, *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Bookstore, 2nd Edition, Ankara, September 2022.
- Kaboğlu İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Publishing, 8th Edition, Istanbul, October 2012.
- Kaneti Selim, *Vergi Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Publication No: 3434, Hukuk Fakültesi Publication No: 698, Özdem Kardeşler Printing House, İstanbul, 1986/1987.
- Kaplan Gürsel, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Turhan Bookstore, 3rd Edition, Ankara, February 2011.
- Kaplan Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Press and Publication Distribution, 8th Edition, Bursa, October 2022.

Mehmet Burak BULUTTEKİN

- Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Publications, 2nd Edition, Ankara, 2019.
- Karakoç Yusuf, Vergi Yargılaması Hukuku, Yetkin Publications, Ankara, 2017.
- Karakoç Yusuf, Vergi Yargılaması Hukukunda Süreler, Yetkin Publications, Ankara, 2000.
- Kazancı Hukuk, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr>).
- Kırbaş Sadık, Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Siyasal Publishing House, 20th Edition, Ankara, February 2015.
- Kızılot Şükrü and Zuhul Kızılot, Vergi İtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Publishing, 17th Edition, Ankara, 2010.
- Kuru Baki and Burak Aydın, İstinaf sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Publishing, İstanbul, January 2021.
- Mutluer M. Kamil, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Turhan Bookstore, 3rd Edition, Ankara, October 2011.
- Odyakmaz Zehra, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, İdari Yargı, On İki Levha Publishing, 9th Edition, İstanbul, August 2013.
- Oktar S. Ateş, Vergi Hukuku, Türkmen Bookstore, 13th Edition, İstanbul, 2018.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Vol. I, II and III, İsmail Akgün Printing House, 3rd Edition, İstanbul, 1966.
- Öncel Mualla, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan and Cenker Göker, Vergi Hukuku, Turhan Bookstore, 31st Edition, Ankara, October 2022.
- Önen Z. Sacit, Genel Vergi Hukuku, Detay Publishing, Ankara, February 2017.
- Öner Erdoğan, Vergi Hukuku, Seçkin Publishing, 11th Edition, Ankara, September 2019.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Publications, 18th Edition, Ankara, 2018.

- Pehlivan Osman, Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Celepler Printing, Trabzon, February 2016.
- Pekcanitez Hakan, Oğuz Atalay and Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Publications, 9th Edition, Istanbul, September, 2021.
- Püsküllüoğlu Ali, Türkçe Sözlük, Doğan Kitap Publications, Istanbul, 1999.
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, Beta Publishing and Distribution, 9th Edition, Istanbul, November 2019.
- Şenyüz Doğan, Mehmet Yüce and Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Press Publishing Distribution, 7th Edition, Bursa, January 2016.
- Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Bookstore, 4th Edition, Ankara, September 2015.
- TDK, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Access Date: 22.06.2022.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Publishing, 21st Edition, Istanbul, September 2017.
- Uluatam Özhan and Yaşar Methibay, Vergi Hukuku, İmaj Publishing House, 5th Edition, Ankara, October 2001.
- Ulusoy Ali D., İdari Yargılama Hukuku, Yetkin Publications, 3rd Edition, Ankara, 2022.
- Uysal Ali and Nurettin Eroğlu, Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu, Sözkese Printing, 3rd Edition, Ankara, 2005.
- Yüce Mehmet, Vergi Yargılama Hukuku, Ekin Press Publishing Distribution, 6th Edition, Bursa, September 2019.

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU VE MAHKEMENİN VERDİĞİ KARARLARA GENEL BİR BAKIŞ

Mehmet Nuri GÜZEL*

ÖZ

Bireysel başvuru, anayasa yargısı içinde yer alan bir anayasal denetim şeklidir. Bireysel başvuru yolu olağanüstü, istisnai ve ikincil niteliktedir. Bireysel başvurunun konusunu kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır.

Bireysel başvuru yolunun AİHM nezdinde etkili bir iç hukuk yolu olduğu söylenebilir. Nitekim bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle AİHM'e giden dosya sayısı azalmıştır.

Bireysel başvuru yolu ön inceleme, kabul edilebilirlik incelemesi ve esas hakkında inceleme şeklinde üç aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamalarda verilen kararlar ise şunlardır: İdari ret kararı, kabul edilebilirlik kararı, kabul edilemezlik kararı, düşme kararı, ihlal kararı, pilot kararı, tedbir kararı, ret kararı.

Anahtar Kelimeler: Anayasa yargısı, anayasa mahkemesi, anayasa şikayeti, bireysel başvuru, bireysel başvuru kararları.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-mail: m.nuriguzel@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1467-8587.

Makalenin Gönderim Tarihi : 26.02.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 17.08.2022.

INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT AND AN OVERVIEW OF THE COURT'S DECISIONS

ABSTRACT

The individual application is a form of constitutional review within the constitutional jurisdiction. The individual application is an exceptional, extraordinary and subsidiary procedure. The subject of the individual application is the fundamental rights and freedoms that are alleged to have been violated by public power.

It can be said that the individual application remedy is an effective domestic remedy before the ECtHR. As a result, with the adoption of the individual application remedy, the number of files going to the ECtHR has decreased.

The individual application procedure consists of three stages: preliminary examination, examination of admissibility and examination on the merits. The decisions made at these stages are as follows: Rejection of application on administrative grounds, decision of admissibility, decision of inadmissibility, decision of dismissal, decision of violation, pilot decision, decision for the measure, decision of rejection.

Keywords: Constitutional jurisdiction, constitutional court, constitutional complaint, individual application, decisions of individual application.

I. GİRİŞ

Anayasa şikayeti¹ olarak da bilinen bireysel başvuru yolu, 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile hukukumuza girmiştir. Bireysel başvuru yoluna

¹ Kavram sorununa yönelik tartışmalar için bkz. Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikayeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Ece Göztepe, Aykut Çelebi (Haz.), Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler içinde (s.418-466), Metis Yayınları, İstanbul 2012, s.420.

ilişkin hükümler 1982 Anayasası'nın 148'inci ve 149'uncu maddelerinde yer almıştır.²

Mevzuatın şekillenmesi ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru taleplerinin gelmesiyle birlikte, mevzuata ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarına yönelik tartışmalar da baş göstermiştir. Kavramın (anayasa şikayeti / bireysel başvuru) kendisiyle başlayan tartışmalar mevzuattaki diğer kavram ve kurumlarla devam etmiş, mahkeme kararlarının eleştirileriyle de farklı bir akademik boyut kazanmıştır.

Bireysel başvuru hakkına kimlerin sahip olduğu, bireysel başvuru hakkının konusunun ne olduğu, başvuru usulünde karşılaşılan sorunların neler olduğu, AYM kararların ihtiyaca karşılık verip vermediği gibi birçok konu ele alınmıştır.

Bu çalışmada bireysel başvuru yolu ve AYM'nin bireysel başvurularda verdiği karar türleri ele alınmıştır. Bu bağlamda; bireysel başvuru hakkına kimlerin sahip olduğu, bireysel başvuru hakkının konusunun ne olduğu, başvuru usulünde karşılaşılan sorunların neler

² Bireysel başvuru yolu için çeşitli yasal düzenlemeler yapılması gerekmiştir. 1982 Anayasası geçici 18'inci maddenin son fıkrasında bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemelerin iki yıl içinde tamamlanacağı ve uygulama kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvuruların kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar ise 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Uygulama kanununda Anayasa Mahkemesinin (AYM) 23.09.2012 tarihinden itibaren kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyeceği belirtilmiştir (6216 sayılı Kanun, geçici madde 1/8). İlgili kanunda Anayasa Mahkemesi'nin kendi iç düzeni, çalışma ve yargılama usul esaslarının içtüzük ile düzenleneceği belirtilmiştir (6216 sayılı Kanun, m.5). Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü 12.07.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü çerçevesinde Anayasa Mahkemesi Hizmet Birimlerinin Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır (6216 sayılı Kanun, m.23/1 ve 29/3; AYM İçtüzüğü m.35/4, 85/1, 89/2).

olduğu, AYM kararların ihtiyaca karşılık verip vermediği gibi birçok konu incelenmiştir.

II. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Bireysel başvuru, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)³ kapsamında olan ve 1982 Anayasasında teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda başvurulacak bir hak arama yoludur. Bireysel başvuru, olağanüstü, istisnai ve ikincil nitelikte olan, anayasa yargısı içinde yer alan bir anayasal denetim şeklidir.⁴ Bireysel başvuru yolu “*normun somutlaşmasıyla ortaya çıkan hukuksal sonuçların denetimini*”⁵ sağlamaktadır.

A. Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanlar

1982 Anayasası, 6216 sayılı Kanun, AYM İçtüzüğü ve ilgili yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan, güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen *herkes* bireysel başvuru hakkına sahiptir.

Bir kişinin AYM’ye bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşul bulunmaktadır. Birlikte mevcut olması gereken bu önkoşullar şunlardır: 1) Başvurucunun güncel bir hakkının ihlal edilmesi, 2) İhlalden dolayı kişinin, kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olması, 3) Başvurucunun bunlardan dolayı kendisinin mağdur olduğunu ileri sürmesi.⁶ Bu ön koşulların temel noktasını hakkın ihlal edilmesi

³ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Erişim Tarihi 17.02.2020). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi 17.02.2020).

⁴ İbrahim Çınar, Sinan Çınar, “Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi içinde (s.263-310), S.4, 2014, s.267.

⁵ Sağlam, “Anayasa Şikayeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, s.426.

⁶ Onur Doğanay başvurusu, AYM, 2013/1977, 9/1/2014, para. 42-45.

oluşturmaktadır. Hak ihlali kavramı geniş yorumlanmalı, hakkın açıkça ihlali aranmamalı, bireysel başvurunun kabulü için hak sahibinin hak iddiasında bulunması yeterli olmalıdır. Hak ihlali inceleme sonucunda netleşecektir. Aksi yönde bir yaklaşım temel hak ve özgürlüklerin korunması yönündeki gayeden uzaklaşmak olacaktır.⁷

Anayasada ve uygulama kanununda yer alan *herkes* ifadesi genel bir ifade olup gerçek ve tüzel kişileri kapsamaktadır.⁸

1. Gerçek Kişiler

Kişi olmak, irade sahibi olmak dolayısıyla bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücüne sahip olmaktır. Bu çerçevede kişi olmak, bir konuda hak iddia etmek demektir. Hukukta kişiler gerçek ve tüzel kişiler şeklinde bir ayırıma tabi tutulmaktadır. Herhangi bir ayırım yapmaksızın (dil, din, ırk vb.) tüm insanlar gerçek kişi kabul edilmektedir.

Her gerçek kişi hak sahibi olabilir, ancak her hak tüm gerçek kişiler için geçerli olmayabilir. Sözgelimi, insan hakları insan olmak kaydıyla herkes için geçerliyken kamu hizmetine girme hakkı herkes için geçerli değildir. Devletler bazı hak grupları için sınırlama yapabilmektedir. Kimi hakları herkese tanırken kimi hakları sadece vatandaşlarına tanımaktadır.

6216 sayılı Kanununun 46'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancıların bireysel başvuru yapamayacağı belirtilmiştir. Devlet okullarında parasız ilköğretim görme (1982 Anayasası, m.42/5), seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve

⁷ Sevtap Yokuş, “Türkiye’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuruda İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Şikayeti”, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi içinde (s.33-50), C.1, S.2, 2016, s.44.

⁸ “Herkes”, teoride açık hukuki ve teknik bir anlama sahip olup “*Vatandaş-yabancı, kadın-erkek, gerçek kişi-tüzel kişi ve nihayetinde ceza yargılaması-hukuk yargılaması ve ceza yargılamasında sanık-tanık-mağdur ayrımı yapılmaksızın*” herkesi kapsamaktadır. Bkz. Ersoy Kontacı, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, Ankara Barosu Dergisi içinde (s.105-117), 2014/4, s.115.

halkoylmasına katılma (1982 Anayasası, m.67/1, 68/1) gibi haklar sadece Türk vatandaşlarına tanınmıştır.

2. Tüzel Kişiler

Tüzel kişiler, gerçek kişiler dışında hukuk düzenin kendisini bağımsız bir varlık olarak kabul ettiği yapılardır. Kişi olarak kabul edildiklerinden, tüzel kişiler de hak sahibi olabilirler. Tüzel kişiler kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bireysel başvuru hakkı tüzel kişiler açısından sadece özel hukuk tüzel kişilerine tanınmıştır (6216 sayılı Kanun, m.48/2).

Kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru hakkı bulunmamaktadır. İlgili kanun gerekçesinde; bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine yönelik bir yol olduğu ve bireysel başvuru yolunun hukuki niteliğine uygun olmayacağı nedeniyle kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınmadığı belirtilmiştir.⁹

Anayasada kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapması hususunda herhangi bir sınırlama olmamasına rağmen 6216 sayılı kanunda kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak bireysel başvuru yapamayacağı düzenlenmiştir.¹⁰ AYM'ye göre merkezi idare birimleri ile birlikte mahalli idareler de kamu hukuku tüzel kişisi kavramı içine girmektedir.¹¹ AYM, baroları¹², ticaret odalarını¹³ ve vakıf

⁹ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993) için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 22.03.2011 tarihli 80'inci Birleşimden-29.03.2011 tarihli 83'üncü Birleşim dahil, Dönem 23, Yasama Yılı 5, Cilt 97, TBMM Basımevi, Ankara 2011. Söz konusu rapor ilgili tutanağın sonunda, ek olarak yer almaktadır.

¹⁰ Sibel İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.139.

¹¹ Büğdüz Köyü Muhtarlığı başvurusu, AYM, 2012/22, 25/12/2012, para. 26-29. Ballıdere Belediye Başkanlığı başvurusu, AYM, 2012/1327, 12/2/2013, para. 16-19. Bir tüzel kişi, anayasayla, kanunla veya cumhurbaşkanı kararnamesiyle "kamu tüzel kişisi" şeklinde nitelendirilmiş ise bir kamu hukuku tüzel kişisidir. Bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s.201. Anayasayla, kanunla veya cumhurbaşkanı kararnamesiyle "kamu tüzel kişisi" şeklinde nitelendirilme yapılmayan durumlarda ise tüzel kişiliğin

üniversitelerini¹⁴ de başvuru yapamayacak kamu tüzel kişileri arasında kabul etmektedir. Oysa, meslek kuruluşlarının ve vakıf üniversitelerinin, anayasa ve kanunlarla kamu tüzel kişiliği olarak nitelendirilmesi ve AYM'nin de bu doğrultuda karar vermesi isabetli değildir.¹⁵

Özel hukuk tüzel kişileri özel hukuka tabi olup gerçek kişilerin serbest iradeleriyle kurulan ve sona eren, diğer kişilerle eşit konumda olan, bir takım özel yararları gerçekleştirmek için faaliyette bulunan topluluklardır.¹⁶ Özel hukuk tüzel kişileri de sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilirler. Ancak özel hukuk tüzel kişileri, üyelerine yönelik ihlal iddiaları konusunda bireysel başvuru yoluna gidemezler.¹⁷

Özel hukuk tüzel kişileri eşitlik, çalışma özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, doğal hâkim ilkesi, hak arama özgürlüğü gibi faaliyet alanlarına uygun olan temel haklar konusunda bireysel başvuruda bulunabilirler.¹⁸

-
- devlet tarafından kurulmuş olması ve bazı kamu gücü ayrıcalık veya yükümlülükleriyle donatılmış olması gerekir. Bu iki şart bir arada olmalıdır. Bkz. Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s.204-209.
- ¹² Ankara Barosu Başkanlığı (2) başvurusu, AYM, 2015/17944, 9/5/2018, para. 21.
- ¹³ Doğubayazıt Ticaret ve Sanayi Odası başvurusu, AYM, 2012/742, 5/3/2013, para. 15-17.
- ¹⁴ İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi başvurusu, AYM, 2012/1430, 21/11/2013, para. 20-28.
- ¹⁵ Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s.223-225.
- ¹⁶ Gözler, İdare Hukuku Cilt I, s.190.
- ¹⁷ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu 46'ncı madde gerekçesi. Ayrıca Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği başvurusu, AYM, 2012/95, 25/12/2012, para. 20-23.
- ¹⁸ Ece Göztepe, Anayasa Şikayeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:530, Ankara 1998, s.52. Bahadır Kılıç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", Anayasa Yargısı Dergisi içinde (s.19-59), C.25, 2008, s.29.

B. Bireysel Başvuru Hakkının Konusu

Bireysel başvuru hakkının konusunu kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Ancak her temel hak değil, 1982 Anayasasında güvence altına alınan ve AİHS kapsamında olan temel hak ve özgürlükler bireysel başvuruya konu edilebilir.¹⁹

AİHS kapsamında olan temel hak ve özgürlükler şunlardır:

- Yaşam hakkı (m.2),
- İşkence yasağı (m.3),
- Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m.4),
- Özgürlük ve güvenlik hakkı (m.5),
- Adil yargılanma hakkı (m.6),
- Kanunsuz ceza olmaz (m.7),
- Özel ve aile hayatına saygı (m.8),
- Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.9),
- İfade özgürlüğü (m.10),
- Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (m.11),
- Evlenme hakkı (m.12),

¹⁹ Bireysel başvuruya konu olabilecek haklar için ayrıca bkz. Melek Acu, “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde, S.110, 2014, s.403-434. Başka birçok devlet de bazı hakları bireysel başvuru kapsamı dışında tutmuştur. Örneğin İspanya’da anayasanın 14’üncü 30’uncu maddeleri arasında yer alan hak veya özgürlükler için amparo başvurusu yapılamaz. Ancak kapsam dışında bırakılan hak veya özgürlükler, amparo kapsamındakilerle bağlantılıysa başvuru konusu olabilir. Bkz. Selin Esen Arnwine, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde (s.249-271), C.52, S.4, 2003, s.252. Karşılaştırmalı bir inceleme anayasa mahkemesine bireysel başvurunun konusuyla ilgili olarak Almanya, İspanya ve Avusturya gibi ülkelerin farklı yollar benimsediğini göstermektedir. Bkz. Gerhard Dannemann, “Constitutional Complaints: The European Perspective”, The International and Comparative Law Quarterly in (pp.142-153), Vol. 43, No. 1 (Jan., 1994), p.151.

- Etkili başvuru hakkı (m.13),
- Ayrımcılık yasağı (m.14).

6216 sayılı kanunun 45'inci maddesinde Türkiye'nin taraf olduğu AİHS ek protokollerine de yer verilmiştir. Türkiye, AİHS'nin 1'inci, 6'ncı ve 13'üncü ek protokollerine taraftır. Ölüm cezasını tamamen kaldıran 13'üncü protokolü imzalayan devletler açısından 6'ncı protokolün bir anlamı kalmamıştır.²⁰ Dolayısıyla konumuz açısından AİHS'nin 1'inci ek protokolü önem arz etmektedir.

1'inci ek protokolde yer alan haklar ise şunlardır:

- Mülkiyetin korunması (m.1),
- Eğitim hakkı (m.2),
- Serbest seçim hakkı (m.3).

1. Bireysel Başvuruya Konu Edilemeyecek Durumlar

a. Anayasada Güvence Altına Alınıp da AİHS / Protokollerde Yer Almayan Temel Haklar

1982 Anayasası ve AİHS'in ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurular kabul edilemez.²¹ Dolayısıyla Anayasada güvence altına alınıp da AİHS'de ya da protokollerde yer almayan temel haklar da bireysel başvuruya konu edilemeyecektir.²² Bu haklar şunlardır:

²⁰ Berkan Hamdemir, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.177.

²¹ Onurhan Solmaz başvurusu, AYM, 2012/1049, 26/3/2013 para. 18.

²² Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde (s.13-40), S.95, 2011, s.36. Ancak Anayasa Mahkemesi önüne gelen başvurularda, Anayasada güvence altına alınıp da AİHS'de ya da protokollerde yer almayan bazı temel hakları Anayasanın 17'nci maddesinde düzenlenen "maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı" bağlantılı olarak değerlendirerek bu durumun üstesinden gelmeye çalışmaktadır. Bkz. Bahar Konuk Sommer, "Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi içinde (s.169-188), S.2, 2019, s.181-182.

- Çalışma ve sözleşme hürriyeti (1982 Anayasası, m.48),
- Çalışma hakkı ve ödevi (1982 Anayasası, m.49),
- Çalışma şartları ve dinlenme hakkı (1982 Anayasası, m.50),
- Sosyal güvenlik hakkı (1982 Anayasası, m.60-61),
- Kamu hizmetine girme hakkı (1982 Anayasası, m.42/5).

b. Türkiye'nin Taraf Olmadığı Ek Protokollerde Yer Alan Temel Haklar

Anayasada olmamasına rağmen ek protokollerin kanunda belirtilmesi, anayasaya göre bir genişleme gibi görülse de aslında “taraf olduğu” ifadesiyle bireysel başvurunun kapsamı daraltılmaktadır.²³ Anayasa madde 48/3'te AHİS'e yapılan atfın (“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki”), Anayasa madde 90 doğrultusunda sadece şekli anlamda (*onaylanmasının kanunla uygun bulunmasından sonra Cumhurbaşkanı tarafından onaylanma, usulüne göre yürürlüğe girmiş olma*) yorumlandığı 6216 sayılı Kanunda görülmektedir. Bu durum, 6216 sayılı Kanunda yer alan “Türkiye'nin taraf olduğu protokoller” ifadesinde somutlaşmaktadır. AYM'nin, 4'üncü ve 7'nci protokollerde yer alan haklara ilişkin başvuruları, Türkiye'nin henüz taraf olmadığı nedeniyle reddettiği görülmektedir. AIHM ise AIHS ve protokollerinin bir bütün olduğunu ve bu şekilde anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur. Ayrıca AIHS 46'ncı maddesine göre de tüm sözleşmeciler devletler, AIHM kararlarıyla bağlıdır ve bunlara uyma taahhüdü altındadırlar.²⁴

Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokollerde yer alan haklar²⁵ ile Anayasada yer alan haklar karşılaştırıldığında, bu hakların veya

²³ Sağlam, “Anayasa Şikayeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, s.430.

²⁴ Didem Yılmaz, “6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AIHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”, AÜHFHD içinde 815-854, 64 (3), 2015, s.818-826.

²⁵ Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokollerde yer alan bu nedenle bireysel başvuruya konu olamayacak haklar şunlardır: Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı (4'üncü protokol, m.1), Serbest dolaşım özgürlüğü (4'üncü protokol, m.2), Vatandaşların sınır dışı edilme yasağı (4'üncü protokol, m.4), Cezai konularda iki dereceli yargılanma

karşılıklarının ulusal hukukumuzda, ek protokollerden daha güvenceli bir şekilde yer aldığı görülmektedir.²⁶ AİHS 53'üncü maddede belirtildiği üzere; sözleşme hükümlerinden hiçbiri, sözleşmeye taraf devletin yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir sözleşme çerçevesinde tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri, sınırlayacak / onları ihlal edecek şekilde değerlendirilemez. Bu nedenle, Türkiye'nin taraf olduğu protokollerde yer alan hakların bireysel başvuru kapsamında olmamasının anlaşılır bir yanı yoktur.

Ayrıca AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararlarına bakıldığında ek protokollerde yer alan hak ihlallerinin aynı zamanda AİHS'nin diğer maddeleriyle bağlantılı bir şekilde ele alındığı da görülmektedir.²⁷

c. Yasama İşlemleri, Düzenleyici İdari İşlemler, Anayasanın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlemler

6216 sayılı Kanunda kamu gücü kavramı daraltılarak yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler bireysel başvuru kapsamına alınmamıştır.²⁸ Bu durum, yasama işlemi veya düzenleyici idari

hakkı (7'nci protokol, m.2), Adli hata halinde tazminat hakkı (7'nci protokol, m.3), Aynı suçtan dolayı iki defa yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (7'nci protokol, m.4), Eşler arasında eşitlik (7'nci protokol, m.5). Bkz. Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", s.36.

²⁶ Yılmaz, "6216 Sayılı Kanundaki "Taraf Olma" Koşulu ve AİHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme", s.839.

²⁷ Yılmaz, "6216 Sayılı Kanundaki "Taraf Olma" Koşulu ve AİHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme", s.844.

²⁸ Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", s.27. Kamu gücü ve haklar arasındaki etkileşim ve ilişki önemlidir. Kamu gücünün keyfiliği, hak ihlallerine yol açarken yokluğu hakların kullanılmasına yol açabilmektedir. Liberal hakların, esas olarak, meşru bir kamu gücünün etkili bir şekilde uygulanmasına bağlı olduğu göz ardı edilmemelidir. Bkz. Ruti Teitel, "Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism", Tom Ginsburg & Rosalind

işlemlerin kişilere tatbik edilmesi ve bunun sonucunda bir hak ihlalinin meydana gelmesi halinde, bu işlemler aleyhine başvuru yapılmasına engel oluşturmayacaktır.²⁹ Düzenleyici işleme karşı bireysel başvuru yoluna gidilmediği sürece yeni ihlallerin ve devamında idarenin de yeni tazmin sorumluluğunun ortaya çıkma ihtimali yüksektir.³⁰

Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin, idari işlemler olarak anlaşılması ve yargısal işlemlerin bu çerçevede değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde “*yargı işlemlerinin (kararlarının) yargı denetimi dışında bırakılması*” şeklinde bir anlam ortaya çıkacaktır.³¹ Ancak AYM lafzi yorum yaparak, yargı işlemlerini kategorik şekilde bir bütün olarak ele almıştır. Örneğin Atıla Sertel başvurusunda Yüksek Seçim Kurulu kararlarının kesin olduğu ve kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağı sonucuna ulaşmıştır.³²

d. Olağan Kanun Yollarında ve Genel Mahkemeler Önünde Dile Getirilmeyen İddialar

Bireysel başvuruda bulunmak için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır (1982 Anayasası, m148/3). Kanun yolları, “*mahkeme kararlarındaki hataların en aza indirilmesi için kararların*

Dixon (Eds.), Comparative Constitutional Law in (pp.57-76), Edward Elgar, 2011, p.64. Bireysel başvuruya konu olamayacak durumlar için ayrıca bkz. Bahadır Yalçınöz, “Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi içinde, S.2, 2013, s.187-206.

²⁹ Ebru Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.202. AİHS sisteminde bireyler, kendilerine tatbik edilmemiş ancak kendileri hakkında uygulanma olasılığını kanıtladıkları yasal veya diğer düzenleyici işlemler hakkında da başvuru yapabilmektedirler. Bkz. Yokuş, “Türkiye’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuruda İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Şikayeti”, s.45.

³⁰ Ebru Gündüz, Alkım Aktaş, “Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi içinde (s.55-78), S.1, 2017, s.71.

³¹ Ayhan Kılıç, “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi içinde (s.39-81), S.3, Ocak 2013, s.68.

³² İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s.215. Atıla Sertel başvurusu, AYM, 2015/6723, 14/7/2015, para. 40.

*kesinleşmeden önce bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi*³³ yoludur. Kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı başvuru kanun yollarına olağan kanun yolu, kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı başvuru kanun yollarına ise olağanüstü kanun yolu denmektedir.³⁴ Geniş anlamda kanun yolu her türlü kuruma, idareye ve mahkemeye başvuru yoludur.³⁵ Medeni yargılamadaki olağan kanun yolları, istinaf ve temyiz; ceza yargılamasındaki olağan kanun yolları istinaf ve temyiz; idari yargılamadaki olağan kanun yolları itiraz, temyiz ve kararın düzeltilmesidir. Olağanüstü kanun yolları ise medeni yargılamada yargılamanın iadesi; ceza yargılamasında Yargıtay Başsavcılığının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi; idari yargılamada kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesidir.³⁶

İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir (6216 sayılı Kanun, m.45/2).³⁷ Kanun yollarının tüketilmesi koşulu, bireysel başvurunun temel hak ihlallerini önlemek için son ve olağanüstü bir çare

³³ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Akara 2015, s.513.

³⁴ Pekcanitez, Atalay, Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, s.515.

³⁵ Kılıç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, s.33. AYM’nin kanun yolu hakkındaki görüşleri de aynı yöndedir. Bkz. Necati Gündüz ve Recep Gündüz başvurusu, AYM, 2012/1027, 12/2/2013, para. 21.

³⁶ Hamdemir, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, s.246. Olağan ve olağanüstü kanun yolun ayırımını kabul etmeyen, olağan kanun yolu ifadesinin “kanun yolu” olarak anlaşılması gerektiğini ve kanun yolu kavramının aktarma ve erteleme/geciktirme etkisine sahip olması gerektiğini belirten görüş için bkz. Uğur Ersoy, “Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi içinde (s.124-153), S.2, 2016.

³⁷ Uyuşmazlık Mahkemesinin hüküm uyuşmazlığı hakkında vereceği kararlar da bireysel başvuru açısından tüketilmesi gereken bir yoldur. Bkz. Ufuk Yeşil, “Hüküm Uyuşmazlığına Başvuru Bireysel Başvuru Açısından Tüketilmesi Gerekli Bir Yol Mudur? (Anayasa Mahkemesi Kararı İncelemesi)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde (s.677-720), C.7, S.1, 2016, s.712.

olmasının doğal sonucudur.³⁸ Kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yolları, olağan kanun yolu aşamasına gelmenin ön koşulu olup, dava açılabilmesi için zorunlu olan idari başvuruları ifade etmektedir.³⁹

Başvuru yollarının tüketilmesi kriterinin arka planında ikincillik (subsidiarite) ilkesi yatmaktadır. “*İkincillik ilkesi gereğince, anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesini sağlama, onları uygulama ve yerine getirme görevi, öncelikle AYM’ne değil, idari makamlara ve diğer yargı organlarına aittir.*”⁴⁰ Olağan kanun yollarında ve genel mahkeme önünde dile getirilmeyen iddiaların AYM önünde bireysel başvuruya konu edilememesi, bireysel başvuru yolunun ikincillik niteliğinin sonucudur. Ayrıca “*genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz.*”⁴¹

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz (1982 Anayasası, m.148/4). Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır (6216 sayılı Kanun, m.49/6). Kanun yolu şikayeti niteliğindeki başvurular ancak derece mahkemesi kararları bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içermeleri halinde Anayasa Mahkemesince incelenebilir.⁴² AYM, kanun yollarında gözetilmesi gereken hususları şu şekilde sıralamıştır.⁴³

- Bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması,
- Hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması,
- Yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi,

³⁸ Necati Gündüz ve Recep Gündüz başvurusu, AYM, 2012/1027, 12/2/2013, para. 20.

³⁹ Sağlam, “Anayasa Şikayeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, s.452.

⁴⁰ Hakan Sabri Çelikyay, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası içinde (s.21-61), C.73, S.1, 2015, s.23.

⁴¹ Bayram Gök başvurusu, AYM, 2012/946, 23/3/2013, para. 16-20.

⁴² Necati Gündüz ve Recep Gündüz başvurusu, AYM, 2012/1027, 12/2/2013, para. 26.

⁴³ Mustafa Bülent Erten başvurusu, AYM, 2012/649, 16/4/2013, para. 26.

- Kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması,
- Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar.

Bireysel başvuruların kabulü, hak ve ihlallerin anayasal değerlerinin doğru şekilde belirlenmesiyle ilgili doğrudan ilintilidir. Anayasa Mahkemesinin de bu değerlerin içeriğini belirlemede büyük çaba göstermesi gerekmektedir.⁴⁴

e. Açıkça Dayanaktan Yoksun Olan Başvurular

AYM, açıkça dayanaktan yoksun olan başvuruların kabul edilmezliğine karar verebilir (6216 sayılı Kanun, m.48/2). Açıkça dayanaktan yoksun olmama ölçütü, sadece AYM'ye özgü olmayıp AİHS'de de yer alan bir ilkedir. AİHM içtihatlarına göre, mahkemenin temyiz merci olmaması, açık veya görünür bir ihlalin bulunmaması, delil yokluğu nedeniyle şikayetlerin kanıtlanmaması, şikayetin karmaşık veya zorlama olması, açıkça dayanaktan yoksun bir başvurunun nedenleri arasında sayılmıştır.⁴⁵ AYM de verdiği bir kararda bireysel başvuruların genel olarak sayılan bu dört ana başlık altında yapılan inceleme sonunda açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verildiğini belirtmiştir.⁴⁶

f. 23.09.2012 Tarihinden Önce Kesinleşen Nihai İşlem ve Kararlar

6216 sayılı Kanunun geçici madde 1/8 hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi 23.09.2012 tarihinden itibaren kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyebilir. Dolayısıyla,

⁴⁴ Nevhis Deren - Yıldırım, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi içinde (s.483-488), C.19, S.2, 2013, s.488

⁴⁵ Bülent Algan, "Bireysel Başvurularda "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk" Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde (s.247-284), C.63, S.2, Ocak 2014, s.250-251.

⁴⁶ Mehmet Şerif Ay başvurusu, AYM, 2012/1181, 17/9/2013, para. 25.

bu tarihten önce kesinleşmiş nihai işlem ve kararları içerecek şekilde Mahkemenin yetki kapsamı genişletilemeyecektir.⁴⁷

III. BİREYSEL BAŞVURU USULÜ

Bireysel başvuruları karara bağlama AYM'nin görev ve yetkilerindedir (1982 Anayasası, m.148/1; 6216 sayılı Kanun, m.3/1-c). Dolayısıyla bireysel başvuru yolunda tek yetkili makam AYM'dir. İki bölüm ve bir Genel Kurul halinde çalışan AYM'de bireysel başvurular bölümler tarafından karara bağlanır (1982 Anayasası, m.149/1-2). Mahkemede, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir başkanvekili başkanlığında altışar üyesi olan iki bölüm bulunur (6216 sayılı Kanun, m.22/1). Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar kurulabilir (1982 Anayasası, m.149/1).

Anayasanın 148 ile 149'uncu ve 6216 sayılı Kanununun 48 ile 49'uncu maddelerinde bireysel başvurunun, kabul edilebilirlik ve karar şeklinde iki temel aşamadan oluştuğu görülmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 66'ncı maddesinde belirtildiği üzere, bireysel başvuruların şekli eksikliklerinin bulunup bulunmadığı yönünde yapılan bir ön inceleme aşaması da vardır. Dolayısıyla bireysel başvuru yolunu ön inceleme, kabul edilebilirlik incelemesi ve esas hakkında inceleme olmak üzere üç aşamada ele almak gerekecektir.

A. Ön İnceleme

Ön inceleme; AYM'ye yapılan bireysel başvuruların, kabul edilebilirlik aşamasından önce gerekli şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını tespit eden aşamadır (AYM İçtüzüğü, m.66/1). Bu aşamada varsa şekli eksiklikler belirlenir ve eksiklik varsa ilgisine eksikliklerin tamamlanması için süre verilir.

1. Ön İncelemeyi Yapan Mercii ve Ön İncelemenin Konusu

Ön incelemeyi yapacak olan mercii Bireysel Başvuru Bürosudur (AYM İçtüzüğü, m.66/1). Bireysel Başvuru Bürosu;

⁴⁷ G.S. başvurusu, AYM, 2012/832, 12/2/2013, para. 14.

- Gelen bireysel başvuruların şekli eksiklikleri bulunup bulunmadığını inceler (AYM, İçtüzüğü, m.66/1).
- Bireysel başvuruların kaydını yaparak başvurulara numara verir (AYM İçtüzüğü, m.67/1). Başvuru, Komisyonlar başraportörünün gözetiminde kaydedilir (AYM İçtüzüğü, m.65/1).
- Nitelikleri itibarıyla birleştirilerek incelenmesi gereken dosyaları, ilk olarak kayda alınan başvuru dosyasında birleştirir (AYM İçtüzüğü, m.67/2).
- Başvuru formunda veya eklerinde herhangi bir eksiklik tespit edilmesi hâlinde, bunların tamamlattırılması için başvurucuya, varsa avukatına veya kanuni temsilcisine on beş günü geçmemek üzere kesin bir süre verir (AYM İçtüzüğü, m.66/1).
- Eksikliklerin tamamlattırılmasına dair yazıda başvurucuya geçerli bir mazereti olmaksızın verilen kesin sürede eksiklikleri tamamlamadığı takdirde başvurusunun reddine karar verileceğini bildirir (AYM İçtüzüğü, m.66/2).

Ön incelemenin konusunu; başvuru harcı, adli yardım, temsil, süre ve başvuru formuna ilişkin şekil şartlarına uyulup uyulmadığı oluşturmaktadır.⁴⁸

2. Başvurunun Yapılması

Bireysel başvurular, İçtüzük ekinde örneği bulunan ve Mahkemenin internet sitesinde yayımlanan başvuru formu kullanılarak resmî dilde yapılır (AYM İçtüzüğü, m.59/1). Başvuru formu kullanılmadan başvuru yapılması halinde eksiklik yazısı gönderilecektir.⁴⁹

⁴⁸ Hamdemir, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, s.295.

⁴⁹ T.C. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Formu Kılavuzu, s.1. https://www.anayasa.gov.tr/media/5687/basvuru_kilavuzu.pdf.&ved=2ahUKEwigzI (Erişim Tarihi 17.03.2020).

a. Başvuru Formunun Şekli ve İçeriği

Başvuru formu, AYM İçtüzüğüne uygun olarak düzenlenmelidir. İçtüzükte belirtilen belgelerin asılları veya onaylı örnekleri başvuru formuna eklenir. Başvuru formu okunaklı ve başvurunun esasına yönelik özlü bilgileri içerir şekilde hazırlanmalıdır. Başvuru formunun ekler hariç on sayfayı geçmesi hâlinde başvurucunun ayrıca başvuru formuna olayların özetini eklemesi gerekir (AYM İçtüzüğü, m.60/1, 2, 3).

Başvuru formunda aşağıdaki hususlar yer almalıdır (AYM İçtüzüğü, m.59/2):

- a) Başvurucunun T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, anne adı, baba adı, doğum tarihi, cinsiyeti, uyruğu, mesleği ve adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi.
- b) Başvurucunun tüzel kişi olması hâlinde; Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarası, unvanı, adresi ve tüzel kişiliği temsile yetkili kişinin adı, soyadı ve T.C. kimlik numarası, MERSİS numarasının bulunmaması hâlinde tüzel kişinin vergi numarası veya kayıtlı olduğu sicil ve numarası ile varsa telefon numaraları ve kayıtlı elektronik posta adresi.
- c) Başvurunun;
 1. Avukat vasıtasıyla yapılması hâlinde; avukatın adı, soyadı, kayıtlı olduğu baro ve sicil numarası, yazışma adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi.
 2. Avukat olmayan kanuni temsilci vasıtasıyla yapılması hâlinde; kanuni temsilcinin T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, anne adı, baba adı, doğum tarihi, uyruğu, yazışma adresi, varsa telefon numaraları ve elektronik posta adresi.
- ç) Kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmaline dair olayların tarih sırasına göre özeti.
- d) Bireysel başvuru kapsamındaki güncel ve kişisel haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar.
- e) İhlal edildiği iddia edilen temel haklar ve bunlara ilişkin açıklamaların birbirleriyle ilişkilendirilerek ayrı ayrı yapılması.

- f) Başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların tarih sırasına göre yazılması.
- g) Başvuru yollarının tüketildiği veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih.
- ğ) Başvuru mazeret nedeniyle süresi içinde yapılamamışsa buna dair açıklamalar.
- h) Başvurucunun talepleri.
 - ı) Başvurucunun Mahkeme önünde devam eden bir başka başvurusu varsa numarası.
 - i) Varsa kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebi ve bunun gerekçeleri.
 - j) Kısa mesaj (SMS) veya elektronik posta yoluyla bilgilendirme yapılmasını isteyip istemediği.
 - k) Başvurucunun veya avukatının ya da kanuni temsilcisinin imzası.
 - l) Varsa İçtüzüğün 73 üncü maddesi kapsamında maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tedbir talebi ve bunun gerekçeleri.

b. Başvuru Formuna Eklenmesi Gereken Belgeler

Başvuru formunda yer alması gereken belgeler şunlardır (AYM İçtüzüğü, m.59/3):

- a) Kanuni temsilci veya avukat vasıtasıyla takip edilen başvurularda başvurucuyu temsile yetkili olduğuna dair mevzuata uygun belge.
- b) Harcın ödendiğine dair belge.
- c) Başvuru bizzat yapılmış ise başvurucunun kimliğini tespiti yarar resmî belgenin onaylı örneği.
 - ç) Tüzel kişi adına kanuni temsilcinin başvurusu hâlinde, başvuru tarihi itibarıyla temsile yetkili olunduğunu gösteren resmî belgenin onaylı örneği.
- d) Nihai karar ya da işlemi öğrenme tarihini gösteren belge.
- e) Başvuruda ileri sürülen hak ihlali iddialarını temellendirecek belgelerin onaylı örnekleri.
- f) Tazminat talebi varsa uğranılan zarar ve buna ilişkin belgeler.

g) Olağan ve olağanüstü kanun yolu başvuru dilekçelerinin onaylı örnekleri.

ğ) Başvuru süresinde yapılamamışsa varsa mazereti ispatlayan belgeler.

h) Adli yardım talebi varsa başvuru yapanın yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeler ile mevzuatta adli yardım talebinde bulunabilmek için öngörülen diğer belgeler.

3. Başvuru Formunun Teslim Edilmesi

Bireysel başvurular, AYM'ye doğrudan ya da mahkemeler veya yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılabilir (6216 sayılı Kanun, m.47/1; AYM İçtüzüğü, m.63/1).

Yukarıda belirtilen yöntemler dışında mahkeme içtihadı ile yeni bir başvuru merci daha kabul edilmiştir. Ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu veya hükümlüler tarafından Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığı ile gerçekleştirilen başvurular da usulüne uygun başvuru olarak kabul edilmektedir.⁵⁰

4. Başvurucunun Temsili

Bireysel başvuru, bizzat başvuru, kanuni temsilcisi ya da avukatı tarafından yapılabilir. Başvuru bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, vekâletnamenin sunulması gerekir (6216 sayılı Kanun, m.47/4). Avukat veya kanuni temsilci aracılığıyla yapılan başvurularda temsile dair yetki belgesinin sunulması zorunludur (AYM İçtüzüğü, m.61/1).

Başvuru yapanın avukatı ya da kanuni temsilcisi varsa onunla yapılan yazışmalar ya da ona yapılan tebligatlar başvurucuya yapılmış sayılır (AYM İçtüzüğü, m.61/2).

⁵⁰ Çınar, Çınar, “Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları”, s.279.

5. Başvuru Harcı ve Adli Yardım

Bireysel başvurular harca tabidir (6216 sayılı Kanun, m.47/2). Harcın ödendiğine dair belgenin başvuru dilekçesine eklenmesi şarttır (6216 sayılı Kanun, m.47/3). Bireysel başvuru harcı Maliye Veznelerine yatırılır (AYM İçtüzüğü, m.62/1).

Adli yardım talebi varsa başvuru talebinin yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeler ile mevzuatta adli yardım talebinde bulunabilmek için öngörülen diğer belgeler, başvuru formuna eklenmesi gerekir (AYM İçtüzüğü, m.59/3-h). Adli yardım talepleri, genel hükümlere göre başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar verecek Bölüm veya Komisyonlar tarafından hükme bağlanır (AYM İçtüzüğü, m.62/2).

6. Başvuru Süresi ve Mazeret

Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir (6216 sayılı Kanun, m.47/5; AYM İçtüzüğü, m.64/1). Otuz günlük başvuru süresi hak düşürücü süre niteliğinde olup, kural olarak sürenin durması veya kesilmesi söz konusu değildir. Bireysel başvuru süresinin başlangıç tarihi olarak nihai karar veya işlemin; başvuru, başvuru vekili veya kanuni temsilcisine tebliğ ya da tefhim tarihi esas alınır.⁵¹

Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler (6216 sayılı Kanun, m.47/5). Haklı mazeret AYM İçtüzüğünde *mücbir sebep veya ağır hastalık gibi* denilmek suretiyle örneklendirilmiştir (AYM İçtüzüğü, m.64/2). Mahkeme, ileri sürülen mazeretin haklı olup olmadığını her başvuruda, ileri sürülen mazeretin ve olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmektedir. Temsil veya vekâlet yoluyla yapılan başvurularda

⁵¹ Çınar, Çınar, “Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları”, s.286.

temsilci veya avukatın da haklı mazeretlerinin dikkate alınması gerekmektedir.⁵²

B. Kabul Edilebilirlik İncelemesi

Bireysel Başvuru Bürosunda yapılan ön incelemede gerekli şekil şartlarını taşıdığı tespit edilen başvurular hakkında kabul edilebilirlik incelemesine geçilebilir.⁵³ Kabul edilebilirlik incelemesiyle hem ciddi olmayan başvuruların hem de olumsuz sonuçlanması yüksek ihtimal olan başvuruların Bölümlere götürülmeden sonuçlanması sağlanacaktır.⁵⁴ Böylelikle başvuruların esasını inceleyecek olan Bölümler daha verimli çalışabilecektir.

1. Kabul Edilebilirlik İncelemesini Yapan Mercii

Mahkemede, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir başkanvekili başkanlığında altışar üyesi olan iki bölüm bulunur (6216 sayılı Kanun, m.22/1). Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar kurulabilir (1982 Anayasası, m.149/1). Komisyonlar, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapan kurullardır (6216 sayılı Kanun, m.2/1-g, m.48/3).

a. Komisyonların Yapısı ve Çalışma Usulü

Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemelerini yapmak üzere Bölümlere bağlı olarak görev yapan üçer Komisyon oluşturulur. Bunlar bağlı buldukları Bölümle birlikte numaralandırılmak suretiyle isimlendirilirler. Bölüm Başkanı, Komisyonlarda görev almaz. Komisyonlara kıdemli üye başkanlık eder (AYM İçtüzüğü, m.32/1).

Komisyonlar iki üyeden oluşur (AYM İçtüzüğü, m.3/1-p). Komisyonlar oybirliği ile karar alır. Oybirliği sağlanamadığında konu,

⁵² Çınar, Çınar, “Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları”, s.291.

⁵³ Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, s.244.

⁵⁴ Hamdemir, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.298.

oybirliği sağlanamadığı belirtilmek suretiyle Bölüme havale edilir (AYM İçtüzüğü, m.33/2).

b. Komisyonların Görevleri

Komisyonlar raportörlerince hazırlanan kabul edilebilirlik karar taslakları ile kabul edilemezlik karar taslak ya da listeleri, Komisyonlarca karara bağlanır (AYM İçtüzüğü, m.33/1). Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvuruçunun önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi veya alınacak kararın Mahkeme tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması hâllerinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu ilgili Bölüme gönderirler (AYM İçtüzüğü, m.33/3).

Komisyonlarca kabul edilebilirliği karara bağlanamamış başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi, Bölüm Başkanınca gerekli görüldüğü takdirde Bölümler tarafından yapılır (AYM İçtüzüğü, m.28/2).

c. Komisyon Raportörlüğü

Bireysel başvuruların daha hızlı bir biçimde sonuçlandırılması amacıyla başraportör gözetiminde yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan Komisyonlar raportörlüğü birimi oluşturulur (AYM İçtüzüğü, m.34/1).

Komisyonlar raportörlüğü biriminin görevleri şunlardır (AYM İçtüzüğü, m.34/2):

- a) Komisyonlar tarafından daha ayrıntılı incelemeyi gerektiren dosyaları belirlemek, dosyaları gruplandırarak veya tek tek incelemek ve kabul edilemez nitelikte olan başvuruları tespit etmek.
- b) Kabul edilebilirlik kriterlerini karşılayan başvurulara ilişkin kabul edilebilirlik karar taslaklarını, bu nitelikleri karşılamayan başvurulara ilişkin ise kabul edilemezlik karar taslaklarını ya da listelerini hazırlayıp Komisyonlara sunmak.

C. Esas Hakkında İnceleme

Kabul edilebilirliği karara bağlanmış başvurular için esas hakkında incelemeye geçilir.

1. Esas Hakkında İncelemeyi Yapacak Mercî

Bireysel başvurular Bölümlerce karara bağlanır (1982 Anayasası, m.149/2). Bölümlerin bireysel başvuruların esastan incelemesine geçebilmesi için kabul edilebilirlik kararı verilmiş olması gerekmektedir (6216 sayılı Kanun, m.49/1).

a. Bölümlerin Yapısı ve Çalışma Usulü

Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır (1982 Anayasası, m.149/1). Bölüm, bir başkanvekilinin başkanlığında altı üyeden oluşan ve ilgili başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanıp bireysel başvurular hakkında karar verme yetkisine sahip olan kuruldur (6216 sayılı Kanun, m.2/1-ç ve m.22/1). Bölümler, Başkan haricindeki üyelerden oluşur (AYM İçtüzüğü, m.27/1).

Başkanvekilinin bulunmadığı durumlarda, Bölüme en kıdemli üye başkanlık eder (AYM İçtüzüğü, m.29/1). Bölümler kararlarını salt çoğunlukla alırlar (1982 Anayasası, m.149/1; 6216 sayılı Kanun, m.65/1; AYM İçtüzüğü, m.72/1). Oyların eşitliği hâlinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur (6216 sayılı Kanun, m.65/1.)

b. Bölümlerin Görevleri

Bölümlerin görev ve yetkileri şunlardır:

- Bireysel başvuruları karara bağlamak (1982 Anayasası, m.149/2; 6216 sayılı Kanun, m.2/1-ç),
- Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesini yapmak (6216 sayılı Kanun, m.49/1; AYM İçtüzüğü, m.28/1-a),
- Komisyonlarca kabul edilebilirliği karara bağlanamamış başvuruların Bölüm Başkanınca gerekli görüldüğü takdirde kabul

edilebilirlik ve esas incelemesini birlikte yapmak (AYM İÇTÜZÜĞÜ, m.28/1-b),

- Kabul edilebilirliğe ilişkin bir engelin varlığını tespit etmeleri ya da bu durumun sonradan ortaya çıkması hâlinde, incelemenin her aşamasında başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verebilmek (AYM İÇTÜZÜĞÜ, m.28/2),
- Başvurunun bir örneğini bilgi için Adalet Bakanlığına göndermek (6216 sayılı Kanun, m.49/2),
- Bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapmak, (6216 sayılı Kanun, m.49/3),
- Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve delilleri ilgililerden istemek (6216 sayılı Kanun, m.49/3),
- Başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar vermek (6216 sayılı Kanun, m.49/5).

c. Bölümler Raportörlüğü

Bireysel başvuruların daha hızlı bir biçimde sonuçlandırılması amacıyla başraportörün gözetiminde, yeterli sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan Bölümler raportörlüğü birimi oluşturulur. Bölümler raportörleri, bir raportörün eşgüdümünde uzmanlık alanlarına göre çalışma gruplarına ayrılabilir (AYM İÇTÜZÜĞÜ, m.31/1 ve 2).

Bölümler raportörlüğü biriminin görevleri şunlardır (AYM İÇTÜZÜĞÜ, m.31/3):

- a) Komisyonlar tarafından kabul edilebilirliğine karar verilen başvuruları gruplandırarak veya tek tek incelemek ve esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlamak ve Bölümlere sunmak.
- b) Komisyonlar Başraportörünün uygun görmesi hâlinde kabul edilebilirliğe ilişkin karar taslaklarını hazırlayıp Bölümlere sunmak.

IV. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA VERİLEN KARARLAR

A. Ön İnceleme Aşamasında Verilen Kararlar

1. İdari Ret Kararları

Başvurunun; süresinde yapılmadığı, 59'uncu ve 60'ıncı maddelerdeki şekil şartlarına uygun olmadığı ve tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürelerde tamamlanmadığı hâllerde Komisyonlar Başraportörü tarafından reddine karar verilir ve başvuru tebliğ edilir. Bu karara tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Komisyona itiraz edilebilir. Bu konuda Komisyonların verdiği kararlar kesindir (AYM İçtüzüğü, m.66/3). Bu ret kararlarına uygulamada “idari ret kararı” denmektedir. Nüfus cüzdanı örneği ve diğer bazı belgelerin başvuru dosyasına eklenmediği tespit edilen bir başvuruda, tespit edilen eksikliklerin giderilmesi için eksikliklerin giderilmesi bildirimini başvuru vekiline tebliği edilmesine rağmen eksiklikler süresi içinde giderilmediğinden başvuru hakkında idari ret kararı verilir.⁵⁵

Ret kararları başvurunun şekli yönden bir eksiklik tespit edilmesi halinde ortaya çıktığından idari nitelikte görülmektedir. Ancak ret kararları “*hukuki bir uyuşmazlığın çözülmesi talebini içerdiği ve sonuç itibariyle bu talebe kesin bir biçimde cevap niteliğinde olduğu için, bu yönde kararın, ancak yargılama yetkisine sahip bir mercii tarafından verilebileceğinin kabul edilmesi gerekir*”.⁵⁶ İlgili kanunda düzenlenmediği halde, yargılama yetkisine ait bir hususta, Mahkemenin yargılama yetkisine sahip olmayan bir birimine (Komisyonlar Başraportörü) İçtüzükle yetki verilmesi anayasaya ve kanuna aykırıdır.⁵⁷

⁵⁵ Mahsum Dima başvurusu, AYM, 2015/14754, 4/7/2018, para. 3-6.

⁵⁶ Ali Erdem Doğanoglu, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda “Başvurunun Reddi Kararı””, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde (s.497-537), C.XIII, S.2, 2018, s.520.

⁵⁷ Doğanoglu, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda “Başvurunun Reddi Kararı””, s.512.

B. Kabul Edilebilirlik İncelemesi Aşamasında Verilen Kararlar

1. Kabul Edilebilirlik Kararları

6216 sayılı Kanunda belirtilen kabul edilebilirlik şartlarını taşıyan başvurular hakkında kabul edilebilirlik kararı verilir. Kabul edilebilirlik kararları komisyonlar tarafından verilir. Ancak komisyonlarca kabul edilebilirliği karara bağlanamamış başvurular hakkında Bölümler tarafından karar verilir. Kabul edilebilirlik kararları oy birliği ile alınır (AYM İçtüzüğü, m.33/2)

2. Kabul Edilemezlik Kararları

Kabul edilebilirlik şartlarını taşımayan başvurular hakkında kabul edilmezlik kararı verilir. Bir başvuruda birden fazla ihlal iddiası olması halinde, her iddia için ayrı ayrı değerlendirme yapılacak ve bazı iddialar için kabul edilebilirlik bazı iddialar içinse kabul edilemezlik kararı verilebilecektir. Ayrıca birden fazla başvuru olmasında, her başvuru için kabul edilebilirlik kararı verilebilecekken diğeri için kabul edilemezlik kararı verilebilecektir.⁵⁸

Kabul edilemezlik kararı da oy birliği ile alınır (AYM İçtüzüğü, m.33/2). Kabul edilemezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir (6216 sayılı Kanun, m.48/4).

3. Düşme Kararı

6216 sayılı Kanunda davadan feragat hâlinde, düşme kararı verileceği belirtilmiştir (6216 sayılı Kanun, m.50/5). AYM İçtüzüğünde ise feragat dışında düşme kararı verilebilecek haller belirtilmiştir.

Bölümler ya da Komisyonlarca yargılamanın her aşamasında aşağıdaki hâllerde düşme kararı verilebilir (AYM İçtüzüğü, m.80/1):

- a) Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi.
- b) Başvurucunun davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması.

⁵⁸ Hamdemir, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.322.

c) İhlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması.

ç) Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi.

Başvurucunun ölmesi halinde; “*mirasçı veya yakınlarının başvuruyu takip edeceklerini bildirmemeleri veya bildirmelerine rağmen, meşru bir menfaatlerinin olmaması*” AYM’nin düşme kararı verebileceği başka gerekçelerden bazılarıdır.⁵⁹

Bölümler ya da Komisyonlar; yukarıdaki fıkrada belirtilen nitelikteki bir başvuruyu, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde incelemeye devam edebilir (AYM İçtüzüğü, m.80/2).

Düşme kararı yargılamanın her aşamasında verilebileceğinden, esas hakkında inceleme aşamasında da düşme kararı verilebileceği unutulmamalıdır.

C. Esas Hakkında İnceleme Aşamasında Verilen Kararlar

23 Eylül 2012 ile 31 Aralık 2021 tarihleri arasında yapılan toplam 361.159 başvurudan 26.697’si (yaklaşık %7,4) esastan incelenmiş ve bunlar hakkında kararlar verilmiştir.⁶⁰

1. Hakkın İhlal Edilmediği Kararı

Esas incelemesi sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir (6216 sayılı Kanun, m.50/1). AYM, bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edilmediği sonucuna varırsa “hakkın ihlal edilmediğine”

⁵⁹ Hamdemir, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, s.368.

⁶⁰ Kullanılan istatistik verileri için bkz. T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012-31/12/2021), https://www.anayasa.gov.tr/media/7734/bb_2021_tr.pdf (Erişim Tarihi, 09.03.2022)

karar verir. Bu karar sonrasında başvuru sahibinin durumunda herhangi bir değişiklik olmaz⁶¹, bireysel başvuru sonlanmış olur.⁶²

2. İhlal Kararı

Esas incelemesi sonrasında verilebilecek kararlardan biri de ihlal kararıdır. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez (6216 sayılı Kanun, m.50/1). Bölüm kararında, gerekli görüldüğü takdirde Kanununun 50'nci maddesinin birinci fıkrası doğrultusunda ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırılacağı hususunda yapılması gerekenler belirtilir (AYM İçtüzüğü, m.78/2).

Söz konusu maddelerde yer alan “yapılması gerekenlere hükmedilir” ve “yapılması gerekenler belirtilir” ifadeleri açık değildir. Uygulama kanununda ve içtüzükte yapılması gerekenlerin tamamı belirtilmemiştir. Kanunda yer alan ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmesine ilişkin düzenleme soyut bir nitelik taşımaktadır.⁶³ Ancak bireysel başvuruların incelenmesinde, Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir (6216 sayılı Kanun, m.49/7). Bu doğrultuda usul kanunlarında yer alan karar türlerinin de AYM tarafından verilmesi mümkündür.⁶⁴

İhlal kararının sonuçları, geçmişe ve geleceğe yönelik olarak farklı olabilir. İhlalin tespit edilmesi durumunda, karar, devam eden bir ihlali sona erdirebilir ancak bu o zamana dek meydana gelen zararı ortadan kaldırmayacaktır. “*Hukuka aykırı bir davranışın giderilmesi için en uygun yöntem, hukuka aykırı davranışın tüm sonuçlarını ortadan*

⁶¹ Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, s.301.

⁶² Hamdemir, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, s.349.

⁶³ Muharrem İlhan Koç, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı”, Anayasa Yargısı içinde (s.133-141), C.32, S.1, 2016, s.139.

⁶⁴ İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s.285.

*kaldırmak ve mümkün olduğu ölçüde bu davranış gerçekleşmeden önceki duruma geri dönmektir”.*⁶⁵

a. Yeniden Yargılama Yapılmasına Karar Verilmesi

Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir (6216 sayılı Kanun, m.50/2).

İlgili mahkeme, ivedilikle karar verir (AYM İçtüzüğü, m.79/1-a). Genel olarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi nedeniyle mahkemeden başvuru aleyhine bir karar verilmiş olması durumunda yeniden yargılama yapılmasında başvuru hukuki yararı olduğu kabul edilir.⁶⁶

AYM, yeniden yargılama yapılmasına karar vermek ile yargılamanın yenilenmesi kavramlarının farkını vurgulamıştır. Temel fark; yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi durumunda, yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisinin bulunmamasıdır.⁶⁷

b. Tazminat

Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir (6216 sayılı Kanun, m.50/2). Tazminata, başka bir şekilde zararın giderilmesi veya hakkın onarılması mümkün olmayan hâllerde karar verilir.⁶⁸ Başvuru uğradığı zararı ve buna ilişkin belgeleri, tazminat talebiyle birlikte başvuru formuna eklemiş olmalıdır (AYM İçtüzüğü, m.59/3-f). Birden fazla hak

⁶⁵ Kerem Altıparmak, Van Depremine Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesinin Bayram Otel Kararı, TESEV Yayınları, İstanbul 2014, s.10.

⁶⁶ Hamdemir, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s.351.

⁶⁷ Mehmet Doğan başvurusu (GK), AYM, 2014/8875, 7/6/2018, para. 59.

⁶⁸ İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s.293.

ihlali olması halinde, ihlal edilen haklardan biri için yargılamanın yenilenmesi, diğeri için tazminat ödenmesine karar verilebilir.⁶⁹

c. Genel Mahkemelerde Dava Açılması Yolu

Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucuya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir (6216 sayılı Kanun, m.50/2).

Tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, Bölüm bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir (AYM İçtüzüğü, m.79/1-c).

3. Pilot Karar

Pilot karar, toplu olarak ve hızlı bir şekilde başvuruların incelenip sonuçlandırılmasına yönelik oluşturulan tedbirlerden birisidir.⁷⁰ Pilot karar usulünün benimsenmesindeki en önemli amaç, benzer başvuruların tamamının ihlalle sonuçlanması yerine idari mercilerce çözüme kavuşturulması ile bu suretle ihlalin kaynağının ortadan kaldırılarak yapısal sorunun düzeltilmesinin sağlanmasıdır.⁷¹

Pilot karar, 6216 sayılı Kanunda olmamasına rağmen AYM İçtüzüğü'nün 75'inci maddesinde düzenlenmiştir. AYM İçtüzüğü'ndeki bu madde, AİHM İçtüzüğü'nün 61'inci maddesine benzemektedir.⁷²

Bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığı ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığı tespit edilmesi veya bu durumun yeni başvurulara yol açacağına öngörülmesi halinde pilot karar usulü uygulanabilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler

⁶⁹ İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s.291.

⁷⁰ Hüseyin Ekinci, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yüğü, Çözüme Yönelik Mahkeme Pratiğı ve Öneriler", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi içinde (s.391-432), S.5. Ocak 2015, s.410.

⁷¹ Y.T. başvurusu, AYM, 2016/22418, 30/5/2019, para. 71.

⁷² Altıparmak, Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesinin Bayram Otel Kararı, s.10.

çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır (AYM İçtüzüğü, m.75/1).

Bölüm, pilot karar yöntemini kendiliğinden başlatabileceği gibi, Adalet Bakanlığının veya başvuru talebiyle de başlatabilir (AYM İçtüzüğü, m.75/2). Pilot karar Bölümler tarafından verilir. Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır (AYM İçtüzüğü, m.75/3). Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirleri belirtir (AYM İçtüzüğü, m.75/4).

Bölüm pilot kararlarla birlikte, bu karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir. İlgililer erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Bölüm, gerekli gördüğü takdirde ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilir (AYM İçtüzüğü, m.75/5).

4. Geçici Tedbir Kararı

Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvuru temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvuru talebi üzerine karar verebilir (6216 sayılı Kanun, m.49/5). Tedbir kararı, başvuru yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılması üzerine Bölümlerce verilebilecektir (AYM İçtüzüğü, m.73/1). Kanuna göre, geçici tedbire başvurulması, başvuru temel haklarının korunmasının zorunlu kıldığı her halde mümkünken, AYM İçtüzüğünde tedbir kararı verilebilecek durumlar sınırlanmıştır.⁷³

Tedbir kararı, yürürlüğün durdurulması şeklinde olabileceği gibi başka bir biçimde de olabilir.⁷⁴ İhlal edildiği ileri sürülen hakkın korunması için birden fazla tedbir kararı da alınabilir.⁷⁵ Bölüm, tedbire karar vermesi hâlinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildirir (AYM İçtüzüğü, m.73/3).

⁷³ A. Burak Bilgin, “Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi – Olumuz Örnekler/Uygulamalar/Yaklaşımlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde (s.57-128), C.6, S.2, 2015, s.113.

⁷⁴ Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, s.294.

⁷⁵ İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, s.271.

Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar (6216 sayılı Kanun, 49/5). Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvurunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar (AYM İçtüzüğü, m.73/4).

D. Bireysel Başvuru Yolunun Kötüye Kullanılması Yasağı

Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir (6216 sayılı Kanun, m.51/1). Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullanma kavramı *istismar edici, yanılıcı ve benzeri nitelikteki davranışlarıyla* denilmek suretiyle örneklendirilmiştir (AYM İçtüzüğü, m.83/1). Ayrıca böyle bir durumda incelemenin her aşamasında başvuru reddedilir.

AYM, bireysel başvuru usulünün amacına açıkça aykırı olan ve Mahkemenin başvuruyu gereği gibi değerlendirmesini engelleyen davranışları, başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmekte ve AİHM içtihatları doğrultusunda bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecek durumları göstermektedir.⁷⁶ Bu durumlar:

- Mahkemeyi yanıltmak amacıyla kasten gerçek olmayan maddi vakıalara dayanılması veya bu nitelikte bilgi ve belge sunulması,
- Başvurunun değerlendirilmesi noktasında esaslı olan bir unsur hakkında bilgi verilmemesi,
- Başvurunun değerlendirilmesi sürecinde vuku bulan ve söz konusu değerlendirmeyi etkileyecek nitelikte yeni ve önemli gelişmeler hakkında Mahkemenin bilgilendirilmemesi suretiyle başvuru hakkında doğru bir kanaat oluşturulmasının engellenmesi,
- Medeni ve meşru eleştiri sınırları saklı kalmak kaydıyla bireysel başvuru amacıyla bağdaşmayacak surette hakaret, tehdit veya tahrik edici bir üslup kullanılması,

⁷⁶ S.Ö. başvurusu, AYM, 2013/7087, 18/9/2014, para. 28, 29.

- Söz konusu başvuru yolu kapsamında ihlalin tespiti ile ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin amaçla bağdaşmayacak surette içeriksiz bir başvuruda bulunulması.⁷⁷

V. SONUÇ

12 Eylül 2010 tarihinde hukukumuza giren ve 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan taleplerin incelendiği bireysel başvuru yolu, yaklaşık 10 yıllık bir pratiğe sahiptir. Bu süre zarfında söz konusu denetim yolu, anayasa yargımız içinde önemli bir yer edinmiştir.

Bireysel başvuru yoluyla, 1982 Anayasasında teminat altına alınan ve AİHS kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesinin olumsuz sonuçları ortadan kaldırılmış olacaktır. Ancak öncelikle ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekmektedir. Bu bireysel başvuru yolunun ikincillik niteliğinin bir sonucudur.

Bireysel başvuru yolu ile AYM'nin doğrudan harekete geçirilme olanağına sahip olunmuş, hukuk devleti ilkesi haklar ve özgürlüklerin korunması (hukuki korunma talebi) temelinde somutlaşma imkanına kavuşmuştur.

Bireysel başvuru yolunun AİHM nezdinde etkili bir iç hukuk yolu olduğu söylenebilir. Bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle AİHM'e giden dosya sayısı azalmıştır. Ayrıca AYM'nin vermiş olduğu kararlarda AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarından yararlandığı –istisnaları olmakla birlikte- görülmektedir.

AYM'ye 23 Eylül 2012 ile 31 Aralık 2021 tarihleri arasında toplam 361.159 başvuru yapılmıştır.⁷⁸ Bireysel başvuru mekanizmasının

⁷⁷ Bireysel başvuru yolunun kötüye kullanılması hakkında detay bilgi için bkz. Ali Erdem Doğanoglu, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde (s.535-575), 2018.

⁷⁸ Kullanılan tüm istatistik verileri için bkz. T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Bireysel Başvuru İstatistikleri (23/9/2012-31/12/2021),

etkili bir denetim aracı olması ve AYM'nin iş yükü altında ezilmemesi için, bireysel başvuru yolu sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Dolayısıyla esas hakkında inceleme aşamasına geçmeden önce bireysel başvuru, ön inceleme ve kabul edilebilirlik incelemesinden geçmektedir.

Ön inceleme; AYM'ye yapılan bireysel başvuruların, kabul edilebilirlik aşamasından önce gerekli şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını Bireysel Başvuru Bürosu tarafından tespit eden aşamadır. Başvurunun süresinde yapılmaması, eksikliklerin süresi içinde tamamlanmaması ve eksikliklerin usulüne uygun tamamlanmaması durumlarında Komisyonlar Başraportörü tarafından reddine karar verilir. Bireysel Başvuru Bürosunda yapılan ön incelemede gerekli şekil şartlarını taşıdığı tespit edilen başvurular hakkında kabul edilebilirlik incelemesine geçilebilir. Kabul edilebilirlik incelemesiyle hem ciddi olmayan başvuruların hem de olumsuz sonuçlanması yüksek ihtimal olan başvuruların Bölümlere götürülmeden sonuçlanması sağlanır. Kabul edilebilirliği karara bağlanmış başvurular için esas hakkında incelemeye geçilir.

AYM ön inceleme aşamasında; başvurunun süresinde yapılmaması, eksikliklerin süresi içinde tamamlanmaması, eksikliklerin usulüne uygun tamamlanmaması nedenleri ile idari ret kararı verir. 23 Eylül 2012 ile 31 Aralık 2021 tarihleri arasında sonuçlandırılan başvuruların %4,2'si (12.627 başvuru) hakkında idari ret kararı verilmiştir.

Başvurunun 6216 sayılı Kanununun 45 ila 47'nci maddelerde öngörülen şartların taşınması halinde kabul edilebilirlik; taşınmaması halinde ise kabul edilemezlik kararı verir. AYM, 23 Eylül 2012 ile 31 Aralık 2021 tarihleri arasında sonuçlandırılan başvuruların %86,5'i (261.681 başvuru) hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi, başvurucunun davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması, bölümler ya da komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi hallerinde verilecek karar ise düşme kararıdır.

AYM tarafından esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Bunlar yeniden yargılama yapılmasında karar verilmesi, tazminat veya başvurucuya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilmesi şeklinde olabilir. Esastan incelenen başvuruların çoğunluğunda (%96,9), AYM ihlal kararı vermiştir.

Bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığı ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığı tespit edilmesi veya bu durumun yeni başvurulara yol açacağına öngörülmesi halinde pilot karar usulü uygulanabilir.

Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbir kararı, başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığı takdirde Bölümlerce verilebilecektir.

Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru sahipleri aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, disiplin para cezasına hükmedilebilir.

KAYNAKÇA

- “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993)”, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 22.03.2011 tarihli 80’inci Birleşimden-29.03.2011 tarihli 83’üncü Birleşim dahil, Dönem 23, Yasama Yılı 5, Cilt 97, TBMM Basımevi, Ankara 2011.
- ACU, Melek: “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde, S.110, 2014, s.403-434.
- ALGAN, Bülent: “Bireysel Başvurularda “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk” Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde, C.63, S.2, Ocak 2014, s.247-284.
- ALTIPARMAK, Kerem: Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesinin Bayram Otel Kararı, TESEV Yayınları, İstanbul 2014.
- BİLGİN, A. Burak Bilgin: “Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi – Olumuz Örnekler/Uygulamalar/Yaklaşımlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde, C.6, S.2, 2015, s.57-128.
- BİLGİN, A. Burak: “Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi – Olumuz Örnekler/Uygulamalar/Yaklaşımlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde, C.6, S.2, 2015, s.57-128.
- ÇELİKYAY, Hakan Sabri: “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası içinde, C.73, S.1, 2015, s.21-61.
- ÇINAR, İbrahim, Sinan ÇINAR: “Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi içinde, S.4, 2014, s.263-310.

- DANNEMANN, Gerhard: “Constitutional Complaints: The European Perspective”, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43, No. 1, Jan., 1994, pp.142-153.
- DEREN – YILDIRIM, Nevhis: “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruları Esas Bakımından İncelemesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi içinde C.19, S.2, 2013, s.483-488.
- DOĞANOĞLU, Ali Erdem: “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde, 2018, s.535-575.
- DOĞANOĞLU, Ali Erdem: “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda “Başvurunun Reddi Kararı”“, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde, C.XIII, S.2, 2018, s.497-537.
- EKİNCİ, Hüseyin: “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İş Yüğü, Çözüme Yönelik Mahkeme Pratiği ve Öneriler”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi içinde, S.5. Ocak 2015, s.391-432.
- ERSOY, Uğur: “Anayasa Mahkemesine Yapılacak Bireysel Başvurularda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisinin Etkileri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi içinde (s.124-153), S.2, 2016, s.124-153
- ESEN ARNWİNE, Selin: “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde C.52, S.4, 2003, s.249-271.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- GÖZTEPE, Ece: “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi içinde, S.95, 2011, s.13-40.
- GÖZTEPE, Ece: Anayasa Şikayeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:530, Ankara 1998.
- GÜNDÜZ, Ebru; Alkım AKTAŞ: “Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi içinde, S.1, 2017, s.55-78.

- HAMDEMİR, Berkan: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- İNCEOĞLU, Sibel: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- KARAMAN, Ebru: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- KILIÇ, Ayhan: “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi içinde, S.3, Ocak 2013, s.39-81.
- KILIÇ, Bahadır: “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı Dergisi içinde, C.25, 2008, s.19-59.
- KOÇ, Muharrem İlhan: “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı”, Anayasa Yargısı içinde, C.32, S.1, 2016, s.133-141.
- KONTACI, Ersoy: “Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu”, Ankara Barosu Dergisi içinde, 2014/4, s.105-117.
- KONUK SOMMER, Bahar: “Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi içinde (s.169-188), S.2, 2019, s.169-188.
- PEKCANITEZ, Hakan; Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Akara 2015.
- SAĞLAM, Fazıl: “Anayasa Şikayeti - Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Ece Göztepe, Aykut Çelebi (Haz.), Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler içinde, Metis Yayınları, İstanbul 2012, s.418-466.
- Teitel, Ruti: “Transitional Justice and The Transformation of Constitutionalism”, Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (Eds.), Comparative Constitutional Law, Edward Elgar, 2011, pp.57-76.
- YALÇINÖZ, Bahadır: “Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi içinde, S.2, 2013, s.187-206.

YEŞİL, Ufuk: “Hüküm Uyuşmazlığına Başvuru Bireysel Başvuru Açısından Tüketilmesi Gerekli Bir Yol Mudur? (Anayasa Mahkemesi Kararı İncelemesi)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi içinde, C.7, S.1, 2016, s.677-720.

YILMAZ, Didem: “6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AİHS’e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”, AÜHFD içinde, 64 (3), 2015, s.815-854.

YOKUŞ, Sevtap: “Türkiye’den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuruda İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Şikayeti”, İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi içinde, C.1, S.2, 2016, s.33-50.

DİĞER KAYNAKLAR

Ankara Barosu Başkanlığı (2) başvurusu, AYM, 2015/17944, 9/5/2018.

Atila Sertel başvurusu, AYM, 2015/6723, 14/7/2015.

Ballıdere Belediye Başkanlığı başvurusu, AYM, 2012/1327, 12/2/2013.

Bayram Gök başvurusu, AYM, 2012/946, 23/3/2013.

Bügdüz Köyü Muhtarlığı başvurusu, AYM, 2012/22, 25/12/2012.

Doğubayazıt Ticaret ve Sanayi Odası başvurusu, AYM, 2012/742, 5/3/2013.

G.S. başvurusu, AYM, 2012/832, 12/2/2013.

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi başvurusu, AYM, 2012/1430, 21/11/2013.

Mahsum Dıma başvurusu, AYM, 2015/14754, 4/7/2018..

Mehmet Doğan başvurusu (GK), AYM, 2014/8875, 7/6/2018.

Mehmet Şerif Ay başvurusu, AYM, 2012/1181, 17/9/2013.

Mustafa Bülent Erten başvurusu, AYM, 2012/649, 16/4/2013.

Necati Gündüz ve Recep Gündüz başvurusu, AYM, 2012/1027, 12/2/2013.

Onur Doğanay başvurusu, AYM, 2013/1977, 9/1/2014.

Mehmet Nuri GÜZEL

Onurhan Solmaz başvurusu, AYM, 2012/1049, 26/3/2013.

S.Ö. başvurusu, AYM, 2013/7087, 18/9/2014.

Süleyman Erten başvurusu, AYM, 2013/469, 16/4/2013.

Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği başvurusu, AYM, 2012/95, 25/12/2012.

Y.T. başvurusu, AYM, 2016/22418, 30/5/2019.

https://www.anayasa.gov.tr/media/7734/bb_2021_tr.pdf (Erişim Tarihi, 09.03.2022).

https://www.anayasa.gov.tr/media/5687/basvuru_kilavuzu.pdf.&ved=2ahUKewigzI (Erişim Tarihi 17.03.2020).

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Erişim Tarihi 17.02.2020).

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi 17.02.2020).

İSVİÇRE KONFEDERASYONU HÜKÜMET SİSTEMİNİN MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hüseyin Murat IŞIK*

ÖZ

Yasama, yürütme ve istisnai hallerde yargı erkinin de parlamentoda toplandığı hükümet sistemine Meclis Hükümeti sistemi denir. Genellikle İsviçre’de uygulanan hükümet sisteminin de Meclis Hükümeti sistemine benzerlik gösterdiği kabul edilmektedir. Ancak İsviçre Anayasası çerçevesindeki uygulamaya göre İsviçre Federal Parlamentosu, yürütme erkini kullanan Federal Konsey ve Federal Yargı Organlarını belirlese de bu erklerin parlamentoda toplandığı anlamına gelmez. Zira İsviçre, gerek sahip olduğu demokrasi ve yönetim anlayışı gerekse anayasal yetkilendirme ölçütleri bakımından erkler ayrılığını benimsemiş bir devlettir. Bu çalışmada İsviçre Devletinin erkler ayrılığına dayalı ama kendine özgü (sui generis) bir hükümet sistemine sahip olduğu ifade edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İsviçre, erkler ayrılığı, meclis hükümeti sistemi, müzakereci demokrasi, konkordanz yönetim anlayışı.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: isikhm@dicle.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7317-3031.

Makalenin Gönderim Tarihi : 07.08.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 19.11.2022.

EVALUATION OF THE SWISS CONFEDERATION GOVERNMENT SYSTEM IN TERMS OF PARLIAMENT GOVERNMENT SYSTEM

ABSTRACT

The government system in which the legislative, executive and, in exceptional cases, the judiciary bodies are gathered in the parliament, is called the Parliamentary Government system. It is generally accepted that the government system applied in Switzerland, as well, is similar to the Parliamentary Government system. However, according to the practice within the framework of the Swiss Constitution, although the Swiss Federal Parliament determines the Federal Council and Federal Judiciary organs that use the executive power, this does not mean that these powers are gathered in the parliament. Because Switzerland is a state that has adopted the separation of powers in terms of both its understanding of democracy and administration and constitutional authorization criteria. In this study, it has been tried to express that the Swiss State has a sui generis government system based on the separation of powers.

Keywords: Switzerland, separation of powers, parliamentary government system, deliberative democracy, concordance management approach.

I. GİRİŞ

Günümüzde anayasa hukuku literatüründeki saf anlamıyla Meclis Hükümeti sistemi uygulaması yoktur. Ancak buna benzer sayılabilecek bir hükümet sistemi modelini uygulayan ülke olarak literatürde genellikle İsviçre Devleti örnek gösterilmektedir. Bu çalışmanın temel amacı İsviçre Devletinde uygulanan hükümet sistemi modelinin ne oranda “Meclis Hükümeti Sistemi”ne benzediğini ortaya koyabilmektir. Bu minvalde öncelikle meclis hükümeti sistemi kısaca izah edilerek ana hatlarıyla İsviçre’de siyasal sistemin nasıl işlediği ele alınacak, ardından Konfederasyon Anayasası ışığında yasama, yürütme ve yargı erkleri hakkında bilgi verilerek aralarındaki ilişkiler açıklanmaya çalışılacak, nihayet sonuç bölümünde ise genel değerlendirme yapılarak çalışma bitirilecektir.

II. MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ

Egemenliğin fonksiyonları olarak yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki ilişki biçimine göre devletlerin sınıflandırılmasına hükümet sistemi denir. Bu sınıflandırmaya göre, öncelikle erklerin birliğinden veya ayrılığından söz edilir. Erklerin birliği eğer yasama organında birleşme şeklinde ortaya çıkar ise buna “Meclis Hükümeti Sistemi”¹ denir. Yani parlamentonun asli yetkisi olarak yasa yapmanın yanında hem bu kuralları yürütme yetkisine sahip olması hem de istisnai hallerde bizzat yargılama yapabilmesini de ifade eder.

Meclis hükümeti sistemi esas olarak; yasama ve yürütme erklerinin, seçilmiş bir mecliste birleşmesine dayanmaktadır ancak bunun zorunlu olarak iki kuvvetin mutlak anlamda birleşmesi veya karışması demek olmadığını da belirtmek gerekir. Yani meclis Hükümeti'nin varlığı için yürütme işlerinin doğrudan doğruya meclis veya onun komisyonları tarafından yapılması şart değildir. Hatta yürütme işlerinin üye sayısı yüzlerle ifade edilebilen bir meclis tarafından yapılmasının pratik imkânsızlığı dolayısıyla bu işlerin şu veya bu ad altında daha küçük bir kurul veya komiteye bırakılması da doğal olacaktır.²

¹ Meclis Hükümeti Sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Ergun Özbudun; 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 1992, s.51-57.; Ergun Özbudun; Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (21. Baskı), s. 26, 331.; Erdoğan Teziç; Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017 (21. Bası), s. 498-503.; Fazıl Sağlam; Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakındoğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşe, 2013, s. 141-143.; İbrahim Özden Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021 (16. Baskı), s. 146.; Abdurrahman Eren; Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), Seçkin Yayınevi, 2021 (3. Baskı), s. 868-873.; Ömer Anayurt; Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2021 (4. Baskı), s. 497-505.

² ÖZBUDUN; s. 52-55.; İnci Çoban İnce; 1982 Anayasası Döneminde Yasama ve Yürütme İlişkilerinin Evrimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kamu Yönetimi Programı, (Basılmamış) Doktora Tezi, Danışman Dr. Öğretim Üyesi Yaşar Metin Özdemir, İzmir, 2018, s.98-99.

Bu durumda Meclis Hükümeti'nin ayırt edici özelliklerini parlamento ile parlamento adına hükümet etme yetkisini kullanan bu “Yürütme Kurulu” arasındaki ilişkilerde aramak lazım gelir. Buna göre Meclis Hükümeti Sisteminin ayırt edici vasıfları olarak şunları zikredebiliriz;³

-İlk olarak **yürütme erki kendine özgü ayrı bir kimliğe sahip değildir**, tamamen meclisin emri ve kontrolü altındadır. Kendine özgü siyasal bir programı bulunmamakta, meclisin talimat ve denetimi altında iş ve işlemleri yerine getirmektedir. Parlamento, yürütme organına emir ve talimat verebilir onun iş ve işlemlerini bozabilir veya değiştirebilir. Yani **yasama erki, yürütme organı üzerinde mutlak kontrol sahibidir**.

-İkincisi; **meclis hükümeti sisteminde bir devlet başkanlığı makamı yoktur**. Meclis başkanı fiilen devlet başkanlığına benzer bir fonksiyon icra etse de, meclis genel kurulunun her zaman için kendi başkanını görevden alabilme yetkisinin mevcudiyeti, onun kısmen dahi parlamenter sistemin devlet başkanıyla karşılaştırılmasını mümkün kılmaz.

-Üçüncü olarak yürütme kurulu parlamento içinden parlamenterler arasından seçilir ve parlamento tarafından göreve atanır ve bunun doğal sonucu olarak da parlamentonun takdiri ile de azledilebilir. Bu yönüyle parlamenter sistemle benzerlik arz etse de bazı hukukçular bakanların istifa yetkisinin dahi olmadığını ifade etmişlerdir. Hatta kimi anayasa hukukçularınca **istendiği zaman azledebilme yetkisi** meclis hükümeti sisteminin en belirgin özelliği olarak kabul edilmektedir.

-Dördüncüsü **meclis sürekli olarak çalışır**. Buna eski tabirle “*meclisin istimrarı*” denir. Yani parlamentonun sürekli, kesintisiz çalışması anlamına gelir. Sebebi de şudur; parlamento yasama işleri bakımından tatil yapabilse de Meclis içinden çıkan yürütme kurulunun böyle bir şansı yoktur çünkü devletin kamusal/idari hizmetlerinin kesintisiz sürdürülmesi gerekir.

-Beşinci olarak da **yürütme, parlamento üzerinde etki yaratabilecek hiçbir güce sahip değildir**. Fesih gibi bir yetkiye sahip olmadığı/olamayacağı gibi parlamentonun toplanmasını engelleme ya da

³ ÖZBUDUN; 1921 Anayasası, s. 52-55.; TEZİÇ; s. 499-500.; SAĞLAM; s. 143.; ANAYURT; s. 500-501.; EREN; s. 869-873.

çalışma takvimini etkileme gibi yetkilere de sahip değildir ve olamaz. Tabii bu durumun parlamenter sistem ile meclis hükümeti arasındaki en büyük benzemezlik olduğunu da ifade etmek gerekir.

Bu minvalde Meclis hükümeti sisteminin geçmişte ve günümüzdeki uygulamaları denince akla ilk gelen örnekler olarak İngiltere, Fransa, İsviçre ve 1920-1924 dönemi Türkiye Büyük Millet Meclisi sayılabilir. Geçmişte uygulanan örnekler olarak İngiltere'deki “Uzun Parlamento”⁴ dönemi, Fransa’da 1792-1795 (Milli Konvansiyon

⁴ I. Charles döneminde (1625-1649) Parlâmento, Krala ödenek vermeyi hep reddetmiştir. Bunun üzerine Kral Parlâmentoyu birkaç defa feshetmiş ama seçilen yeni Parlâmentolar her defasında Kral’a itiraz etmeye devam etmiştir. Neticede Kral Charles I, Parlâmento ile anlaşmak ve Parlâmentonun isteklerini kabul etmek zorunda kalmış ve 1628 yılında “Petition of Rights (Haklar Dilekçesi)”ı imzalamıştır. Bununla artık kimsenin Parlâmentonun kararı olmadıkça vergi ödemek zorunda olmadığı ilkesi bir kez daha ilân edilmiştir. Ancak Kral I. Charles 1629’da Parlâmentoyu tekrar feshetmiş ve 11 sene toplantıya çağırılmamıştır. Bu döneme “on bir tiranlık yılı (eleven years tyranny)” denir. Ancak mali zaruretler nedeniyle Kral, 1640 Nisanında Parlâmentoyu toplantıya çağırarak zorunda kalmıştır. Ve bir ay sonra da Parlâmentoyu tekrar feshetmiştir. Ne var ki Kralın İskoçya’da yenilmesi ve İskoçyalıların Kuzey İngiltere’yi işgale başlaması üzerine Kral Parlâmentoyu tekrar toplantıya çağırarak zorunda kalmıştır (Kasım 1640). Bu gerekçeyle toplantıya çağırılan Parlâmento, her yıl en az üç kere toplanma hakkını elde etmiş ve buna binaen 13 yıl süreyle, 1653 yılına kadar neredeyse dağılmadan çalışmalarına devam etmiştir. Bu nedenle bu Parlâmentoya “Uzun Parlâmento (Long Parliament)” ismi verilir. Konumuz açısından Uzun Parlâmentonun önemi şuradadır; Uzun Parlamento bu durumdan istifade ederek Kralın iki bakanını astırmış, kendi onayı olmaksızın konulan vergileri kaldırmış ve devlet hazinesi ile ordunun idaresini eline almıştır. Özetle neredeyse tüm yetkileri kendinde toplamıştır. Tabii Kral ve taraftarları buna razı olmamış bunun üzerine iç savaş çıkmıştır. İç savaş 1648 senesinde bitmiş ve Kral I. Charles bu savaşta yenilmiş. Parlâmento önünde kurulan bir mahkemede yargılanarak 30 Ocak 1649’da idam edilmiştir. İngiltere 1649-1653 arası Cromwell başkanlığında Cumhuriyet olarak, 1653’den 1658’e yani Cromwell’in ölümüne kadar da yine onun tarafından diktatörce yönetilmiştir. 1660’da II. Charles’ın tahta çıkışı ile İngiltere tekrar monarşiye dönmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Kemal Gözler; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt I), Ekin Yayınevi, Bursa, 2010, s.750-751.; Mehmet Ali Ağaoğulları (Editör); Sokratetes’ten

Dönemi) ile 1848 ve 1871 yıllarındaki Fransız Kurucu Meclisleri ve TBMM'nin ilk döneminde bu sistem benimsenmiştir. Günümüzde ise İsviçre Konfederasyon (Federal) Devleti'nin hükümet sistemi, Meclis Hükümeti sistemine benzetilmektedir.⁵

III. ANA HATLARIYLA İSVİÇRE'DE SİYASAL SİSTEMİN İŞLEYİŞİ

İsviçre tarihsel olarak bir konfederasyon olarak kurulmuş (1291) ve Anayasasının başlığı: “İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası”⁶ olsa da, esasen bir federal devlet olarak varlığını sürdürmektedir. İsviçre genel devlet yapısı itibarıyla; içişlerinde birbirinden bağımsız, ayrı ayrı anayasalara, meclislere ve hükümetlere sahip olan yirmi altı (26) kantondan oluşmaktadır (İsviçre Anayasası Madde 1, 3 ve 47). Bu yönüyle İsviçre, tipik bir federalizm örneğidir.

Avrupa kıtasının ortasında yer alan İsviçre'de Almanca, Fransızca, İtalyanca ve Romansça olmak üzere dört farklı resmi dil (İsviçre Anayasası m.4) kullanılmaktadır. Norveç ve İzlanda ile birlikte Avrupa kıtası sınırları dâhilinde olup da Avrupa Birliği üyesi olmayan üç devletten biridir. 1815 tarihli Viyana Kongresinden beri uluslararası tarafsızlık ilkesini benimsemiş İsviçre'nin Birleşmiş Milletler Örgütü'ne katılımı da oldukça yeni sayılabilecek bir tarih olan 2002 yılıdır.⁷

Jakoben'lere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2015 (6. Baskı), s. 429-430, 476-480.

⁵ GÖZLER; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt 1), s.563-565.

⁶ Bkz; <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en> (Erişim Tarihi 01.10.2022)

⁷ “Konfederasyonu'nun temeli, 1291 yılında Almanca konuşan üç bölge toplumu arasında yapılan Habsburg Hanedanına karşı dayanışmayı öngören anlaşma ile atılmıştır. Bu üçlü lige, daha sonra 5 kantonun katılmasıyla 1353'te oluşturulan Konfederasyonun üye sayısı 16. yüzyıl başlarında 13 kantona yükselmiş ve Konfederasyon Alman İmparatorluğuna karşı bağımsızlığını 1648 Vestfalya Barışı ile gerçekleştirmiştir. Fransız devrimini izleyen Fransız işgali sırasında 1798'de 19 kantonla Helvetia Cumhuriyeti kurulmuştur. Napolyon'un düşüşünün ardından 1815 yılında 22 kanton ile egemen devletler Konfederasyonu oluşmuş ve aynı yıl Viyana Kongresinde de tarafsızlığı

İsviçre hem kantonlara bölünmüş bir yapıda olduğu için hem de birçok farklı dil, kültür vb. grupları bir arada barındırdığı için homojen olmayan çok parçalı bir sosyo-politik vasata sahiptir. Ancak buna rağmen yüksek istikrarlı siyasal sistemler içinde gösterilmektedir. Çok etnikli, dilli ve dinli kısaca çok kültürlü/katmanlı bir topluma ve normalden çok daha fazla parçalanmış/atomize bir siyasi ortama sahip olan fakat tüm bunlara rağmen istikrarlı bir demokrasi işletebilen İsviçre'nin demokratik bir siyasal rejime sahip olduğuna kuşku yoktur. İsviçre demokrasisi, mevzu bahis çok kültürlü sosyo-politik yapıyı barış içinde bir arada ve istikrarlı bir biçimde yaşatabilmesi itibarıyla de; “oydaşmacı demokrasi” (consociational democracy) veya “müzakereci demokrasi” olarak adlandırılmaktadır.⁸

kabul edilmiştir. 1848 Anayasası ile bugünkü Konfederasyon kurulmuş, 1874'te ise 1990'lı yıllara kadar geçerliliğini korumuş olan Anayasa kabul edilmiştir. İsviçre 1909'da laikliği, 1912'de ise Medeni Kanunu kabul etmiştir. Her iki Dünya savaşında tarafsız kalmıştır. 1920 yılında Milletler Cemiyeti'ne üye olmuşsa da, 1938'de tam tarafsızlık gerekçesiyle ayrılmıştır. İsviçre 10 Eylül 2002 tarihinde Birleşmiş Milletlere üye olmuştur. ...

Ülke halen çok partili demokratik sistemle yönetilmektedir. Konfederal yapısı sonucu, devleti oluşturan 26 Kantonun her birinin ayrı anayasası, kanunları, hükümeti ve parlamentosu bulunmaktadır. Kantonlar ise komünlerden oluşmakta ve komün-kanton ve federal devlet olmak üzere üç seviyeli idareler İsviçre Konfederasyonunu teşkil etmektedir. Dış politika, güvenlik, gümrük politikası, para politikası ve ulusal alanın tümüne tatbik edilecek olan mevzuat Konfederal düzeyde ele alınmaktadır.

200 sandalyeli Ulusal Meclis ve 46 üyeli Kantonlar Meclisi'nden müteşekkil İsviçre Federal Parlamentosu'nun dört yılda bir düzenlenen olağan seçimleri son olarak 20 Ekim 2019 tarihinde düzenlenmiştir. Hükümet, 7 üyeli Federal Konseyden müteşekkil olup, seçimler sonrasında Parlamentoda temsil edilen siyasi partiler arasında uzlaşıyla göreve getirilen sürekli bir koalisyon görünümündedir. Konfederasyon Başkanı, Federal Konsey üyeleri arasından birer yıllık dönemlerle seçilmektedir. Başbakanlık makamı mevcut değildir.”. Bkz.; <https://www.mfa.gov.tr/ivsvicrenin-siyasi-gorunumu.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 01.10. 2022).

⁸ İsviçre'deki demokrasi anlayışı üzerine ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz.; Rıza Aslan; Demokratik Yönetim Sistemleri, Dora Yayınevi, Bursa, 2013, s. 280-285.; Aynı Yazarın; “Konkordanz Yönetim Sistemi: İsviçre”, Türkiye Tipi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Tartışmaları, (içinde),

İsviçre’de seçmenler, belirli aralıklarla temsilcileri seçip kenara çekilmemektedir. Seçmenler, temsilcileri seçmenin yanı sıra yönetimle ilgili kararların alınmasına da etki etmektedir. Bazı kantonlarında halen doğrudan demokrasi uygulanmaktadır. Özellikle yerel düzeyde (komünler/belediyeler) doğrudan demokrasi işlemektedir. İsviçre’de halk, çoğu zaman yerel kararların alınmasına doğrudan katılmaktadır. Ayrıca kantonal ve federal düzeyde de zaman zaman zorunlu veya ihtiyari referanduma başvurmak mümkündür. Kobach’ın⁹ ifadesiyle, “*İsviçre, siyasi yaşamın referandum etrafında döndüğü tek ülkedir.*”. İsviçre’de, anayasal sistemini kurduğu 1848 yılından bugüne, dünyadaki diğer ülkelerin hepsinin yaptığı referandumların toplam sayısından daha fazla referandum gerçekleştirildiği söylenebilir. Bogdanor,¹⁰ bu durumu, “*Referandumun yer aldığı iki dünyadan bahsedilecekse bunu İsviçre ve diğer ülkeler şeklinde ele almak gerekir.*” sözleriyle ifade etmektedir. Benzer bir şekilde Hamon;¹¹ “*eğer İsviçre olmasaydı “yarı doğrudan*

Editör Ömer Osmanoglu, Demokrasiyi Güçlendirme Derneği Yayını No:1, İstanbul, 2022, s. 103-105.; Ekin İlke Keleşoğlu; “Demokrasi Tartışmaları ve İsviçre’de 2011-2018 Yılları Arasında Gerçekleştirilen Referandumlar Bağlamında Modern Demokrasinin Doğrudan Katılım Aygıtları”, Yıldız Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, (Basılmamış) Yüksek Lisans Tezi, Tez Danışmanı Prof. Dr. Ester Ruben, İstanbul, 2018, s.8.; İlker Gökhan Şen; “Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar”, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayınlanmış ve Basılmış) Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Erdal ONAR, Eskişehir, Aralık 2010, s. 140-153. Bu eser aynı adla kitap olarak da Oniki Levha Yayıncılık tarafından 2013 yılında basılmıştır. Ancak baskısı tükenmiştir. Yasemin Gülbahar; “Karşılaştırmalı Elektronik Demokrasi: İspanya ve İsviçre Örneği”, Tarsus Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, (Basılmamış) Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Tuğba Aydın Halisoğlu, Tarsus, 2022, s. 18-19, 21.

⁹ Kobach, Kris W.; “Switzerland,” Referendums Around the World: The Growing Use of Direct Democracy, Eds.: David Butler and Austin Ranney. New York:Macmillan,1994, s.98’den (aktaran) ŞEN; s.140.

¹⁰ Bogdanor, Vernon; “Western Europe”, Referendums Around The World: The Growing Use Of Direct Democracy, Eds.: David Butler ve Austin Ranney, New York:Macmillan, 1994, s.25’den (aktaran) ŞEN; s. 140.

¹¹ Hamon, Francis; Le référendum: étude comparative, Paris :LGDJ, 1995, s. 99’dan (aktaran) ŞEN; s. 140.

demokrasi” kavramı bir ütopyadan ibaret olurdu” saptamasını yapmaktadır. Bu minvalde İsviçre sisteminin en önemli başarısının; “vatandaşların hoşnutsuzluk ve protestolarını rahatlıkla ifade edebildikleri kanalları sunmuş olması, yüksek seçmen tatminini sağlaması ve İsviçre kolektif kimliğini oluşturmadaki katkısı” olduğu söylenebilir.¹²

Halkın siyasi inisiyatif (halk girişimi) alabilmesi sayesinde sistem dışında kalanlar/kaldığını düşünenler, sisteme başkaldırmak yerine, isteklerini dile getirebildikleri halk girişimlerini başlatmak suretiyle siyasi katılımlarını gerçekleştirebilmektedirler. Bu da İsviçre siyasal sistemini medenileştirerek istikrara kavuşturmuştur¹³. İsviçre’deki doğrudan demokrasinin ayırt edici özelliği, mevcut siyasi iktidarın halkoylamasını başlatma sürecinde söz sahibi olmamasıdır. Günümüzde İsviçreli seçmenler, federal düzeyde her yıl yaklaşık 6-12 arası soruya muhatap olmaktadır. Bunlar farklı soruların birleştirilerek sorulduğu 2 veya 4 ayrı halkoylamasında gerçekleşmektedir. Bundan başka kantonlar ve komünler düzeyinde de çok sayıda halkoylaması gerçekleşmektedir¹⁴. Nitekim İsviçre tipi demokrasiye müzakereci demokrasi denmesi de bu sebeplerden dolayıdır. Ayrıca bu sistemde seçim barajı uygulanmamakla beraber yukarıda izah edilmeye çalışılan demokrasi modeli sayesinde siyasi istikrar da korunabilmektedir.

İsviçre Konfederasyonundaki hükümet sistemi, bazı uygulamalarıyla parlamenter hükümet sistemine (yürütme erkinin yasama erki tarafından atanması) diğer uygulamalarıyla da başkanlık sistemine (yasama erkinin azil, yürütme erkinin de fesih yetkisinin olmaması) benzemektedir. Ancak her iki yönetim sisteminden de farklıdır ve bir nevi karma sistem özelliği göstermektedir.¹⁵ Nitekim kendine özgü bir siyasi

¹² Schmidt, Manfred G.; “Political Performance and Types of Democracy: Findings From Comparative Studies”, European Journal of Political Research, Vol. 41: 147– 163, 2002 s. 157’den (aktaran) ŞEN; s. 150.

¹³ Schmidt, Political Performance and Types of Democracy, s. 157 ile Trechsel ve Kriesi, Op.cit., s. 204’den (aktaran) ŞEN; s. 150.

¹⁴ ŞEN; s. 150.

¹⁵ Trechsel, Alexandre H.; Kriesi, Hanspeter; “Switzerland: The Referendum And Initiative as a Centerpiece of The Political System”, The Referendum Experience in Europe Eds.:Michael Gallagher ve Pier Vincenzo Uleri, London/New-York: Macmillan/ St james,1996, s. 204’den (aktaran) ŞEN; s. 150.

iktidar (hükümet/yürütme erki) anlayışına sahip olan İsviçre’de, aşağıda ayrıntılarıyla izah edileceği üzere anayasal zorunluluk gereği, Mecliste en yüksek sayıda sandalyeye sahip dört siyasi parti yürütme erkini kullanmaktadır. Federal yargı organında görev yapacak yargıçları da bizzat İsviçre Parlamentosu seçmektedir. Erkler arası ilişkinin böylesi girift bir nitelik taşımaya rağmen istikrarlı bir yönetime sahip olmasını ise hükümet sistemi ile siyasi rejim (müzakereci/oydaşmacı demokrasi) arasındaki uyuma bağlayabiliriz. Ayriyeten tüm bu farklılıkların uyumlu ve istikrarlı bir biçimde sürdürülmesi daha demokratik ve daha geniş katılımı öngören bir yönetim anlayışının yerleşmiş olmasından kaynaklanmaktadır ki bu anlayışa da “Konkordanz”¹⁶ yönetim anlayışı denmektedir.

Bu anlayışa göre İsviçre’de müzakereci veya konsensusçu (oydaşmacı) demokrasi gereği kazanan ve kaybeden taraflar olmamakta ve birbirinden farklı dört etnik grup, dört farklı dil bir arada tutulabilmektedir. 1848 Anayasası ile uygulanmaya başlanan Konkordanz yönetim anlayışıyla herhangi bir etnik gruba, kültüre, dile ve dine öncelik verilmemiştir. Tüm kantonlarda yaşayan insanlara hangi kökene ve dine ait olurlarsa olsunlar eşit haklar tanınmıştır. Protestanlar, Katolikler, aşırı dinciler, muhafazakârlar, liberaller, federal merkezin güçlü olmasını savunanlar ile kantonların daha fazla yetkili olmasını talep eden çevreler arasında ortak prensipler oluşturulmuştur. 1918 yılında revize edilen 1848 Anayasası ile tüm halklara Federal Meclisi oluşturan Ulusal konsey ile Kantonal Konseyde ve Federal yargı organlarında nüfus oranlarına göre katılma hakları tanınmıştır. Böylece azınlıklar da dâhil tüm toplulukların siyasi sistemi şekillendirebilme ve yönetimde etkin olabilme imkânına kavuşması sağlanmıştır. Özetle İsviçre’de yaşayan halklar ve diğer gruplara, siyasi sistemin asli unsurları olarak bakılmaktadır. Bu minvalde diğer demokratik yönetim sistemlerinde olduğu gibi çoğunluk- azınlık, iktidar- muhalefet yapılanması yerine müzakere ve uzlaşma sonucu oluşmuş iktidarın yönetmesi de tabii bir sonuç olmuştur.¹⁷

¹⁶ Concordans; Latince kökenli bir kelime olup uyumlu, ahenkli, uygun, uyuşmak gibi anlamlara gelmektedir. Konkordanz Yönetim Biçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; ASLAN; “Konkordanz Yönetim Sistemi: İsviçre”, s. 103-116.

¹⁷ ASLAN; “Konkordanz Yönetim Sistemi: İsviçre”, s. 104-105. İsviçre’de uygulanan hükümet sisteminin hem temsilde adaleti hem de yönetimde

Netice itibariyle bu sistemin tamamen İsviçre'ye özgü olduğunu unutmamak lazım gelir. Nitekim erkler arasındaki ilişkiler dikkate alındığında mevcut hükümet sisteminde benimsenen siyasi rejime direktuvar/kantonal rejim¹⁸ de denmektedir. Ancak bu tip bir rejim-hükümet sisteminin İsviçre dışında başka bir ülkede de kalıcılık kazanamadığı aşikârdır. Doktrinde bu sistemin ancak olağanüstü dönemlerdeki geçiş süreci için uygun olduğu ve tüm yetkiler Mecliste görünse bile, esasen tek kişinin veya grubun iktidarını maskeleyen yapıya, dolayısıyla diktatörlüğe dönüşmeye en müsait bir sistem olduğu da ayrıca dile getirilmiştir¹⁹.

IV. İSVİÇRE'DE YASAMA ERKİ

Öncelikle, yasama erkini kullanan İsviçre Parlamentosu'nun nasıl oluştuğu dolayısıyla seçim sistemine ilişkin bilgi verilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Buna göre seçimlere ilişkin olarak şu hususları tespit edebiliriz. Seçimlerde 18 yaşını doldurmuş her İsviçre vatandaşı seçme ve seçilme hakkına sahiptir. Ayrıca İsviçreli seçmenler geniş siyasi haklara sahiptir. Şöyle ki; kayıtlı seçmenler, inisiyatifleri ve referandumları başlatma veya imzalama hakkına sahiptir. Yılda üç ila dört kez siyasi konularda oy kullanabilirler ve her dört yılda bir Federal Meclis üyelerini seçerler. Ayrıca kanton meclisleri ve hükümetleri de

istikrarı sağladığına dair ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.; Furkan Çirkin; Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Işığında Seçim Sistemleri, Hükümet Biçimleri Ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasal Düzeni, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Basılmamış) Yüksek Lisans Tezi, Tez Danışmanı Prof. Dr. Hüseyin Özcan, İstanbul, 2019, s. 89-102.

¹⁸ Ahmet Ağaoglu; Hukuk-ı Esasiye Ders Notları, (1926-1927), Hazırlayan, Notlandırılan ve Latinize Eden Boğaç Erozan, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 289.

¹⁹ Nitekim Fransa'da ihtilalin (1789) hemen ardından, Türkiye'de de İstiklal Savaşı döneminde uygulanabilmesi bu durumu teyit eden olgulardır. Ayrıca Sovyetler Birliği döneminde "Doğu Bloku" ülkelerinde uygulanan sistemin de Meclis Hükümeti sistemine benzediği ifade edilmiştir. Ancak burada da esas yetki "Yüksek Sovyet" denen parlamentoda değil Komünist Partinin (tek parti) de "Politbüro"sunda idi. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Hüseyin Nail Kubalı; Devlet Ana Hukuku Dersleri, Kenan Matbaası, İstanbul, 1945, s.636-638.; GÖZLER; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi-I, s. 565.

doğrudan halkın oyuyla seçilirler. İsviçre'de seçim barajı yoktur ve seçmenler sandığa gittiklerinde oldukça geniş tercih haklarına sahiptirler. Seçmenler tercihlerini; partilerin hazırlamış olduğu bir listeyi kabul ederek ya da partilerin hazırlamış olduğu listeyi değiştirerek ortaya koyarlar. Veyahut boş liste alıp istedikleri adayın ve partinin ismini elle doldurmak suretiyle oylarını kullanırlar. Seçim sistemi olarak genellikle çoğunluk sistemi ondan sonra da nisbî temsil sistemi esas alınarak uygulama yapılmaktadır. Oy sayım yöntemi ise **D'hondt seçim yöntemine** göre yapılmaktadır. Bu arada şunu da eklemek icap eder ki Avrupa'da, kadınlara seçme ve seçilme hakkını en geç tanıyan (1971) ülke İsviçre olmuştur. Ayrıca İsviçre'de milletvekilleri maaş almamaktadır. Sadece katıldıkları oturumlara göre ödenek alabilmektedirler. Bu nedenle hem kendi özel işlerinde veya memur oldukları kurumlarda çalışmakta hem de milletvekilliği yapabilmektedirler.²⁰

İsviçre'de devlet yapılanmasının bir federasyon olarak teşekkül ettiğini yukarıda ifade etmiştik. Bu federasyon günümüzde 26 kantondan oluşmakta, bunların 20'si **tam kanton**, 6'sı ise **yarım kanton** statüsüne sahip bulunmaktadır. Ancak yarım kantonlar da tam kantonlar gibi tüm anayasal yetkilere sahiptir (İsviçre Anayasası Madde 1, 42-47). Ayrıca en küçük idari/siyasi birim olarak da İsviçre'nin siyasi ve idari yaşamında doğrudan demokrasinin uygulanabilirliğini sağlamak rolünü en fazla oranda üstlenmiş olan **komünler (belediyeler)** mevcuttur (Anayasa Madde 50). Bu itibarla komünlerin yerine getirdiği işlev, demokratik siyasal sistem bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Günümüzde yaklaşık ikibin üçyüz (2300) komün vardır. Normalde şehirler ve büyük kasabalar komün olarak kabul edilir. Bu komünlerin, yaklaşık beşte birinin kendi yerel parlamentoları vardır. Beşte dördü ise kararlarını, oy hakkı olan tüm sakinlerin katılabildiği **Komünal Meclis'te** doğrudan vermektedir. Bu komünlerdeki sakinler esas itibarıyla kendileri için karar verecek temsilcileri seçmezler, kararları kendileri verir ve bunları uygulayacak bir ortak yönetici seçerler. Konfederasyon ve ilgili kantonlar tarafından komünlere verilen görevlere ek olarak (örneğin; komün sakinlerinin ikamet düzenini kontrol etmek veya bir sivil savunma birimi düzenlemek gibi), komünlerin ayrıca kendi

²⁰ ASLAN; Demokratik Yönetim Sistemleri, s. 288.; ASLAN; "Konkordanz Yönetim Sistemi: İsviçre", s. 106.; KELEŞOĞLU; s.25-27.

sorumluluk alanları vardır. Örneğin; okullar, sosyal yardım organizasyonları, enerji kaynakları, yollar, yerel planlama ve yerel vergilendirme konuları bunların başında gelmektedir.²¹

İsviçre’de federal düzeydeki yasama organı; **Federal Meclis**’tir. Federal Meclis, federasyon uygulamasına uygun olarak ikili bir yapıya sahiptir. Genellikle federal devletlerde görüldüğü gibi bu meclislerden biri nüfus esasına dayalı olarak halkı temsil ederken, diğeri alt devlet birimlerinin (federe/eyalet/kanton) eşit temsili esasına dayanır. Buna göre İsviçre’de Meclislerin ilkini kanton halklarının nüfus esasına göre temsil edildiği **Ulusal Konsey** oluşturur. Federal Meclisin bu kanadı iki yüz (200) üyeye sahiptir. Nüfus artsa da temsilci sayısı sabittir. Dolayısıyla nüfus yoğunlukları yüksek kantonlar daha fazla, nüfus yoğunlukları az olan kantonlar ise daha az milletvekili çıkarmaktadır. Ulusal konsey üyeleri dört yılda bir yapılan seçimlerle göreve gelmektedir. Anayasaya göre nüfusuna bakılmaksızın her kantonun en az bir milletvekili ile Ulusal Konsey’de temsil edilmesi zorunludur.²²

Federal Meclis’in ikinci kanadını oluşturan **Kantonal Konsey/Devletler Konseyi** ise kantonların eşit temsili sağlayan meclistir. Toplam kırk altı (46) üyeye sahiptir. Dört yılda bir yapılan seçimlerde Kantonal Konseye her tam kanton iki, yarım kantonlar ise birer temsilci göndermektedir.²³

Yasama organı olan Federal Meclis’in;

- Hükümeti (Federal Konsey) seçmek ve denetlemek,
- Federal yargıçların seçimlerini ve atamalarını gerçekleştirmek,
- Kanun yapmak,
- Savaş zamanında orduya komutanlık yapacak generalleri atamak,

²¹ <https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/federalism/> (Erişim Tarihi: 15.10.2022).

²² <https://www.parlament.ch/en/organe/national-council>, (Erişim Tarihi: 15.10.2022).

²³ <https://www.parlament.ch/en/organe/council-of-states>, (Erişim Tarihi: 15.10.2022).

- Savaş ve barış ilan etmek ve af yetkilerini kullanmak gibi **görevleri vardır.**²⁴

Federal Mecliste kararlar, Ulusal Konsey ve Kantonal Konsey üyelerinin kendi içlerinde ayrı ayrı oylama yapmaları şeklinde alınmaktadır. Karar yeter sayısı her iki mecliste de **salt çoğunluktur**. Ancak yürütme ve yargı erkini kullanacak organların oluşumunda yani Federal Konsey üyeleri ile Federal Mahkeme üyelerinin seçimi gibi durumlarda bu iki meclis “birleşik toplantı”²⁵ yapıp birlikte karar almaktadır.²⁶

İki meclisin üyeleri, yılda dört kez gerçekleşen parlamento oturumları sırasında düzenli olarak bir araya gelirler. Her toplantı dönemi üç hafta sürer. Ayrıca birkaç gün süren özel oturumlar da düzenlenebilir. Milletvekilleri de çalışmalarının önemli bir kısmını meclis komisyonlarında oturum dönemleri dışında yürütürler. Komiteler, farklı siyasi gruplardan gelen parlamenterlerden oluşur ve oturumlar sırasında iki Meclise sunulacak teklifler hazırlanır.²⁷

Ayrıca her Kanton’un kendi parlamentosu da mevcuttur. Parlamento üye sayısı kantondan kantona değişiklik göstermekle beraber genellikle kantonun nüfusu ile orantılıdır. Günümüzde Appenzell Innerrhoden parlamentosunun elli (50) üyesi varken Zürih parlamentosunun yüz seksen (180) üyesi vardır. Federal Meclis gibi, tüm kanton parlamentoları da halkın seçimi ile seçilmiş temsilcilerden oluşur.

²⁴ Aynı kaynak.

²⁵ <https://www.parlament.ch/en/organe/united-federal-assembly> (Erişim Tarihi: 23.10.2022).

²⁶ Birleşik Federal Meclis, yürütmenin yedi üyesini (Federal Konsey), Federal Şansölyeyi (bir nevi başbakan ama Federal Konseydeki bakanlık idari teşkilatlarının genel koordinatörlüğü görevini yerine getirir) ve Federal mahkemelerin üyelerini (Federal Yüksek Mahkeme, Federal Ceza Mahkemesi, Federal İdare Mahkemesi ve Federal Patent Mahkemesi) seçer. 2011'den bu yana, Birleşik Federal Meclis ayrıca İsviçre Başsavcısı, İsviçre Başsavcı Yardımcısı ve Başsavcılık Denetleme Kurumu üyelerini de seçmektedir. Bir savaş tehdidi varsa, Birleşik Federal Meclis ayrıca İsviçre silahlı kuvvetlerinin genel komutanını da seçer. Bkz.; <https://www.ch.ch/en/political-system/parliament/swiss-parliament/>, (Erişim Tarihi: 23.10.2022).

²⁷ <https://www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/sessions>, (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

Federal Meclis milletvekilleri için geçerli olan parlamento görevlerini yerine getirirken başka bir görev veya iş üstlenmelerinin mümkün olması kuralı, kanton meclisi milletvekilleri için de geçerlidir.²⁸

Kanton Konsey üyeleri (milletvekilleri), genellikle ayda bir olmak üzere düzenli, planlanmış toplantılar yaparlar. Bu toplantılar ve tutanakları genellikle halka açıktır. Ayrıca, parlamento üyeleri sorunları analiz etmek ve yapılacak işleri parlamentoda tartışmaya açmak için veya kanton hükümetine sunulacak raporları hazırlamak için geçici komiteler (ulaştırma komitesi, finans komitesi vb.) oluştururlar. Kanton Parlamentoları parlamento toplantılarına başkanlık etmek üzere her yıl üyelerinden birini başkan olarak seçer.²⁹

Kanton parlamentolarının görevlerini ise şöyle sıralayabiliriz;

- Kanton mevzuatını kabul veya reddetmek veya değiştirmek,
- Vatandaşlar, komünler veya parlamento üyeleri tarafından sunulan girişimler ve dilekçeler hakkında karar vermek,
- Kanton hükümeti tarafından sunulan kanton bütçesini kabul etme ve harç ve vergilerin alınmasına izin verme,
- Kanton hükümetinin faaliyetlerini denetlemek.³⁰

İsviçre’de kanun yapım süreci de kendine mahsus bir usulle yapılır. Tüm seçmenlerin halk girişimi başlatabilme yetkisi Anayasanın 136. Maddesi ile düzenlenmiştir. İsviçre Anayasası, “Halk İnisiyatifi/Girişimi” ve “Referandum” uygulamalarını ise 138 ila 142. Maddeleri arasında düzenlemiştir. Federal Anayasa değişiklikleri, uluslararası güvenlik örgütlerine veya uluslararası topluluklara katılım, Anayasa hükmüne dayanmayan ve geçerlilik süresi bir yılı aşan olağanüstü federal kanunlar, anayasa değişikliğine matuf halk girişimleri zorunlu referandumun konusunu oluşturur (Anayasa M.140). Zorunlu

²⁸ <https://www.ch.ch/en/political-system/cantons/cantonal-parliament:-role-and-composition/#composition-of-the-cantonal-parliament>, (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

²⁹ <https://www.ch.ch/en/political-system/cantons/cantonal-parliament:-role-and-composition/>, (Erişim Tarihi: 26.10.2022).

³⁰ <https://www.ch.ch/en/political-system/cantons/cantonal-parliament:-role-and-composition/#the-main-tasks>, (Erişim Tarihi: 26.10.2022).

olmayan referandumlar ise federal yasalar, geçerlilik süresi bir yılı aşan olağanüstü federal yasalar; Anayasanın veya kanunun gerektirdiği şekilde çıkarılmış federal kararname ve uluslararası anlaşmalara yönelik halkoylamalarıdır (Anayasa M.141).

Bakanlar, milletvekilleri, siyasi partiler yanında sivil toplum örgütleri de kanun teklifi sunabilirler. Sunulan teklifler Federal Meclis Başkanı tarafından hükümete iletilir. İlgili bakan da teklifi sunan kişiyi, siyasi parti temsilcilerinin ve bakanlık bürokratlarının da katıldığı ortak bir komisyonda bir araya getirir ve yapılan çalışmalar sonunda sunulan teklif uygun bir şekilde formüle edilip Federal Konseye (bakanlar kuruluna) sunulur. Bakanlar kurulu uygun bulduğunda teklif kanton yönetimlerine, parti yöneticilerine, sivil toplum kuruluşlarına ve baskı gruplarına iletilir. Böylece kanun taslaklarına tüm kesimlerin dikkati çekilerek önerilerde bulunmaları beklenir. Daha sonra teklifler hakkında gelen düzeltme önerileri ve eklemeler de dikkate alınarak kanun teklifine son şekli verilir. Hazırlanan teklif daha sonra bir hükümet yetkilisi aracılığıyla Federal Meclis Başkanlığına oradan da Ulusal Konsey ve Kantonal Konsey başkanlıklarına teslim edilir.³¹

Kanun önerilerinin değerlendirilmesi aşamasında her iki konsey eşit yetkiye sahiptir. Teklifler her iki mecliste de ayrı ayrı oylanıp kabul edilirse (salt çoğunluk) kanun teklifi resmi gazetede yayınlanıp yürürlüğe girmektedir. Ancak süreç burada bitmez. Federal Meclis'te kabul edilen yasa resmi gazetede yayınlanır ve yüz (100) gün askıda tutulur. Yüz gün zarfında tüm İsviçreli vatandaşlar bu kanunu görüp tartışabilir ve sonuçta yüz gün içinde elli (50) bin karşı imza toplanmadığı veya sekiz kanton karşı çıkmadığı takdirde kanun yürürlüğe girmiş olur. Yok eğer yüz gün içinde elli bin karşı imza toplanır veya sekiz kanton karşı çıkarsa, kanun halkoylamasına yani referanduma tabi tutulur referandum sonunda kanun halk tarafından basit çoğunlukla kabul edilirse yürürlüğe girer reddedilirse geçerliliğini yitirir.³²

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.; ASLAN; Demokratik Yönetim Sistemleri, s.301-305.; <https://www.ch.ch/en/political-system/international-laws/how-do-you-make-a-law/#how-is-agreement-reached-on-a-new-law>, (Erişim Tarihi: 30.10.2022).

³² ASLAN; Demokratik Yönetim Sistemleri, s.301-305.

V. İSVİÇRE’DE YÜRÜTME ERKİ

Federal Konsey, İsviçre Anayasasına göre Konfederasyonun en yüksek yönetim ve yürütme organıdır (Madde 174). İsviçre Anayasasının 174 ila 187. Maddeleri arasında yürütme erkinin seçimi ve görevleri düzenlenmiştir³³. Anayasanın 175. Maddesine göre; Federal Konseyin yedi üyesi vardır. Federal Konsey üyeleri, Ulusal Konsey için yapılan her genel seçimin ardından Federal Meclis tarafından seçilir. Dört yıllık bir görev süresi için seçilirler. Ulusal Konseye seçilme hakkı olan herhangi bir İsviçre vatandaşı Federal Konseye seçilebilir. Federal Konsey üyeleri seçilirken, ülkenin çeşitli coğrafi ve dilsel bölgelerinin uygun şekilde temsil edilmesini sağlamak için özen gösterilmelidir.

Federal Konseyin seçim prosedürüne göre; Federal Mecliste birden fazla turla ve gizli oylama ile oy kullanılır. Federal Konsey’in görevdeki üyeleri, görevdeki sürelerine bakılmaksızın yeniden seçilmek için aday olabilirler. Federal Konseye seçilme hakkı olan herhangi bir kişi ilk iki tur oylamada gerekli oyu alabilenidir. Alamazsa üçüncü turdan itibaren yeni başvuru kabul edilmez sadece ilk iki turda oy alanlar oylamaya katılabilir. Hiçbir aday mutlak çoğunluğu sağlayamazsa (yani kullanılan geçerli oyların yarısından fazlası/salt çoğunluk), en az oyu alan kişi bir sonraki turda elenir. Oylama süreci, adaylardan birisinin oyların salt çoğunluğunu alana kadar tekrarlanır ve bunun sonucunda seçildiği ilan edilir. Üye seçiminin tamamlanmasının ardından Federal Konsey üyesi 7 kişi arasından gelecek yıl için İsviçre Konfederasyonu başkanı ve başkan yardımcısı görevini üstlenecekler seçilir. Parlamento her yıl Aralık ayında yedi federal meclis üyesi arasından bir yıllık görev süresi için İsviçre Konfederasyonu Başkanını ve yardımcısını seçmek zorundadır.³⁴

Federal Konsey yani **yürütme organı** üyeleri (bakanlar) seçilirken, Federal Meclis’teki milletvekili sayısına göre ilk dört büyük parti ortaklaşa karar verir. Seçimlerden başarıyla çıkmış ilk üç büyük parti ikiyeşer bakan, dördüncü parti ise bir bakan seçerek hükümeti oluşturur. 1959 yılından itibaren hükümetler, “zauberformel” (sihirli

³³ Bkz; <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en> (Erişim Tarihi 01.11.2022)

³⁴ <https://www.admin.ch/gov/en/start/federal-council/election-federal-council.html>, (Erişim Tarihi: 01.11.2022).

formül) adı verilen bir yönteme göre oluşturulmaktadır. Bu formülü 1959 yılında Hıristiyan Demokratlar Partisi (CVP) başkanı *Martin ROSENBERG* önermiş ve böylece hayata geçirilmiştir³⁵. Özetle yürütme organı olan Federal Konseyin 7 sandalyesi 2+2+2+1 şeklinde, en çok desteğe sahip dört büyük siyasi parti arasında paylaşılır. Günümüzde bu partiler, Radikal Liberal Parti (FDP), İsviçre Halk Partisi (SVP), Sosyal Demokrat Parti (SP) ve Merkez (Sağ) Parti³⁶ (MİTTE) şeklindedir³⁷. İlk dört büyük partinin gösterdiği adaylardan seçilen yedi bakan, Federal Mecliste tek tek oylanarak seçilmektedir. Bakan seçilebilmek için Meclisin en az yarısının onayı gerekir. Parti liderleri tarafından önerilen adaylar meclis içinden veya dışından olabilir. Bakan olarak atananlar gensoru mekanizmasıyla yani güvensizlik oyu verilerek düşürülemezler. Ancak bakan olan kişinin milletvekilliği düşmektedir. Federal Konsey üyeleri, Konfederasyon veya bir kantonun hizmetinde başka bir görevde bulunamazlar; bu nedenle seçimlerinin ardından diğeri görevlerinden ayrılmaları gerekir. Milletvekillerinin tersine maaş alırlar. Federal konsey, meclisin her iki kanadı tarafından da denetlenir.³⁸

Federal Konsey yani hükümette bir başkan veya bir başbakan yoktur. Devlet başkanlığı görevini (devletin temsili anlamında) birer yılla sınırlı olmak kaydıyla sırasıyla Federal Konseyi oluşturan yedi bakanın biri üstlenmektedir. Başkan yardımcılığını ise yine bir diğeri bakan üstlenmektedir. Şunu da ilave etmek lazım gelir ki devlet başkanı görevini üstlenen bakan, yetkileri bakımından diğeri bakanlardan farksızdır ve onların üstü sayılmaz. O sadece bir yıl boyunca eşitler

³⁵ ASLAN; Demokratik Yönetim Sistemleri, s.313.

³⁶ Merkez (Almanca : *Die Mitte* ; Fransızca : *Le Center*) veya Alliance of Center (İtalyanca : *Alleanza del Centro* ; Romansh : *Allianza dal Center*) İsviçre'de bir merkez sağ siyasi partidir . İsviçre Hristiyan Demokrat Halk Partisi (CVP) ile İsviçre Muhafazakar Demokrat Partisi'nin (BDP) birleşmesiyle kuruldu . 1 Ocak 2021'de tarafların resmi birleşmesini takiben Ulusal Konsey'de 200 sandalyeden 28'ine, Kantonal Konsey'deki 46 sandalyenin 13'üne sahiptir. Viola Amherd , partinin Federal Konseydeki temsilcisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz.; [https://en.wikipedia.org/wiki/The_Centre_\(political_party\)](https://en.wikipedia.org/wiki/The_Centre_(political_party)), (Erişim Tarihi: 02.11.2022)

³⁷ <https://www.admin.ch/gov/en/start/federal-council/members-of-the-federal-council.html>, (Erişim Tarihi: 02.11.2022).

³⁸ ASLAN; Demokratik Yönetim Sistemleri, s.310-314.

arasında birincidir (primus inter pares). Bir yıl süren devlet başkanlığı ve yardımcılığı görevleri her yıl sonbaharda sona erer. Çalışma döneminin başlamasıyla Federal Meclis bakanlar arasından bir sonraki yıl için yeni devlet başkanı ve yardımcısını seçer. Yeni devlet başkanlığına bir yıl boyunca başkan yardımcılığını yürütmüş olan kişi getirilir. Onun yardımcılığına ise diğer bakanlardan (önceki yıl başkanlık yapmış olan hariç) herhangi birisi atanır.³⁹

Konkordanz yönetim sisteminde hükümette kararlar kolejyal (mesleki dayanışma prensibi) usulle alınır. Yani kararlar ortak bir kurulda tartışılarak ama sonunda uzlaşmayla alınmaktadır. Maliye, ekonomi, çevre, işçileri, dışişleri, adalet ve savunma alanlarındaki yedi idari birim bakanlıkları oluşturmaktadır.⁴⁰

İsviçre’de yürütme erkini kullanan Federal Konsey’in en büyük yardımcısı anayasal bir kurum olan Federal Başbakanlıktır (Anayasa Madde 179). Federal Konseyin personel/idari ofisi olarak **Federal Başbakanlık (Federal Şansölye)**, hükümetin toplantılarını düzenler ve kararlarını bildirir ve resmi metinleri yayınlar. Federal Başbakanlık, siyasi hakların garantörüdür ve federal seçimlerin ve halkoylamalarının adil yapılmasını sağlar. Federal Şansölyelik (FCh), Federal Konseyin personel ve idari dairesidir ve hükümetle; idare, parlamento ve halk arasında “iletişim ve etkileşim” görevi görür.⁴¹

Federal Başbakanlık’ın Görevleri;⁴²

- Federal Konsey toplantılarının hazırlanmasından, yürütülmesinden ve gerekli takip çalışmalarının yapılmasından sorumludur.

- Hükümet kararları ve görüşleri hakkında medyaya ve halka yönelik iletişim faaliyetlerini koordine eder.

³⁹ ASLAN; Demokratik Yönetim Sistemleri, s.314-320. Ayrıca bkz.; <https://www.admin.ch/gov/en/start/federal-presidency/tasks-federal-presidency.html>, (Erişim Tarihi: 10.11.2022).

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.; <https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts/> (Erişim Tarihi: 12.11.2022).

⁴¹ <https://www.admin.ch/gov/en/start/federal-chancellery>, (Erişim Tarihi: 22.11.2022).

⁴² <https://www.admin.ch/gov/en/start/federal-chancellery/tasks.html>, (Erişim Tarihi: 22.11.2022)

- Federal Şansölyelik, halkı genel olarak siyasi hakları ve federal oylarla ilgili konular hakkında bilgilendirir. Vatandaşların siyasi haklarını kullanabilmelerini ve federal seçimlerin ve halkoylamalarının doğru ve adil bir şekilde yapılmasını sağlar. Seçimlerin sorunsuz geçmesini sağlar ve sonuçları yayımlar.

- Resmi metinleri yayımlar ve resmi dilsel hizmetleri sunar ve Federal İdarenin dijital dönüşüm sürecini yönetir.

Federal hükümetin aksine, **26 kantonun hükümet üyeleri doğrudan halk tarafından seçilir.** Kanton seçimleri, beş yılda bir yapılan Fribourg, Vaud, Geneva ve Jura kantonları ve her yıl seçimlerin yapıldığı Appenzell Innerrhoden kantonu dışında, genellikle dört yılda bir yapılır. Kanton hükümetlerinin üye sayısı, kantona bağlı olarak 5 ile 7 arasında değişmektedir. Kanton hükümetleri genellikle çoğunluk sistemiyle seçilir. Ticino'daki konsey nispi temsil sistemiyle seçilirken, Bern kantonunda bir sandalye Bernese Jura'dan (Bern'deki Fransızca konuşan azınlığı temsil etmek üzere) bir üyeye ayrılmıştır.⁴³

VI. İSVİÇRE'DE YARGI ERKİ

İsviçre'de yargı erkinin oluşumunu kısaca değerlendirilecek olursa şunları söyleyebiliriz. **Federal düzeydeki yargı organları;** Federal Yüksek Mahkeme ki, İsviçre'nin en yüksek mahkemesidir. Federal düzeydeki yargısal işlevleri yerine getirir. Federal Ceza Mahkemesi, Federal İdare Mahkemesi ve Federal Patent Mahkemesi, federal düzeydeki diğer yüksek mahkemelerdir.⁴⁴

Federal Yüksek Mahkeme (Supreme Court); İsviçre'deki en yüksek yargı merciidir. Federal Yüksek Mahkeme, vatandaşlar, kantonlar, vatandaşlar ve devlet arasındaki ve ayrıca Konfederasyon ile kantonlar arasındaki hukuki anlaşmazlıklarda son sözü söyler. Kantonal Temyiz Mahkemelerinin, Federal Ceza, İdare ve Patent Mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan tüm temyiz başvurularında nihai karar merciidir. Mahkeme, münferit davalarda İsviçre federal yasalarının doğru bir

⁴³ <https://www.ch.ch/en/votes-and-elections/elections/election-of-cantonal-governments:-when-and-how/>, (Erişim Tarihi: 25.11.2022).

⁴⁴ <https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts/>, (Erişim Tarihi: 26.11.2022).

şekilde uygulanmasını ve Anayasa'da yer alan temel hakların korunmasını sağlar.⁴⁵

Federal Yüksek Mahkemenin otuz sekiz (38) tam-zamanlı çalışan üyesi vardır: Federal yargıçlar, yargı komisyonunun önerisi üzerine Birleşik Federal Meclis (Ulusal Konsey ve Eyaletler Konseyi) tarafından altı yıllık (6) bir süre için seçilirler. Altmış sekiz (68) yaşına kadar yeniden seçilebilirler. Federal düzeyde oy kullanma hakkı olan herkes seçilebilir; yasal düzenlemede herhangi bir eğitim düzeyi zorunlu tutulmamıştır. Ancak uygulamada, yalnızca yargıç, avukat, idareci veya üniversitelerden kendini kanıtlamış hukukçular arasından seçim yapılır. Bunların on altısı (16) kadın ve yirmi ikisi de (22) erkektir. Ayrıca on dokuz (19) yarı-zamanlı yargıç vardır. Bunlardan ikisi (2) İtalyan, altısı (6) Fransız ve on biri (11) Almandır. On (10) yarı zamanlı yargıç kadındır. Yarı zamanlı hâkimler, Federal Mahkeme'deki çalışmalarını yarı zamanlı olarak yürütürler ancak profesör, avukat veya kanton hâkimi olarak ise tam zamanlı olarak çalışırlar. Genellikle, hazır bulunmayan ya da hasta olan ya da mahkemenin soruşturduğu yargıçların yerine görev yaparlar. Katıldıkları davalarda, tam-zamanlı federal yargıçlarla aynı hak ve görevlere sahiptirler. Birleşik Federal Meclis tarafından yapılan seçimde; dilsel, bölgesel ve teknik (hukuki) kriterler ile büyük siyasi partilerin nispi temsil oranı dikkate alınır. Hâlihazırda Federal Yüksek Mahkeme'nin 3 İtalyanca, 12 Fransızca ve 23 Almanca konuşan üyesi vardır. Rhaeto-Roman dili şu anda temsil edilmemektedir. Birleşik Federal Meclis, Federal Yüksek Mahkemenin teklifi üzerine tam-zamanlı yargıçlar arasından mahkeme başkanı ve başkan yardımcısını seçer. Başkanlık görev süresi iki yıldır ve herhangi bir zamansal sınırlama olmadığından üyelerin üst üste seçilmesi mümkündür. Başkan hem Genel Mahkemeye hem de İdari Komisyona başkanlık eder ve Federal Yüksek Mahkemeyi temsil eder.⁴⁶

⁴⁵ <https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts/#the-judiciary-at-federal-level>, (Erişim Tarihi: 26.11.2022). Daha ayrıntılı bilgi için bkz.;

https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/BG_Brosch_h_Inhalt_A4_21_eng.pdf, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

⁴⁶ https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/BG_Brosch_Inhalt_A4_21_eng.pdf, (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin diğer demokratik ülkelerdeki anayasa mahkemelerinden farkı, seçilen yargıçların Federal Mecliste bulunan siyasi partilerce aday gösterilebilmeleridir. Federal Mecliste temsil edilen siyasi partiler aldıkları oy oranları oranında federal yargıç adayını önerebilmektedir.⁴⁷

Federal Yüksek Mahkemenin görevleri; federal yasalar, devletlerarası hukuk, kantonlarca alınmış kararlar ve kanton anayasalarının hükümleri ihlal edildiğinde ayrıca özerk olan yerel yönetim birimlerinin yetkileri çığnendiğinde ve son olarak bireysel siyasi haklar yerel, kantonal ve federal düzeyde ihlal edilmesi durumlarında harekete geçer. Federal Yüksek Mahkeme İsviçre Anayasasının 189/4. Maddesine göre yasama meclisi ile yürütme arasındaki yetki çatışmasına karışmamaktadır. Böylesi bir durumda bu sorunu çözmek üzere genellikle İsviçre halkı referandumla nihai kararı vermektedir. Diğer taraftan Federal Yüksek Mahkeme İsviçre Anayasasının 190. Maddesine göre federal ve uluslararası hukuku kendisi için bağlayıcı kabul etmekte ve bu kapsamda İsviçre'nin uluslararası nitelikteki ilişkilerine dair kararlar verebilmektedir.⁴⁸

Kanton düzeyinde yargıya gelince; her kantonun kendi yetki alanındaki adli, idari ve medeni davaları ilk derece mahkemesi olarak gören kendi mahkemeleri vardır. Ayrıca her kantonun ilk derece mahkemelerince verilmiş kararlarının temyiz edildiği **Kantonal Temyiz Mahkemeleri** de bulunur.⁴⁹

Federal Ceza Mahkemesi; çoğu ceza davası ilk aşamada kanton mahkemeleri tarafından karara bağlanır. Federal Ceza Mahkemesi, federal çıkarlara karşı suçlar, patlayıcı madde suçları, uluslararası beyaz yaka suçları (sosyo-ekonomik statüsü yüksek kimselerce işlenen dolandırıcılık, kaçakçılık vb. suçlar için kullanılan bir kavram), organize

⁴⁷ ASLAN; Demokratik Yönetim Sistemleri, s.297-298.; ASLAN; “Konkordanz Yönetimi: İsviçre”, s. 112-113.

⁴⁸ ASLAN; “Konkordanz Yönetimi: İsviçre”, s. 112-113.

⁴⁹ <https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts/#the-judiciary-at-cantonal-level>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022).

suçlar, yolsuzluk ve kara para aklama ile ilgili davalar ve sivil havacılık veya savaş malzemeleriyle ilgili suçları içeren ceza davalarına bakar.⁵⁰

Federal İdare Mahkemesi; Federal İdare yetkilileri tarafından verilen kararlara karşı yapılan itirazlara ilişkin karar verir. Bazı konular hem sosyal hem de politik açıdan tartışılabilir. Örnek olarak; sığınmayla ilgili davalarda veya büyük ulaşım ve altyapı projelerine ilişkin uyuşmazlıklarda Federal İdare Mahkemesi ilke kararları olarak uyuşmazlıkları sonuçlandırır.⁵¹

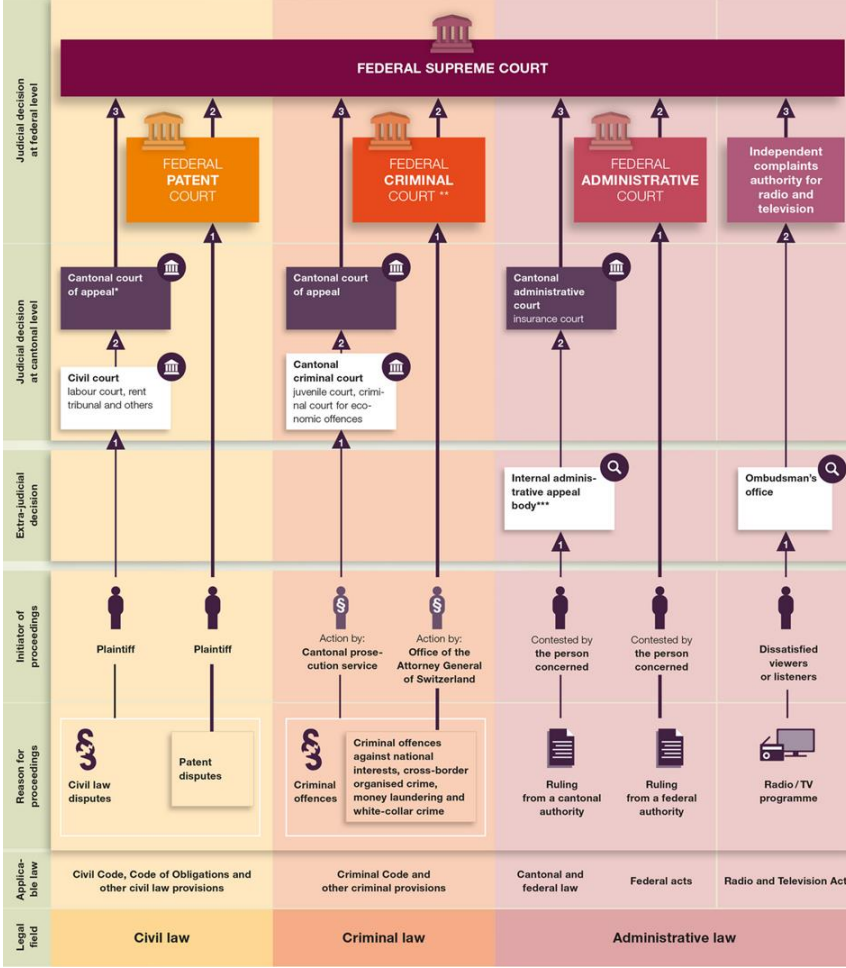
Federal Patent Mahkemesi; genellikle önemli maliyetler gerektiren teknik buluşlar, patentler şeklindeki fikri mülkiyet haklarına yasal koruma sağlamaya matuf yargı organıdır. Mevzubahis konulara ilişkin anlaşmazlık varsa, Federal Patent Mahkemesi teknik bir yenilik için bir patentin yasal olarak geçerli olup olmadığına ve bir ürün veya kurum tarafından patent haklarının ihlal edilip edilmediğine karar verir. Belirli bir patentin kime ait olduğu veya bir patentin lisans açısından nasıl kullanılabilirliği konusunda ihtilafın olduğu davalarda da bu mahkeme yetkilidir.⁵²

⁵⁰ <https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts/#the-judiciary-at-federal-level>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022).

⁵¹ <https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts/#the-judiciary-at-federal-level>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022).

⁵² <https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts/#the-judiciary-at-federal-level>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022).

Tablo 1: İsviçre Konfederasyonu (Federal ve Kantonal) Yargı Teşkilatı Şeması⁵³



⁵³ <https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts>, (Erişim Tarihi: 28.11.2022).

VII. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Hemen tüm insani gelişmişlik endekslerinde en üst sıralarda yer alan İsviçre'nin, çok etnikli, dilli, dinli ve dolayısıyla çok kültürlü sosyal dokusunun barış içinde bir arada yaşatılmasını ve siyasal yapısının istikrarlı sürdürülmesini sağlayan olgunun sahip olduğu demokrasi ve yönetim anlayışı olduğuna kuşku bulunmasa gerektir.

Çok parçalı sosyo-politik bir vasatta tarafların birbirini dinlemesi ve anlamasını sağlayan, kamusal müzakereyi esas alan “müzakereci demokrasi” ve toplumsal rızayı genişletmeyi hedefleyen “oydaşmacı (konsensusçu) demokrasi” anlayışı, İsviçre siyasi hayatına yön veren temel bir olgudur. Bunun yanında azınlık- çoğunluk, muhalefet- iktidar ikilemini değil, hemen tüm politik aktörlerin ahenkli uyumlu bir biçimde yönetimde yer almasını sağlayan “Konkordanz” yönetim anlayışı, ikinci bir asli unsur olarak İsviçre politik kültürüne damgasını vurmaktadır.

Yukarıda vurgulanan demokratik ve yönetsel anlayışın İsviçre Konfederasyonunda yasama, yürütme ve yargı erklerini ve aralarındaki ilişkileri belirleyeceği de açıktır. Anayasal yetki haritası da dikkate alındığında, İsviçre Konfederasyonunun, erklerin parlamentoda birleştiği tipik bir Meclis Hükümeti Sistemine sahip olmadığı çok açıktır. Bir diğer deyişle İsviçre'de uygulanmakta olan hükümet sistemi, İsviçre Parlamentosunun hükümeti ve yargı organlarını belirleme yetkileri itibarıyla Meclis Hükümeti sistemine benzetilse de, esasen parlamenter sistem veya başkanlık sistemi gibi erkler ayrılığının tam olarak hayata geçirildiği bir hükümet sistemi olduğuna kuşku yoktur.

Nitekim Meclis Hükümeti Sisteminin en mümeyyiz vasfı olan; yasama erki karşısında istifa salahiyeti dahi bulunmayan, tamamen parlamentonun iradesine bağımlı neredeyse “iradesiz” bir yürütme erki anlayış ve uygulaması, İsviçre Anayasasına göre yürütme erkini kullanan Federal Konsey'in sahip olduğu yetkiler (yasa teklifi yetkisi, federal idarenin sevk ve idaresi, bütçeyi hazırlama, dış ilişkilerin yürütülmesi gibi) dikkate alındığında, tamamen mesnetsiz kalmaktadır.

Yine Meclis Hükümeti sisteminin en bariz bir diğer özelliği olan yasama erkinin dilediği zaman yürütme erkini görevden alabilmesi yani varlığını sonlandırabilme yetkisi, İsviçre'deki erkler ayrılığı ilişkisi bakımından söz konusu edilemez. Zira İsviçre Federal Meclisi, Federal Konsey'i denetlemek dışında gensoru vb. parlamenter mekanizmalarla görevden alma gibi bir salahiyetin sahibi değildir.

Bunlara ilaveten komunal, kantonal ve federal düzeyde halk inisiyatifleri ve referandumlarla gerek yasama erkinin gerekse yürütme erkinin denetlenebildiği, anayasal organların kendi içinde denge ve denetleme mekanizmalarına (Federal Meclis'in çift kanatlı olması, Federal Konsey üyelerinin en çok oyu almış dört parti tarafından aday gösterilmesi ve birer yıllık periyotlarla konsey başkanlığına getirilmesi, federal yargıçların seçiminde Meclisteki siyasi partilerin aday gösterebilme yetkisi vb.) sahip olduğu bu sistemin bir kuvvetler birliği sistemi olduğu iddiası, kanaatimizce iddiadan öteye geçemeyecek bir değerlendirmedir.

Hülasa; yukarıda izah edilen gerekçelerle İsviçre Konfederasyonunda erklerin gerek dikey ve yatay paylaşılması, gerekse de anayasal organların kendi iç mekanizmaları ile kuvvet temerküzüne mahal verilmemesi gerekçelerine istinaden sistemin esasen erkler ayrılığına dayalı ama kendine mahsus (sui generis) bir hükümet sistemi olduğunu ifade edebiliriz.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞLU Ahmet; Hukuk-ı Esasiye Ders Notları, (1926-1927), Hazırlayan, Notlandırılan ve Latinize Eden Boğaç Erozan, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali (Editör); Sokratetes'ten Jakoben'lere Batı'da Siyasal Düşünceler, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2015 (6. Baskı).
- ANAYURT Ömer; Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2021 (4. Baskı).
- ASLAN Rıza; Demokratik Yönetim Sistemleri, Dora Yayınevi, Bursa, 2013.
- ASLAN Rıza; “Konkordanz Yönetim Sistemi: İsviçre”, (İçinde) Türkiye Tipi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Tartışmaları (Ed. Ömer Osmanoğlu), Demokrasiyi Güçlendirme Derneği Yayınları, İstanbul, 2022, s.103-116.
- BOGDANOR Vernon; “Western Europe”, Referendums Around The World: The Growing Use Of Direct Democracy, Eds.: David Butler ve Austin Ranney, New York:Macmillan, 1994.
- ÇİRKİN Furkan; “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri Işığında Seçim Sistemleri, Hükümet Biçimleri Ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasal Düzeni”, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Basılmamış) Yüksek Lisans Tezi, Tez Danışmanı Prof. Dr. Hüseyin Özcan, İstanbul, 2019.
- EREN Abdurrahman; Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), Seçkin Yayınevi, 2021 (3. Baskı).
- GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt I), Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- GÜLBAHAR, Yasemin; “Karşılaştırmalı Elektronik Demokrasi: İspanya ve İsviçre Örneği”, Tarsus Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, (Basılmamış) Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Dr. Öğretim Üyesi Tuğba Aydın Halisoğlu, Tarsus, 2022.

İNCE İnci Çoban; 1982 Anayasası Döneminde Yasama ve Yürütme İlişkilerinin Evrimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kamu Yönetimi Programı, (Basılmamış) Doktora Tezi, Danışman Dr. Öğretim Üyesi Yaşar Metin Özdemir, İzmir, 2018.

HAMON Francis; Le référendum: étude comparative, Paris :LGDJ, 1995.

KABOĞLU İbrahim Özden; Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021 (16. Baskı).

KELEŞOĞLU Ekin İlke; “Demokrasi Tartışmaları ve İsviçre’de 2011-2018 Yılları Arasında Gerçekleştirilen Referandumlar Bağlamında Modern Demokrasinin Doğrudan Katılım Aygıtları”, Yıldız Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, (Basılmamış) Yüksek Lisans Tezi, Tez Danışmanı Prof. Dr. Ester Ruben, İstanbul, 2018.

KOBACH, Kris W.; “Switzerland,” Referendums Around the World: The Growing Use of Direct Democracy, Eds.: David Butler and Austin Ranney. New York:Macmillan,1994.

KUBALI Hüseyin Nail; Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, Ersa Matbaacılık, İstanbul, 1964.

ÖZBUDUN Ergun; 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 1991.

ÖZBUDUN Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (21. Baskı).

SAĞLAM Fazıl; Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakındoğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşe, 2013.

SCHMİDT Manfred G.; “Political Performance and Types of Democracy: Findings From Comparative Studies”, European Journal of Political Research, Vol. 41: 147– 163, 2002.

ŞEN İlker Gökhan; “Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar”, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Basılmış) Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Erdal ONAR, Eskişehir, Aralık 2010.

ŞEN İlker Gökhan; Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2013.

TEZİÇ Erdoğan; Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017 (21. Bası).

TRECHSEL, Alexandre H.; KRİESİ, Hanspeter; “Switzerland: The Referendum And İnitative as a Centerpiece of The Political System”, The Referendum Experience in Europe Eds.:Michael Gallagher ve Pier Vincenzo Uleri, London/New-York: Macmillan/ St james,1996.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>

<https://www.mfa.gov.tr/isvicrenin-siyasi-gorunumu.tr.mfa>

<https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/federalism/>

<https://www.parlament.ch/en/organe/national-council>

<https://www.parlament.ch/en/organe/council-of-states>

<https://www.parlament.ch/en/organe/united-federal-assembly>

<https://www.ch.ch/en/political-system/parliament/swiss-parliament/>

<https://www.ch.ch/en/political-system/cantons/cantonal-parliament:-role-and-composition/>

<https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts/>

<https://www.admin.ch/gov/en/start/federal-chancellery/tasks.html>

<https://www.ch.ch/en/votes-and-elections/elections/election-of-cantonal-governments:-when-and-how/>

<https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/BGBrosc hInhaltA421eng.pdf>

<https://www.ch.ch/en/political-system/operation-and-organisation-of-switzerland/courts/>, https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-status/federal_geschichte.htm

[https://en.wikipedia.org/wiki/The_Centre_\(political_party\)](https://en.wikipedia.org/wiki/The_Centre_(political_party)).

YARGININ SİYASALLAŞMASI: KAVRAMSAL BİR ÇERÇEVE

Rıza ADIGÜZEL*

ÖZ

Modern insan hakları doktrininin temelinde hukuk devleti anlayışı yer almaktadır. Hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri de, kuvvetler ayrılığının bir uzantısı olarak, bağımsız ve tarafsız yargıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin dönüşüme uğramasıyla birlikte yasama ile yürütme erkleri arasındaki ayrım belirsiz bir hale gelmiştir. Yasama erkinin, seçim sistemlerinin de etkisiyle, yürütme erki içinde erimesi yargı erkinin iktidarını sınırlandırılmasındaki rolünü ve önemini arttırmıştır. Bu durum aynı zamanda yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerindeki siyasal baskıyı da arttırmaktadır. Bu baskının çeşitli boyutları olmakla beraber yasama organındaki hâkimiyeti ve yargı organları üzerindeki yetkileri düşünüldüğünde en büyük baskı yürütme

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: adiguzelr8885@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-8886-2793.

Makalenin Gönderim Tarihi : 05.09.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 20.11.2022.

Bu makale, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programında hazırlanan ve 14.12.2016 tarihinde savunulan “Yargının Siyasallaşması Olgusu ve 1982 Anayasası Perspektifinde Türkiye’de Yargının Siyasallaşmasının Yapısal Nedenleri” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

erkinden gelmektedir. Yargı erki üzerindeki bu baskılar meşruiyetini siyasi iktidarı insan hakları lehine sınırlandırmaktan alan hukuk devleti anlayışını tehdit etmektedir. Yargının siyasallaşmasının tek nedeni yargı erki üzerinde yürütme erkinin sahip olduğu yetkiler değildir elbette. Siyasallaşma kimi zaman da doğrudan yargı erkinin kendisinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yargının siyasallaşmasının çok boyutlu bir olgu olduğunu söylemek gerekir. Bu çalışmanın amacı yargının siyasallaşmasıyla ilgili kavramsal bir çerçeve sunmaktır. Bu kapsamda yargının siyasallaşması olgusu “*siyasal kültür*”, “*yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı*” ve “*yargısal aktivizm*” başlıkları altında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yargının siyasallaşması, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, yargısal aktivizm.

POLITICIZATION OF THE JUDICIARY: A CONCEPTUAL FRAMEWORK

ABSTRACT

Modern human rights doctrine based on concept of the rule of law . One of the most important elements of the rule of law is independence and impartiality of the judiciary as an extension of the separation of powers. With the transformation of the principle of separation of powers, the distinction between the legislature and executive is became unclear. The dissolution of legislature within the executive with the effect of electoral systems, has increased the role and importance of the judiciary on limitation on power. This situation has also increased the political pressure on the independence and impartiality of the judiciary. Though there are various dimensions of this pressure, in terms of dominance in the legislature and its power over the judiciary, the greatest pressure comes from the executive. These pressures on the judiciary threaten the rule of law, which derives its legitimacy from limiting political power in favor of human rights. Of course, the only reason for the politicization of the judiciary is not the powers of the executive over the judiciary. Politicalization sometimes arises directly from the judiciary itself Therefore, it should be said that the politicization of the judiciary is a multidimensional phenomenon. The purpose of this study is to present a conceptual framework for the politicization of the judiciary. In this context the phenomenon of politicization of the judiciary will be examined under the headings of “*political culture*”, “*independence and impartiality of the judiciary*” and “*judicial activism*”.

Keywords: Politicization of the judiciary, rule of law, separation of powers, independence and impartiality of the judiciary, judicial activism.

I. GİRİŞ

Siyasal iktidarın sınırlandırılması siyasi iktidar olgusunun tarih sahnesinde yerini aldığı günden bu yana tartışılan bir konu olmuştur. Siyasi iktidarı sınırlandırma çabası siyasi iktidar olgusu ile yaşıttır da denebilir. Bu konuda Antik Yunan'dan Roma'ya, skolastik düşüncenin hâkim olduğu Ortaçağ'dan modern siyasi iktidarın (devlet) ortaya çıkmaya başladığı Yeniçağ'a kadar bir çok düşünür kafa yormuş ve çeşitli fikirler ortaya atmışlardır. Günümüz insan hakları düşüncesinin temelini oluşturan doğal haklar doktrini de bu çabanın ürünüdür. Bununla birlikte siyasi iktidarın gerçek anlamda sınırlandırılması modernite ile birlikte batıda insan hakları düşüncesinin kabul edilmesiyle başlamıştır. Hiç kuşkusuz iktidarın kaynağının gökyüzünden yeryüzüne indirilmesi bu noktada kaydedilen önemli bir aşamadır. Modern siyasi iktidarın gelişim safhasında ulusal egemenlik ilkesi kabul edilmiş ve siyasi iktidarın kaynağına ulus yerleştirilmiştir. Siyasi iktidarın kaynağı değiştikten sonra sıra onun niteliklerini değiştirmeye gelmiştir. Mutlak ve sınırlandırılmaz olarak kabul edilen egemenlik, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti gibi temelinde modern düşüncenin olduğu doktrinler tarafından önce bölünmüş daha sonra da belirli sınırlar içerisinde hareket etmeye zorlanmıştır. Bu sınırlar günümüzde insan hakları olarak adlandırılmakta ve iktidarı sınırlandırmanın tarihsel somut belgeleri olan anayasalar tarafından güvence altına alınmaktadır.

Siyasi iktidarın, daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse siyasi iktidarı kullanma yetkisinin yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında paylaştırıldığı yeni yönetim anlayışında tüm erkler anayasadan aldıkları yetkileri yine anayasada belirtilen sınırlar içerisinde kullanabilir. İşte tam burada yargı erkinin önemi ortaya çıkmaktadır. Yargı erki, yasama veya yürütme erkleri kendilerine çizilen sınırların dışına çıktıklarında ona dur diyecek bir erk olarak tasarlanmıştır. Yargı erki bu konumu nedeniyle günümüzde, yoğunluğu ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, zaman zaman siyasal erkler olan yasama ve yürütme erklerinin hedefi olmaktadır. Günümüz demokrasilerinin çoğunda, çeşitli seçim sistemlerinin de etkisiyle, bu iki erk birleşme eğilimi göstermektedir. Yasama ve yürütme erkleri arasındaki çizgilerin belirsizleştiği ya da tamamen silindiği bu tablo hukuk devleti ilkesinin tam olarak

yerleşmediği ülkelerde yargının siyasallaşması tehlikesinin de en önemli nedenidir. Yargının siyasallaşmasının tek nedeni yargı erki üzerinde yürütme erkinin sahip olduğu yetkiler değildir elbette. Siyasallaşma kimi zaman da doğrudan yargı erkinin kendisinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yargının siyasallaşmasının çok boyutlu bir olgu olduğunu söylemek gerekir. Yargının siyasallaşması olgusu diyalektik bir şekilde yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik çalışmaların da hız kazanması sonucunu doğurmuştur. Bu çalışmalar günümüzde büyük bir yazın oluşturmaktadır. Nihai kertede amaç yargı erkinin, özellikle yürütme erki karşısında bağımsızlığını temin ederek, tarafsızlığına katkı sunmaktır. Bu çalışmada ise yargının siyasallaşmasının farklı boyutlarına yönelik kavramsal bir çerçeve sunmak amaçlanmıştır. Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde yargının siyasallaşması kavramı ele alınacak ve bu kavramdan münhasıran ne anlaşıldığı ortaya konulacaktır. İkinci bölümde ise yargının siyasallaşmasının farklı boyutları “*siyasal kültür*”, “*yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı*” ve “*yargısal aktivizm*” başlıkları altında incelenecektir.

II. KAVRAM OLARAK YARGININ SİYASALLAŞMASI

Günümüzde, en azından gündelik dilde, siyaset kavramı hukuk karşıtlığı üzerinden tanımlanmaktadır. Bu durumun tam tersi yani hukuk kavramının siyaset karşıtlığı üzerinden tanımlanması da vakıdır. Bu ayırımıda siyaset kavramına negatif bir anlam yüklenirken hukuk meşruluğu kendinden menkul bir kavram ve kurum olarak kabul edilmektedir. Bu anlamlandırmada siyasetin egemen olmayı amaçlamasının aksine hukukun bu egemenliğin sınırlarını tayin etme ve denetleme aracı olarak değerlendirilmesinin payı büyüktür. Gerçekten de bugün siyasi kurumlar olarak değerlendirilen devlet, hükümet ve parti gibi yapıların son tahlilde amaçları egemenliktir. Hukuk ise bu egemenliğin meşru elde edilme yollarını belirlemenin yanı sıra bu egemenlik bir kere ele geçirildikten sonra bu yetki ve gücün hangi sınırlar içerisinde kullanılacağını gösterir. Özellikle merkezileşmiş siyasi iktidarın doğduğu ilk dönemlerde ortaya çıkan ve sınırsız egemenlik yetkileriyle donatılmış mutlak monarşiye karşı verilen mücadele sınırsız ve mutlak olarak kabul edilen bu gücün bir şekilde sınırlandırılması ve temel hakların güvence altına alınması çabası olarak da okunabilir.

Siyaset ve bu kavramın batı dillerinde karşılığı olarak kullanılan politika kavramının etimolojik kökenlerine bakıldığında aralarında bazı nüanslar olmasına rağmen her iki kavramın da temelde “*yönetmek*” anlamında kullanıldığı görülür. Arapça bir kavram olan siyaset kelime kökeni olarak at bakıcısı (*seyis*) anlamına gelmesine karşın sosyal bilimlerde toplumun yönetilmesi, ıslah edilmesi vb. anlamlara gelecek şekilde kullanılmıştır.¹ Antik Yunan’da polisi ilgilendiren işler olarak kullanılan politika kavramı da aşağı yukarı aynı anlama gelmektedir. İki kavramın kökeninde de negatif bir duruma değil başlı başına yönetme sanatına olan bir vurgu vardır. Nitekim devletin ortaya çıkışını açıklayan toplum sözleşmesi teorisyenleri de doğa halinden çıkan insanların bir devlet çatısı altında yaşamayı tercih etmelerini siyasal topluma geçiş süreci olarak adlandırmışlardır.²

Görüldüğü üzere siyasal olan ile hukuki olanı bir dikatomi olarak karşı karşıya getirmek tartışmalıdır. Ancak bugün için şöyle bir formülasyona başvurmanın yanlış olmayacağı söylenebilir: Kimi siyasi idealler ya da ilkeler tarihsel süreç içerisinde öyle büyük bir meşruiyet halesine bürünür ki bu ilke ve idealler artık siyasi alanda çekişme konusu olmaktan çıkarlar ya da öyle olduğuna inanılır. Bu ilke ve idealler bu şekilde pozitif hukukun kapsamına alınarak çeşitli güvencelere kavuşturulur. Bugün evrensel hukuk ya da insan hakları olarak adlandırılan hukuki ilkeler bu kapsamda değerlendirilebilir. Bunların hukuki birer ilke olarak kabul edilmeleri siyasi birer ideal oldukları gerçeğini yadsımaz. Sonuç olarak hukuk da toplum tarafından oluşturulmuş diğer tüm kurumlar gibi siyasal bir kurumdur.³ Bir

¹ Siyaset kavramının tanımı, kapsamı ve siyaset kavramı hakkındaki farklı görüşler için *bkz.* Andrew HEYWOOD, “Siyaset Nedir”, Siyaset, Edit. Buğra KALKAN, Çev. Bekir Berat ÖZİPEK, Liberte Yayınları, 2006, Ankara, s. 1-14; Ayrıca *bkz.* Şeref İBA, Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda), Turhan Kitabevi, 2006, Ankara, s. 36-39.

² Örneğin Locke, insanların bir araya gelerek oluşturdukları devlet düzenini siyasal topluma geçiş süreci olarak adlandırmaktadır. John LOCKE, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri BAKIRCI, İkinci Baskı, Ebabel Yayınları, 2012, Ankara, s. 64-80.

³ Hukuk ve yargının özleri itibarıyla siyasal bir nitelik taşıdığı görüşü için *bkz.* Mithat SANCAR, Eylem ATILGAN, “Adalet Biraz Es Geçiliyor”: Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar, Tesev Yayınları, 2009, İstanbul, s.62.

toplumda bu birlikteliğe ilişkin her türlü çaba doğası itibariyle siyasal olmak zorundadır. Siyasetin meşruluğu ise kavramdan bağımsız olarak muhataplarının siyasetten ne anladıklarına bağlıdır. Yargının siyasallaşması bu açıdan bakıldığında kendi içinde sorunlu bir kavramsallaştırma olarak görülebilir.⁴ Bu çalışmada yargının siyasallaşması kavramının kullanılması ise tamamen işlevsel kaygılardan kaynaklanmaktadır. Literatürde yapılan çoğu çalışmada da bu kavram tercih edilmektedir. Bu kavram yargı erkinin hukuku değil siyasi bir ideolojiyi veya toplumun genel çıkarlarından bağımsız olarak herhangi bir sınıfın çıkarını referans alarak hareket etmesini açıklamak için kullanılmaktadır. Hermann Kantorowitz'in şu sözleri konuya ışık tutacak niteliktedir:

“Siyasal yargının kökleri, kendi yarasını insanlara keyfi bir güçle dayatan dünya görüşünün (ideolojinin) derinliklerinde yatar. Siyasal yargı, muhtelif dünya görüşlerinde kök bulabilir, bugün çoğunlukla milliyetçilikte, yani kendi devletinin güç ve zenginliğini en yüksek değer ölçüsü mertebesine çıkararak görüşle köklenmiştir. Milliyetçilik çağında bilim, az ya da çok, bilinçli ya da bilinçsiz, hakikatin araştırılması kılıfı içinde belli siyasal hedeflere ulaşmaya yönelik bir tekniğe dönüşmüştür. Aynı şekilde yargı da, az ya da çok, bilinçli ya da bilinçsiz, adli kılıflar içinde belli siyasal hedeflere ulaşmaya yönelik bir teknik haline gelmiştir. Bunlar, büyük siyasetin yüzeyinde cereyan eden önemli olaylardan çok daha büyük önem taşıyan şiddetli dönüşümlerdir.”⁵

Çalışmada yargının siyasallaşması ya da siyasal yargı kavramlarından anlaşılması gereken genel anlam özetle bu şekildedir.

Yargının siyasallaşmasının konu edildiği hemen tüm çalışmalarda iki anahtar kavram ile karşılaşılmaktadır. Bu kavramlardan ilki bağımsızlık iken diğeri tarafsızlıktır. Siyasal olan ya da siyasallaşan yargı

⁴ Can da yargının özü itibariyle siyasal bir erk olduğunu ileri sürmekte ve yargıyı siyaset dışı değerlendirmenin anlamsızlığına işaret ederek yargının siyasal bir taraf olmamasının yeterli olduğunu düşünmektedir. Ayrıca siyaset dışında kurgulanan bir yargının toplumsallığının ve dolayısıyla da toplumsal meşruiyetinin sorgulanacağını belirtmektedir. Osman CAN, “Yargı ve Demokratik Meşruiyet”, Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Yargıda Örgütlenme içinde, YARSAV Yayınları, 2008, Ankara, s. 101-103.

⁵ Hermann KANTOROWITZ’den akt. SANCAR ve ATILGAN, s. 115.

aynı zamanda “bağımlı” veya “tarafli” yargı olarak kabul edilmektedir. Hal böyle olunca yargının siyasallaşması olgusu bizi kaçınılmaz bir şekilde ve öncelikle bu iki kavramın tahliline götürmektedir. Bu iki kavram dışında son zamanlarda yine yargının siyasallaşması tartışmalarında sık kullanılan başka bir kavram daha vardır. “Yargısal aktivizm” olarak adlandırılan bu kavram aynı zamanda yargının (temelde anayasa yargısının) denetlen(e)memesi sorununa da işaret etmektedir. Gerek yargının bağımsızlığının gerek yargının tarafsızlığının gerekse de yargısal aktivizmin kendine özgü boyutları olsa da özünde tartışılan konu ise tarafsızlıktır. Siyasal yargı da temelde “tarafli” yargıyı ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Son olarak bağımsız ve tarafsız yargı idealini gerçekleştirmek aynı zamanda bir “siyasal kültür” sorunudur. Bu nedenle yargının siyasallaşmasının nedenlerine öncelikle bu kültürün tartışılmasıyla başlanmasında yarar vardır. Devamında yukarıda adları sayılan ve yargının siyasallaşmasının farklı boyutlarını gösteren kavramlar üzerinde durulacaktır.

III. YARGININ SİYASALLAŞMASININ BOYUTLARI

A. Siyasal Kültür

Bir ülkede yargının siyasallaşması tartışmasının yapılabilmesi için o ülkede öncelikle hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve yargının bağımsızlığı gibi günümüz demokrasilerinin temel ilkelerinin kabul edilmiş olması gerekir. Ancak bu ilkelerin anayasa ve çeşitli kanunlarda düzenlenmesi ve güvencelere kavuşturulması tek başına siyasal yargı sorununu çözmekten uzaktır. Bunlar olsa olsa bu sorunu çözüme çabasının ilk ve temel adımları olarak görülebilir. Pozitif hukukta kabul edilen bu temel ilkelerin gerçekleştirilmesi ve gereklerinin hassas bir şekilde yerine getirilmesi ilgili ülkede egemen olan “siyasal kültürle” yakından ilişkili bir konudur. Bir ülkenin siyasal kültürü ise o ülkenin tarihinden bağımsız bir zeminde tartışılmaz.⁶

⁶ Bir ülkede egemen olan siyasal kültürün hukuk devleti ve onun gerekleri olan kuvvetler ayrılığı ve bağımsız yargı gibi ilkelerin başarılı bir biçimde hayata geçirilmesindeki önemi için bkz. Richard FALLON, “Hukuk Devleti”, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu içinde, Adalet Yayınları, 2014, Ankara, s. 49-50.

Siyasetin ve dolayısıyla yönetmenin toplumsal barışı ve uzlaşmayı sağlamanın ötesinde dar ideolojik ve sınıfsal bir takım programların hayata geçirilmesinin aracı olarak anlamlandırıldığı ülkelerde yasama erkiyle birlikte yargı erki de bu “*kutsal*” hedef uğruna yürütme erkinin sopası haline getirilebilir. Bu nedenle kutuplaşmış ve toplumsal barışını tam olarak gerçekleştirememiş ülkelerde yargıyı siyasal baskılardan korumak çok daha zor hale gelmektedir. Günümüz demokrasilerinin çoğunda yasama erki yürütme erki içinde erimiş ve yürütme erkinin her tür talebinin bir nevi onay mercii haline gelmiştir.⁷ Yürütme erkinin yargı organlarının oluşumu üzerindeki gücü bu tabloyla birlikte değerlendirildiğinde yürütme erkinin iktidarı fiili olarak kendinde toplamasının ve kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı gibi hukuk devleti ve demokrasinin temel ilkelerinin içinin boşaltılmasının önü açılmaktadır.

Yukarıda çizilen genel tablo bir ülkede cari olan demokrasi anlayışının pozitif hukukun ötesinde bir anlam ve öneme sahip olduğunu göstermektedir.⁸ Demokrasinin seçimlerden ibaret görüldüğü ve çoğunluk iradesinin sınırlandırılmasının “*milli irade*” karşıtlığı üzerinden okunduğu bir siyasi anlayışı “*demokratik*” olarak nitelendirmek demokrasinin içeriğini boşaltmakla eş anlamlıdır. Literatürde çoğunlukçu demokrasi olarak adlandırılan bu anlayışın hâkim olduğu ülkelerde yargı erkinin meşruiyeti de tamamen milli iradenin ete kemiğe bürünmüş hali olarak kabul gören siyasal iktidarın (hükümetin) dünya görüşü referans alınarak

⁷ Turhan, parlamenter sistemlerde yasama ve yürütme erkleri arasındaki ayrımın ortadan kalkmasını siyasal partilerin disiplinine bağlamaktadır. Bu nedenle parlamenter sistemlerde gerçek ayrılık iktidar partisi ile yargı ve muhalefet partileri arasında ortaya çıkmaktadır. Mehmet TURHAN, Anayasal Devlet, İkinci Baskı, Naturel Yayınları 2013, Ankara, s. 89; Ayrıca bkz. Hasan DURSUN, Nasıl Bir Yargı Reformu, Adalet Yayınları, 2009, Ankara, s. 15.

⁸ Demokrasinin tarihsel olarak hukuk devleti ve anayasal devlet düşünceleriyle çatışan yönleri vardır. Demokraside asıl olan halkın yani yönetilenlerin yönetime katılımı iken hukuk devleti ve anayasal devlet siyasal iktidarın sınırlandırılması üzerine bina edilmiştir. Ancak bugün demokrasi kavramı hukuk devleti ve anayasal devlet anlayışlarını da içerecek şekilde kullanılmaktadır. Bu çalışmada da aksi belirtilmedikçe demokrasi kavramı bu bağlamda ele alınmıştır. Bu konu için bkz. Mithat SANCAR, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, Demokrasi ve Yargı içinde, Edit. Ozan ERGÜL, TBB Yayınları, 2005, Ankara, s. 44-57.

değerlendirilmektedir.⁹ Bu anlayış hukuk devleti ve demokrasi gibi değerleri kâğıt üzerinde kabul etmekle birlikte dar bir çerçeveye hapsedilmektedir. Hatırlanacağı üzere hukuk devleti anlayışı siyasal iktidarın kişi hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırılması esası üzerine kurulmuştur. Siyasal iktidarı ister tek bir kişi isterse de bir ülkede yaşayan seçmenlerin büyük çoğunluğunun oyunu almış bir siyasal parti temsil etsin durum değişmeyecektir. Çoğunlukçu demokrasi anlayışının hüküm sürdüğü ülkelerde ise hukukun kendisi başlı başına çoğunluğu temsil eden siyasal iktidarın ortaya koyduğu normlar olarak kabul edilmektedir. Bu aynı zamanda meşruluk tartışmasının yapı(a)madığı pozitivist bir hukuk anlayışına karşılık gelmektedir.¹⁰

Günümüzde hukuk devleti düşüncesiyle daha uyumlu olan demokrasi anlayışı çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Bu anlayış devleti belli bir dünya görüşünün topluma empoze edilmesi aracı olarak gören anlayışın tersine devletin tüm farklılıklarıyla topluma eşit mesafede olması gerektiğini savunmaktadır. Devlet dini, etnik ve kültürel farklılıklarıyla tüm vatandaşların hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlüdür.¹¹ Çoğulcu demokrasilerde devlete yüklenen bu “*hakemlik*”

⁹ Demokrasi kavramı literatürde birçok farklı sınıflandırılmaya tabi tutulabilmekle beraber temel olarak iki tür demokrasi anlayışının olduğu savunulur. Bu demokrasi anlayışlarından biri çoğunlukçu demokrasi anlayışı iken diğeri çoğulcu (oydaşmacı) demokrasi anlayışıdır. Arend LİJPHART, Demokrasi Motifleri, Çev Güneş AYAS, Salyangoz Yayınları, 2006, İstanbul, s.14; Ayrıca antik demokrasiden modern demokrasiye demokrasinin düşünsel kökenleri, anlamı, tarihsel gelişimi, farklı demokrasi modelleri ve demokrasi üzerine yapılan tartışmalar için bkz. Oktay UYGUN, Demokrasi; Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, XII Levha Yayınları, 2011, İstanbul.

¹⁰ Lijphart, çoğunlukçu demokrasinin 5 temel özelliğinin olduğunu ileri sürmektedir. Bu özellikler şunlardır: a- Yürütme gücünün tek parti çoğunluk hükümetinin elinde toplanması, b- Yasama-yürütme ilişkilerinde yürütmenin baskın olması, c- İki partili sistem, d- Çoğunlukçu ve gayri nispi seçim sistemi, e- Gruplar arasında herkese açık rekabete dayanan çoğulcu çıkar grupları sistemi. LİJPHART, s. 15.

¹¹ Lijphart, çoğulcu demokrasi anlayışının temel özelliklerini ise şu şekilde ortaya koymaktadır: a- Yürütme gücünün geniş çok partili koalisyonlar tarafından paylaşılması, b- Yasama ve yürütme arasında güçler dengesi, c- Çok partili sistem, d- Nispi temsile dayanan seçim sistemleri, e- Farklı çıkarların uyumlu yönetimi ve işbirliğinin eşgüdümüne dayanan

rolünün gerçekleştirilmesi yargı erki üzerinden gerçekleştirilmektedir. Yargı erki gerek devlet organları ile vatandaşlar arasındaki gerekse de vatandaşların kendi aralarındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak kurgulanmıştır. Yargı bu görevini yerine getirirken sadece adaleti gözetmelidir.

Demokrasi her şeyden önce bir kültür sorunudur. Bu kültürün kurumsallaşmadığı ülkelerde yapılan çok sayıda anayasal ve yasal düzenlemeye rağmen demokratik yönetim bir türlü inşa edilememektedir. Bu tür ülkelerin çoğunda demokrasinin köklü bir geçmişe sahip olmadığını da unutmamak gerekir. Tüm bu anlatılanlar bağımsız ve tarafsız bir yargının her şeyden önce yargının bu konumunun özümsemiği siyasi kültüre sahip ülkelerde karşılık bulduğunu göstermektedir.¹² Demokrasiye ve hukuk devletine duyulan inancın zayıf olduğu ülkelerde ise devletin ya da siyasal iktidarın bizzat kendisi amaç haline gelmektedir. Amaç demokrasiyi tahkim ederek hak ve özgürlükler rejimini güçlendirmek olmayınca halk adına kullanılan iktidarın farklı görünümleri olan yasama, yürütme ve yargı erkleri de bir bütün olarak bu amaca hizmet eder hale gelmektedir. Bu ülkelerde özellikle yargı erki iktidarın sınırlandırılmasındaki rolü nedeniyle hemen her zaman siyasi

“korporatist “çıkar grupları sistemi. LİJPHART, s. 15; Gözübüyük ise çoğulcu demokrasilerin temel ilkelerini siyasal çoğulculuk, temsil, seçim, çoğunluğun yönetme hakkı, muhalefet etme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve yasa önünde eşitlik olarak tasnif etmektedir. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, On Sekizinci Baskı, Turhan Kitabevi, 2011, Ankara, s. 25-28; Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında “...Demokraside azınlığın çoğunluğun kararlarına saygı göstermesi, çoğunluğun da azınlıkların hak ve özgürlüklerini korumayı kabullenmesi zorunludur. Demokratik kararlar, arkasında belirli bir çoğunluğun bulunduğu kararlar olmakla birlikte, modern demokrasilerde karar öncesi süreçte egemen olan ilke çoğulcu katılım ilkesidir” diyerek çoğulcu demokrasi anlayışını benimsediğini ortaya koymuştur. (AYMK, E. : 2008/1, K. : 2008/2, K.T. : 30.07.2008.)

¹² FALLON, s. 49-50; Fallon ayrıca bir ülkenin hukuk devleti olma yolundaki başarısı için bakılması gerekenin yazılı anayasa değil “yazılı kültür” olduğunu belirterek anayasaya hâkim olan ruha işaret etmektedir. Bu duruma örnek olarak Türkiye’yi veren Fallon, 1982 Anayasası’nı hukuk devleti indeksinde üst sıralara yerleştirmekte ve muhtemel bir sorunun Anayasanın metninden değil “kültür” den kaynaklandığını ifade etmektedir. FALLON, s. 50.

müdahalelere maruz kalmakta ve siyasal iktidarlara “bağımlı” duruma getirilmektedir.

Yukarıda anlatılanlar ışığında yargının siyasallaşmasının temel nedeninin çatışmaya ve kutuplaşmaya dayanan siyasal kültür olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bir ülkede cari olan tüm hukuki düzenlemeler bu siyasal kültürün süzgecinden geçirildikten sonra şekillenmektedir. Nitekim çatışmacı bir siyasal kültürün olduğu ülkelere bakıldığında siyasal yargının gündemden düşmeyen bir konu olduğu görülecektir. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde anlatılacak yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile yargısal aktivizm gibi yargının siyasallaşmasının farklı boyutlarına işaret eden sorunlar hep bu siyasal kültürden beslenmektedir.

B. Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Çalışmanın başında da ifade edildiği gibi yargının siyasallaşması üzerine yapılan hemen tüm çalışmalarda bağımsızlık ve tarafsızlık merkezi kavramlar olarak konumlandırılmaktadır.¹³ Bu iki kavram çoğu zaman birlikte ele alınmasına rağmen aralarında önemli bazı teknik farklılıkların olduğunu söylemek gerekir. Bu nedenle bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarını ayrı ayrı irdelemekte fayda vardır.

Yargı erkinin bağımsızlığı hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığının yanı sıra demokrasi ve insan hakları için de vazgeçilmez bir unsurdur.¹⁴ Bağımsızlık bir anlamda bu değerlerin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁵ Kuvvetler ayrılığının kabul edilmesi bağımsızlık için gerekli olmakla birlikte yeterli bir şart değildir. Bağımsızlık aynı zamanda kimi teknik ve pratik düzenlemelerle sağlanabilir. Kuvvetler ayrılığından beklenen iktidarın tek elde temerküz etmesinin önüne geçmek ve siyasal hak ve özgürlüklerin korunmasını kolaylaştırmaktır. Yargı erkinin bağımsızlığı da işte bu hedefi gerçekleştirmeye yönelik çabanın devamı niteliğindeki bir ilkedir. Bu ilke hâkimlerin karar verirken hiçbir mercinin etki ve baskısına maruz kalmadan özgür bir

¹³ *Bkz.* s. 564.

¹⁴ Aharon BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, Princeton, New Jersey, s. 76.

¹⁵ Hasan Tahsin FENDOĞLU, *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Yetkin Yayınları, 2010, Ankara, s. 87.

şekilde karar vermelerini sağlamak için getirilmiştir.¹⁶ Bu ise öncelikli olarak hâkimlerin yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olmasını gerektirir.

Yargının bağımsız olması gerektiği fikri, hukuk devleti ilkesine benzer bir şekilde, yönetim anlayışı ne olursa olsun hemen bütün ülkelerde söz ve ilke düzeyinde yaygın bir şekilde kabul görmektedir.¹⁷ Öyle ki bu ilkenin hiçbir anlam ve öneminin olmadığı mutlak monarşiler döneminde bile yargının bağımsız olması gerektiği fikri savunulabilmiştir.¹⁸ Bu nedenlerle yargının bağımsız olmasının bir norm olarak düzenlenmesi ile fiili durum arasında kimi zaman bir uçurum olabilmektedir. Norm ile gerçeklik arasında genel olarak var olan uçurum, derecesi ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, yargı bağımsızlığı için de söz konusudur.¹⁹

Yargı bağımsızlığı kavramı kullanılırken bununla bir bütün olarak yargı kurumunun bağımsızlığının yanında mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı da kastedilmektedir. Bu üç kavram aynı zamanda birbirlerinin yerine kullanılmaktadır.²⁰ Bununla birlikte özellikle

¹⁶ Kunter, bağımsızlığı şu şekilde tanımlamaktadır: “*Hâkimlerin bağımsızlığı, kararlarının verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar yapabildiği ihtimali de hâkimlerin bağımsızlığını engeller.*” Nurullah KUNTER, Feridun YENİSEY ve Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, On Beşinci Baskı, Beta Yayınları, 2006, İstanbul, s. 298.

¹⁷ SANCAR ve ATILGAN, s.62.

¹⁸ Mithat SANCAR, Devlet Aklı Kısılacında Hukuk Devleti, Altıncı Baskı, İletişim Yayınları, 2012, İstanbul, s.182; Kunter de yargılama görevinin tabii bir gereği olması nedeniyle totaliter rejimlerin bile bağımsızlığı inkâr edemediklerini ifade etmektedir. Ona göre sadece Hitler rejimi açık bir şekilde bağımsızlığa karşı tavır almış ama o bile bu düşüncesini kanunlara geçirememiştir. KUNTER, YENİSEY ve NUHOĞLU, s. 298.

¹⁹ SANCAR, 2012, s.182.

²⁰ Saadet YÜKSEL, “Türk Anayasa Hukukunda Hâkimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış”, İÜHFMD, Cilt: LXX Sayı: 2, 2012, s. 77; Bülent YAVUZ, Kuruluşu ve İşleyişi Açısından; Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Adalet Yayınları, 2012, Ankara, s.11; FENDOĞLU, s. 88-89; GÖZÜBÜYÜK, s. 276; Anayasa Mahkemesi de mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlerin bağımsızlığını birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması

hâkimlerin bağımsızlığını yargının kurumsal bağımsızlığının yanında yargı içi bağımsızlıkla beraber ele almak gerekmektedir. Bu açıklama bizi yargının bağımsızlığının farklı boyutlarına götürmektedir. Bunlar kurumsal (dış) bağımsızlık ve kişisel (iç) bağımsızlıktır.²¹

Kurumsal bağımsızlıktan kasıt yargının üç erkten biri olarak diğer iki erk olan yasama ve yürütme erklerine karşı olan bağımsızlığının yanı sıra siyasal partilere, medyaya, baskı gruplarına vb. karşı olan bağımsızlığıdır.²² İç bağımsızlık ise yargı kurumunun kendi içindeki bağımsızlığını ifade eder. Mahkemeler ve hâkimler dışarıdan gelecek etki ve baskılardan korundukları gibi yüksek mahkemelerden veya meslektaşlarından gelebilecek etki, baskı ve talimatlara da muhatap olmamalıdır.²³

Yargının bağımsızlığı yargı kurumuna ve yargılama yetkisini kullanan hâkimlere tanınmış bir ayrıcalık değildir. Her şeyden önce bu müessese bireylere ve topluluklara tanınan hak ve özgürlüklere güvence sağlamak ve kamunun barış ve huzurunu sağlamak için vardır.²⁴ Zira kişilerin temel hak ve özgürlüklerini yok etmeye veya zayıflatmaya yönelik devletin eylem ve işlemleri ancak bir yargı kararı ile ortadan kaldırılabılır

Hâkimler kararlarını verirken özerk bir şekilde hareket etmekle birlikte yasama organının çıkardığı yasalara uymak zorundadır. Aksini düşünmek kuvvetler ayrılığının amacına aykırı olacağı gibi bizi “*yargıçlar hükümeti*” ile karşı karşıya bırakabilir. Ancak burada bir sorunla karşılaşmaktadır. Hâkim, anayasa ve hukuka aykırı bir kanun maddesini de uygulamak zorunda mıdır? Günümüz demokrasilerinin çoğunda insan hakları olarak adlandırdığımız evrensel hak ve özgürlükler anayasalarda yer almaktadır. Aynı zamanda yine anayasalarda ve

olanaksız hukuksal kurumlar olarak tanımlamaktadır. (AYMK, 27.4.1993. E: 1992/37, K: 1993/18.)

²¹ Levent GÖNENÇ, Siyasi İktidarın Denetlenmesi- Dengelenmesi ve Yargı, İkinci Baskı, Adalet Yayınları, 2015, Ankara, s. 127; YAVUZ, s.11; BARAK, s. 78-80.

²² SANCAR ve ATILGAN, s. 63; GÖNENÇ, s. 127.

²³ BARAK, s.79; GÖNENÇ, s.127.

²⁴ Nevin Ünal ÖZKORKUT, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, AÜHFD, Cilt: 57 Sayı: 1, 2008, s. 227; FENDOĞLU, s. 93; GÖNENÇ, s. 125; YÜKSEL, s. 80.

kanunlarda insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere yapılan göndermeler söz konusudur. Bu durumda hâkimin hukuka aykırı olan kanunu veya kanun maddesini uygulamak zorunda olmadığı söylenebilir.²⁵ Günümüzde yargı Montesquieu'nun belirttiği gibi “*kanunun lafzını tekrar eden ağızlar*” olarak kabul edilmemektedir.²⁶ Nitekim çoğu anayasada hâkimlerin sadece kanuna değil “*hukuka*” bağlı olacak şekilde karar vermesi gereği ifade edilmektedir.²⁷

Yargı organlarının idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde karar vermeleri de yargının kendisine ayrılan sınırların dışına çıkmasına neden olur. İdarenin takdir yetkisinin sınırları olmakla beraber yargı organları idarenin bu tür tasarruflarını yerindelik açısından değil hukukilik açısından inceleyebilir.²⁸ Yargı da yürütme ve idare gibi yasama organı tarafından çıkartılan kanunlara uygun hareket etmek zorundadır. İdarenin takdir yetkisinin sınırlarını da yasama organı tarafından çıkartılan yasalar oluşturmaktadır. Dolayısıyla yargı organları idarenin takdir yetkisini hukuki açıdan denetleyebilmekle beraber bu yetkiyi ortadan kaldıracak şekilde karar veremez.²⁹ Yargı organı böyle bir tasarrufta bulunduğu idarenin yetki alanına müdahale ettiği gibi yasamanın vermiş olduğu bir yetkiyi ortadan kaldırarak yasama organının da özerk alanına müdahalede bulunmuş olur. Oysa yasama ve yürütme fonksiyonları siyasi organlar tarafından yerine getirilmelidir ve yargı organının siyasi sorumluluğu yoktur.³⁰

Görüldüğü gibi yargının bağımsız olması ve demokratik ülkelerdeki işlevi nedeniyle bu hususa ayrı bir önem verilmesine rağmen bu durum hiçbir şekilde yargı organına diğer organların özerk alanına

²⁵ Kurtuluş Tayanç ÇALIŞIR, Teoride ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınları, 2012, Ankara, s. 9.

²⁶ Hâkimi yasaları uygulayan bir otomat olarak gören ve onu içinde yaşadığı dünyanın siyasal, kültürel ve toplumsal gerçekliklerinden soyutlayan geleneksel yaklaşım için bkz. SANCAR ve ATILGAN, s. 23-26.

²⁷ 1982 Anayasası'nda bu durum, mahkemelerin bağımsızlığı başlığını taşıyan 138/1 maddesinde şu şekilde kayıt altına alınmıştır: “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*”

²⁸ Yahya Kazım ZABUNOĞLU, İdare Hukuku, II. Cilt, Yetkin Yayınları, 2012, Ankara, s. 309-310.

²⁹ ZABUNOĞLU, s. 312.

³⁰ YAVUZ, s.19.

müdahale etme hakkı vermemektedir. Kısacası yargının dışsal bağımsızlığı mutlak bağımsızlık olarak değerlendirilemez.³¹

Yargının tarafsızlığına gelinecek olursa bu kavram yargının bağımsızlığı kavramı ile yakından bağlantılı olmakla beraber bağımsızlıktan çok daha fazlasını ifade etmektedir.³² Hatta denebilir ki yargının bağımsızlığını sağlamaktaki asıl amaç yargının tarafsızlığını gerçekleştirmektir.³³ Yargının bir demokraside gerçek rolünü oynayabilmesi onun tarafsız olmasına bağlıdır. Yargının tarafsızlığı yargı kurumu için o kadar önemlidir ki bir özellik olmaktan öte yargının özü olarak da kabul edilebilir.³⁴

Elbette ki bağımsız olmayan bir mahkemenin ya da hâkimin tarafsız davranması mümkündür. Sonuçta tarafsızlık, bağımsızlığın aksine, daha çok hâkimin kişisel tutumu ve düşünceleriyle ilişkili bir kavramdır ve hâkim yargı kurumunun bağımsız olarak dizayn edilmediği bir sistemde de tarafsız bir şekilde muhakeme yaparak kararlar verebilir. Ancak bu durum bizi yanıltmamalıdır. Yargının bağımsızlığı nihai kertede genel olarak yargı kurumunun özeld de hâkimlerin tarafsızlığı için güçlü bir zemin hazırlamaktadır.³⁵ Yargı erki için bağımsızlığın pratik değerinin tarafsızlık olarak karşımıza çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır.³⁶ Bağımsızlığın tüm unsurlarıyla garanti altına alındığı bir yargı düzeninde hâkimin tarafsızlığını sağlamak çok daha kolay ve

³¹ Thomas GIEGERICH, “Yargı Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler”, Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyumu içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, Ankara, s. 22.

³² Kunter, tarafsızlık kavramına karşı çıkmakta ve kullanılması gereken doğru kavramın “*objektiflik*” olduğunu belirtmektedir. Tarafsızlık objektifliğin sadece bir yönüdür. Objektifliği diğer yönü ise “*kişilikten sıyrılma*”dır. KUNTER, YENİSEY ve NUHOĞLU, s. 305.

³³ Terri Jennings PERETTI, “Does Judicial Independence Exist?, The Lessons of Social Science Research”, İn: Judicial Independence At The Crossroads, An Interdisciplinary Approach, Edit: Stephen B. BURBANK and Barry FRIEDMAN, Sage Publications, 2002, London, s. 103.

³⁴ SANCAR ve ATILGAN, s.108.

³⁵ ÖZKORKUT, s. 229; GÖNENÇ, s.133.

³⁶ YAVUZ, s.44.

olasıdır. Bu doğrultuda bağımsızlığı önemsizleştiren yaklaşımlara ihtiyatla yaklaşmak gerekmektedir.³⁷

Tarafsızlık kısaca “*bir yargılama esnasında hâkimin davanın taraflarına eşit mesafede olması, taraflardan gelecek bir etkiye karşı kapalı olması ve ön yargılı hareket etmemesi olarak*” tanımlanabilir.³⁸ Burada özellikle önem arz eden bir nokta vardır ki o da hâkimin kendi kişisel kanaatlerini ve ideolojik kabullerini de bir tarafa bırakması gereğidir. Bu hususları göz ardı eden bir mahkeme veya hâkim tarafından verilecek karar adil olmayacağı gibi yargının toplum nezdindeki imajına da zarar verecektir. Bu ise yargının bağımsız ve tarafsız olması kadar önemli bir husustur. Eğer yargı her ne kadar bağımsız ve tarafsız olsa da toplumda bunun böyle olduğuna karşı duyulan bir inanç yoksa bu durum yargının meşruiyetini sorgulayan bir tartışmaya yol açacaktır. Bundan dolayı demokratik bir ülkede yargıdan beklenen adaleti gerçekleştirme ve düzeni sağlama işlevi gerçekleştirilmek isteniyorsa toplumda yargıya olan güveni de sağlamak gerekmektedir. Bunu sağlamak ise öncelikle hâkimlere düşmektedir. Hâkimler tarafsız bir muhakeme ile verecekleri evrensel hak ve özgürlükleri gözeten kararlarıyla bu inancın toplum ve kamuoyu tarafından benimsenmesini sağlayabilirler.³⁹

Yargı erkinin tarafsızlığını sağlama konusunda genel olarak hâkimlerin kurumsal yapıdan bağımsız olarak sahip oldukları kişisel özelliklerin rol aldığına yukarıda değinilmişti. Bu tespit yargı mensuplarını atama ve tayin yetkisini elinde bulunduran organların elinden bir şey gelmeyeceği anlamına gelmez. Elbette ki bu yetkiyi elinde bulunduran organın (ki bu genellikle yürütme organı olmaktadır) üzerine düşeni olanca hassasiyetiyle yerine getirmesi sorunu mutlak anlamda çözecek de değildir. Tüm bunlarla beraber hâkimin de kimi niteliklere sahip olması gerekmektedir.⁴⁰ Ancak yargı kurumuna personel temin

³⁷ GÖNENÇ, s. 133.

³⁸ Rıza TÜRMEEN, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Milliyet Gazetesi, <http://www.Milliyet.com.tr/yarginin-bagimsizligi-vetarafsizligi/rizaturmen/siyaset/siyasetyazardetay/10.08.2009/1126693/default.htm>. (E.T. 15.01.2022).

³⁹ Yanık, tarafsızlığın bu boyutunu kurumsal tarafsızlık olarak tanımlamaktadır. Murat YANIK, Yargının Yönetimi ve Denetimi, DR Yayınları, 2014, İstanbul, s. 173.

⁴⁰ Tarafsızlık için bir hâkimde bulunması gerekli nitelikler için bkz. BARAK, s. 103-104.

edilirken liyakat değil de kimi irrasyonel hususlar ve siyasal/ideolojik mülahazalar söz konusu olursa bu şekilde mesleğe kabul edilen hâkimlerden tarafsız olmalarını beklemek çok olası değildir. Bundan dolayı yargı erkini teşekkülü, personel ve özlük işleri üzerindeki yürütmenin sahip olduğu yetkiler tarafsız bir yargı ideali için büyük tehdit oluşturmaktadır.

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı birçok uluslararası belgede de düzenlenmiştir. Uluslararası düzlemde, yargı organlarının özerkliğini sağlamak ve yargıçların davranış ilkelerini belli bir çerçeveye oturtmak için düzenlenen bu belgeler yargıçların ulusal hukukta yer alan mesleki standartlarını değiştirmek için değil bu standartları geliştirmek için tasarlanmışlardır. Bu ilkelerin kayıt altına alınmasındaki diğer bir amaç da yasama ve yürütme erki mensuplarının yanında avukatlar ve kamuoyunun da yargı organlarına yardımcı olmalarını ve yargı erkini daha iyi anlamalarını sağlamaktır. Bu özellikleriyle bu belgeler ve içinde barındırdıkları ilkeler yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı noktasında rehberlik edecek niteliktedir.⁴¹

Hak ve özgürlüklere ilişkin kayıt altına alınan uluslararası belgelerin hemen hepsinde, yukarıda anlatılanları teyit eder biçimde, bağımsızlık ve tarafsızlık birlikte kayıt altına alınmıştır. Yine aynı şekilde bu belgelerde bağımsızlık ve tarafsızlık hukuk devletinin diğer bir gereği olan adil yargılanma hakkının bir parçası olarak düzenlenmiştir.⁴² Örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesi şu şekildedir:

“Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır.”

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de de tarafsızlık ve bağımsızlık adil yargılanma hakkı başlığı

⁴¹ Sibel İNCEOĞLU, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Endeksinde; Yargıcın Davranış İlkeleri, Beta Yayınları, 2008, İstanbul, s.10.

⁴² Sibel İNCEOĞLU, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyumu içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, Ankara, s. 54.

altında düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ilgili 14. maddesi şu şekildedir:

“...Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir...”

Konuya ilişkin bir diğer uluslararası belge Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri'dir. İlkeler yargı bağımsızlığı, yargıçların ifade ve örgütlenme özgürlüğü, yargıçların nitelikleri, göreve seçilmeleri ve eğitimleri, hizmet şartları ve görev süreleri, mesleki gizlilik ve muafiyet, disiplin, görevden alınma ve göreve son verme olmak üzere altı madde halinde sayılmıştır. Bu ilkelerden yargı bağımsızlığı başlığı altında “yargılamanın adil bir şekilde yapılması ve tarafların haklarına riayet edilmesi gereği”, yargının önüne gelen işlerde tarafsız bir şekilde karar verebilmesi, “her ne sebeple olursa olsun” yargı organlarının hiçbir etkiye maruz kalmamaları, yargılamanın adil yapılması ve bu hususların anayasal ve yasal güvencelere kavuşturulması gibi temel ilkeler belirtilmiştir.⁴³

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından 2003 yılında kabul edilen Bangolar Yargı Etiği İlkelerinde de yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına yer verilmiştir.⁴⁴ İçeriği kapsamında adeta yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı başlıkları altında anlatılanların özeti olan bu ilkeler çok önemli birer referans niteliğindedir. Bangolar Yargı Etiği İlkeleri hem ulusal hem de uluslararası metinlerden yararlanılarak hazırlanmıştır ve diğer uluslararası belgelerden farklı olarak yargıya ilişkin devletin yükümlülüklerine değil yargıçların görevlerini icra ederken uymaları gereken ilkelere odaklanmıştır.⁴⁵ Bu belge aynı zamanda Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin 2002' de hazırladığı 3

⁴³ Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/bm_yargi_ba%C4%9Fimsizligi_temel_prensipileri.pdf. (E.T: 09.02.2022).

⁴⁴ BM Bangolar Yargı Etiği İlkeleri , <http://www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf>. (E.T. 09.02.2022).

⁴⁵ İNCEOĞLU, 2008, s.11.

sayılı Görüş'ünün de temel kaynaklarından biri olarak kabul edilmiştir.⁴⁶ Bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat adları altında altı ilkenin yer aldığı bu belgede bağımsızlığın farklı boyutlarına değinilmiştir.⁴⁷ Yargı bağımsızlığı öncelikle “*hukuk devletinin ön koşulu ve adil yargılanmanın temel garantisi*” olarak tasvir edilmiştir. Bu belgede yer alan bağımsızlıkla ilgili diğer önemli ilkeler şu şekildedir:

“Hâkim, doğrudan ya da dolayısıyla herhangi bir sebeple ya da herhangi bir yerden gelen müdahale, tehdit, baskı, teşvik ve tüm harici etkilerden uzak, hâkimin olayları değerlendirmesi temelinde, vicdani hukuk anlayışı ile uyum içerisinde bağımsız olarak yargısal işlevini yerine getirmelidir.”

“Hâkim, genelde toplumdaki, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsızdır.”

“Hâkim, yasama ve yürütme organlarının etkisi ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fiilen uzak olmakla kalmayıp, aynı zaman da öyle görünmelidir de.”

“Hâkim, yargı bağımsızlığını sürdürmede esas olan yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirmek amacıyla, yargı etiği ile ilgili yüksek standartlar sergilemeli ve bunları ilerletmelidir.”

Aynı belgede tarafsızlık ile ilgili önemli ilkeler ise şu şekilde yer almaktadır:

“Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.”

“Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir.”

“Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.”

⁴⁶ İNCEOĞLU, 2008, s. 13.

⁴⁷ BM Bangolar Yargı Etiği İlkeleri , <http://www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf>. (E.T. 09.02.2022).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkı başlığını taşıyan 6. maddesi ise şu şekildedir:

“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar, konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin birlikte anıldığı görülür.⁴⁸ AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararlarının çoğunda bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin birlikte ihlaline karar verilmiştir. Sadece tarafsızlıktan sözleşmenin ihlaline karar verilmesi çok istisnai bir durumdur.⁴⁹ Gerçekten de bağımsızlık ve tarafsızlık birbirini tamamlayan ilkelerdir. Biri olmadan diğerdinden bahsetmek mümkün görünmemektedir. Bu anlatılanlar, daha önce de ifade edildiği gibi, bağımsız olmayan bir hâkimin tarafsız kararlar veremeyeceği anlamına gelmemektedir. Vurgulanmak istenen husus bağımsızlığın tarafsızlığı sağlama noktasındaki önemidir. Dışsal etkilere karşı savunmasız olan bir hâkimin tarafsız olma dirayeti de her geçen gün zayıflayacaktır.

AİHM kararlarında bağımsızlığın ihlal edilip edilmediği incelenirken ilk olarak bakılan ölçüt mahkeme yargıçlarının nasıl atandığıdır. Burada yargıcın kim tarafından atandığı da tartışılmaktadır. Ancak bu ölçüt tek başına bir ihlal kararının verilmesi için yeterli değildir. Bununla beraber diğer ölçütlerin yerine getirilip getirilmediği de dikkate alınmaktadır. AİHM yargıcın yürütme tarafından atanmasını tek başına ihlal nedeni saymaz. Yargıç yürütme organı tarafından atanmakla beraber kendisine emir verilemiyorsa, bağımsız bir görüntü veriyorsa, sabit bir görev süresi varsa ve bu hususlar güvence altına alınmışsa AİHM bağımsızlığın ihlal edilmediğine karar vermektedir.⁵⁰ Diğer uluslararası belgelerle karşılaştırıldığında AİHM'nin bu konu da düşük

⁴⁸ Langborger/İsveç 11179/84 22.06.1989; Saraiva de Carvalho/Portekiz 15651/89 22.04.1994; Findley/Birleşik Krallık 22107/93 25.02.1997.

⁴⁹ Işıl KARAKAŞ, “Bağımsız ve Etkin Yargı”, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu içinde, Adalet Yayınevi, 2014, Ankara, s. 159; İNCEOĞLU, 2009, s. 55,56.

⁵⁰ Campbell ve Feel/ Birleşik Krallık 7819/77 28.06.1984; Langborger/İsveç 11179/84 22.06.1989.

bir kriter uyguladığı söylenebilir. Örneğin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik 12 Sayılı Tavsiye Kararı'nda “*Hâkimlerin seçim ve kariyerleriyle hakkında karar veren merci, yasama ve yürütme organlarından bağımsız olmalıdır*” ibaresi yer almaktadır.⁵¹ Yine Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi görüşlerinde de benzer nesnel nitelikler aranmaktadır.⁵²

AİHM tarafsızlık sorununu ise öznel (subjektif) tarafsızlık ve nesnel (objektif) tarafsızlık olmak üzere iki boyutta incelemektedir. Öznel tarafsızlık davaya bakan yargıcın birey olarak kişisel tarafsızlığına ilişkindir. Bu tür kişisel bir taraflılık ispatlanamadığı takdirde karine olarak mahkeme üyelerinin tarafsız olduğu kabul edilmektedir. Nesnel tarafsızlıkta ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim esas alınır. Mahkeme ve yargıcın hak arayanların gözünde kuşkuya mahal bırakmayacak şekilde tarafsız görünmesi gerekir. Tarafsızlığa gölge düşüren meşru nedenlerin varlığı halinde hâkimin davadan çekilmesi isabetli olacaktır.⁵³

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının düzenlendiği diğer önemli uluslararası belgeler arasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik 12 Sayılı Tavsiye Kararı ile Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin 1 ve 3 numaralı görüşleri de sayılabilir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'nda hâkimlerin bağımsızlığını korumak, geliştirmek ve saygı göstermek için tüm tedbirlerin alınması gereği ifade edilmiştir. Alınacak tedbirler arasında hâkimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar verecek merciinin hükümet ve idareden bağımsız olması, hâkimlik teminatı ve hâkimin tarafsız bir şekilde karar vermesini sağlayacak koşulların oluşturulması gibi hususlar yer almaktadır. Bu belgede belirtilen önemli bir husus da

⁵¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik 12 Sayılı Tavsiye Kararı, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf>. (E.T. 12.02.2022)

⁵² Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin 1 ve 3 Numaralı Görüşleri, <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/7857/avrupa-yargiclari-danisma-konseyi-nin-yargiclarin/> (E.T: 10.02.2022).

⁵³ Piersack/Belçika 8692/79 01.10.1982; Hauschildt/Danimarka 10486/83 25.04.1989; Langborger/İsveç 11179/84 22.06.1989.

bağımsızlığı ve tarafsızlığı korumak ve güvence altına almak için anayasal veya yasal düzenlemeler yapılırken söz konusu ülkenin yasal geleneklerinin gözetilmesi gerektiğidir.⁵⁴ Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin görüşlerinde de yukarıda sayılan belgelerde yer alan ilke ve tavsiyeler yer almaktadır. Nitekim bu görüşlerde yukarıda sayılan diğer uluslararası belgelerden yararlanıldığı kayıt altına alınmıştır.⁵⁵

C. Yargısal Aktivizm ve Yargının Kendi Kendini Sınırlandırması

Yargının siyasallaşmasının en önemli nedenlerinden biri de demokratik bir sistemde çok önemli bir yere ve role sahip anayasa yargısının kimi tutum ve yaklaşımlarıdır. Anayasa mahkemelerinin siyasi bir organ olan yasama erkinin işlemlerini denetleme ve iptal etme yetkisi çoğu zaman bu mahkemelerin ve kararlarının hukuk ötesi bir şekilde siyasi sonuçlarıyla birlikte değerlendirilmesine yol açmaktadır. Bu mahkemeleri doğası gereği bu tartışmaların dışında tutmak da pek mümkün görünmemektedir.⁵⁶ Bir yasa hükmünün iptalini isteme hakkına sahip kurumlara bakıldığında genellikle yürütmenin başı olan devlet başkanı ve ana muhalefet partisi ile karşılaşmaktadır. Bu mekanizma da göstermektedir ki anayasa mahkemelerinin vermiş olduğu kararların çoğu, bir şekilde, siyasi tartışmaların odağı haline gelecektir.

Anayasa yargısını benimsemiş olan ülkelerin çoğunda gündeme gelen ve tartışılan konuların başında yargısal aktivizm (*judicial activism*) ve yargının kendi kendini sınırlandırması (*judicial restraint*) gelmektedir.⁵⁷ Yargısal aktivizmden kasıt anayasa mahkemesinin pozitif hukukun sınırlarını aşarak sınırlarını yasama erki aleyhine genişlettiği

⁵⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında Üye Devletlere Yönelik 12 Sayılı Tavsiye Kararı, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf>. (E.T. 12.02.2022)

⁵⁵ Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin 1 ve 3 Numaralı Görüşleri, <http://www.hukukmedeniyeti.org/haber/7857/avrupa-yargiclari-danisma-konseyi-nin-yargiclarin-/> (E.T: 10.02.2022).

⁵⁶ Serdar GÜLENER, Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu, XII Levha Yayınları, 2012, İstanbul, s. 147-148; YAVUZ, s. 60.

⁵⁷ Ergun ÖZBUDUN, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", AÜSBF Dergisi, Cilt: 62 Sayı: 3, 2007, s.258.

durumlardır.⁵⁸ Yargının kendi kendini sınırlandırması ise tam tersine anayasa mahkemesinin yetkisi olduğu halde kimi yasama tasarruflarını incelemekten kaçınmasını ifade etmektedir. Anayasa mahkemelerini sınırlandıran bir mekanizmanın olmayışı günümüz demokrasilerinde anayasa mahkemesine bu konularda geniş bir hareket alanı bırakmaktadır. Hal böyle olunca yasama organıyla yüksek mahkemenin sık sık karşı karşıya gelme ihtimali doğmaktadır.

Her iki yaklaşımın da görece olumlu ve olumsuz bir şekilde değerlendirmeye elverişli olduğunu söylemek gerekir. Örneğin pozitif hukukun evrensel hukukun gerisinde kaldığı bir ülkede anayasa mahkemesinin yasal ve anayasal sınırları aşarak evrensel hukuka dayanarak karar vermesi olumlu karşılanmaktadır.⁵⁹ Anayasa mahkemelerinin bu konudaki aktivist tutumu aynı zamanda demokrasinin güçlenmesine de yardımcı olacaktır.⁶⁰ Ancak yasal ve anayasal sınırlarını ihlal eden yüksek mahkeme bu ihlali evrensek hukuk lehine değil de dar siyasal çekişmeler ve bir takım ideolojik angajmanları esas alarak gerçekleştirirse bu durum demokrasiye zarar verecektir. Nitekim yargısal aktivizmle daha çok yargının seçilmiş siyasi iktidara/iktidarlar karşı bir vesayet organı olarak kurgulandığı ülkelerde karşılaşılmaktadır.⁶¹ Yine aynı şekilde mahkeme temel hak ve özgürlüklere zarar veren bir yasama tasarrufunu sırf siyasal alana müdahale etmemek amacıyla denetlemekten kaçınırsa istenen bir tablo ortaya çıkmayacaktır. Mahkemenin evrensel

⁵⁸ Her ne kadar yargısal aktivizm tartışmaları genel olarak anayasa yargısı etrafında yoğunlaşmış olsa da idari yargıda da yargısal aktivizm örneklerine rastlamak mümkündür. Önemli olan yargının yasamanın ya da idarenin işlemlerini denetlerken hukuka uygunluk denetimi sınırları içerisinde hareket etmesidir. Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, 2009, Ankara, s.34.

⁵⁹ Türkiye’de farklı yargı mercilerinin hukuka aykırı olan anayasal ve yasal düzenlemelerin içini nasıl boşalttığına dair birkaç örnek için *bkz.* Fazıl SAĞLAM, “Demokratik Hukuk Devletinde Yükselen Yıldız: Yargı”, Demokrasi ve Yargı içinde, Edit. Ozan ERGÜL, TBB Yayınları, 2005, Ankara, s. 117- 134.

⁶⁰ Ergun ÖZBUDUN, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, Demokrasi ve Yargı içinde, Edit. Ozan ERGÜL, TBB Yayınları, 2005, Ankara, s. 351.

⁶¹ Bülent ALGAN, Muhalefet Hakkı ve Türkiye’deki Görünümü, Adalet Yayınları, 2015, Ankara, s. 293-294.

hukuka uygun aynı zamanda yasal ve anayasal takdir yetkisi içerisinde gerçekleştirilmiş yasama tasarruflarını denetlemekten kaçınması ise savunulabilir bir anlayıştır.⁶²

Yukarıda anayasa yargısının pozitif hukukun dışına çıkmasının (çıkabilmesinin) kimi avantajlarının olabileceğinden bahsedildi. Ancak belirtmek gerekir ki yargısal aktivizm asli olarak anayasa yargısının hukuk devleti ve insan haklarına uygun kararlar vermek saikiyle ulusal mevzuatın dışına çıktığı durumlar için değil aksine yargıçların baktıkları davalarda kişisel politik görüşlerine göre karar verdikleri durumlar için kullanılmaktadır.⁶³ Bu nedenle kavramı bu dar anlamıyla kullanmakta fayda vardır. Yargıç, evrensel hukuk ilkelerini esas alarak değil de kendi ideolojik yaklaşımlarını esas alarak pozitif hukukun dışına çıktığında kendini seçilmiş parlamentonun yerine koyduğu gibi yargının varlık ve meşruiyet nedeni olan adaleti sağlamak ve devleti kişi hak ve özgürlükleri lehine sınırlandırmak hedefinden de uzaklaşmış olur.⁶⁴ Böyle bir tablo bizi “*yargıçlar hükümeti*” ya da “*hâkimler devleti*” olarak adlandırılan tehlikeyle baş başa bırakabilir. Anayasa mahkemesini denetleyen bir mekanizmanın yokluğu da bu tehlikenin ciddiye alınması gerektiğini göstermektedir.

Anayasaya uygunluk denetimi yapan bir mahkemenin kendi kendini sınırlamasının gereği ve nedenine yönelik ABD Yüksek Mahkeme hâkimliği yapmış olan Frankfurter’in şu sözleri dikkate değerdir:

“Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu bir kanun haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini

⁶² Yargısal aktivizmin olumlu ve olumsuz görünüşleri için bkz. GÜLENER, s. 263-264.

⁶³ GÖNENÇ, s. 120; Anayasaya uygunluk denetimi yapan yüksek mahkemelerin yargısal aktivizm olarak nitelendirilebilecek kararları daha çok yasama organının işlemlerini iptal etmek şeklinde ortaya çıksa da, yargısal aktivizmi bununla sınırlandırmak doğru değildir. Bu mahkemelerin yasama organlarının anayasaya aykırı işlemlerini görmezden gelmesi de yargısal aktivizm örneğidir. Serkan KORUCU, Yargısal Aktivizm, Seçkin Yayıncılık, 2014, Ankara, s. 52.

⁶⁴ Mustafa ERDOĞAN, Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi, Kesit Yayınları, 2013, İstanbul, s. 108; GÜLENER, s. 264-265.

*kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş (awesome) yetkisi, azami ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır.*⁶⁵

Kendi kendini sınırlamada yargısal aktivizmin aksine anayasaya uygunluk denetimi yapan yüksek mahkemenin anayasa metnine bağlı kalması esastır. Buradaki amaç mahkemenin demokratik süreçlere saygı duymasını sağlayarak mahkemenin demokratik meşruluğuna katkı sunmaktır. Aksi bir tutumun mahkemeyi siyasallaştıracağına inanılmaktadır. Bu anlayışta “çoğunlukçu demokrasi” anlayışının işaretlerini görmek mümkündür.⁶⁶

Görüldüğü gibi anayasa mahkemesinin yargısal aktivizm ile kendi kendini sınırlaması arasında karşısına gelen her somut olayda bir denge kurması gerekecektir.⁶⁷ Bu dengeyi kurmanın zorluğu ortadadır. Bununla birlikte anayasa mahkemelerinin sahip olduğu bu geniş hareket alanı kimi olumsuzluklara yol açsa bile hem hukuk devletini tüm kurum ve ilkeleriyle korumak hem de dinamik bir süreç içerisinde gelişen insan haklarını en son haliyle değerlendirmek açısından vazgeçilmez bir imkân sunar. Bu aynı zamanda bu yüksek mahkemelerin görevidir de.

Anayasa yargısının demokratik ülkelerdeki meşruiyeti temelde temel hak ve özgürlüklere aykırı düzenlemeleri, pozitif hukukla birlikte evrensel hukuk ilkelerini de esas alacak şekilde inceleyip iptal etmesine bağlıdır. Meşruiyetini bu işlevinden alan bir kurumu pozitif hukuka mahkûm etmek yargıyı tıpkı yürütme gibi genel ve soyut yasaların basit bir icracısı derekesine düşürecektir. Bugün hemen herkes kabul etmektedir ki evrensel hukuk ilkelerinin, başka bir ifadeyle insan haklarının yer almadığı ve korunmadığı bir anayasayı anayasa olarak

⁶⁵ Tim KOOPMANS, *Counts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, s. 52 (*Akt. ÖZBUDUN*, 2005, s. 351).

⁶⁶ GÜLENER, s. 265.

⁶⁷ BARAK, s. 271.

kabul etmek mümkün değildir. Bu korumayı sağlamak için de anayasa yargısına büyük bir görev düşmektedir.⁶⁸

IV. SONUÇ

Siyasi iktidarın tek bir kişide veya tek bir organda temerküz etmesinin önüne geçmek için geliştirilen kuvvetler ayrılığı doktrini ve bu doktrini kendisine eklemleyen hukuk devleti ilkesi yargı erkine önemli bir rol vermiştir. Yargı erki siyasal organlar olan yasama ve yürütmenin aksine siyaset dışı ya da siyaset üstü bir konuma yükseltilmiş ve hukukun güvencesi olma işleviyle donatılmıştır. Yargı erkinin üzerine düşen bu sorumluluğu ne kadar başarıyla yerine getirdiği tartışmalı olsa bile yargı erki günümüz demokrasileri için hala anahtar bir rol üstlenmektedir. Günümüz demokrasilerinin çoğunda yasama ve yürütme erkleri arasındaki çizginin belirsizleşmesi ve yasama erkinin çoğu zaman yürütme erkinin siyasi hedeflerinin gerçekleştirilmesinin bir aracı haline getirilmesi yargı erkinin önemini daha da arttırmıştır. Ancak yürütme erkinin elinde olan güç ve imkânlar yargının temel meşruluk temellerinden uzaklaştırılarak hukukun değil kimi siyasi programların önündeki engellerin kaldırılması için kullanılması tehdit ve tehlikesini beraberinde getirmektedir. Yargının siyasallaşmasının en önemli nedenlerinden olan bu olgu hukuk devleti anlayışını ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri tehdit eden gelişmelerin başında gelmektedir.

Yargının siyasallaşması çok boyutlu bir olgudur. Bununla birlikte yargının siyasallaşması daha çok yürütme erki eliyle gerçekleştirilmektedir. Günümüzde hemen tüm demokrasilerde yürütme organı yargı organlarının teşekkülünde çok önemli yetkileri elinde tutmaktadır. Bu gerçek yargı erkinin demokratik bir sistemdeki rolünü gerçekleştirebilmesinde yürütme erkinin bu role saygı göstermesi ihtiyacını ortaya koymaktadır. Yürütmenin bu ihtiyaca cevap vermesi ise ülkede cari olan siyasal kültürle yakından ilişkilidir. Demokratik reflekslerin gelişmediği ve siyasi iktidarın hukuk devleti düşüncesinden uzak olduğu bir ülkede yargının siyasal erkleri dengeleyen ve denetleyen işlevini kabul etmek de kolay olmamaktadır. Bu nedenle gerek uluslararası belgelerde gerekse de başta anayasa olmak üzere ulusal düzeydeki hukuki metinlerde yargının siyasallaşmasının önüne geçmek

⁶⁸ ERDOĞAN, s. 94-95; YAVUZ, s. 64.

için kimi öneri ve ilkeler yer almaktadır. Bu öneri ve ilkeler ise daha çok yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı başlıkları altında düzenlenmektedir.

Bağımsız yargı, yargı organının gerek siyasal organlar olan yasama ve yürütmeden gelen gerekse de medya, kamuoyu, siyasal partiler ve sivil toplum örgütleri gibi baskı gruplarından gelebilecek etki ve baskıların önüne geçebilmek için ortaya atılmıştır. Yargıyı aynı zamanda davanın taraflarının etkisi altına girmekten de korumak gerekmektedir. Bağımsızlığın bir diğer boyutu ise yargı mensuplarının bizzat yargı kurumunun kendisinin etki ve baskısından korumaktır. Yargı dışı organlar tarafından söz konusu olabilecek müdahaleler dış bağımsızlık olarak adlandırılmaktayken yargı organının içinde vuku bulan müdahaleler iç bağımsızlık olarak adlandırılmaktadır. Yargının bağımsızlığı kurumu tüm bu boyutlarıyla esas olarak yargının tarafsızlığını gerçekleştirme amacına hizmet etmektedir. Siyasal yargı aynı zamanda “*tarafli*” bir yargıdır. Bu nedenle bir hukuk devletinde yargının en önemli vasfı “*tarafsız*” olmasıdır. Bağımsızlık ise tek başına yargının tarafsızlığını temin etmekten uzaktır. Ancak bu bağımsızlığın önemsiz olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim tarafsız yargı idealini hayata geçirebilmek için bunun asgari koşulu olan bağımsızlığın gerçekleştirilmesi gerekir. Bağımsız olmayan bir yargı organının tarafsız bir muhakeme yapabilmesi mümkün olsa da bağımsız bir yargının bu özelliği ortaya koyması çok daha olasıdır. Bu nedenle bağımsız bir yargı tarafsız bir yargının en önemli koşullarından biridir.

Yürütme erkinin yargı erki karşısındaki önemli rolü ve bu rolün yargı organlarını yürütme erkinin siyasal bir aracı haline dönüştürebilme potansiyeli, yargı organının teşekkülünde ve yine aynı şekilde yargı mensuplarının atanması noktasında yürütme erkinin sahip olduğu yetkilerin de tartışılmasına yol açmaktadır. Uluslararası belgelerde de bu konu üzerinde hassasiyetle durulmaktadır. Aslına bakılırsa kimi uluslararası belgelerde yürütmenin yargı organı üzerinde sahip olduğu yetkiler tek başına bağımsızlığa ve tarafsızlığa aykırı düzenlemeler olarak kabul görmemektedir. Yargı organının bağımsızlığına saygı gösterildiği müddetçe yürütme organının sahip olduğu yetkiler sorun yaratmayacaktır. Sorun yaratması bir tarafa yasama ve yürütme organının yargı organı üzerindeki yetkilerinin bir bütün olarak yargının demokratik meşruluğuna hizmet edeceğini düşünenler de vardır. Ancak şunu söylemek gerekir ki demokrasi karnesi zayıf ülkelerde yürütmenin yargı organı üzerinde sahip olduğu bahse konu yetkiler kesinlikle yargının bağımsızlığın ve tarafsızlığının altını oymaktadır. Bu nedenle bu tür

ülkelerde yargı organının ve dolayısıyla hâkimlerin üzerinde yürütme erkinin sahip olduğu yetkilerin tolere edilebilir düzeye çekilmesi gerekmektedir.

Yargının siyasallaşmasının diğer bir yönü de bizzat yargının anayasalarda kendine ayrılan sınırların dışına çıkarak yasama ve yürütme aleyhine yetki alanını genişletmesidir. Yargısal aktivizm olarak adlandırılan bu olgu yargının hukuk lehine kendi sınırları dışına çıktığı durumlarda değil yargının belli siyasi ve ideolojik saiklerle hareket ettiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Yargısal aktivizmle özellikle yargının sivil iradeye karşı bir vesayet organı olarak dizayn edildiği ülkelerde karşılaşmaktadır. Bu gerçek de yukarıda değinilen yargının bağımsız olmasının tek başına yargının tarafsızlığını ve meşruluğunu sağlamak için yeterli bir unsur olmadığı iddiasını desteklemektedir.

KAYNAKÇA

- ALGAN, Bülent, Muhalefet Hakkı ve Türkiye’deki Görünümü, Adalet Yayınları, 2015, Ankara.
- BARAK, Aharon, The Judge in a Democracy, Princeton University Press, 2006, Princeton, New Jersey.
- CAN, Osman, “Yargı ve Demokratik Meşruiyet”, Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Yargıda Örgütlenme içinde, YARSAV Yayınları, 2008, Ankara.
- ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç, Teoride ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınları, 2012, Ankara.
- DURŞUN, Hasan, Nasıl Bir Yargı Reformu, Adalet Yayınları, 2009, Ankara.
- ERDOĞAN, Mustafa, Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi, Kesit Yayınları, 2013, İstanbul.
- FALLON, Richard, “Hukuk Devleti”, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu içinde, Adalet Yayınları, 2014, Ankara.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yetkin Yayınları, 2010, Ankara.
- GIEGERICH, Thomas, “Yargı Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler”, Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyumu içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, Ankara.
- GÖNENÇ, Levent, Siyasi İktidarın Denetlenmesi- Dengelenmesi ve Yargı, İkinci Baskı, Adalet Yayınları, 2015, Ankara.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, On Sekizinci Baskı, Turhan Kitabevi, 2011, Ankara.
- GÜLENER, Serdar, Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu, XII Levha Yayınları, 2012, İstanbul.

- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, 2009, Ankara.
- HEYWOOD, Andrew, “Siyaset Nedir”, Siyaset, Edit. Buğra KALKAN, Çev. Bekir Berat ÖZİPEK, Liberte Yayınları, 2006, Ankara.
- İBA, Şeref, Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda), Turhan Kitabevi, 2006, Ankara.
- İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Endeksinde; Yargıcın Davranış İlkeleri, Beta Yayınları, 2008, İstanbul.
- İNCEOĞLU, Sibel, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Diğer Uluslararası Belgeler Işığında Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyumu içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009, Ankara.
- KARAKAŞ, Işıl, “Bağımsız ve Etkin Yargı”, Adalet ve Hukuk Devleti Uluslararası Sempozyumu içinde, Adalet Yayınevi, 2014, Ankara.
- KOOPMANS, Tim, Courts and Political Institutions: A Comparative View, Cambridge University Press, 2003, Cambridge.
- KORUCU, Serkan, Yargısal Aktivizm, Seçkin Yayıncılık, 2014, Ankara.
- KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, On Beşinci Baskı, Beta Yayınları, 2006, İstanbul.
- LİJPHART, Arend, Demokrasi Motifleri, Çev. Güneş AYAS, Salyangoz Yayınları, 2006, İstanbul.
- LOCKE, John, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri BAKIRCI, İkinci Baskı, Ebabel Yayınları, 2012, Ankara.
- ÖZBUDUN, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, AÜSBF Dergisi, Cilt: 62 Sayı: 3, 2007.
- ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, Demokrasi ve Yargı içinde, Edit. Ozan ERGÜL, TBB Yayınları, 2005, Ankara.

- ÖZKORKUT, Nevin Ünal, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, AÜHFD, Cilt: 57 Sayı: 1, 2008.
- PERETTI, Terri Jennings, “Does Judicial Independence Exist?, The Lessons of Social Science Research”, İn: *Judicial Independence At The Crossroads, An Interdisciplinary Approach*, Edts: Stephen B. Burbank and Barry Friedman, Sage Publications, 2002, London.
- SAĞLAM, Fazıl, “Demokratik Hukuk Devletinde Yükselen Yıldız: Yargı”, *Demokrasi ve Yargı içinde*, Edit. Ozan ERGÜL, TBB Yayınları, 2005, Ankara.
- SANCAR Mithat, ATILGAN Eylem, “Adalet Biraz Es Geçiliyor”: *Demokratikleşme Sürecinde Hâkim ve Savcılar*, Tesev Yayınları, 2009, İstanbul.
- SANCAR, Mithat, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, *Demokrasi ve Yargı içinde*, Edit. Ozan Ergül, TBB Yayınları, 2005, Ankara.
- SANCAR, Mithat, *Devlet Akı Kıskaçında Hukuk Devleti*, Altıncı Baskı, İletişim Yayınları, 2012, İstanbul.
- TURHAN, Mehmet, *Anayasal Devlet*, İkinci Baskı, Naturel Yayınları 2013, Ankara.
- UYGUN, Oktay, *Demokrasi; Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, XII Levha Yayınları, 2011, İstanbul.
- YANIK, Murat, *Yargının Yönetimi ve Denetimi*, DR Yayınları, 2014, İstanbul.
- YAVUZ, Bülent, *Kuruluşu ve İşleyişi Açısından; Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Adalet Yayınları, 2012, Ankara.
- YÜKSEL, Saadet, “Türk Anayasa Hukukunda Hâkimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış”, İÜHFM, Cilt: LXX Sayı: 2, 2012.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, *İdare Hukuku*, II. Cilt, Yetkin Yayınları, 2012, Ankara.

ÖZEL HUKUK

TÜRK İŞ HUKUKUNDA KADIN ÇALIŞANLARA YÖNELİK KORUYUCU DÜZENLEMELER

Sevgi IŞIK EROL*

ÖZ

Tarihin her döneminde, toplumsal üretim sürecinin içinde yer alan kadınların işçi olarak çalışma yaşamına katılımı Sanayi Devrimi ile gerçekleşmiştir. Son yıllarda hızla gelişen teknoloji, bir yandan yeni istihdam türlerinin ortaya çıkmasına neden olurken, diğer yandan kadınların çalışma yaşamına katılımını giderek artırmıştır. Ancak kadınların çalışma yaşamına katılmaları artsa da toplumun kadına yönelik geleneksel tutumu, kadınların çalışma hayatında erkeklerle eşit haklara sahip olmaması ve kadının aile hayatındaki sorumlulukları, kadının çalışma hayatında özel olarak korunmasını gerektirmektedir. Kadınların çalışma hayatına katılarak toplumsal üretime katılmalarını sağlamak için onları özel olarak koruyan ulusal ve uluslararası birçok düzenleme yapılmıştır. Ülkemizde çalışma hayatında kadın erkek eşitliğini sağlamaya çalışan birçok düzenleme bulunmakla birlikte; bu konudaki en detaylı düzenlemeler, İş Kanunu ve ilgili mevzuatta yer almaktadır. İş Kanunu ve ilgili diğer mevzuat hükümleri ile kadınlara çalışma hayatında getirilen mevzuat dikkate alındığında bu hükümlerden bazıları cinsiyete dayalı ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Diğer hükümler, işçinin kadın olması nedeniyle gebelik ve analık gibi özel korumaya ihtiyaç duyulan alanlarda bazı haklar sağlamayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda bu çalışma, 4857 sayılı İş

* Doç. Dr., Batman Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü Öğretim Üyesi, E-Mail: sevgi.isik@windowslive.com, ORCID ID: 0000-0001-9925-1704.
Makalenin Gönderim Tarihi : 11.07.2022.
Makalenin Kabul Tarihi : 29.11.2022.

Kanunu kapsamında istihdam edilen kadın çalışanlara yönelik koruyucu düzenlemelere genel bir bakış içermektedir.

Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, kadın çalışanlar, eşitsizlik, annelik, gebelik.

PROTECTIVE REGULATIONS INTENDED FEMALE EMPLOYEES IN TURKISH LABOR LAW

ABSTRACT

The participation of women in the working life as workers, who have been involved in the social production process in every period of history, has been realized with the Industrial Revolution. The rapidly developing technology in recent years has led to the emergence of new types of employment, on the one hand, and on the other hand, has gradually increased the participation of women in working life. However, although the participation of women in working life increases, the traditional attitude of the society towards women, the fact that women do not have equal rights with men in working life and women's responsibilities in family life require special protection of women in working life. In order to enable women to participate in social production by participating in working life, many national and international regulations have been made that specifically protect them. Although there are many regulations in our country that try to ensure equality between men and women in working life, the most detailed regulations on this issue are in the Labor Law and relevant legislation. Considering the provisions of the Labor Law and other relevant legislation and the legislation brought to women in working life, some of these provisions aim to eliminate discrimination based on gender. Other provisions aim to provide some rights in areas where special protection is needed, such as pregnancy and maternity because the worker is a woman. In this context, this study includes an overview of the protective regulations for female employees employed within the scope of the Labor Law No. 4857.

Keywords: Labor Law, female employees, inequality, maternity, pregnancy.

I. GİRİŞ

Kadın emeği uygulamasının tarihsel süreç içerisinde çok başarılı olduğu söylenemez. Bu nedenle çalışma hayatında kadın çalışanların korunması gerekliliği konusu, özellikle üzerinde durulması gereken konulardan biridir. Kadının çalışma hayatında korunması kapsamında, kadın istihdamının sağlanmasının yanı sıra, kadın çalışanların iş ilişkileri

devam ederken ve iş ilişkisinin sona ermesi durumunda da korunması gerekmektedir. Bu amaçla dünyada bazı uluslararası sözleşmeler yürürlüğe girmiş ve ülkelerde bazı yasal düzenlemeler yapılmıştır.¹

Esasen sosyal, kültürel, ekonomik, teknolojik vb. gelişmeler sonucunda kadınların çalışma yaşamına katkısı her geçen gün artmakta ve bu gelişme kadınlara yönelik bazı koruyucu düzenlemeleri de zorunlu kılmaktadır.² Bu kapsamda İş Kanunu'nda kadın işçiler için koruyucu düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden “eşit değerdeki işe eşit ücret” ve “ayrımcılık yasağı” gibi bazı düzenlemeler, çalışma hayatında kadınların erkek işçilerden farklı muamele görmesini engellemektedir. Diğer bir deyişle, bu düzenlemeler, çalışma hayatında kadın işçilere erkek işçilerle eşit muamele edilmesini sağlamaktadır.³

Öte yandan, kadın ve erkek çalışanların çalışma hayatında karşılaştıkları sorunların bir kısmı benzer olsa da; kadın çalışanların fiziksel yapıları, ailevi yükümlülükleri ve toplumun kadına bakış açısı nedeniyle çalışma hayatında erkeklere göre daha fazla sorunla karşılaştıkları bir gerçektir.⁴ Bu kapsamda kadın işçilere erkek işçilerle eşit davranılmasının yanı sıra; kadın işçiler için gebelik öncesi ve sonrası ek tedbirlerin alınması da bir zorunluluktur. Bu nedenle İş Kanunu'nda kadın işçileri koruyucu düzenlemelerin bir diğer bölümü, kadın işçileri, kadın olmalarından kaynaklanan analık görevleri ve iş hayatlarının yanı sıra ev hanımlığı da üstlenmeleri nedeniyle korumayı amaçlamaktadır.⁵

Anayasamızda da kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu vurgulanırken, kadınların çalışma koşulları açısından özel olarak korunacağı da belirtilmektedir. Bu konuda Anayasa'da öngörülen ilkeler Türk iş mevzuatına da yansımıştır.⁶ Nitekim 1982 Anayasası'nın kadın

¹ DOĞAN YENİSEY, Kübra / ALPAGUT, Gülsevil / AKIN, Levent / UŞAN Muhammed Fatih: Bireysel İş Hukuku, TC. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 3801 & Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 2614, Eskişehir 2018, s. 202.

² OĞUZ, Özgür: Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler, TBB Dergisi, Sayı: 134, Yıl: 2018, s. 568.

³ DOĞAN YENİSEY / ALPAGUT / AKIN / UŞAN, s. 201.

⁴ OĞUZ, s. 568.

⁵ DOĞAN YENİSEY / ALPAGUT / AKIN / UŞAN, s. 202.

⁶ TAŞKENT, Savaş / KURT, Dilek: Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum, Cilt: 0, Sayı: 40, Yıl: 2017, s. 29.

işçilerin korunmasına yönelik hassasiyeti ortaya koyan 50. maddesindeki “Çalışma Koşulları ve Dinlenme Hakkı” başlığı altında, “hiç kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma koşulları açısından özel olarak korunurlar” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, kadınların fiziksel özelliklerinin dikkate alındığının ve çocuk bakımı ile aile yükümlülükleri gibi yükümlülüklerini aksatmadan yerine getirmelerine yardımcı olacak; özel önlemlerin alınması gerektiğinin anayasal bir işareti olmuştur.⁷

Böylece kadın işçilerin hem kadın hem de anne olarak özel bir korumadan yararlanmaları ilkesi çalışma mevzuatımızda kabul edilmiştir. İş Kanunu’nda öngörülen ve bunlara ilişkin yönetmeliklerde detaylandırılan hükümlerin sadece İş Kanunu kapsamına giren kadın çalışanlar için söz konusu olacağı şüphesizdir. Bu bağlamda İş Kanunu kapsamı dışında kalan “ev ve tarım işlerinde çalışan kadınlar” bu koruyucu hükümlerden yararlanamayacaklardır.⁸

II. KADIN ÇALIŞANLARA YÖNELİK KORUYUCU DÜZENLEMELER

Çalışma hayatında kadın erkek eşitliği konusunda kayda değer bazı gelişmeler gözlemlenmekle birlikte; ilerlemenin istenilen düzeye ulaştığı söylenemez. İşgücü piyasasına katılım, eşit değerdeki iş için ödeme, kadınların yüksek ücretli mesleklerde ve yönetim pozisyonlarında temsili ve ücretsiz bakım işinin dağılımı da dahil olmak üzere; kadınlar ve erkekler arasındaki kalıcı eşitsizlikler devam etmektedir. Şiddet ve taciz, iş dünyasındaki birçok kadın için bir gerçek olmaya devam etmektedir. Kadınlar için ekonomik güçlendirme ve cinsiyet eşitliğinin sağlanması, hükümetler, sivil toplum, işçi örgütleri, şirketler, işverenler dahil olmak üzere çeşitli küresel paydaşlardan proaktif ve dönüştürücü politikalar gerektirmektedir.⁹

⁷ BACAĞ, Bünyamin / YİĞİT, Yusuf: Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Kamu İş Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 3-4.

⁸ BACAĞ / YİĞİT, s. 4.

⁹ ILO: Empowering Women at Work Company Policies and Practices for Gender Equality, ILO Publications, Geneva 2020, s. 1.

Son yıllarda, kadınların sosyal ve çalışma hayatında ilerlemesine ve güçlendirilmesine yönelik yaklaşımda önemli bir değişiklik olmuştur. Daha önce ekonomik kalkınma veya nüfus politikaları gibi sonuçlar için kadınların ilerlemesinin önemli olduğu düşünülürken, uluslararası toplum, kadınların güçlendirilmesini ve özerkliğini ve siyasi, sosyal, ekonomik ve sağlık koşullarının iyileştirilmesini her zamankinden daha fazla dikkate almaya başladı. Bu yaklaşım değişikliği, kadınları ilgilendiren konulara insan hakları yaklaşımını yansıtmaktadır.¹⁰ Bu nedenle kadın çalışanlara yönelik koruyucu düzenlemeler ilk olarak uluslararası kuruluşlar tarafından hayata geçirilmeye çalışılmış, kadın-erkek eşitliğini sağlamak ve cinsiyete dayalı ayrımcılığı sona erdirmek için çeşitli düzenlemeler (sözleşmeler ve yönergeler) kabul edilmiştir.¹¹

Düzenlemelerin kabul edilmesinden bu yana da Birleşmiş Milletler uluslararası insan hakları standartlarını geliştirmeye devam etmektedir. ILO (International Labour Organization- Uluslararası Çalışma Örgütü), kadın işçi haklarına ilişkin belirli insan hakları standartlarını belirleme çabalarını da sürdürmektedir.¹² Bu çabalar arasında önemli olan ilgili ILO Sözleşmeleri arasında “Eşit Ücret Sözleşmesi, 1951 (No. 100)”, “Ayrımcılık (İstihdam ve Meslek) Sözleşmesi, 1958 (No. 111)”, “Aile Sorumlulukları Olan İşçiler Sözleşmesi, 1981 (No. 156)”, “Şiddet ve Taciz Sözleşmesi, 2019 (No. 190) ve Tavsiye No. 206” gibi birçok sözleşme ve tavsiye kararı gösterilebilir.¹³ Nitekim bu düzenlemelerde “işçiler arasında ayrımcılık yapılmaması”, “ücret eşitsizliğinin giderilmesi” gibi işyerinde eşit muamele, kadın işçilerin çalıştırılmayacağı işler gibi çeşitli önlemler öngörülmüştür. Kadın işçilerin korunmasına ilişkin uluslararası düzenlemeler de zamanla Türk iş hukukunu etkilemiştir.¹⁴

Ülkemizde çalışma hayatında kadın erkek eşitliğini sağlamaya çalışan birçok düzenleme olmasına rağmen; bu konudaki en detaylı

¹⁰ GOONESEKERE, Savitri: A Rights-Based Approach to Realizing Gender Equality, <https://www.un.org/womenwatch/daw/news/savitri.htm> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

¹¹ TAŞKENT / KURT, s. 29.

¹² GOONESEKERE, <https://www.un.org/womenwatch/daw/news/savitri.htm>.

¹³ ILO: International Labour Standards on Equality of opportunity and treatment, <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/equality-of-opportunity-and-treatment/lang--en/index.htm> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

¹⁴ TAŞKENT / KURT, s. 29.

düzenlemeler, İş Kanunu ve ilgili mevzuatta yer almaktadır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu, önceki 1475 sayılı İş Kanunu'na göre daha kapsamlı ve detaylı düzenlemeler öngörmüştür. Hem İş Kanunu hem de Sosyal Güvenlik Hukuku ile kadınlara çalışma yaşamında getirilen mevzuat hükümlerine dikkat edildiğinde, bu hükümlerin bir kısmı “cinsiyet kökenine” dayalı ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Kalan hükümler ise çalışan işçinin kadın olması nedeniyle gebelik, analık gibi “özel” olarak korunması gereken alanlarda bazı haklar vermektedir.¹⁵

Öte yandan, kadınların koruyucu haklarının “İş Kanunu” ve “Sosyal Güvenlik Hukuku” mevzuatı ile sınırlı olmadığını da belirtmek gerekir. Nitekim “Umumi Hıfzıssıhha Kanunu”, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu”, “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu”, “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”nda kadınları koruyucu bazı düzenlemeler bulunmaktadır.¹⁶ Bu çalışmamızda ise genellikle “İş Kanunu”nun ilgili hükümleri ele alınacaktır.

A. İşverenin Eşit Davranma Borcu

İş hukuku, ekonomik açıdan zayıf ve güçsüz işçiyi, daha güçlü işverenin keyfi davranışlarına karşı koruma ihtiyacından doğan bir hukuk dalıdır. Bu koruma, işverenlerin çalışanları arasında ayrımcılık yapmayarak ve eşit muamele yükümlülüğüne uygun hareket ederek eşitlik ilkesini uygulamalarıyla yakından ilgilidir. İş hukuku açısından “eşitlik ilkesi, işverene, haklı ve nesnel bir sebep olmadıkça işyerinde çalışan işçiler arasında farklı davranmama yükümlülüğü getirmektedir”. Bu temel ilke, eşit muamele ilkesi olarak işverenin yönetim yetkisini sınırlayan ve şekillendiren bir ilke olarak iş hukuku alanında somutlaşmıştır.¹⁷

¹⁵ YUVALI, Ertuğrul: 4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, TBB Dergisi, Sayı: 106, Yıl: 2013, s. 94.

¹⁶ YUVALI, s. 94-95; DOĞAN YENİSEY / ALPAGUT / AKIN / UŞAN, s. 202.

¹⁷ KANDEMİR, Murat / YARDIMCIOĞLU, Didem: İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s. 2.

Esasen kadın işçilerin çalışma hayatlarında karşılaştıkları cinsiyet ayrımcılığı “doğrudan” ya da “dolaylı” ayrımcılık olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda “doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, işçinin cinsiyetinden veya cinsiyetinden kaynaklanan bir nedenle işveren tarafından işe alınmaması ve farklı çalışma koşullarına veya ücret uygulamalarına tabi tutulmaması durumunda ortaya çıkmaktadır”. Öte yandan, “dolaylı cinsiyet ayrımcılığında, söz konusu uygulama ilk bakışta ayrımcılık olarak algılanmasa da sonuçları açısından fark oluşturmaması cinsiyet ayrımcılığını ortaya koymaktadır”.¹⁸

1982 Anayasası'nın “Kanun Önünde Eşitlik” başlığı altında düzenlenen 10. maddesi, işverenin sorumlu olduğu bu borcun temel dayanağı olarak gösterilebilir. Bu maddeye göre, “herkes dil, din ve mezhep, felsefi inanç, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin gerçekleşmesinden sorumludur. Bu amaçla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Devlet organları ve idare makamları tüm işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine göre hareket etmekte yükümlüdür”. Anayasa'nın 10. maddesi, eşitlik ilkesi açısından getirdiği kriterlerle, bir bakıma hukukumuzda ayrımcılığı mutlak olarak yasaklamaktadır. Bu yasak hem kamu hukuku açısından hem de özel hukuk ilişkileri açısından geçerlidir. Bu bağlamda İş Kanunu'nun 5. maddesi hükümleri de oldukça açıktır.¹⁹

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “iş ilişkisinde dil, din ve mezhep, felsefi inanç, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz”.²⁰ Görüldüğü gibi bu hükümde belirtilen ayrımcılık yasakları “iş ilişkileri” kapsamındadır. Hükümde “benzer sebepler” ibaresi yer aldığından ayrımcılık yasağı sadece sayılan durumlarla sınırlı kalmamakta ve işveren benzer sebeplerle eşit muamele yükümlülüğünü ihlal edemeyecektir. Öte yandan, kural olarak işveren işe alımda eşit muamele yükümlülüğü altında değildir. Çünkü iş sözleşmesinin kurulmasında işveren, hangi işçinin işi

¹⁸ DOĞAN YENİSEY / ALPAGUT / AKIN / UŞAN, s. 202.

¹⁹ ULUCAN, Devrim: Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı: 0, Yıl: 2014, s. 373.

²⁰ 4857 Sayılı İş Kanunu: (22.05.2003), Resmî Gazete (Sayı: 25134), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

en verimli ve uyumlu şekilde yürütebileceğini belirleme yetkisine sahiptir.²¹ Neticede bu hak, Anayasa'nın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlığı altında düzenlenen 48. maddesine göre “herkes istediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir” hükmünün bir gereğidir.

Benzer şekilde İş Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, “işveren, esaslı bir neden olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı muamele yapamaz”.²² Bu arada işverene getirilen eşit muamele yükümlülüğü, işverenin her durumda ve tüm işçilere eşit davranacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim eşit muamele yükümlülüğü, aynı veya benzer niteliklere sahip işçilere eşit muamele yapılmasını gerektirir ve işverenin davranışını sınırlar. Ancak işveren, örneğin işçinin konumu, işin önemi veya çalışma saatleri nedeniyle işçilere farklı davranabilir. Bu durum, eşit muamele yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaz. Dolayısıyla bu durumda eşit muamele yükümlülüğünün göreceli bir nitelik taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır.²³

Kanun koyucu, eşit muamele ilkesinin yazılı olduğu İş Kanunu'nun 5. maddesinde kadın işçilerin korunmasına ilişkin bazı hükümlere de yer vermiştir.²⁴ İş Kanunu, cinsiyet ayrımcılığı yasağını mutlak bir ayrımcılık yasağı olarak öngörmüştür.²⁵ Bu nedenle İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca “işveren, biyolojik veya işle ilgili sebepler gerektirmedikçe, bir işçiye, iş sözleşmesinin kurulmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz”.²⁶ Bu hüküm uyarınca, örneğin çok sayıda işçinin istihdam edileceği bir işyerinde istenilen niteliklere sahip kadın adaylar bulunmasına rağmen, istihdam edilen işçilerin sadece erkekler arasından seçilmesi durumunda cinsiyete dayalı ayrımcılık söz konusudur. İşin

²¹ BACAK / YİĞİT, s. 6.

²² RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

²³ OĞUZ, s. 570.

²⁴ OĞUZ, s. 571.

²⁵ YUVALI, s. 95.

²⁶ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

niteliği gibi sebepler haklı çıkarmadıkça, bir kadın işçi ile sadece gebeliği nedeniyle iş sözleşmesi yapılmasından kaçınılamaz.²⁷

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*biyolojik nedenler, kadın veya erkek cinsiyetine özgü psişik veya anatomik özelliklerdir*”. Bu sebeplerin gerektirdiği ölçüde cinsiyete göre farklı davranmak ayrımcılık teşkil etmez. Öte yandan “*işin niteliği ile ilgili nedenler ise bir işin yapılmasının diğer cinsten beklentinin işin niteliğine aykırı olması durumunda söz konusu nedenlerdir*”. Ancak yapılacak işin mahiyetinin sebeplerini dar yorumlamak gerekir. Aksi halde cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olacaktır.²⁸

İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ve kadın işçileri koruyan bir diğer hüküm ise ücretlerle ilgilidir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. fıkrası uyarınca; “*işveren, aynı veya eşit değerdeki bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücrete karar veremez*”.²⁹ Esasen işveren kural olarak aynı veya benzer işi yapan kadın ve erkek işçiler arasında değil, aynı durumdaki tüm işçiler arasında ücret, ikramiye ve diğer sosyal yardımların ödenmesinde ayırım yapamaz. Ancak bazı haklı sebeplerle işçilere farklı ücret, ikramiye ve sosyal yardımların ödenmesi eşit muamele yükümlülüğünün ihlalini teşkil etmeyecektir. Nitekim işyerinde özellikle ücretler açısından işçilerin nitelikleri dikkate alınarak farklı yeteneklere sahip işçiler arasında bir ayırım yapılabilir. Örneğin, eğitim, yaş, kıdem gibi nesnel nitelikler ile çalışkanlık, liyakat, beceriklilik gibi öznel nitelikler dikkate alınarak çalışanların ücretlerinde bazı farklılıklar yapılabilir. Bu nedenle ücretlerdeki bu tür farklılıklar haksız ayrımcılık olarak görülmemelidir.³⁰

Ücretlere ilişkin bir diğer düzenleme ise İş Kanunu'nun 5. maddesinin 5. fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre, “*işçinin cinsiyeti nedeni ile özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz*”.³¹ Dolayısıyla kadın işçi gebelik

²⁷ ERTÜRK, Arzu Arslan: Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, MÜHF HAD, Cilt 9, Sayı:2, Yıl: 2017, s. 354.

²⁸ FETTAH, Melek: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 53.

²⁹ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

³⁰ BACAK / YİĞİT, s. 7-8.

³¹ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

nedeniyle daha hafif bir işte çalışıyorsa, bu durum işverenin kendisine vereceği daha düşük ücreti haklı çıkarmaz veya kadın işçinin süt iznini kullanması, kendisine düşük ücret uygulanmasını zorunlu kılmayacaktır.³²

4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin ayrımcılık yasağını, diğer bir deyişle eşit muamele yükümlülüğünü ihlal etmesinin yaptırımı özel olarak düzenlenmiştir.³³ Bu kapsamda İş Kanununun “Eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca “işveren iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşit muamele ilkesini ihlal ederse işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka mahrum bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır”.³⁴

Dolayısıyla eşit muamele yükümlülüğünün ihlali durumunda işverenin işçiye ödeyeceği “ayrımcılık tazminatı” gündeme gelmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, işçi, yalnızca iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde meydana gelen ihlaller için tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır; buna karşılık işe alımlarda ayrımcılık yapılması durumunda tazminat ödenmeyecektir. Bu durumda bu hüküm uyarınca, işe alımda cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması halinde işçi ayrımcılık tazminatı talebinde bulunamayacaktır. Ancak işe alımda cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması halinde “culpa in contrahendo - sözleşme görüşmelerinde ihmalden doğan sorumluluk” uyarınca tazminat talep edilebilecektir. Ayrıca doktrinde, işçinin cinsiyet veya gebelik nedeniyle işe alımlarda ayrımcılığa uğraması halinde İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca ayrımcılık nedeniyle tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır.³⁵

B. Kadın Çalışanları Çalıştırma Yasağı

Türk iş mevzuatında kadın çalışanları koruyucu düzenlemeler kapsamında kadın işçi çalıştırması yasak olan işler de bulunmaktadır. Bu

³² OĞUZ, s. 574.

³³ KARAGÖZ, Veli: İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Yıl: 2012, s. 68.

³⁴ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

³⁵ OĞUZ, s. 574.

bölümde bu konu “*yer ve su altında çalışma yasağı*”, “*ağır ve tehlikeli işlerde çalışma yasağı*” ve “*gece çalışma yasağı*” başlıkları altında ele alınacaktır.

1. Yer ve Su Altında Çalıştırma Yasağı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 72. maddesine göre, “*maden ocakları ile kablo döşeme, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altı veya su altı işlerinde ... her yaştan kadının çalıştırılması yasaktır*”.³⁶ Bu madde, anayasal dayanağını, Anayasamızın 50. maddesinde yer alan “*hiç kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olmayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedensel ve zihinsel engelliler çalışma koşulları açısından özel olarak korunmaktadır*” hükmünden almaktadır.

Bu hükümle kadının çalışma özgürlüğü sınırlı gibi görünse de bu kısıtlamaların kadınların yararına olduğu ve hatta kadınları kendilerine karşı da korumayı amaçladığı söylenebilir. Bu bakımdan kadın işçilerin fiziksel ve biyolojik özellikleri nedeniyle belirli işlerde çalışmasının yasaklanması veya kısıtlanması eşitlik ilkesine zarar vermemektedir.³⁷ Aslında kadın işçilerin biyolojik ve fizyolojik yapıları dikkate alındığında, kadınların yer altında ve su altında çalışmasını yasaklayan bu hükmün yerinde olduğu açıktır.³⁸

4857 sayılı İş Kanunu'nun 104. maddesine göre “*yeraltında ve su altında çalışma yasağını ihlal eden işveren veya işveren vekiline idari para cezası verilir*”.³⁹ Kadın işçi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 72. maddesindeki yasağa rağmen yer altında veya su altında çalışırsa iş sözleşmesi geçersiz sayılır. Ancak yasal hükümlere aykırı bir istihdam şekli olmasına rağmen sözleşme baştan geçersiz sayılmayacak ve kadın işçinin sözleşmesi ilerisi için geçersiz sayılacaktır.⁴⁰

2. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı

4857 sayılı Kanunda “*ağır ve tehlikeli iş*” kavramı tanımlanmazken, “*25494 sayılı Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği*” ile

³⁶ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

³⁷ YUVALI, s. 103.

³⁸ FETTAH, s. 62.

³⁹ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁴⁰ BACAĞI / YİĞİT, s. 8.

hangi işlerin ağır ve tehlikeli sayılacağı belirlenmiştir. Buna göre Yönetmeliğin 9. maddesine göre “*hangi işlerin ağır ve tehlikeli iş sayılacağı ve kadınların hangi tür ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceği EK-1’deki çizelgede gösterilmiştir*”. Yönetmeliğin 4. maddesinin 2 ve 3. fıkrasına göre “*EK-1’deki çizelgede, karşısında (K) harfi bulunmayan işlerde kadın çalıştırılmaz.*” Bu nedenle kadın işçiler, karşısında (K) harfi olan işlerde çalıştırılabilir. Esasen kadın işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasak olmasına rağmen, “*ancak; ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip ve bu işi meslek edinmiş kadınlar uzmanlıklarına ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceği*” bu madde ile hükme bağlanmıştır.

Yönetmelik ağır ve tehlikeli işler kavramını tanımlamasa da Yönetmeliğin EK-1’inde yer alan “*Ağır ve Tehlikeli İşlere Ait Çizelge*” başlığı altındaki işler ağır ve tehlikeli işler olarak değerlendirilir. Buna göre “*arama ve sondaj işleri, sanayii ile ilgili işler (metalurji sanayii, taş toprak sanayii, metal ve metalden mamul eşya sanayi, ağaç ve bunlardan mamul eşya sanayii, yapı işleri, kimya sanayii, iplik dokuma ve giyim sanayii, kâğıt ve selüloz sanayii, gıda ve içki sanayii, tütün sanayii) enerji üretimi ve nakli dağıtım işleri, nakliye benzeri işler, tarım ve hayvancılık işleri, ardiye ve antrepoculuk, haberleşme ve çeşitli işler*” ağır ve tehlikeli iş olarak nitelendirilmiştir.

Kadın ve erkek işçiler arasındaki fizyolojik ve biyolojik farklılıklar, kadın işçilerin iş organizasyonu açısından bazı özel düzenlemelerle korunmasını gerektirmektedir.⁴¹ Bu nedenle Yönetmeliğin 5. maddesine göre “*ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak kadın işçilerin işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre fiziksel olarak bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına göre düzenlenen doktor raporu ile belirlenmesi zorunludur. İşin devamı süresince bu işlerde çalıştırılmanın bir zararı olmadığına yılda en az bir defa doktor raporu ile tespit edilmesi zorunludur. Bu raporlar işyeri doktoru, işyeri ortak sağlık birimi, işçi sağlığı dispanserleri ve bunların bulunmadığı yerlerde en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, Sağlık Ocağı, Devlet veya belediye doktorları tarafından verilir*”.

Yönetmelik, bu düzenlemelerin ihlalinin yaptırma bağlamaktadır. Yönetmeliğin 8. maddesine göre “*bu yönetmelikte belirtilen şartlara*

⁴¹ FETTAH, s. 100.

aykırı olarak, kadın ve genç işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırıldığıнын veya çalışan işçinin sağlık durumu itibariyle böyle bir işte çalıştırılmamasının gerektiğinin tespiti durumunda, bu işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalışmaktan alıkonulur”.⁴² Bu durumda işveren veya işveren vekiline İş Kanunu'nun 5. maddesine göre para cezası verilir.⁴³

3. Gece Çalıştırma Yasağı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 73. maddesinde “Gece Çalıştırma Yasağı” başlığı altında “on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece vardiyasında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların bir yönetmelikte gösterileceği” hükme bağlanmıştır.⁴⁴ Böylece 24.07.2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik” ile on sekiz yaşını doldurmuş kadın çalışanların gece vardiyalarında istihdamı sağlanmıştır. Öte yandan, Yönetmelik gereği on sekiz yaşını doldurmamış kadın işçiler gece vardiyalarında çalıştırılmazlar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 69. maddesine göre “çalışma hayatında gece en geç saat 20:00'de başlayıp en erken 06:00'a kadar devam eden ve muhtemelen en fazla on bir saat süren süre” olarak tanımlanmıştır. Bunun yanı sıra Kanun “bazı işlerin niteliğine ve gerekliliğine göre veya ülkenin bazı bölgelerinin özellikleri göre çalışma hayatının “gece” başlangıcını geri alarak veya yaz ve kış saatlerini ayarlayarak veya gün periyodunun başlangıç ve bitiş saatlerini belirterek” de gece tespitini mümkün kılmıştır.⁴⁵

İş Kanunu'nun 73. maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesine dayanılarak⁴⁶ hazırlanan “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmeliğın amacı, on sekiz yaşını doldurmuş kadın çalışanların gece postalarında çalıştırılmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir”. Buna göre;

⁴² RESMÎ GAZETE, 16.06.2004, Sayı: 25494.

⁴³ YUVALI, s. 107.

⁴⁴ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁴⁵ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁴⁶ KOCABAŞ, Fatma / BAYBORA, Dilek / KARACA, Nuray Gökçek / GEREK, Nüvit: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 3830 & Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 2639, Eskişehir 2019, s. 86.

- Yönetmeliğin 5. maddesine göre “kadınlar, ne olursa olsun gece vardiyasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz”.
- Yönetmeliğin 6. maddesine göre “belediye sınırları dışında kalan her türlü işyeri işverenleri ile belediye sınırları içinde olmakla beraber, posta değişim saatlerinde toplu taşıma araçları ile ulaşımda güçlük çekilen işyeri işverenleri; gece vardiyalarında çalıştırılacak kadın çalışanları, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgâhlarına en yakın merkezden, işyerine götürüp getirmekle yükümlüdürler”.
- Yönetmeliğin 7. maddesine göre; “kadın çalışanların gece vardiyasında çalıştırılabilmesi için işyeri hekiminden işe başlamadan önce gece vardiyasında çalıştırılmalarında sakınca olmadığına dair sağlık raporu alınır. Ayrıca işveren, işin devamı sırasında çalışanın özel durumunu, işyerinde maruz kaldığı sağlık ve güvenlik risklerini de dikkate alarak, çalışanların sağlık muayenelerinin işyeri hekimi tarafından belirlenen düzenli aralıklarla yapılmasını sağlar”.
- Yönetmeliğin 8. maddesine göre “kadın işçinin kocası işin vardiyalı olarak yürütüldüğü aynı veya ayrı bir işyerinde çalışıyorsa, kadın çalışanın talebi üzerine, gece çalıştırılması, kocasının çalıştığı gece vardiyasına rastlamayacak şekilde düzenlenir. Aynı işyerinde çalışan eşlerin aynı gece vardiyasında çalışma istekleri mümkünse işveren tarafından karşılanır”.

III. GEBE VE YENİ DOĞUM YAPMIŞ KADIN ÇALIŞANLARI KORUYUCU DÜZENLEMELER

Mevzuatımızda bu kapsamda yapılan düzenlemeler “28737 Sayılı Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik” ile yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 30. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır. Yönetmeliğin 4. maddesi gebe, yeni doğum yapan ve emziren çalışan kavramları tanımlamıştır. Buna göre “herhangi bir sağlık kuruluşundan alınan belge ile işverenine gebeliği hakkında bilgilendiren çalışan” gebe çalışan olarak tanımlanmıştır. “Yeni doğum yapmış ve durumunu işverenine bildiren çalışan, yeni doğum yapmış bir çalışan iken; tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre süt iznini kullanan ve durumu işverenine bildiren emziren çalışan” olarak tanımlanır.

Yönetmeliğin 1. maddesine göre yönetmeliğin amaçlarını şu şekilde sıralamak mümkündür.

- **“Gebe, yeni doğum yapan veya emziren çalışanların iş yerlerinde sağlık ve güvenliklerini ve gelişimlerini destekleyici tedbirler almak”:** Yönetmeliğin “Bilgilendirme ve değerlendirme” başlıklı 6. maddesine göre “çalışan, gebelik ve emzirme durumlarını işverenine bildirmek zorundadır. İşveren de gebe veya emziren çalışanın sağlığı ve güvenliği için tehlikeli kabul edilen kimyasal, fiziksel, biyolojik faktörlerin ve çalışma süreçlerinin çalışanlar üzerindeki etkilerini değerlendirmeli ve bu değerlendirmenin sonuçlarına göre genel ve özel önlemler almalıdır. Gebe veya emziren işçi, işyerinde yapılan değerlendirmenin sonuçları ile sağlık ve güvenlik açısından alınması gereken önlemler konusunda bilgilendirilmelidir”.
- **“Gebe, yeni doğum yapan veya emziren çalışanın hangi dönemlerde ne tür işlerde çalıştırılmasının yasak olduğunu ve istihdam edilebilecekleri işlerde hangi koşul ve usullere uyulacağını belirlemek”:** Yönetmeliğin 7. maddesine göre, “değerlendirme sonuçları gebe veya emziren çalışan için sağlık ve güvenlik riski veya çalışanın gebeliği veya emzirmesi üzerinde bir etkiyi ortaya çıkardığında işveren, ilgili çalışanın çalışma koşullarını ve/veya çalışma saatlerini, çalışanın bu risklere maruz kalmasını engelleyecek şekilde geçici olarak değiştirir. Çalışma koşullarının ve/veya çalışma saatlerinin uyarlanması mümkün değilse, işveren ilgili çalışana başka bir işe devretmek için gerekli önlemleri alır. Sağlık raporu ile gerekli görülmesi halinde gebe işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır ve bu durumda işçinin ücretinden kesinti yapılmaz. Başka bir işe geçiş mümkün değilse, çalışanın tabi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, çalışanın sağlığı ve güvenliğini korumak için gerekli süre içinde ve isteği halinde ücretsiz izne ayrılması sağlanır. Yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında bu süre dikkate alınmaz”. Yönetmeliğin 8. maddesine göre “kadın çalışanlar, sağlık raporu ile gebe oldukları tespit edildiği andan doğuma kadar gece çalıştırılmaz. Yeni doğum yapan çalışanın doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması yasaktır. Bu süre sonunda sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğu sağlık raporu ile belirlenen süre içerisinde de gece çalıştırılmazlar”. Yönetmeliğin 9. maddesine göre “gebe veya emziren işçiler günde yedi buçuk saatten

fazla çalıştırılmazlar”. Yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca, *“emziren çalışanların doğum izni bitiminde ve işe başlamadan önce çalışmalarına engel teşkil etmediğinin bir raporla belirlenmesi gerekmektedir. Hekim raporu ile çalışmaya elverişsiz olduğu belirlenen personel, raporda belirtilen süre ve işlerde çalıştırılmaz”.*

- **“Emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının nasıl kurulacağını ve hangi koşullara sahip olacağını belirlemek”:** Yönetmeliğin 4. maddesine göre *“emzirme odaları, çalışanların bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için ayrılan odaları ifade ederken; yurt/çocuk bakım yurdu/kreş ise 0-60 aylık çocuklar ile velisinin isteği üzerine ilkokula kaydı yapılmayan 60-66 aylık çocukların bakım ve eğitim gördüğü yerleri”* ifade eder. Yönetmeliğin 11. maddesine göre *“Yaş ve medeni hallerine bakılmaksızın, 100-150 kadın çalışanı bulunan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işverenin, işyerinden ayrı ve işyerine en fazla 250 metre mesafede emzirme odası kurması zorunludur. Yaşı ve medeni durumu ne olursa olsun, 150'den fazla kadın çalışanı bulunan işyerlerinde, 0-6 yaş arası çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işverenin, işyerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurt kurması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden fazla uzaklıkta ise işveren araç temin etmekle yükümlüdür”.* *“İşverenler müştereken oda ve yurt kurabilir ya da kamu kurumlarının yetkilendirdiği yurtlarla anlaşmalar yoluyla oda ve yurt açma yükümlülüklerini yerine getirebilirler. Oda ve yurt açma zorunluluğunun belirlenmesinde işverenin, belediye ve mücavir alan sınırları içindeki tüm işyerlerinde toplam kadın çalışan sayısı dikkate alınır. Emzirme odası ve/veya yurt açılması için gerekli kadın çalışan sayısı, annesi vefat etmiş veya velayeti babasına verilmiş erkek çalışanları da içermektedir”.*

Kadın işçileri koruyan düzenlemelerden bir diğeri de İş Kanunu'nun 74. maddesinde *“Analık Halinde Çalışma ve Süt İzni”* başlığı altında yer almaktadır. Genel olarak kadın işçileri koruyan düzenlemelerden tüm kadın işçiler yararlanabilirken, İş Kanunu'nun 74. maddesi ve ilgili yönetmelikte belirtilen haklardan sadece gebe veya analık halindeki kadın işçiler yararlanabilir. Neticede diğer kadın işçilere göre daha özel düzenlemelerle gebe veya doğum yapan işçilerin

korunması bir zorunluluktur. Bu özel düzenlemelerle gebelik sırasında ve doğumdan sonra belirli bir süre kadın işçi çalıştırılması yasaklanmış, böylece işçilerin ve doğacak çocukların sağlığı korunmuştur.⁴⁷

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine göre, “kadın işçilerin doğumdan sekiz hafta önce ve doğumdan sekiz hafta sonra olmak üzere toplam on altı hafta çalıştırılmaması esastır. Çoğul gebelik durumunda doğum öncesi sekiz haftalık çalışmama süresine iki hafta eklenir. Ancak sağlık durumu uygun ise doktorun onayı ile kadın işçi dilerse doğumdan üç hafta öncesine kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, gebe kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Öngörülen süreler, işçinin sağlık durumu ve işin niteliğine göre gerekirse doğum öncesi ve sonrası artırılabilir. Bu süreler doktor raporu ile belirtilir. Gebelik döneminde kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir. Kadın işçiye talebi üzerine on altı haftalık sürenin bitiminden veya çoğul gebeliklerde on sekiz haftalık sürenin bitiminden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir”.⁴⁸

İş Kanunu'nun 74. maddesi, sadece biyolojik anne olan kadın işçilere izin hakkı tanımakla kalmamış, aynı zamanda evlat edinme durumuna ilişkin bir düzenleme de yapmıştır.⁴⁹ Bu kapsamda İş Kanunu'nun 74. maddesine göre, “üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun fiilen aileye teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılır”. Bilindiği gibi biyolojik annenin talebi üzerine kadın işçiye altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Aynı şekilde bu izin, “üç yaşını doldurmamış bir çocuğun evlat edinilmesi halinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında bu süre dikkate alınmaz”.⁵⁰

İş Kanunu'nun 74. maddesine göre “bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için kadın işçilere günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını ise işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılmaktadır”.⁵¹

⁴⁷ OĞUZ, s. 579.

⁴⁸ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁴⁹ OĞUZ, s. 579.

⁵⁰ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁵¹ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

IV. KADIN ÇALIŞANLARIN FESHE KARŞI KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türk İş Kanunu'nda kadın işçiler için feshin olumsuz sonuçlarına maruz kalmamaları için bazı koruyucu düzenlemeler getirilmiştir. Bu koruyucu düzenlemelerin başlıcaları, gebelik ve analık durumunda fesihten korunma; cinsel taciz durumunda fesihten korunma ve evlilik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde kadın çalışanların korunması olarak sıralanabilir.

A. Gebelik ve Analık Durumunda Kadın Çalışanların Feshe Karşı Korunması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi tüm çalışanlar için “iş güvencesi” getirmiştir. Kanunun “*Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması*” başlıklı 18. maddesine göre “*işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışından veya işyerinin, işletmenin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*”. Bu hüküm ile fesih hakkı, kanunda belirtilen geçerli sebeplerin varlığına bağlıdır. Öte yandan söz konusu maddede bazı hususların geçerli bir fesih sebebi oluşturmayacağı da hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre “*ırk, din, renk, medeni hal, cinsiyet, ailevi yükümlülükler, gebelik, doğum, siyasi düşünce ve benzeri sebepler*” geçerli bir fesih nedeni oluşturmaz. Bu, İş Kanunu'nun 74. maddesinde öngörülen hüküm çerçevesinde de geçerlidir. İş Kanunu'nun 74. maddesine göre, “*kadın işçilerin doğumdan sekiz hafta önce ve doğumdan sekiz hafta sonra olmak üzere toplam on altı hafta çalıştırılmaması esastır. Çoğul gebeliklerde doğum öncesi çalıştırılmayacak olan sekiz haftalık süreye iki hafta eklenir*”. Nitekim bu hükme göre kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu bu dönemlerde işe gelmemiş olmaları geçerli bir fesih sebebi oluşturmaz.⁵²

Öte yandan İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca işçinin sağlık nedenleriyle (belirli koşullara bağlı olarak) işe gelmemesi derhal fesih sebebi sayılır.⁵³ İş Kanunu'nun 25. maddesine göre “*işçinin hastalık, kaza, gebelik ve doğum gibi durumlarda işverene iş sözleşmesini bildirimsiz*

⁵² RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁵³ TAŞKENT / KURT, s. 45.

*feshetme hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerinde çalışma süresine göre bildirim süresini altı hafta aşmasından sonra ortaya çıkar. Gebelik ve doğum hallerinde bu süre 74. maddede belirtilen sürenin sonunda başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıya alınması nedeniyle işe gidemediği süreler için de ücret uygulanmaz”.*⁵⁴

B. Cinsel Taciz Durumunda Kadın Çalışanların Feshe Karşı Korunması

Ele alınması gereken bir diğer konu da kadın işçilerin cinsel tacize karşı korunması gerektiğidir. Cinsel tacize uğrayan işçi, haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilir. İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca “işveren, işçiye cinsel tacizde bulunursa ya da işçi başka bir işçi veya üçüncü kişilerce işyerinde cinsel taciz uğrarsa ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkına sahiptir”.⁵⁵ İşçiye bu şartlar altında iş sözleşmesini derhal fesih hakkının verilmesi kuşkusuz yerinde bir uygulamadır.⁵⁶

Öte yandan İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca “İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması durumunda ise işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkına sahiptir”.⁵⁷ Her ne kadar İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddeleri “cinsel tacize” atıfta bulunsa da psikolojik tacizin de bu hükümlere dahil edildiği kabul edilmelidir.⁵⁸ Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin ilk fıkrası uyarınca “işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni temin etmek, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür”⁵⁹ hükmü ile bu durumun desteklendiği görülmektedir.

⁵⁴ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁵⁵ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁵⁶ KOCABAŞ / BAYBORA / KARACA / GEREK, s.110.

⁵⁷ RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁵⁸ TAŞKENT / KURT, s. 44.

⁵⁹ Türk Borçlar Kanunu: (11.01.2011), Resmî Gazete (Sayı: 27836), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

C. Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Kadın Çalışanların Korunması

Kıdem tazminatı İş Kanunu'na 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu ile girmiştir.⁶⁰ Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nu yürürlükten kaldırırken, bu Kanunun kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi yürürlükte kaldığı için 4857 sayılı İş Kanunu'nda kıdem tazminatına ilişkin yeniden düzenleme yapılmamıştır.⁶¹ Bunun nedeni 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici 6. maddesinde belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici 6. maddesine göre “*Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulacağı; kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı haklarının saklı kalacağı*” hüküm altına alınmıştır.⁶² Dolayısıyla kıdem tazminatı için kıdem tazminatı fonu kurulacağı öngörüldüğünden, 1475 sayılı İş Kanunu'nun tüm hükümleri yürürlükten kaldırılırken, kıdem tazminatı başlıklı 14. maddesi bu durumun dışında tutulmuştur.⁶³

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki tek maddesi olan kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi uyarınca “*işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için iş sözleşmesinin işveren veya işçi tarafından kanunda sayılan belirli sebeplerle feshedilmiş olması ve işçinin sözleşmenin sona erdiği tarihe göre işyerinde en az bir yıllık kıdemine sahip olması gerekir*”. Dolayısıyla 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine göre kıdem tazminatına hak kazanılması belirli koşullara tabidir. Bu koşullar göz önüne alındığında, iş sözleşmesi tarafların mutabakatı ile feshedilirse ya da belirli süreli iş sözleşmesinin sona erdiği durumlarda, iş sözleşmesi kendiliğinden sona ereceğinden, bu gibi durumlarda işçiye kıdem tazminatı ödenmeyeceği anlaşılır. Ayrıca işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde sayılan haklı sebeplerden herhangi biri olmaksızın (ihbarlı fesih ile) iş sözleşmesini feshederse yine kıdem tazminatına hak kazanamaz. Ancak 14. madde hükmünde bu duruma bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan biri, “*çalışırken evlenen bir kadın işçinin, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini feshetmesidir*”. Yani kadın işçi, evlilik tarihinden itibaren bir

⁶⁰ LİMON, Resul: Türkiye’de Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu, İş ve Hayat Cilt:1, Sayı: 1, Yıl: 2015, s.147.

⁶¹ LİMON, s.148.

⁶² RESMÎ GAZETE, 22.05.2003, Sayı: 25134.

⁶³ TAŞKENT / KURT, s. 45.

yıl içinde iş akdini evliliği nedeniyle feshederse kıdem tazminatına hak kazanacaktır.⁶⁴ Bu bir yıllık süre hak düşürücü süre niteliğinde olup, bu sürenin dolması halinde kadın işçi herhangi bir tazminat alamaz.⁶⁵

V. SONUÇ

Çalışma hakkı, bir insan hakkı olduğu için kadınların çalışma yaşamına katılımı her şeyden önce bir insan hakkıdır. Kadın istihdamının artırılması sadece nicelik olarak değil nitelik olarak da bir sosyal politika aracı olarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda kadın istihdamı sağlamanın yanı sıra; kadın işçiler, iş ilişkileri devam ederken ve iş ilişkileri sona erdiğinde de korunmalıdır. Kadınların çalışma hayatında korunması öncelikle kadın oldukları için korunmayı gerektirir; ikincisi, kadınların gebelik ve doğum gibi analık özelliklerinden dolayı korunmalarını gerektirmektedir. Bu nedenle kadın çalışanların hem kadın hem de anne olarak özel korumadan yararlanmaları ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelerde yer alan bir konudur.

Öte yandan çalışma hayatında kadının korunmasına yönelik düzenlemelerin çalışma hayatında kadın erkek eşitliğinin bir istisnası olarak kabul edildiğini, başka bir deyişle kadını koruyan düzenlemelerin cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirilmediğini vurgulamak gerekir. Nitekim kadınların kendilerine özgü biyolojik ve fizyolojik özelliklerinden dolayı çalışma hayatında koruyucu düzenlemeler yapılması, çalışma hayatında bir ayrımcılık değil bir haktır. Bu nedenledir ki, kadınların erkeklerden farklı fizyolojik özelliklere sahip olmaları ve hamilelik, doğum ve çocuk bakımı gibi yükümlülükleri nedeniyle Mevzuat, kadın çalışanları özel düzenlemelerle korumaya çalışmıştır.

Ülkemizde çalışma yaşamında kadınlarla ilgili kadın erkek eşitliğini sağlamaya çalışan “İş Kanunu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu” gibi birçok düzenleme bulunmaktadır. Ancak bu konuda en detaylı düzenlemeler İş Kanunu ve ilgili mevzuatta yer almaktadır. Bu

⁶⁴ ERTÜRK, Arzu Arslan: Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, MÜHFAD, Cilt 9, Sayı:2, Yıl: 2017, s. 366.

⁶⁵ DOĞAN YENİSEY / ALPAGUT / AKIN / UŞAN, s. 206.

kapsamda ülkemiz mevzuatında, kadınların cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmasını engelleyecek düzenlemeler yapılması, belirli işlerde çalışmasının yasaklanması, gebelik ve doğum sırasında korunması gibi kadın çalışanlara yönelik hükümler yer almaktadır.

Mevzuattaki düzenlemeler ile çalışma hayatındaki uygulamaların zaman zaman örtüşmemesi, kadınların çalışma hayatındaki sorunlarını daha da artırmaktadır. Bu durumda koruyucu düzenlemeler kadar önemli olan denetim ve yaptırım mekanizmasının önemi ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle yasal düzenlemelerin yanı sıra, çalışma hayatında çalışma koşullarının özellikle uygulayıcılar tarafından iyileştirilmesi, koruyucu tedbirlerin mevzuata uygun olarak uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi ve mevzuata aykırılık halinde gerekli yaptırımların yapılması kadın çalışanların çalışma hayatında korunması açısından büyük bir öneme sahiptir.

KAYNAKÇA

- BACAK, Bünyamin / YİĞİT, Yusuf: Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Kamu İş Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Yıl: 2007, s.1-31.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra / ALPAGUT, Gülsevil / AKIN, Levent / UŞAN Muhammed Fatih: Bireysel İş Hukuku, TC. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 3801 & Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 2614. Eskişehir 2018.
- ERTÜRK, Arzu Arslan: Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, MÜHFHAD, Cilt 9, Sayı:2, Yıl: 2017, s. 345-369.
- FETTAH, Melek: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.
- GOONESEKERE, Savitri: A Rights-Based Approach to Realizing Gender Equality, <https://www.un.org/womenwatch/daw/news/savitri.htm> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).
- ILO: Empowering Women at Work Company Policies and Practices for Gender Equality, ILO Publications, Geneva 2020.
- ILO: International Labour Standards on Equality of Opportunity and Treatment, <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/equality-of-opportunity-and-treatment/lang--en/index.htm> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).
- KARAGÖZ, Veli: İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Yıl: 2012, s.57-76.
- KANDEMİR, Murat / YARDIMCIOĞLU, Didem: İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s.1-44.
- KOCABAŞ, Fatma / BAYBORA, Dilek / KARACA, Nuray Gökçek / GEREK, Nüvit: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 3830 & Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 2639, Eskişehir 2019.

- LİMON, Resul: Türkiye’de Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu, İş ve Hayat Cilt:1, Sayı: 1, Yıl: 2015, s.147- 170.
- OĞUZ, Özgür: Türk İş Hukuku’nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler, TBB Dergisi, Sayı: 134, Yıl: 2018, s.567- 586.
- TAŞKENT, Savaş / KURT, Dilek: Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum, Cilt: 0, Sayı: 40, Yıl: 2017, s.29-48.
- Türk Borçlar Kanunu: (11.01.2011), Resmî Gazete (Sayı: 27836), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).
- ULUCAN, Devrim: Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı: 0, Yıl: 2014, s.369-384.
- YUVALI, Ertuğrul: 4857 Sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, TBB Dergisi, Sayı: 106, Yıl: 2013, s. 93-114.
- 4857 Sayılı İş Kanunu: (22.05.2003), Resmî Gazete (Sayı: 25134), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

TÜRK MEDENİ KANUNU VE ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER IŞIĞINDA BİRLİKTE VELAYET

Filiz YAVUZ İPEKYÜZ*

Merve POLAT**

ÖZ

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 336/1. maddesi gereğince ana ve baba, evlilik birliği içerisinde velayet hakkına birlikte sahiptirler. Evlilik birliği içerisinde ana ve babadan her biri, velayet hakkını birbirinden bağımsız ve eşit bir şekilde kullanırlar; çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri çocuğun üstün yararı doğrultusunda, birlikte yerine getirirler.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-mail: fipekyuz@gmail.com , ORCID ID: 0000-0001-9698-3272.

** Öğrenci, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, E-mail: mervepolat166@gmail.com , ORCID ID: 0000-0002-5584-2286.

Makalenin Gönderim Tarihi : 18.08.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 23.10.2022.

Bu makale, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programında hazırlanan ve 14.06.2022 tarihinde savunulan “Türk Hukukunda Birlikte Velayet” başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

Evlilik birliği içerisinde ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanacağına ilişkin TMK’da net bir hüküm mevcut ise de, evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde veya evlilik dışı ilişkilerde, müşterek çocuğun velayetinin ana ve baba tarafından birlikte kullanılacağına yönelik bir hüküm yer almamakta; var olan düzenlemeler de birlikte velayete imkân tanımamaktadır. Bu husus, son yıllarda öğretide gittikçe tartışmalı hale gelmiştir. Mevzuatımız olan İsviçre Medeni Kanunu’nu da dahil olmak üzere birçok ülkenin medeni kanunu, evlilik birliğinin boşanma ile sona erdiği durumlar ile evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanınması ve ayrıca Türkiye’nin taraf olduğu birçok milletlerarası antlaşmada yer alan hak ve ilkeler çerçevesinde birlikte velayetin evlilik birliği içerisinde olduğu gibi boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkide de mümkün olması, bu tartışmanın en önemli nedenlerindedir.

Çalışmamızda, mevcut kanuni düzenlemeler kapsamında Türk hukukunda boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayetin mümkün olup olmadığı, öğretideki görüşler çerçevesinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, velayet, ebeveyn, birlikte velayet, çocuğun üstün yararı.

JOINT CUSTODY IN THE LIGHT OF TURKISH CIVIL CODE AND VIEWS IN THE DOCTRINE

ABSTRACT

In the Turkish Civil Code (TMK), according to article 336/1, the parents have the right of custody together in the union of marriage. In the union of marriage, each of the parents uses the right of custody independently and equally fulfilling their rights and obligations to the child together in line with the best interests of the child. Although there is a clear provision in the TMK that the mother and father will use the right of custody together in the union of marriage, there is no provision that the custody of the joint child will be used by the mother and father together in the case of divorce or extra-marital relations.

In addition to that, current regulations do not allow joint custody. This issue has become increasingly controversial in the doctrine in recent years. The civil code of many countries, including the Swiss Civil Code, which is our source code, allows joint custody in cases where the marriage union ends with divorce and in extra-marital relations. In the framework of the rights and principles contained in many international treaties to which Turkey is a party,

joint custody is one of the most important rights in the civil codes. Therefore, this reality is the most significant reason for that longstanding discussion.

In our study, joint custody will be evaluated whether it is possible in case of divorce and extra-marital relations in Turkish law within the scope of current legal regulations and the doctrine.

Keywords: Child, custody, parent, joint custody, best interests of the child.

I. GİRİŞ

Velayet, on sekiz yaşını doldurmamış küçüklerin veya bazı istisnai hallerde ergin ancak kısıtlanmış olan çocukların, üstün yararının sağlanması, şahıs ve malvarlıklarının korunması ve bunların temsil edilmesi amacıyla, ana ve/veya babaya tanınan hak, yetki ve ödevlerin bütünü olarak tanımlanmaktadır¹. Velayet kanundan doğan bir hak olup

¹ Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 272; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1984, s. 497; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979, s. 503; Selma Bakır Çetiner, Velâyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 30; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 259; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 406; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, S. 339; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 1074; Sevgi Usta, Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 23-24; Ahmet Cemal Ruhi/Canan Ruhi, Velayet Hukuku, Ankara 2017 s. 21; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 250; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 179; Bahar Öcal Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-46, İstanbul 2016, s. 633; Ahmet Cemal Ruhi, Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 14; Hilal Karaca, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 21; Abdülkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara 2018, s. 55.

yalnızca ana ve babaya tanınan şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır². Bu nedenle velayet kapsamında ana ve babanın sahip olduğu hak ve yetkiler üçüncü kişilere devredilemez³, mirasçılara intikal edemez ve bahse konu hak ve yetkilerden feragat edilemez⁴. Birlikte velayet ise, ana ve babanın evli olup olmadığına bakılmaksızın çocuk üzerinde eşit hak ve yetkilere sahip olmalarını ifade eder⁵. Bir başka ifadeyle, birlikte velayet, ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülüklerini Anayasa'nın 10. ve

² Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s.180; Usta, Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 s.103; Öztan, Aile Hukuku, s.1078; Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s.407; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s.43; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.500; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 254; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s.23.

³ "...Velayet kendisine bırakılan davalı (baba)'nın bu görev ve sorumluluğunu yerine getirmediği, çocuğu önce kendi anne ve babasının yanına, bir süre sonra da buradan da alıp, birlikte yaşadıkları dönemdeki bakıcı kadına bıraktığı, bu süre içinde dahi çocuğun bakım masraflarının ve diğer giderlerinin davacı (anne) tarafından karşılandığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Velayet görev ve sorumluluğu, bir başkasına bırakılamaz ve devredilemez. Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi baba yanında tehlikededir. Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde bir sebep ve delil de bulunmamaktadır. Bu durumda, davanın kabulü ile velayetin davalıdan alınarak davacıya verilmesi gerekirken, bu husus nazara alınmadan yetersiz gerekçe ile isteğin reddi doğru bulunmamıştır." İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2.HD. 26.02.2015 T. 2014/19942 E. 2015/3018 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>) Erişim Tarihi: 04.09.2022.

⁴ İlnur Serdar, Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, Yıl 2008, s.1 60; Öztan, Aile Hukuku, s.1078; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 252; Usta, Velayet Hukuku, s. 27; Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 407; Ruhi, Birlikte Velayet Kurumu, s. 28; Eylem Apaydın, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, S.1, Yıl 2018, s. 446.

⁵ Serdar, Birlikte Velayet, s. 162; Ediz Bingöl, Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, İstanbul Barosu Dergisi, C: 88, S: 2, Yıl 2014, s. 281; Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s.447; Süheyla Kahraman, Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 131.

41/1. maddelerinde belirtilen eşitlik ilkesi çerçevesinde yerine getirmesidir⁶. Benzer şekilde milletlerarası antlaşmalarda, ana ve babanın çocuğun yetiştirilmesinde birlikte sorumluluklarının olduğu belirtilmiştir⁷.

Türk Medeni Kanunu'nun velayet hakkını düzenleyen hükümlerinde evlilik birliği içerisinde çocuğun, ana ve babasının birlikte velayeti altında olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir. Nitekim TMK'nın 336/1. maddesinde yer alan düzenleme gereğince, "...evlilik devam ettiği sürece ana ve baba, velayeti birlikte kullanırlar." Velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılması, kendilerine tanınan hak ve yükümlülüklerin aralarında paylaşılacağı anlamına gelmemektedir⁸. Zira her biri hak ve yükümlülükleri, aralarında uzlaşarak sağlayarak eşit bir şekilde yerine getirirler⁹. Daha net bir ifadeyle velayet hakkı, hem ana hem de baba tarafından birinin diğerine üstünlüğü olmaksızın birlikte kullanılacaktır¹⁰. 743 Sayılı Mülga Medeni

⁶ Bingöl, Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, s.281.

⁷ BMÇHS'nin 18.maddesi'nde: "Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Sözleşme'nin metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>) Erişim Tarihi: 02.08.2022.

⁸ Leyla Müjde Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Yıl 2018, s.158; Öztan, Aile Hukuku, s. 1079; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s. 183; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 500; Ruhi, Birlikte Velayet Kurumu, s. 34.

⁹ Nurten İnce, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet, TAAD, Y. 9, S. 34, Nisan 2018, s. 195; Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s. 158; Öztan, Aile Hukuku, s. 1079; Serdar, Birlikte Velayet, s.162.

¹⁰ Tuba Birinci Uzun, Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, Yıl 2016, s. 143; Özge Bölükbaşı, Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, Yayınlanış Doktora Tezi, Erzincan

Kanunu'nda yer alan ve ana babanın velayet hakkının kullanılmasında, aralarında anlaşamamaları halinde babanın oyuna üstünlük tanınacağına ilişkin düzenlemeyi içeren 263. madde hükmüne, kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğundan 4721 Sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiştir¹¹.

Ayrılık veya birlikte yaşamaya ara verildiği hallerde, TMK'nın 336/2. maddesi uyarınca, hâkim velayeti eşlerden birine bırakabilir. Bahse konu hükmün zıt anlamından, hâkimin bu konuda kullanacağı takdir yetkisiyle, velayeti ana veya babadan birine bırakabileceği gibi her ikisi tarafından birlikte kullanılmasına da karar verebileceği sonucu çıkarılabilir¹².

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, TMK'nın 336/3.maddesi uyarınca, “*Velayet, ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” Yine TMK'nın 182/3. maddesinde boşanma durumunda, velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararlarının esas tutulacağı açıkça belirtilmiştir.

Türk hukukunda evlilik dışı ilişkiler bakımından ise birlikte velayete imkân tanınmamış ve TMK'nın 337/1. maddesi uyarınca, evlilik dışı ilişkiden doğmuş müşterek çocuğun velayetinin anaya ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

İlgili kanun maddelerinden de açıkça görüleceği üzere, Türk Medeni Kanunu kapsamında ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olması, evlilik birliği içerisinde kabul edilmiştir. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu başta Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2020, s. 125-126.

¹¹ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 139-140.

¹² Usta, Velayet Hukuku, s. 110; Serdar, Birlikte Velayet, s. 169; Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 143; Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 450; Fulya Erlüle, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, “Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 269.

(BMÇHS)¹³, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İHAS) ¹⁴, 11 No’lu Protokol ile Değişik İHAS’a Ek 7 No’lu Protokol¹⁵ olmak üzere birçok milletlerarası antlaşmada, çocuğun üstün yararının korunması gerektiği, ana ve babanın evlilik birliğinin sona erdiği veya hiç olmadığı durumlarda çocuk üzerinde eşit sorumluluğu ve söz hakkının olduğu, çocuğun her türlü ayrımcılıktan korunması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu milletlerarası antlaşmalar, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir.

Öğretide, birlikte velayetin boşanma durumunda mümkün olup olmayacağına ilişkin TMK’nın özellikle 336. ve 182. maddeleri, evlilik dışı ilişkiler bakımından ise 337. maddesi oldukça tartışmalıdır¹⁶. Nitekim

¹³ Sözleşme’nin metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>) Erişim Tarihi: 14.08.2022.

¹⁴ Sözleşme metni için bkz: (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>) Erişim Tarihi: 14.08.2022.

¹⁵ Protokol metni için bkz: (https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7_protokol.pdf) Erişim Tarihi: 14.08.2022.

¹⁶ TMK m.336’da: “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” şeklinde hükme yer verilmiştir. Bahse konu hükmün 3.fikrasında yer alan “velâyet ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir” ifadesi ilgili hükmün, boşanma sonucunda birlikte velayete imkân tanıyıp tanımadığına yönelik öğretide önemli tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur. Diğer taraftan “Hâkimin takdir yetkisi” kenar başlıklı TMK m.182’de: “Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. (Ek ikinci fıkra:24/11/2021-7343/37 md.) Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder. Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve

Yargıtay da 2017 yılına kadar, velayete ilişkin hususların kamu düzeninden olduğu ve TMK'nın emredici hükümleri kapsamında birlikte velayetin mümkün olmadığından bahisle bu yöndeki tenfiz taleplerini reddetmiştir¹⁷. Ancak sonrasında, Yargıtay 2. HD, 20.02.2017 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, birlikte velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığını ve birlikte velayetin uygulanmasına ilişkin İHAS'a Ek 7 No'lu Protokole atıf yaparak Anayasa'nın 90. maddesi gereğince uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağını belirtmiştir¹⁸. Anlaşılabacağı üzere gerek imzalanan milletlerarası antlaşmalar gerek birçok yabancı devlet hukukunda, boşanma ve evlilik dışı birlikliklerde ana ve babaya velayet hakkının birlikte tanınmasına ilişkin yapılan düzenlemeler, gerekse de verilen yargı kararları son yıllarda öğretide tartışmalara neden olmuş ve dolayısıyla uygulamada yeknesaklık sağlanamamıştır. Tartışılan husus, birlikte velayetin Türk hukukunda düzenlenmesi gerekliliğine yönelik değildir; zira bu gereklilik yapılan araştırmalar¹⁹ neticesinde apaçık ortadadır²⁰. Tartışılan husus,

ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Maddenin 3.fıkrasında yer alan “velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş...” ifadesi, öğretide benzer tartışmalara neden olmuştur. Kanun metni için bkz: (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>) Erişim Tarihi: 08.01.2022.

¹⁷ İlgili Yargıtay kararları için bkz: Yargıtay 2. HD. 27.12.2004 T. 2004/13947 Es. 2004/15854 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#>) Erişim Tarihi: 28.02.2022.

Yargıtay 2. HD. 16.02.2015 T. 2015/2140 Es. 2015/1932 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#>) Erişim Tarihi: 28.02.2022.

¹⁸ İlgili Yargıtay kararı için bkz: 2. HD. 20.02.2017 T. 2016/15771 Es. 2017/1737 K. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=7163#>) Erişim Tarihi: 28.02.2022.

¹⁹ Robert Bauserman, Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A meta-analytic Review, Journal of Family Psychology, 16(1), 2002, s. 91–102; Anna Lubrano Lavadera/Liliana Caravelli/Marisa Malagoli Togliatti, Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome, s. 97 (http://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf) Erişim Tarihi: 21.02.2022; Ayşegül Sayan Karahan, Boşanma Sürecinde

boşanma halinde veya evlilik dışı ilişkilerde, Türk hukukunda yer alan mevcut hukuki düzenlemeler ve milletlerarası antlaşmalar çerçevesinde birlikte velayet kararı verilip verilemeyeceğine yöneliktir. Aşağıda mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde birlikte velayetin mümkün olup olmadığı incelenecektir.

II. EVLİLİK BİRLİĞİNİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE BİRLİKTE VELAYET

A. TMK'nın 336/3. Maddesinin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, birlikte velayetin mümkün olup olmadığına ilişkin öğretide TMK'nın ilgili iki hükmü tartışılmaktadır. Bunlardan ilki, ana veya babadan birinin ölümü halinde velayetin sağ kalan eşe ait olacağını; boşanmada ise, çocuğun kendisine bırakılan tarafa ait olacağını hüküm altına alan 336/3. maddesidir²¹. Madde metninde yer alan “*Velayet... , boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*” ifadesi, öğretide önemli tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu tartışmalar, TMK'nın 336/3.

Ortak Ebeveynlik ve Ortak Velayete İlişkin bir Derleme, Uluslararası Toplum Araştırmaları Derneği, C.18, S.44, Yıl 11, s. 8504; Müge Kiremitçi, Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 23.

²⁰ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği s.447; Kiremitçi, Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, s.23-26; Sayan Karahan, Ortak Velayete İlişkin bir Derleme s.8502 vd.

²¹ Türkiye’de boşanma sürecinde birlikte velayete ilişkin bakış açılarının yer aldığı doktora tezinde katılımcılar, TMK'nın 336. maddesini aynen kabul ettiklerini belirterek boşanma durumunda çocuğun velayetinin ana veya babadan birine verilmesini onaylasalar da TMK'nın ebeveynlere verdiği yükümlülükler tek tek madde olarak sorulduğunda katılımcılar, veli olarak boşanma halinde ana ve babanın eşit haklara sahip olmak istediklerini belirtmişlerdir. Kiremitçi bu durumu, katılımcıların TMK'nın kendilerine ebeveyn olarak yüklediği sorumlulukların hukuki anlamlarını yeterince bilmediklerine bağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kiremitçi, Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, s. 104.

maddesinin emredici olup olmadığı veya hükümde boşluk bulunup bulunmadığına ilişkin noktalarda yoğunlaşmıştır.

1. TMK'nın 336/3. Maddesinin Emredici Olduğuna İlişkin Görüşler

Tekinay, boşanma sonucunda ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanamayacağını, dolayısıyla velayetin tevdiinde ana veya babadan birinin tercih edilmesi gerektiğini belirtmiştir²².

Dural/Öğüz/Gümüş, benzer yönde bir görüş belirterek Türk hukukundaki ilgili düzenlemenin, boşanma durumunda velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasına izin vermeyeceğini ifade etmiştir²³.

Hatemi/Kalkan Oğuztürk'e göre, anılan hükümde bir boşluk değil; menfi bir çözüm bulunmaktadır²⁴. Ayrıca kanunda birlikte velayete ilişkin bir düzenlemenin yapılmasını uygun bulmadığını belirten yazar, böyle bir düzenlemenin çocuğun üstün menfaatlerine zarar vereceğini; zira boşanmış olan ana ve babanın çatışmalarını çocuk üzerinde devam ettirebileceğini dile getirmiştir²⁵.

Gençcan'a göre, TMK'nın 336/3.maddesi uyarınca velayet hakkının kime tevdi edileceği hâkim tarafından belirlenir; diğer bir ifadeyle, boşanma ve ayrılık halinde kural olarak hâkimin velayeti eşlerden birine vermesi zaruridir²⁶. Yazar bu düşünceleriyle ilgili hükmün emredici olduğunu ifade etmektedir. Ancak yazar, Anayasa 90. maddesi gereğince, iç hukukumuzun parçası haline gelen 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi kapsamında, TMK'nın birlikte

²² Tekinay, Türk Aile Hukuku s. 281.

²³ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 140.

²⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s. 131.

²⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s. 131.

²⁶ Ömer Uğur Gençcan, Ortak Velayet, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl 27, İzmir 2017, s. 26
(<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>) Erişim Tarihi: 19.01.2022, s. 25.

velayeti engelleyen hükümlerinin örtülü olarak kaldırıldığını belirtmiştir²⁷.

Kurt ise, anılan hükmün lafzının açık olduğu ve boşanma durumunda hâkimin velayeti ana veya babadan ancak birine tevdi edebileceğini, belirtmektedir²⁸. Yazar yine TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan boşanmada çocuğun kendisine bırakılan tarafa ait olacağına ilişkin ifadenin zıt anlamından da hâkimin velayeti ana ve babaya birlikte bırakamayacağı sonucunun çıktığını belirtmekte, ancak boşanma halinde birlikte velayet ihtimalini tamamen dışlayan bu hüküm yerine Anayasa'nın 90. maddesi gereğince birlikte velayete imkân tanıyan uluslararası sözleşme hükümleri uygulanarak çocuğun üstün yararının gerektirdiği ölçüde birlikte velayete hükmedilebilir²⁹.

Akıntürk/Ateş'e göre, boşanma ile evlilik kesin olarak sona ereceğinden, o zamana kadar ana ve baba tarafından birlikte kullanılan velayet hakkının, boşanma sonrasında hâkim tarafından çocuğun üstün yararı doğrultusunda yalnızca birine tevdi edilecektir³⁰. Ancak yazarlar, eserlerinin 2017 basısında görüş değişikliğine giderek Yargıtay'ın 20.02.2017 tarihinde birlikte velayete ilişkin vermiş olduğu karar ve İHAS'a Ek 7 No'lu protokol kapsamında, velayetin çocuğun üstün yararına aykırı olmaması kaydıyla ana ve babaya birlikte verilebileceğinin mümkün olduğunu ifade etmişlerdir³¹.

Kılıçoğlu'na göre mevcut düzenleme, Türk hukukunda boşanma sonrasında birlikte velayete izin vermemekte ve dolayısıyla bu halde, velayetin yalnızca ana veya babadan birine verilebileceğini ifade etmektedir³².

Serozan'a göre, TMK'nın 336/3. maddesi emredici nitelikte olup, mevcut kanuni düzenlemeler ile hâkim tarafından boşanma sonrasında birlikte velayete hükmedilemez³³. Ancak bu düzenleme gerek uluslararası sözleşmelere gerekse anayasal kadın erkek eşitliği ilkesine aykırılık teşkil

²⁷ Gençcan, Ortak Velayet, s. 26.

²⁸ Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s. 172.

²⁹ Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s.1 74.

³⁰ Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 310.

³¹ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 452.

³² Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 624.

³³ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 256.

ettiğinden, TMK'nın 336 ve 337. maddelerinin Anayasaya aykırılığının defî yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınması gerekir³⁴.

Baktır Çetiner, Yargıtay'ın ayrılık veya boşanma halinde velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılamayacağına ilişkin kararları olsa da, BMÇHS'nin 3. maddesi uyarınca bu kararlarını terk etmesi gerektiğini belirtmektedir³⁵. Ayrıca yazar, boşanmada velayetin kaldırılmasına ilişkin bir neden yoksa, asıl olması gerekenin velayetin devamı olduğunu ifade etmektedir³⁶.

2. TMK'nın 336/3. Maddesinin Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Görüşler

Öğretide yer alan bir diğer görüş³⁷, TMK'nın 336/3.maddesinde yer alan hükmün emredici olduğunu ancak günümüzde boşanma sonrasında birlikte velayete hükmedilebilmesi için yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğuna ilişkindir.

Baygın, bahse konu düzenleme ile kanun koyucunun, boşanma halinde velayetin ana ya da babadan birine bırakılması yönünde net bir ilke benimsediği görüşündedir³⁸. Buna göre yazar, ana ve babanın çocuğun sorumluluğunu birlikte alma noktasında istekli ve hazır olmaları halinde, birlikte velayetin istisnai olarak kabul edilebileceği açık bir düzenlemenin yapılması gerektiğini belirtmektedir³⁹.

Yine benzer bir görüş bildiren *Özdemir/Ruhi*, öğretide her ne kadar Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri

³⁴ Serozan, Çocuk Hukuku, s. 256.

³⁵ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, s. 108.

³⁶ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku s. 109.

³⁷ Gülçin Elçin Grassinger, Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 12; Hayrünnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.337; Baygın, Soybağı Hukuku, s.268; Bingöl, Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, s.303-305; Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s.63.

³⁸ Baygın, Soybağı Hukuku, s.268.

³⁹ Baygın, Soybağı Hukuku, s.268.

gereğince, boşanma durumunda birlikte velayetin mümkün olabileceğine yönelik değerlendirmeler yapılıyor olsa da, aynı zamanda TMK'nın mevcut düzenlemelerine ilişkin var olan tartışmalar nedeniyle yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır⁴⁰. TMK kapsamında, birlikte velayetin yeknesak ve kesin bir şekilde uygulaması ancak bu halde sağlanır⁴¹.

Bingöl'e göre, TMK'nın 336/1. maddesinde yer alan evlilik devam ettiği sürece, ebeveynler velayeti birlikte kullanır düzenlemesinin, evlilik birliği devam etmese dahi ana ve baba velayeti birlikte kullanır şeklinde değiştirilmesi, mevcut düzenlemeler açısından sorun oluşturmayacaktır⁴².

Grassinger, benzer bir görüş bildirerek ilgili hükümde revizyona gidilerek birlikte velayetin önünün açılması gerektiğini ifade etmiştir⁴³. Ayrıca yazara göre, ana ve baba arasındaki sosyal ilişkinin birlikte velayete uygun olduğu ve birlikte velayetin çocuğun gelişimi yönünden olumlu katkı sunacağı yönünde hâkimde kanaat oluşması durumunda, ana ve babanın velayete birlikte sahip olmamasının makul bir sebebi bulunmamaktadır⁴⁴.

Son olarak *Birinci Uzun'a* göre, velayete ilişkin mahkeme kararına dayanak olan kriterler, değişen ihtiyaçları karşılayacak şekilde yeniden düzenlenmeli ve TMK'nın ilgili hükmü, “*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise hâkim, çocuğun yüksek (üstün) yararı doğrultusunda, velayetin ana ve baba tarafından birlikte veya ana ya da baba tarafından tek başına kullanılmasına karar verebilir.*” şeklinde değiştirilmelidir⁴⁵. Bu sayede çocuğun yaşına ve ana-babasının tavrına göre değişen ihtiyaçları dikkate alınacak ve boşanmada birlikte velayet veya tek başına velayet modellerinden birine üstünlük tanınacaktır⁴⁶.

⁴⁰ Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.337.

⁴¹ Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s.337.

⁴² Bingöl, Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, s.303-305.

⁴³ Grassinger, Küçük İçin Alınacak Tedbirler, s.12.

⁴⁴ Grassinger, Küçük İçin Alınacak Tedbirler, s.12.

⁴⁵ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 163.

⁴⁶ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 163.

3. TMK'nın 336/3. Maddesinde Boşluk Bulunduğuna İlişkin Görüşler

Tüm bu görüşlerin yanı sıra öğretide, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hükümde, bir boşluk bulunduğunu, bu boşluğun çocuğun üstün menfaatine uygun bir şekilde amacına uygun sınırlanması⁴⁷ ve bu şekilde yorumlandıktan sonra boşanma halinde birlikte velayetin mümkün olabileceğine yönelik görüşler de mevcuttur.

Özta'n'a göre, TMK'nın 336/3. maddesinde, velayetin boşanma durumunda çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olmasının öngörülmüş olması, hükmün emredici olduğunu ve bu nedenle hâkim tarafından velayetin ana ve babaya birlikte verilemeyeceği şeklinde dar yorumlanamaz⁴⁸. Zira, temel amaç çocuğun yararı olduğundan, TMK'nın ilgili hükmündeki istisna boşluğu, çocuğun yararına doldurulmalıdır⁴⁹. TMK'nın 336/3. maddesi, mevcut haliyle uygulandığında, temel amaç olan çocuğun yararının korunması amacına ulaşamayacağından hüküm amacına uygun sınırlanmalı⁵⁰ ve bu kapsamda çocuğun yararı gözetilerek velayet ana babaya birlikte verilebilmelidir⁵¹.

Kahraman, Anayasa'nın eşitliği düzenleyen 10. ve 41. maddeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 84 (4) sayılı Tavsiye Kararı, BMÇHS'nin 2., 3., 9., ve 12. maddeleri ve İHAS'a Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi uyarınca, birlikte velayetin Türk hukuku bakımından uygulanmasında kanuni bir engel bulunmadığı ancak ana ve babanın boşanmalarının ardından velayetin birlikte kullanımının nasıl

⁴⁷ Özta, Aile Hukuku, s. 782 – 1090.

⁴⁸ Özta, Aile Hukuku, s. 782.

⁴⁹ Bilge Özta, Türk Hukukunda Birlikte Velayet Sorun, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 258; Özta, Aile Hukuku, s. 1090.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Çiğdem Kırcı, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, Yıl 2001, s. 91-110(<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629324>) Erişim Tarihi: 01.03.2022.

⁵¹ Özta, Aile Hukuku, s. 1090.

olacağına ilişkin bir boşluk bulunduğu görüşündedir⁵². Bu nedenle TMK'nın 336. maddesini birlikte velayeti ilke haline getirecek şekilde, kanunun özüne bağlı kalınarak değiştirilmeli ve yeniden düzenlenmelidir.

Erlüle'ye göre, TMK 336/3 hükmünde, “*Velayet, ... boşanmada ise kendisine bırakılan tarafa aittir.*” ifadesinde yer alan “taraf” kelimesinin tekil olarak kullanılmasından kaynaklı olarak, Türk hukuku bakımından boşanmadan sonra velayetin yalnızca ana veya babadan birine ait olacağı sonucuna ulaşamaz; zira ilgili hüküm bu şekilde yorumlandığında, Anayasa'nın 90. maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası haline gelen BMÇHS'nin 3. maddesinde yer alan çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesine aykırılık oluşturacaktır⁵³. Daha net bir ifadeyle, somut olaya ilişkin mevcut bir hüküm, amacı göz önünde bulundurulduğunda somut olaya uygulanmadığından kanunda örtülü bir boşluk olduğu kabul edilmeli ve bu kapsamda hâkim, örtülü boşluğu amaca uygun sınırlama yöntemini kullanarak çocuğun üstün yararı doğrultusunda doldurmalıdır⁵⁴.

Bölükbaşı da benzer bir görüş bildirerek TMK'nın 336. maddesinin lafzıyla amacı birlikte düşünüldüğünde örtülü bir boşluk ortaya çıktığını, dolayısıyla bahse konu hükmün, çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda amaca uygun bir şekilde sınırlandırılarak birlikte velayet taleplerine uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁵⁵. Yazar ayrıca ilgili hükmün değiştirilmesi durumunda, “*Velayet ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise velayet, çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun görüşü de dikkate alınarak, ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir*”⁵⁶ şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

Apaydın'a göre, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hüküm, boşanma sonrasında birlikte velayeti düzenlemediği gibi açıkça

⁵² Kahraman, Müşterek Velayet, s. 63.

⁵³ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 286.

⁵⁴ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 292.

⁵⁵ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 158; Benzer görüş için bkz: Bingöl, Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması s. 286.

⁵⁶ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 285.

yasaklamamaktadır⁵⁷. Ayrıca kanun koyucunun, kanun düzenlenirken birlikte velayeti bilerek düzenlemekten kaçındığı düşünülmemeli ve kanunda gerçek bir boşluk olduğu kabul edilerek boşluk hâkim tarafından TMK'nın 1. maddesine göre doldurulmalıdır⁵⁸.

4. TMK'nın 336/3. Maddesinin Birlikte Velayete İmkân Tanıdığına İlişkin Görüşler

Öğretide yer alan diğer görüşteki yazarlar, TMK'nın 336/3. maddesinin, kanunun amacı dikkate alındığında boşanma halinde birlikte velayet taleplerine uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmişlerdir.

Koçhisarlıoğlu'na göre, TMK'nın velayete ilişkin hükümleri emredici olarak sayılmamalıdır; zira bu şekilde sayıldıklarında, sahip olmaları zorunlu olan derin anlam, gerçek öz (ruh), amaç ile bağdaşmayacak ve bu nedenle ilgili hükümler yalnızca anlaşmazlık kuralı olarak sayılmalı; hâkim ana babanın bu konuda anlaşma serbestilerinin bulunduğunu göz önünde bulundurarak, onların kendi aralarında yapmış oldukları anlaşmayı onaylamalıdır⁵⁹. Yazar aynı zamanda TMK 336/3. maddesinde yer alan “çocuk kendisine bırakılan taraf” ifadesini, “çocuklar kime ya da kimlere, hangi eşe ya da her iki eşe de tevdi olunmuşsa” biçiminde algılayabilmenin de mümkün olabileceğini belirterek anlatımın “velayet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan ana ve/veya babaya aittir.” şeklinde olabileceği görüşündedir⁶⁰.

Akyüz'e göre, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hükümden, boşanma durumunda velayetin yalnızca ana ve babadan birine ait olacağı sonucu çıkarılamaz⁶¹. Bu hükmün kanunun amacına ve temel felsefesine uygun bir şekilde yorumlanması gerekir. Ancak son yıllarda öğretideki tartışmaların ve yargı kararlarındaki tereddütler nedeniyle TMK'nın

⁵⁷ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 457.

⁵⁸ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 457-458.

⁵⁹ Cengiz Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, s. 37

⁶⁰ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 104-105.

⁶¹ Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara 2021, s. 234.

velayete ilişkin hükümleri çağdaş kanunlardaki gelişmeler dikkate alınarak yeniden düzenlenmeli ve TMK'ya çocuğun üstün yararı aksini gerektirmedikçe boşanma durumunda velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılmasına imkân tanıyan açık bir hüküm konulmalıdır⁶².

Erdem'e göre, ilgili hükümde boşanma halinde velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğunun belirtilmesi, bu durumun aksinin yasaklandığı anlamına gelmemektedir⁶³. Bir yasak bulunmadığına göre, çocuk üstün yararının gerektirdiği hallerde boşanma sonrasında velayet, ana ve babaya birlikte verilebilir⁶⁴.

Yine benzer bir görüşte olan *Arkan Serim*'e göre, TMK'nın 336. ve 182. maddelerinin gerekçesinde, boşanma sonucunda hâkim tarafından velayetin yalnızca ana ya da babadan birine verilmesinin koşul (şart) olduğu, birlikte velayetin mümkün olmadığına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır⁶⁵. Yazar, TMK m. 336/1-2 birlikte değerlendirilmesi halinde, asıl olanın birlikte velayet olduğunu belirtmiş; ancak boşanma sonucunda hâkimin tek başına velayete de karar verebileceği kanaatinde⁶⁶.

Serdar'a göre, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan düzenlemeden, boşanma sonrasında velayetin ana ve babaya birlikte verilemeyeceğine ilişkin kesin bir kaniye varılamaz; zira hükümde, "taraf" ifadesinin tekil kullanılması, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin eşlerden yalnızca birine bırakılması anlamını mutlak şekilde doğurmaz⁶⁷.

İnce ise, boşanma sonrasında ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanabilmesi için TMK'da açık yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirterek düzenlemeler yapıncaya kadar, mevcut hükümlerin birlikte velayeti yasaklamadığı, hakimlerin boşanma sonrasında velayete ilişkin Anayasa'nın 90. maddesi gereğince iç hukukumuzun parçası haline gelen BMÇHS ve İHAS'a Ek 7 No'lu

⁶² Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s. 235.

⁶³ Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*" Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 171.

⁶⁴ Erdem, *Aile Hukuku*, s. 172.

⁶⁵ Azra Arkan Serim, *Boşanma Halinde Ortak Velayet*, *Legal Hukuk Dergisi*, C.14, S.167, Yıl 2016, s. 6085.

⁶⁶ Arkan Serim, *Boşanma Halinde Ortak Velayet*, s. 6085.

⁶⁷ Serdar, *Birlikte Velayet*, s. 175.

Protokol kapsamında birlikte velayete karar vermeleri gerektiğini ifade etmektedir⁶⁸.

Kanaatimizce, TMK'nın 336/3. maddesinde yer alan hükmün lafzından, boşanma sonucunda birlikte velayete karar verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak mevcut halde, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi halinde, milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulanacağından bahisle, iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan başta BMÇHS ve İHAS'a Ek 7 No'lu Protokol başta olmak üzere, diğer birçok milletlerarası antlaşma kapsamında, boşanma sonucunda birlikte velayet kararı verilebilir. Öğretide yer alan tartışmaların sona erdirilmesi ve yargı kararlarında yeknesaklığın sağlanması bakımından TMK'da, çocuğun üstün yararı gözetilerek boşanma sonucunda birlikte velayete hükmedilebilmesinin mümkün olduğuna ilişkin açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu en sağlıklı yaklaşım olarak kabul edilmelidir.

B. TMK'nın 182/3. Maddesinin Değerlendirilmesi

Boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olup olmayacağına ilişkin öğretilerde tartışılan bir diğer hüküm, “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.*” şeklinde düzenlemeye yer veren, TMK'nın 182/3. maddesidir⁶⁹. Hükümde geçen, “Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesi nedeniyle, yazarların bir kısmı boşanma sonucunda velayetin ana veya babadan birine verilebileceğini ileri

⁶⁸ İnce, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet, s. 220-221.

⁶⁹ İlgili hüküm, TMK m.182/2'de yer alırken 24.11.2021 tarihinde 182. maddeye eklenen (Ek ikinci fıkra:24/11/2021-7343/37 md.) “Mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlenmesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder.” hükmü nedeniyle 182/3'e kaydırılmıştır.

sürerken⁷⁰ bir kısım yazar, söz konusu hükümden böyle bir sonuç çıkarılmayacağı görüşündedirler⁷¹.

Baygın'a göre, TMK'nın 182/3. maddesi, boşanma sonrasında tek başına velayetin olması gerektiği izlenimini yaratmaktadır⁷². Boşanmada tek başına velayetin asıl olduğunu belirten yazar, çocuğun üstün yararı doğrultusunda ana ve babanın birlikte velayete hazır ve istekli olduğu hallerde, İsviçre hukukunun eski düzenlemelerinde yer alan ve birlikte velayete istisnai olarak imkân sağlayan benzer düzenlemenin, TMK kapsamında açıkça yapılması gerektiğini belirtmektedir⁷³.

Akıntürk/Ateş, boşanma durumunda evlilik birliğinin net bir şekilde sona ereceğini ve o ana kadar velayet hakkını birlikte kullanan ana ve babanın boşanmadan sonra yalnızca birinin bu hakkı kullanabileceğini belirtmektedir⁷⁴. Yazara göre velayet hakkı sona ermiş tarafın çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, TMK'nın 182/3. maddesi gereğince çocuğun eğitim, sağlık ve ahlak bakımından yararları göz önünde bulundurulur⁷⁵.

Dural/Öğüz/Gümüş, boşanma sonucunda velayetin eşlerden birine verileceğini, diğer eşin çocuk üzerindeki velayet hakkı sona erse de kişisel ilişki kurma hakkının devam ettiğini belirtmiştir⁷⁶. Dolayısıyla 182. maddenin, velayetin kendisine verilmeyen eş için kişisel ilişki hakkını düzenlediğini ve 182/3 uyarınca, kişisel ilişki hakkının

⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 142; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 623; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, s. 129; Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 313.

⁷¹ Öztan, Birlikte Velayet Sorunu, s. 253; Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 103; Erdem, Aile Hukuku, s. 171; Ünsal Dönmez/Taylan Barın, Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.9, S.35, Yıl 2018, s. 185; Serdar, Birlikte Velayet, s. 174; Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268; Öztan, Aile Hukuku, s. 781-782.

⁷² Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268.

⁷³ Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268.

⁷⁴ Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 313.

⁷⁵ Akıntürk/Ateş, Aile Hukuku, s. 314.

⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 142.

düzenlenmesinde hâkimin yalnızca çocuğun menfaatini göz önünde bulunduracağını ifade eder⁷⁷.

Özta’ a göre, TMK’nın 182/3. maddesi, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasında kurulacak olan kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin olduğundan bu hükümden, çocuğun velayetin yalnızca eşlerden birine bırakılacağı sonucu çıkarılamaz⁷⁸. Zira, madde metninde çocuğun yararı vurgulandığından velayet, çocuğun yararına olacaksa ve ana baba bu hususta anlaşmışlarsa her iki ebeveyne birlikte verilebilir⁷⁹.

Koçhisarlıoğlu’na göre, TMK’nın 182/3. maddesinde geçen “Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesi, çocuğun/çocukların velayetinin taraflardan yalnız birine bırakılması ihtimali göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir; zira velayetin taraflardan yalnızca birine bırakıldığı hallerde, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve çocuğa ödemesi gereken nafaka miktarının belirlenmesi gerekmektedir⁸⁰. Velayetin her iki eşe de birlikte verilmesi durumunda, velayete sahip olmayan eş, onun çocukla kişisel ilişkileri ve nafaka ödemesi gibi haller söz konusu olmayacağından, kanun koyucunun bu bağlamda tekil bir anlatıma başvurması tabii bir durumdur⁸¹.

Serdar, gerek mahkemenin boşanma ve ayrılık halinde mümkün olduğunca ana ve babayı, çocuğun vesayet altında olması durumunda ise vasiinin ve vesayet makamının görüşünü aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve kişisel ilişkilerini düzenleyeceğini belirten TMK’nın 182/1. maddesinden gerekse de TMK’nın 182/3. maddesinde geçen “velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesinin tekil anlamından yola çıkılarak boşanma sonucunda birlikte velayetin mümkün olmadığı anlamının çıkarılamayacağını belirtmiştir⁸². Yazara göre düzenlemede geçen ifade, velayetin tek bir tarafa bırakılma ihtimalinde

⁷⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 142.

⁷⁸ Özta, Birlikte Velayet Sorunu, s. 253-254.

⁷⁹ Özta, Birlikte Velayet Sorunu, s. 253-254.

⁸⁰ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 104.

⁸¹ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 104.

⁸² Serdar, Birlikte Velayet, s. 174.

diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişkisini ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesi göz önüne alınarak düzenlenmiştir⁸³.

Benzer bir görüşte olan *Kurt*, ilgili hükümdeki ifadeden boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olmadığı sonucuna değil, velayetin tek tarafa bırakıldığı hallerde diğer eşin çocukla kişisel ilişkisinin düzenleneceği sonucuna ulaşılabileceği kanaatindedir⁸⁴.

Apaydın'a göre, TMK'nın 182/3. maddesi, velayetin kime veya kimlere tevdi edileceğine ilişkin bir düzenleme olmayıp boşanma sonrasında, velayetin tek bir tarafa bırakıldığı hallerde diğer eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin nasıl olacağına yönelik bir düzenlemedir⁸⁵. Ayrıca yazar, maddenin bütününde çocuğun yararının esas tutulması emredildiğinden, boşanma sonrasında çocuğun yararının gerektirdiği durumlarda birlikte velayete karar verilebileceğini ifade etmektedir⁸⁶.

Erdem, TMK'nın 182. maddesinin boşanma sonucunda velayetin tevdiine yönelik doğrudan bir düzenlememe içermediğini; söz konusu maddenin, velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisini ve çocuğa ödeyeceği iştirak nafakasını düzenleyen bir hüküm olduğunu ifade etmiştir⁸⁷.

Bölükbaşı'na göre bahse konu hüküm, boşanma sonucunda velayet kendisine bırakılmayan taraf ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin, hangi kriterler göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin olup, daha net bir ifadeyle kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını belirlemektedir⁸⁸. Hükümün devamında çocuğun yararının esas tutulacağı belirtildiğinden bu amaç aşılarak velayetin yalnızca bir tarafa verilmesi gerektiğine ilişkin bir sonucun çıkarılması mümkün değildir⁸⁹. Yazar ayrıca ilgili hükmün değiştirilmesi durumunda, 182. maddenin, "*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının görüşünü*

⁸³ Serdar, *Birlikte Velayet*, s. 174-175.

⁸⁴ Kurt, *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, s. 166.

⁸⁵ Apaydın, *Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, s. 465.

⁸⁶ Apaydın, *Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği*, s. 465.

⁸⁷ Erdem, *Aile Hukuku*, s. 171.

⁸⁸ Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s. 156.

⁸⁹ Bölükbaşı, *Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi*, s. 156.

aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve velayet kendisine verilmeyen ya da birlikte velayet halinde çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişkilerini düzenler... Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır⁹⁰.” şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

Dönmez/Barın ise, TMK'nın 182/3. maddesinde yer alan “velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesinin yorumu muhtaç olduğunu, 182/1. madde ile 182/3. madde birlikte değerlendirildiğinde, boşanma sonrasında velayetin eşlerden yalnızca birine verilmesi gerektiği sonucunun çıkarılmaması gerektiğini belirtmektedir⁹¹.

Son olarak *Erlüle*, TMK'nın 182/3. maddesinin, velayetin hak sahipliğine ilişkin doğrudan bir hüküm olmadığı dolayısıyla velayetin ana ya da babadan birine bırakılması halinde diğer tarafın çocuk ile kişisel ilişkisini ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesine yönelik bir hüküm olduğu görüşündedir⁹². Ayrıca yazar, boşanma sonrasında birlikte velayetin mümkün olup olmayacağını belirlenmesi için, TMK'nın 336/3. maddesinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹³.

Kanaatimizce, ilgili hüküm velayetin ana veya babadan yalnızca birine tevdi edilmesi halinde diğer ebeveynin çocuk ile kuracağı kişisel ilişkinin nasıl olması gerektiği ve çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesine ilişkin bir hükümdür. Dolayısıyla bu hükümlerle ilgili, boşanma sonrasında TMK'nın birlikte velayete imkân tanıyıp tanımadığına ilişkin bir değerlendirme yapmak doğru olmayacaktır. Öte yandan velayetin tevdiine ilişkin asıl hükümler, TMK'nın 335.maddesi vd. düzenlendiği için, yalnızca TMK'nın 182. maddesi kapsamında birlikte velayete yönelik değerlendirmeler yapılmamalıdır. Ancak yine de uygulamadaki kafa karışıklıklarının giderilmesi ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla, madde metninde yeni bir düzenlemeye gidilmesi en sağlıklı yaklaşım olacaktır.

⁹⁰ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 284-285.

⁹¹ Dönmez/Barın, Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, s. 185.

⁹² Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 284.

⁹³ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 284.

III. EVLİLİK DIŞI İLİŞKİLERDE BİRLİKTE VELAYET

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de evlilik dışı doğum oranları artmaktadır. Yapılan son araştırmalarda 2020 yılı için Türkiye’de evlilik dışı doğum oranı, %2,8 olarak belirlenmiştir⁹⁴.

Evlenmek yerine çiftlerin evlilik dışı birliktelikleri seçmesinin başlıca nedenleri arasında, feminizmin yaygınlaşması, evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımının hukuk düzenlerinde ortadan kaldırılması⁹⁵, evliliğe hazır hissetmemek veya evliliği tercih etmemek, cinsiyet devrimi⁹⁶, evlenmenin ve boşanmanın çiftlere yüklediği yükümlülüklerden kaçınmak, farklı dil, din, ırk ve kültüre mensup olunması nedeniyle ortaya çıkan sorunlar, ailelerin evliliğe onay vermemeleri sayılabilir⁹⁷.

Türkiye’de, aile kurma amaçlı evlilik benzeri yaşam modeli olarak karşımıza imam nikahlı birliktelikler ve uzun süreli birlikte yaşam modelleri çıkmaktadır⁹⁸. Zira imam nikahlı birliktelikler ve uzun süreli

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?query=BOOKMARK_DS-052176_QID_-752D2346_UID_-3F171EB0&layout=TIME,C,X,0;GEO,L,Y,0;INDIC_DE,L,Z,0;INDICAT_ORS,C,Z,1;&zSelection=DS-052176INDICATORS,OBS_FLAG;DS-052176INDIC_DE,NMARPCT;&rankName1=INDICATORS_1_2_-1_2&rankName2=INDIC-DE_1_2_-1_2&rankName3=TIME_1_0_0_0&rankName4=GEO_1_2_0_1&sortC=ASC_-1_FIRST&rStp=&cStp=&rDCh=&cDCh=&rDM=true&cDM=true&footne s=false&empty=false&wai=false&time_mode=ROLLING&time_most_re cent=true&lang=EN&cfo=%23%23%23%2C%23%23%23.%23%23%23
Erişim Tarihi: 26.03.2022.

⁹⁵ Adnan Güriz, Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011, s. 145

⁹⁶ Nermin Abadan Unat, Legal Problems Concerning Unmarried Couples the Non- Married Couple and Society: Socio – Juridical Aspects of Cohabitation, Seha L. Meray’a Armağan, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, Cilt 2, Ankara 1982, s. 808; Necla Öztürk, Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Adalet Yayınevi, İstanbul 2016, s. 47.

⁹⁷ Öztürk, Evlilik Dışı Yaşam Modelleri, s. 46-47.

⁹⁸ Öztürk, Evlilik Dışı Yaşam Modelleri, s. 141; Abadan Unat, Socio – Juridical Aspects of Cohabitation, s. 813.

birlikte yaşama modeline ilişkin kanunlarımızda herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından, bu modeller Türk hukukunda tanınmamaktadır. Söz konusu modellerin, evlilik birliğine alternatif şekilde ortaya çıktığı söylenebilir.

Dünya genelinde, common law, kayıtlı birliktelik, uzun süreli birlikte yaşama olarak adlandırılan aile kurma amaçlı evlilik benzeri yaşam modelleri mevcuttur⁹⁹. Uzun süreli birlikte yaşama modelinin görüldüğü ülkelerden olan İsveç, Almanya, Fransa, Avusturya gibi ülkelerde, baba ile çocuğun soybağının kurulmuş olması halinde, ebeveynler velayet hakkına birlikte sahip olabilmektedirler¹⁰⁰. Ancak TMK'nın 337/1. maddesinde, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun velayetinin, yalnızca anaya ait olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, ananın küçük olması, kısıtlanması, ölmesi veya velayetin kendisinden alınması hallerinde, çocuğun yararı dikkate alınarak velayetin babaya verileceğine veya çocuğa vasi atanacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Görüleceği üzere, velayet babaya ancak çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin mevcut olduğu¹⁰¹ ve belirli durumların varlığında verilmektedir. Bu durumlar dışında, evlilik dışı ilişkilerde ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanması kanunda düzenlenmemiştir. Ana ve babanın sonradan evlenmesi durumunda ise, velayet hakkına birlikte sahip olurlar¹⁰².

Öğretide, evlilik dışı ilişkilerden doğan müşterek çocukların velayetini düzenleyen TMK'nın 337. maddesine ilişkin, farklı görüşler mevcuttur. Aşağıda bu görüşlerin bazılarına yer verilecektir.

⁹⁹ Common Law evlilik modeli, herhangi bir şekli geçerlilik şartının bulunmadığı, tarafların karşılıklı iradelerinin yeterli görüldüğü bir modeldir. En yaygın olarak görüldüğü ülke ABD'dir. Kayıtlı Birlikteliklerin Tanınmasına Dair Sözleşme'nin 1. maddesine göre kayıtlı birliktelik, evlilik hariç olmak üzere, resmi bir makam önünde tescile yol açan farklı ya da aynı cinsten iki kişi arasındaki ortak yaşam taahhüdüdür. Uzun süreli birlikte yaşama ise, herhangi bir resmi koşul olmaksızın iki yetişkin şahsın evlenme niyeti olmaksızın, birbirlerine destek olma görevinin de bulunduğu ve karşılıklı yükümlülüklerinin yerine getirildiği, uzun süreli duygusal ve/veya cinsel arkadaşlık ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Öztürk, *Evlilik Dışı Yaşam Modelleri*, s. 60 vd.

¹⁰⁰ Öztürk, *Evlilik Dışı Yaşam Modelleri*, s. 92.

¹⁰¹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, s. 202.

¹⁰² Öztan, *Aile Hukuku*, s. 1092.

Serozan'a göre, TMK'nın 337/1. maddesi kapsamında, evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuğun velayeti yalnızca anaya tanınmıştır. Ancak yeni yaklaşımlar, çocuğun üstün yararının gerektirmesi ve eşlerin bu hususta anlaşmaları ile evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanımışlardır¹⁰³. Yazar, evlilik dışı ilişkilerde velayetin yalnızca anaya tanınmış olmasını, velayet hakkının ana ve baba tarafından birlikte kullanılamamasını, duyarsız ana ve baba modeline uysa bile velayet sorumluluğunu paylaşmak isteyen duyarlı ana ve baba modeline uymayacağını; birlikte velayetin herhangi bir nedenle yaşama geçirilemediği hallerde, bir çeşit “eksik velayetin” yaratıldığı görüşündedir¹⁰⁴. Bu nedenle ilgili maddenin defî yoluyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmelidir.¹⁰⁵

Benzer bir görüşte olan *Acabey*'e göre, TMK'nın 337. maddesinin evlilik dışı ilişkiler bakımından, ana ve babanın anlaşmaları koşuluyla birlikte velayete imkân tanıyan İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarından farklı bir düzenleme içererek birlikte velayetin öngörülmemiş olmasını bir eksiklik olarak değerlendirmektedir¹⁰⁶.

Baygın ise, kanunumuzda evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayet hakkının ana ve babası tarafından birlikte kullanılmasına yer verilmediğini, ancak birçok Avrupa ülkesinde çocuğun yararına birtakım sınırlamalar getirilerek birlikte velayete imkân tanındığını ifade ederek İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliğe işaret etmiştir¹⁰⁷.

Öztan'a göre, Türk hukukunda evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun ana ve babası velayet hakkına birlikte sahip olmasa da velayet hakkına sahip olmayan tarafın, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğa ilişkin önemli kararlarda, örneğin doktordan veya öğretmenden bilgi alma hakkına sahip olduğu kabul edilmeli ve çocuğun hayatındaki önemli durumlardan haberdar edilmelidir¹⁰⁸.

¹⁰³ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 255.

¹⁰⁴ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 255.

¹⁰⁵ Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 255.

¹⁰⁶ Mehmet Beşir Acabey, Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, *Güncel Hukuk Yayınları*, İzmir 2002, s. 284-285.

¹⁰⁷ Baygın, *Soybağı Hukuku*, s. 271.

¹⁰⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 1092.

Özdemir/Ruhi, günümüzde aile kavramı ve evlilik kavramının farklılaşması sebebiyle ülkemizde artan evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk sayısının arttığını belirterek, çocuğunu benimseyen ve çocuğunun hayatında söz sahibi olmak isteyen babaya velayet hakkının tanınmamasını, ailenin ve çocuğun üstün yararına aykırı bir durum olarak görmektedir¹⁰⁹.

Koçhisarlıoğlu, aile kavramının zaman içinde değiştiğini ve günümüzde aynı cinsten kişilerin dahi aile kurabilmelerinin mümkün olduğunu belirterek klasik aile modelinin yanında diğer aile modelinin de dikkate alınmasını ve “aile” kavramı yerine “aileler” kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁰. Yazarın bu görüşünden, evlilik dışı ilişki yaşayan çiftlerin ve bu ilişkilerden doğan çocukların “aileler” kavramı içerisinde yer aldığı ve bunlar arasında ayrımcılık yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Uzun Kazmacı'ya göre TMK'nın 336. maddesi kapsamında evlilik birliğinin boşanmayla sona ermesi halinde, müşterek çocuğun velayetine ilişkin yapılan tartışmaların evlilik birliği dışında doğmuş olan çocuğun velayeti için de yapılması gerekir¹¹¹. Velayet hakkının hukuki niteliği, ana ve babanın bu haktan yoksun bırakılamayacağı, velayetin kapsamı, evlilik birliği dışında ana ve babanın çocuğun yükümlülüklerine katlanma konusunda eşitliğinin hakları kullanma noktasında da sağlanması gerekliliği ve velayetin evliliğin değil soybağının bir sonucu olması hususları dikkate alındığında, birlikte velayetin evlilik birliği dışında da esas alınması gerekir¹¹².

Erlüle'ye göre velayet hakkının, ana ve babanın medeni hallerinden bağımsız olarak soybağına uygun şekilde yeniden düzenlemesi gerekir. Zira bu durum, Türkiye'nin onaylamış olduğu uluslararası sözleşmelerin bir gereğidir¹¹³. Yeni bir düzenlemenin yapılmaması halinde çocuğun, ana ve babasını bilme, onların ortak

¹⁰⁹ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s. 312.

¹¹⁰ Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Aile Hukukuna İlişkin Tezlerimiz*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, C.1, Ankara 2010, s. 1134.

¹¹¹ Özge Uzun Kazmacı, *Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması*, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı – III, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, İstanbul 2018, s. 183

¹¹² Uzun Kazmacı, *Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması*, s. 171 vd.

¹¹³ Erlüle, *Boşanmada Birlikte Velayet*, s. 157.

sorumluluğu altında bakılma ve yetiştirilme temel hakkına, ayrımcılık gözetme ilkesine, eşitlik ilkesine ve bu bağlamda İHAS m.8 ve İHAS m.14'e aykırılık süreceği görüşündedir¹¹⁴.

Akyüz' göre, BMÇHS kapsamında, TMK'da evlilik dışı ilişkilerde çocuğun yararına olması kaydıyla birlikte velayete izin veren açık bir hüküm konulmalıdır¹¹⁵.

Serdar, evlilik dışı ilişkilerde velayet hakkının ana ve baba tarafından kullanılmasına ilişkin TMK'nın 337/1. maddesinde, kasıtlı bir susma değil, bir boşluk olduğunu belirtmiştir¹¹⁶. Yazara göre hiçbir suçu olmayan çocuğu, yalnızca ana ve babasının evli olmaması nedeniyle belli haklardan mahrum bırakmanın adil olmadığını belirterek, söz konusu boşluğun, hâkim tarafından çocuğun yararı dikkate alınarak TMK'nın 1/2. maddesi kapsamında doldurulabileceğini ifade etmektedir¹¹⁷.

*Güven'e*¹¹⁸ göre, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar bakımından TMK kapsamında birlikte velayete ilişkin bir hükmün bulunmaması, bu boşluğun doldurulmasına engel teşkil etmediği gibi çocuğun menfaatlerinin gerektirmesi ve ana babanın ortak talepte bulunmaları halinde, birlikte velayete hükmedilebilir¹¹⁹.

Bölükbaşı, TMK'nın 337/1. maddesinde bir boşluk olduğunu ve dolayısıyla bu boşluğun çocuğun üstün yararı ilkesine uygun şekilde (amaca uygun) sınırlama yöntemi kullanılarak doldurulması halinde, birlikte velayet taleplerine uygulanmasının mümkün olduğu görüşündedir¹²⁰. Yazar ayrıca hükmün amaca uygun sınırlama yöntemi ile şu şekilde doldurulabileceğini ifade ederek: "*Ana ve baba evli değilse, baba ile soy bağı kurulana kadar çocuğun velayeti anaya aittir. Baba ile aralarında soy bağı kurulduğu takdirde; çocuğun yararı esas alınmak kaydıyla, ana ve babanın ortak talebi ve mümkün olduğu ölçüde çocuğun*

¹¹⁴ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 157.

¹¹⁵ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 237.

¹¹⁶ Serdar, Birlikte Velayet, s. 190.

¹¹⁷ Serdar, Birlikte Velayet, s. 191-192.

¹¹⁸ Kudret Güven, Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, Ocak 2018, s. 48.

¹¹⁹ Güven, Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, s. 48.

¹²⁰ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 172.

görüşü de dikkate alınarak, velayet ana veya babadan birine ya da her ikisine birden bırakılabilir¹²¹.” şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

Birinci Uzun, TMK'nın 337/1. maddesinde bir boşluk bulunmadığını, bahse konu düzenlemenin evlilik dışı ilişkiden doğan bir çocuğun velayet hakkının münhasıran anasına ait olduğunu, ancak istisnai hallerde babasına verilebileceğini ve yine ilgili hükmün velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasını engellediğini ve yorum yolunun kullanılması neticesinde de başka bir sonuca ulaşılamayacağını belirtmiştir¹²². Yazar TMK'nın 337/1. maddesinin, “*Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir. Ancak evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun baba ile soybağının kurulmuş olması durumunda, ana veya babadan birinin talep etmesi halinde, çocuğun yüksek (üstün) yararı doğrultusunda, hâkim velayetin ana ve babaya tarafından birlikte kullanılmasına karar verilebilir.*” şeklinde değiştirilebileceğini ifade etmiştir¹²³.

Kanaatimizce, TMK'nın 337/1. maddesi lafzından evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuğun velayetinin yalnızca anaya ait olduğu ve ana babanın birlikte velayet hakkına sahip olamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak kanundaki bu husus gerek Anayasa'nın eşitlik ilkesine gerekse de Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalara aykırılık teşkil etmektedir. Birçok yabancı ülke hukukunda ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar kapsamında, ana babanın medeni hallerinden bağımsız şekilde çocuğun velayetine birlikte sahip olması mümkündür. Dolayısıyla TMK'ya söz konusu düzenlemeler örnek alınarak, evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanıyan açık bir hüküm konulması en uygun yaklaşım. uygun olur. Hükmün açık düzenlemesi karşısında “boşluk”tan söz etmek zorlama gibi. Kaldı ki, sözü edilen boşluk “kanun boşluğu ise, MK.m.1 gereğince önce örf ve ‘adet hukukuna bakmak gerekir. Ayrıca, bir kanun hükmünün yeni ihtiyaçlar karşısında yetersiz hâle gelmesi teknik anlamda boşluk sayılamaz.

¹²¹ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 172.

¹²² Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 162.

¹²³ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 162.

IV. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA DURUMUNDA ve EVLİLİK DIŞI İLİŞKİDE BİRLİKTE VELAYETİN KURAL VEYA İSTİSNA OLARAK UYGULANMASINA YÖNELİK GÖRÜŞLER

Türk hukuku kapsamında öğretide tartışılan bir diğer husus, boşanma sonrasında veya evlilik dışı ilişkilerde, ana ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olabilmesinin kural veya istisna olarak uygulanmasıdır. Öğretide bir kısım yazar, İsviçre hukukunda olduğu gibi birlikte velayetin kural¹²⁴ olarak uygulanması gerektiğini belirtirken bir kısım yazar istisna¹²⁵ olarak uygulanmasını gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşlerin aksine, bir kısım yazar ise birlikte velayetin kural ya da istisna şeklinde uygulanmasına yönelik bir ayırım yapılmaksızın her somut olayda çocuğun yararı dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶. Nitekim, TMK'nın velayete ilişkin hükümlerinin, çocuğun üstün yararı kapsamında birlikte velayete imkân sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi sonucunda, birlikte velayetin kural ya da istisna olarak veya böyle bir ayrıma gidilmeksizin hâkim tarafından somut olaya göre karar verilmesinin belirlenmesi elzemdir.

A. Birlikte Velayetin Kural Olarak Uygulanması Gerektiğine İlişkin Görüşler

Öğretide *Erlüle*'ye göre, TMK'nın ilgili hükümleri hem boşanma sonucunda hem de evlilik dışı ilişkilerde, birlikte velayetin kural olarak uygulanacağı şekilde düzenlenmelidir¹²⁷. Aksi halde birlikte velayetin

¹²⁴ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 45, Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 341, Gençcan, Ortak Velayet, s. 26; Güven, Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, s. 127.

¹²⁵ Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 309; Karaca, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, s. 81; Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268.

¹²⁶ İnce, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet, s. 221-222; Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s. 175; Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 158.

¹²⁷ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 341-343.

kural olarak uygulanmaması, ağır bir temel hak ihlali olacağı gibi çocuklar arasında da ayrımcılığa neden olacaktır¹²⁸.

Gençcan'a göre, boşanma halinde birlikte velayet kural, tek başına velayetin ise istisna şeklinde düzenlenmelidir¹²⁹.

Koçhisarlıoğlu, Türk hukukunda birlikte velayetin kural olarak uygulanması gerektiğini; taraflar arasında anlaşmazlık yaşanması halinde istisnai olarak çocuğun velayetinin ana veya babadan birine verilebileceğini belirtmiştir¹³⁰.

Güven ise, İHAS'a Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi gereğince, ebeveynlerin çocuk üzerinde eşit hak ve sorumluluklarının olduğunu belirterek evliliğin sona ermesi halinde bu madde kapsamında birlikte velayetin kural olarak uygulanması gerektiğini, tek başına velayetin ise ancak taraflar arasında anlaşmazlık bulunması halinde istisna olarak uygulanması gerektiğini ifade etmiştir¹³¹.

Benzer bir görüş bildiren *Apaydın*, boşanma halinde birlikte velayet istisna olarak değil, kural olarak uygulanmalıdır¹³². Bu sayede birlikte velayet kararı vermeyen hâkimin gerekçesini açıkça ortaya koyması sağlanacaktır¹³³.

B. Birlikte Velayetin İstisna Olarak Uygulanması Gerektiğine İlişkin Görüşler

Öğretide *Baygın*, boşanmada tek başına velayetin asıl olduğunu, çocuğun üstün yararı doğrultusunda ana ve babanın birlikte velayete hazır ve istekli olduğu hallerde, İsviçre hukukunun eski düzenlemelerinde yer alan ve birlikte velayete istisnai olarak imkân sağlayan benzer düzenlemenin, TMK kapsamında açıkça yapılması gerektiğini belirtmektedir¹³⁴.

¹²⁸ Erlüle, Boşanmada Birlikte Velayet, s. 341-343.

¹²⁹ Gençcan, Ortak Velayet, s. 26.

¹³⁰ Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, s. 45.

¹³¹ Güven, Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, s. 127.

¹³² Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 472.

¹³³ Apaydın, Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s. 472.

¹³⁴ Baygın, Soybağı Hukuku, s. 268.

Özdemir/Ruhi, İsviçre ve Alman hukuklarından farklı olarak Türk hukukunda birlikte velayetin istisna olarak uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹³⁵. Zira yazarlar, aile hukukuna ilişkin sorunların kendi dinamikleri içinde çözülmesi gerektiğini belirterek Türk toplumunun gelenek, görenek ve aile anlayışı dikkate alınarak düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.¹³⁶

Karaca'da benzer bir görüş bildirerek Türk hukukunda birlikte velayetin, önceden İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi istisna olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır¹³⁷. Yazar, ana ve babanın ortak talebinin olması halinde birlikte velayete karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹³⁸.

C. Birlikte Velayetin Kural veya İstisna Ayrımı Olmaksızın Uygulanmasına İlişkin Görüşler

Öğretide *İnce*, yukarıda bahsedilen görüşlerin aksine Türk hukukunda birlikte velayetin, kural ya da istisnai bir kuraldır şeklinde yorumlamanın doğru olmayacağı kanaatindedir¹³⁹. Yazar, somut olayın değerlendirilmesi neticesinde birlikte velayete karar verilip verilmeyeceğinin dikkate alınması gerektiğini ve hâkimin, çocuğun yararının gerektirdiği hallerde, örneğin ebeveynlerin anlaşması mümkün değilse, ebeveynlerden birinin alkol-uyuşturucu madde kullanımı mevcutsa veya şiddete eğilimi varsa, velayeti ana veya babadan birine bırakılabilmesinin TMK'da düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁰.

Kurt, TMK'da acilen birlikte velayete açıkça imkân veren bir değişiklik yapılmasını belirterek yapılacak bu değişiklikle, birlikte velayet ile tek başına velayet arasında herhangi bir kural-istisna ayrımının yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴¹. Boşanma durumunda

¹³⁵ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s. 309.

¹³⁶ Özdemir/Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s. 309.

¹³⁷ Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, s. 81.

¹³⁸ Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, s. 81.

¹³⁹ İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s. 221.

¹⁴⁰ İnce, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet*, s. 222.

¹⁴¹ Kurt, *Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet*, s. 175.

ebeveynler arasında bir çatışma durumu yoksa ve iletişim sağlanabiliyorsa birlikte velayet, tek başına velayete kıyasla çocuğun daha çok yararınadır. Ancak çocuğun üstün yararının hangi velayet modelini gerektirdiğine ilişkin değerlendirme, somut olayın şartları ve ülkelerin sosyo-kültürel şartları dikkate alınarak yapılmalıdır¹⁴².

Birinci Uzun'a göre, birlikte velayet veya tek başına velayet modellerinden birine üstünlük tanınmamalıdır¹⁴³. Yazar bütün ailelerin yararına uygun şekilde tek bir düzenlemenin mümkün olmadığını belirterek velayet bakımından, soybağının merkezde olduğu bir anlayış yerine çocuğun merkezde olacağı bir anlayışın benimsenmesini ve çocuğun üstün yararı doğrultusunda sağlıklı gelişimini destekleyecek velayet modeli hangisiyse onun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁴.

Son olarak *Bölükbaşı*'da benzer bir görüş bildirerek Türkiye'de birlikte velayetin uygulanması bakımından kural veya istisna tartışmalarına girilmeden somut olayın şartlarına göre karar verme yetkisinin hâkime bırakılması gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁵. Ayrıca hâkim bu konuda sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığı gibi, çocuğun üstün yararını gözeterek ana baba ve çocuğun görüşlerini aldıktan sonra somut olayın özelliğine göre velayet modeline karar vermelidir¹⁴⁶.

Kanaatimizce, ülkemizin kültürel yapısı ve birlikte velayete ilişkin bakış açısı dikkate alındığında¹⁴⁷ birlikte velayetin boşanma veya evlilik dışı ilişkiler bakımında kural veya istisna olarak belirlenmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. TMK'da birlikte velayete ilişkin yapılması gereken yeni düzenlemelerde, yalnızca çocuğun üstün yararı dikkate alınarak her somut olay, koşulları içinde değerlendirilmelidir. Çocuğun üstün yararı, tek başına velayet modelini gerekli kılıyorsa, velayetin ebeveynlerden birine tevdi edilmesinde sakınca olmadığını düşünmekteyiz.

¹⁴² Kurt, Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, s. 175.

¹⁴³ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 156.

¹⁴⁴ Birinci Uzun, Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli, s. 156.

¹⁴⁵ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 178.

¹⁴⁶ Bölükbaşı, Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, s. 178.

¹⁴⁷ Kiremitçi, Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, s. 42 vd

“Birlikte velayet” konusunu boşanma ve evlilik dışı ilişki açısından ayrı ayrı değerlendirmek belki daha doğru olacaktır. Özellikle kavga ederek boşanan eşlerin velayeti birlikte yürütmeleri çok zor görünüyor. Kendisine velayet bırakılmamış tarafın çocukla kişisel ilişki kurması bile kanayan bir yara. Bu nedenle, çocuğun yararına olmak şartıyla ana – babanın anlaşması hâlinde böyle bir yola gidilmeli. Ama hiç şüphesiz her şeyden önce yasa değişikliği şart. Yürürlükteki bir yasa hükmü sırf amaca uygun değil diye görmezden gelinemez.

V. SONUÇ

4721 Sayılı TMK’nın boşanmanın çocuklar üzerindeki sonuçlarına ilişkin 336/3. maddesinde yer alan hükmün lafzından, boşanma sonucunda birlikte velayete karar verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bahse konu hükümde geçen “*boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” ifadesi, kanun koyucunun boşanma durumunda çocuğun velayetinin ebeveynlerden birine bırakılmasına ilişkin iradesini açıkça ortaya koymaktadır. Ancak mevcut halde, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi halinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanacağından bahisle, iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan başta İHAS’a Ek 7 No’lu Protokol olmak üzere birçok milletlerarası antlaşma kapsamında, boşanma sonucunda birlikte velayet kararı verilebilir. Zira mevcut durumda, Protokol’ün 5. maddesi boşanma sonucunda birlikte velayete imkân tanırken TMK’nın 336/3. maddesi, imkân tanımamaktadır. Bu nedenle, hâkim önüne gelen somut olayda çocuğun üstün yararının gerektirmesi halinde, Protokol’ün 5. maddesi kapsamında boşanmadan sonra birlikte velayete karar verebilir. Yine de öğretilerde yer alan tartışmaların sona erdirilmesi ve yargı kararlarında yeknesaklığın sağlanması bakımından TMK’da, çocuğun üstün yararı gözetilerek boşanma sonucunda birlikte velayete hükmedilebilmesinin mümkün olduğuna ilişkin açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu kabul edilmelidir. TMK’nın 182/3. maddesinde yer alan “*velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” ifadesi, açıkça boşanma durumunda velayetin ebeveynlerden birine bırakılmasına ilişkin değildir. İlgili hüküm, velayetin ana veya babadan yalnızca birine tevdi edilmesi halinde diğer ebeveynin çocuk ile kuracağı kişisel ilişkinin nasıl olması gerektiği ve

çocuğa ödeyeceği nafakanın belirlenmesine ilişkin bir hükümdür. Dolayısıyla bu hükümle ilgili, boşanma sonrasında TMK'nın birlikte velayete imkân tanıyıp tanımadığına ilişkin bir değerlendirme yapmak doğru olmayacaktır. Öte yandan velayetin tevdiine ilişkin asıl hükümler, TMK'nın 335.maddesi vd. düzenlendiği için, yalnızca TMK'nın 182. maddesi kapsamında birlikte velayete yönelik değerlendirmeler yapılmamalıdır. Ancak uygulamadaki kafa karışıklıklarının giderilmesi ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla, madde metninde yeni bir düzenlemeye gidilmelidir.

Evlilik dışı ilişkiler bakımından TMK'nın 337/1. maddesinde net bir düzenlemeye yer verilerek söz konusu madde gereğince, evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocuğun velayetinin yalnızca anaya ait olduğu ifade edilmiştir. Kanundaki bu husus gerek Anayasa'nın eşitlik ilkesine gerekse de Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalara aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu aykırılıkların giderilmesi amacıyla TMK'ya evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkân tanıyan açık bir hüküm konulması gerekmektedir.

Boşanma durumunda ve evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete açıkça imkân tanıyan yeni düzenlemeler kural veya istisna ayırımına gidilmeden, yalnızca çocuğun üstün yararı dikkate alınarak hazırlanmalıdır. Zira her ülkenin kültürel ve sosyal yapısı ve buna bağlı olarak aile dinamikleri birbirinden farklıdır. Bu nedenle her somut olay, koşulları içinde değerlendirilmeli ve çocuğun üstün yararı doğrultusunda karar verilmelidir.

Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda ve evlilik dışı ilişkide velayet hakkını düzenleyen ilgili hükümlerinde değişikliğe gidilerek, ebeveynlerin çocuklarının velayet hakkına birlikte sahip olabilmesine imkân tanınmalıdır. Söz konusu düzenlemeler, Türkiye'nin sosyo - kültürel yapısı ve aile dinamikleri dikkate alınarak kural veyahut istisna şeklinde uygulanması gerektiğine ilişkin kalıplardan uzak yalnızca çocuğun üstün yararı dikkate alınarak yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ABADAN UNAT, Nermin: Legal Problems Concerning Unmarried Couples the Non- Married Couple and Society: Socio – Juridical Aspects of Cohabitation, Seha L. Meray’a Armağan, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, C. 2, Ankara 1982, s. 805-829 (Kısaltma: Socio – Juridical Aspects of Cohabitation).
- ACABEY, Mehmet Beşir: Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002 (Kısaltma: Soybağı, Kurulması).
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2016 (Kısaltma: Aile Hukuku).
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara 2021.
- APAYDIN, Eylem: Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, S.1, Yıl 2018, s. 445-476 (Kısaltma: Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği).
- ARKAN SERİM, Azra: Boşanma Halinde Ortak Velayet, Legal Hukuk Dergisi, C.14, S.167, Yıl 2016, s. 6075-6088.
- BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velâyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- BAUSERMAN, Robert: Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review. Journal of Family Psychology, 16(1), 2002, s. 91–102 (Kısaltma: Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements).
- BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2010
- BİNGÖL, Ediz: Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 2, Yıl 2014, s. 278-312 (Kısaltma: Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması).
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet

Modeli, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, S 1, Yıl 2016, s. 135-166 (Kısaltma: Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli).

BÖLÜKBAŞI, Özge: Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2020 (Kısaltma: Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi).

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013 (Kısaltma: Aile Hukuku).

DÖNMEZ, Ünsal /BARIN, Taylan: Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.9, S.35, Yıl 2018, s. 175-210 (Kısaltma: Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu).

ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2018.

ERLÜLE, Fulya: İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, "Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (Kısaltma: Boşanmada Birlikte Velayet).

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Ortak Velayet, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl 27, İzmir 2017, s. 24-30.

GRASSINGER, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki levha Yayınları, İstanbul 2009 (Kısaltma: Küçüğün Kişi Varlığı İçin Alınacak Tedbirler).

GÜRİZ, Adnan: Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, Phoenix Yayınevi, Ankara 2011.

GÜVEN, Kudret: Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S. 1, Ocak 2018, s. 11-64 (Kısaltma: Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet).

- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- İNCE, Nurten: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet, TAAD, Y 9, S 34, Yıl 2018, s. 189-229 (Kısaltma: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Boşanma Durumunda Birlikte Velayet).
- KAHRAMAN, Süheyla: Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Müşterek Velayet, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018 (Kısaltma: Müşterek Velayet).
- KARACA, Hilal: Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- KİREMİTÇİ, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul 2014 (Kısaltma: Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- KIRCA, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologsche Reduction), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, Yıl 2001, s. 91-110.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Aile Hukukuna İlişkin Tezlerimiz, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, C.1, Ankara 2010; s. 1329-1341.
- KURT, Leyla Müjde: Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Yıl 2018, s. 157-185.
- LUBRANO LAVADERA, Anna/ CARAVELLİ Liliana / MALAGOLİ TOGLİATTİ Marisa: Joint Custody and Shared Parenting: Analysis of Practices in the Civil Court of Rome, s. 93-110 (Kısaltma: Joint Custody and Shared Parenting).

- OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, s. 631-658 (Kısaltma: Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi).
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa/RUHİ Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- ÖZTAN, Bilge: Türk Hukukunda Birlikte Velayet Sorunu, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 251-260 (Kısaltma: Öztan, Birlikte Velayet Sorunu).
- ÖZTÜRK, Necla: Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Adalet Yayınevi, İstanbul 2016 (Kısaltma: Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri).
- RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: Velayet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- RUHİ, Ahmet Cemal: Birlikte Velayet Kurumu ve Birlikte Velayete İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- SAYAN KARAHAN, Ayşegül: Boşanma Sürecinde Ortak Ebeveynlik ve Ortak Velayete İlişkin bir Derleme, Uluslararası Toplum Araştırmaları Derneği, C.18, S.44, Yıl 11, s. 8500-8523 (Kısaltma: Ortak Velayete İlişkin bir Derleme).
- SERDAR, İlknur: Birlikte Velayet: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, Yıl 2008, S. 155-197.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık; İstanbul 2017.
- TEKİNAY, Selahattin: Türk Aile Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1984.
- USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- UZUN KAZMACI, Özge: Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması, Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı – III,

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, İstanbul 2018, s. 171-186.

YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara 2018.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2142#>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160325-1.pdf>

http://ijfs.padovauniversitypress.it/system/files/papers/16_1_06.pdf

<https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629324>

http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?query=BOOKMARK_DS-052176_QID_-752D2346_UID_-3F171EB0&layout=TIME,C,X,0;GEO,L,Y,0;INDIC_DE,L,Z,0;INDICATORS,C,Z,1;&zSelection=DS-052176INDICATORS,OBS_FLAG;DS-052176INDIC_DE,NMARPCT;&rankName1=INDICATORS_1_2_-1_2&rankName2=INDIC-DE_1_2_-1_2&rankName3=TIME_1_0_0_0&rankName4=GEO_1_2_0_1&sortC=ASC_-1_FIRST&rStp=&cStp=&rDCh=&cDCh=&rDM=true&cDM=true&footnes=false&empty=false&wai=false&time_mode=ROLLING&time_most_recent=true&lang=EN&cfo=%23%23%23%2C%23%23%23.%23%23%23

İFLÂS MASASINA KARŞI İSTİHKAK İDDİASININ İLERİ SÜRÜLMESİ VE MASANIN İSTİHKAK İDDİASINI İNCELEMESİ

Derya BULUTTEKİN*

ÖZ

İflâs, alacaklıların alacaklarını tahsil edebilmek için iflâs organları tarafından, borçlu müflisin tüm malvarlığı üzerinde yürütülen bir cebri tasfiye usulüdür. İflâs açıldığı zaman müflisin haczi mümkün bütün malları ile masa oluşturularak, borçların ödenmesine tahsis edilir (İİK m. 184). Bu aşamada masaya dahil edilmiş bir mal üzerinde, üçüncü kişinin, mülkiyet hakkı veya herkese karşı ileri sürülebilen bir başka hakkı ihlal edilmiş olabilir. Üçüncü kişinin, söz konusu malın müflisin borçları için kullanılmasını engelleyebilmek amacıyla takip edeceği yol, istihkak iddiası prosedürü olacaktır. Hukukumuzda iflâsta istihkak iddiası, münhasıran İİK m. 228’de ve yalnızca üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı bakımından düzenlenmiştir. Ancak iflâsta istihkak iddiasının kapsamı daha geniş düşünülmelidir. Zira üçüncü kişinin mülkiyet hakkı haricinde herkese karşı ileri

* Arş. Gör. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: buluttekind@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4913-7118.

Makalenin Gönderim Tarihi : 28.08.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 04.11.2022.

Bu makale, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programında hazırlanan ve 27.06.2022 tarihinde savunulan “İflâsta İstihkak İddiası ve Çözüm Yolları” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

sürülebilen bir hakkının da istihkak iddiasına konu edilmesi mümkün olabileceği gibi, iflâs masasının da müflisin üçüncü kişide bulunan bir malı üzerinde istihkak iddiasında bulunması olasıdır. İstihkak iddiasının muhatabı tarafından reddedilmesi halinde, iddia sahibi bu ret kararına karşı istihkak iddiasını mahkemede dava açarak sürdürebilir. Bu dava süreci, istihkak iddiasında bulunan taraf ve istihkak iddiasına esas olan hakka göre değişiklik gösterecektir. Üçüncü kişi, masaya karşı ileri sürdüğü mülkiyet hakkının masa tarafından reddedilmesi kararına karşı iflâsta istihkak davası (İİK m. 228) ve mülkiyet hakkı haricinde kalan herkese karşı ileri sürülen bir başka hakka dayanan istihkak iddiasının reddedilmesi kararına karşı sıra cetveline itiraz davası (İİK m. 235) açabilecektir.

Anahtar Kelimeler: İflâsta istihkak iddiası, iflâs masası, iflâsta istihkak davası (İİK m. 228), sıra cetveline itiraz davası (İİK m. 235).

CLAIM OF REPLEVIN AGAINST BANKRUPT'S ESTATE AND EXAMINATION OF THE CLAIM OF REPLEVIN BY THE BANKRUPT'S ESTATE

ABSTRACT

Bankruptcy is a forced liquidation procedure carried out by the bankruptcy bodies on all assets of the bankrupt in order to collect the receivables of the creditors. When the bankruptcy is filed, all the assets of the bankruptcy that can be seized are allocated to the payment of the debts of the bankruptcy by forming the bankrupt's assets (Law No. 2004, art. 184). At this stage, a third party's property right or another right that can be asserted against everyone may be violated on a property that has been included in the bankrupt's assets. The way to be followed by the third party in order to prevent the use of this property for the debts of the bankrupt is the claim of replevin procedure. In our law, the claim of replevin in bankruptcy is exclusively regulated in Article 228 of Law No. 2004 and only in terms of property rights of third parties. However, the scope of the claim of replevin in bankruptcy should be considered more broadly. In case the claim of remuneration is rejected by the interlocutor, the claimant can continue his claim of replevin by filing a lawsuit against this refusal decision. This litigation process will vary according to the party claiming the replevin and the right that is the basis of the the claim of replevin. The third party may file a lawsuit for action of replevin in bankruptcy against the decision of the bankruptcy office to reject the property right claimed against the bankrupt's assets (Law No. 2004, art. 228) and he may file a lawsuit for action of against the

order table against the decision of the bankruptcy office to reject the any other right asserted against everyone except the right of property (Law No. 2004, art. 235).

Keywords: The claim of replevin, bankrupt's estate, action of replevin in bankruptcy (Law No. 2004, art. 228), action of against the order table (Law No. 2004, art. 235).

I. GİRİŞ

İflâs, alacaklıların alacaklarının tahsil edilmesi amacıyla kanunun öngördüğü usulde borçlunun tüm mal varlığı üzerinde iflâs organları tarafından gerçekleştirilen toplu (küllî) bir cebri tasfiye yoludur¹. Müflis, borçlarının ödenmesi bakımından haczi kabil tüm mal varlığıyla sorumludur ve bu mal varlığının idaresi, iflâs idaresine aittir. İflâs açıldığı zaman müflise ait haczi mümkün olan bütün mallar bir masa² oluşturur ve borçların ödenmesine tahsis edilir (İİK m. 184; İsv. İİK m. 197). Bazen üçüncü kişiler, müflisin elinde bulunan ve masaya dahil edilmiş bir mal üzerinde birtakım haklarının bulunduğunu ileri sürebilirler. Üçüncü kişilerin, masada bulunan bir mal üzerinde bazı haklarının olduğunun ileri sürülmesi, masaya yönelik istihkak iddiasında bulunmasıdır. Üçüncü kişinin masadaki bir mal üzerinde istihkak iddiasında bulunması halinde, iflâs masası, bu istihkak iddiasını incelemek ve bir karar vermek zorundadır. İstihkak iddiası kesin olarak sonuçlanmadan o malın alacaklılara paylaşılması mümkün olmayacaktır.

Masaya yönelik istihkak iddiasında bulunma hakkı üçüncü kişidedir. Müflisin veya alacaklıların masaya karşı istihkak iddiasında bulunmaları mümkün değildir. Üçüncü kişi, masada bulunan bir mal

¹ Pekcanitez vd., 2021: 363; Üstündağ, 2009: 5; Postacıoğlu, 1978: 5-8; Kuru ve Aydın, 2021: 370-371; Arslan vd., 2021: 460; Atalı vd., 2021: 499, Kuru, 2013: 1083; Yılmaz, 2016: 850; Belgesay, 1954: 325; Ansay, 1960: 198; Olgaç, 1978: 1309. İflâs sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rüzgaresen, 2011: 29 vd.

² “İflâs masası, müflisin iflâs kararının verildiği anda nerede ve kimin elinde bulunursa bulunsun kanunen özel bir malvarlığı haline gelerek iflâs alacaklılarının ödenmesine tahsis olunan ve hak objesi niteliğinde olan haczedilebilen tüm malvarlığı unsurları ile iflâsın kapanmasına kadar uhdesine geçen malvarlığı unsurlarının oluşturduğu bütündür.” (Taş Korkmaz, 2010: 39).

üzerinde mülkiyet hakkına dayanarak istihkak iddiasında bulunabileceği gibi mülkiyet hakkı haricindeki başka bir hak için de (sınırlı aynî haklar veya tapu siciline şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş nispî haklar) istihkak iddiasında bulunabilir. Bu hak iddialarının tümü iflâs dairesi tarafından müflisin mallarının tutulduğu deftere şerh verilerek kaydedilir (İİK m. 208/1, 212). Masaya yönelik istihkak iddiasını değerlendirme ve bu iddiaya ilişkin bir karar verme yetkisi kural olarak iflâs idaresindedir (İİK m. 228/1). Deftere kayıt veya inceleme bakımından mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiası ile diğer haklara dayanan istihkak iddiası arasında herhangi bir usulî fark yoktur; ancak istihkak iddialarının reddi kararı üzerine bu iddianın davaya taşınması halinde bir fark ortaya çıkacaktır.

İflâs idaresi mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiasını inceleyip sonucunda bu iddianın reddine karar verirse, bu kararla birlikte süresi içinde iflâsta istihkak davası açabileceğini üçüncü kişiye tebliğ eder. Bu tebliğ üzerine üçüncü kişi, istihkak iddiasının reddi kararına karşı iflâsta istihkak davası açabilir (İİK m. 228/2). İsviçre hukukunda iflâsta istihkak iddiası ve istihkak davası, masadan çıkarma hakkı (İİK m. 242/1, 2) ve masaya dahil etme hakkı (İsv. İİK m. 242/3) olarak ikili ayrıma tabi tutularak düzenlenmiştir.

İflâs idaresi mülkiyet hakkı haricindeki bir hakka dayanan istihkak iddiasını inceleyip³ bununla ilgili kararını ise hazırlayacağı sıra cetvelinde gösterir (İİK m. 232-234) ve bundan istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişiyi ilan yoluyla haberdar eder (İİK m. 234/2). Üçüncü kişi, mülkiyet hakkı haricindeki diğer hakkına dayanan istihkak iddiasının sıra cetvelinde gösterilmemesi halinde, süresi içinde bu kez sıra cetveline itiraz davası (İİK m. 235) açarak iddiasını sürdürebilecektir. Mehzanunda sıra cetveline itiraz davası İsv. İİK m. 250'de düzenlenmiştir.

³ İcra hukukundaki sıra cetveli, icra dairesinin, takip alacaklısının maddi hukuk anlamında alacaklı olmadığını gerekçe göstererek reddetmesini gerektirmez. İcra dairesi, iflas hukukundaki sıra cetvelinden farklı olarak, sadece şekli bir inceleme yapmaktadır (Meriç, 2015: 174). İcra hukukunda sıra cetveliyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Meriç, 2015: 101 vd.

II. İSTİHKAK İDDİASININ İLERİ SÜRÜLME USULÜ

İflâs masasına yönelik olarak ileri sürülecek istihkak iddiasının konusuyla ilgili kanunumuzda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte bunu sınırlayan herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Doktrinde de masaya karşı ileri sürülecek istihkak iddiasının konusuna hangi hakların dahil edileceğine ilişkin genel bir değerlendirme yapılmamış fakat istihkak iddiasının masa tarafından reddi halinde bu karara karşı açılacak davaların konusu açıklanırken dolaylı bir kabul yapılmıştır. Üçüncü kişinin istihkak iddiasının masa tarafından reddedilmesi sonucunda iflâsta istihkak davası (İİK m. 228) veya sıra cetveline itiraz davası (İİK m. 235) açılacağı düzenlenmiştir⁴. İflâsta istihkak davası, mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiasının masa tarafından reddi halinde açılacak bir dava iken, mülkiyet hakkı haricindeki bir hakka ilişkin istihkak iddiasının sıra cetvelinde bu şekilde kayıt düşülerek gösterilmemiş olması sıra cetveline itiraz davasının⁵ konusunu oluşturacaktır. Doktrinde de, mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiasının masa tarafından reddine karşı iflâsta istihkak davasının; mülkiyet hakkı haricinde kalan sınırlı aynî haklar ve tapu siciline şerh

⁴ “İflâs masasına yalnız borçluya ait mal ve haklar girer. Başkasının bir malı müflisin elinde ise, üçüncü kişi bu malı masadan geri isteyebilir ki, buna masadan çıkarma hakkı denir. İflâs masası bu malı üçüncü kişiye vermezse bu takdirde üçüncü kişi masaya karşı istihkak davası açabilir. (İİK.228) iflâsta istihkak davasına ilişkin 228. madde, sadece malın masanın elinde bulunması halini düzenlemiştir, malın üçüncü kişinin elinde bulunması halini düzenlememiştir. Hacizde istihkak davasının konusunu mülkiyet ve mülkiyet dışındaki aynî haklar oluşturabilmesine karşın, iflâsta sadece mülkiyet hakkı istihkak iddiasına konu olabilir, mülkiyet dışındaki aynî haklara ilişkin istihkak iddiaları İİK. nun 235. maddesi uyarınca sıra cetveline itiraz davası olarak ileri sürülebilir. Somut olayda, tarafları tacir olup, nispi ticari dava olarak ticaret mahkemesine açılan mülkiyetin tespit ve teslimi davası, davalı şirketin iflâsı üzerine masadan çıkarma davasına dönüşmüştür.” (Yargıtay 23. HD., 05.10.2015 T., 2014/8309 E., 2015/6268 K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 17.10.2021).

⁵ İİK m. 235'e göre iki tür sıra cetveline itiraz davası vardır. Bunlar iflas idaresine karşı açılan sıra cetveline itiraz davası ve alacaklılara karşı açılan sıra cetveline itiraz davasıdır (Arslanpınar Tat, 2021: 129, 130). Biz bu çalışmada iflas idaresine karşı açılan sıra cetveline itiraz davasını konu edinmekteyiz. Sıra cetveline itiraz davasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Arslanpınar Tat, 2021: 127 vd.

verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş nispî haklara dayanan istihkak iddiasının masa tarafından reddedilmesi halinde ise sıra cetveline itiraz davasının açılabilmesi kabul edilmektedir⁶. Buradan hareketle doktrinde masaya karşı ileri sürülebilecek istihkak iddiasının konusunun; mülkiyet hakkı, sınırlı aynî haklar ve tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş nispî haklardan oluştuğu sonucuna ulaşılabilir. Zira istihkak sözlük anlamı olarak “hakkı olma”yı karşılar ve bir mal üzerinde hakkın olması, bu hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesini gerektirir. Gerçekten de mülkiyet hakkı, sınırlı aynî haklar ve tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş nispî haklar, herkese karşı ileri sürülebilen hukuken korunmuş haklardır. Dolayısıyla masaya karşı ileri sürülecek istihkak iddiasının konusunun mülkiyet hakkı, sınırlı aynî haklar ve tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş nispî haklardan oluştuğunu düşünmekteyiz.

Üçüncü kişi masaya karşı yönelteceği istihkak iddiasını ne zaman ileri sürülebilir? Bu sorunun cevabı için öncelikle kanunda açıklanmış iflâs sürecini ortaya koymak gerekir. Müflisin malları iflâsın açılmasıyla masa oluşturur ve iflâsın kapanmasına kadar müflisin varlığına geçen mallar masaya dahil edilir (İİK m. 184; İsv. İİK m. 197). Müflisin iflâs açıldıktan sonra masaya ait olan mallar üzerindeki her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüz olur (İİK m. 191/1). Bu andan itibaren müflis, malları nerede olursa olsun onların üzerindeki tasarruf yetkisini⁷ kaybeder. İflâsın açıldığından kendisine tebliğ edilmesinden sonra iflâs dairesi müflisin mallarının defterini tutmaya başlar ve masa mallarının korunması için gerekli tedbirleri alır (İİK m. 208/1). İflâs dairesi, üçüncü kişilerin mülkü olarak gösterilen veya üçüncü kişiler tarafından mülkiyet

⁶ Kuru, 2013: 1311; Kuru, 1997: 3193; Kuru ve Aydın, 2021: 455, 462; Atalı vd., 2021: 594; Yılmaz, 2016: 1053; Arslan vd., 2021: 533; Pekcanitez vd., 2021: 458, 463; Üstündağ, 2009: 157-158; Ansay, 1960: 283, 285.

⁷ “İflâsın açılmasıyla, müflisin masaya giren malvarlığı üzerinde tasarruf işlemlerinde bulunma yetkisi yasaklanmakta ya da kısıtlanmakta; bu yolla, alacaklıların eşit işleme tabi tutularak, alacaklarına ulaşmaları sağlanmaktadır. Bu yapılırken de, iflâsın açılması, müflisin, toplum içinde varlığını bir birey olarak sürdürme seçeneklerini tümüyle ortadan kaldırmamalıdır. Müflisin tasarruf yetkisine sahip olmaması, onun hak (TM K m .8) ve fiil ehliyetine de (TM K m .9) sahip olmaması sonucunu doğurmaz. Kısaca, iflâsın açılması, müflis bakımından bir “ehliyetsizlik” durumu değil “yetkisizlik” durumu yaratır.” (Başözen, 2005: 2-3).

iddia edilen mallar varsa, malları bu deftere şerh vererek kaydeder (İİK m. 212). Bu iddiaları deftere kaydedip kaydetmeme konusunda iflâs dairesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır⁸. İflâs kararının kendisine tebliğinden itibaren iflâs dairesi, en geç iki ay içinde tasfiyenin hangi usulle (adî veya basit) yapılacağına karar verir (İİK m. 208/3). Tasfiyenin adî usulle yapılacağına karar verildikten sonra, en geç on gün içinde keyfiyeti İİK m. 166/2'deki⁹ usule göre ilan eder (İİK m. 219). İlanda, alacaklılar ve istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişilere, alacaklarını ve istihkak iddialarını ilandan itibaren bir ay içinde (çok uzak yerlerde ve yabancı ülkelerde ikamet edenler için bu süre uzatılabilir) delilleriyle birlikte kaydettirmeleri gerektiği yazılır (İİK m. 219/2-2; İİK Yön.¹⁰ m. 58; İsv. İİK m. 232/2). Buna göre üçüncü kişi, kural olarak tasfiyenin adî usulle yapılacağına ilişkin keyfiyetin ilanından itibaren en geç bir ay içinde masaya karşı istihkak iddiasında bulunmalıdır. Ancak bu süre hak düşürücü süre değildir. Çünkü İİK m. 236'da kanun koyucu, vaktinde deftere kaydedilmeyen alacakların iflâsın kapanmasına kadar kabul edileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla masaya karşı istihkak iddiasında bulunulması, iflâsın kapanmasına kadar mümkün olacaktır¹¹. Yargıtay da bu görüştedir¹². O halde buradaki süre, hızlandırma amacı

⁸ KOV m. 45/1; Vock ve Müller, 2012: 258.

⁹ “Daire, kararı kendiliğinden ve derhal tapuya, ticaret sicil memurluğuna, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliğine, mahalli ticaret odalarına, sanayi odalarına, taşınır kıymet borsalarına, Sermaye Piyasası Kuruluna ve diğer لازم gelenlere bildirir. Daire, ayrıca kararı, karar tarihinde, tirajı ellibinin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biri ile birlikte iflâs edenin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki bir gazetede ve Ticaret Sicili Gazetesinde ilan eder. Tirajı ellibinin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetenin yayınlandığı yer aynı zamanda muamele merkezi ise mahalli gazetede ilan yapılmaz.” (İİK m. 166/2).

¹⁰ İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği, R.G. Tarih: 11.04.2005, S. 25783.

¹¹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 23, s. 1385; Kuru, 1997: 3192; Berkin, 1970: 339; Üstündağ, 2009: 163.

¹² “Dava, üçüncü kişinin açtığı “istihkak” davası niteliğindedir. İflâsta istihkak iddiası, iddiaya konu malın satışından elde edilen bedelin paylaşılması sonuçlanıncaya kadar ileri sürülebilir.” (Yargıtay 17. HD., 06.02.2012 T., 2011/12011 E., 2012/1118 K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 17.10.2021).

güden bir süreden öte bir anlam taşımayacaktır. Zira kanun koyucu burada herhangi bir müeyyide öngörmemiştir. Ancak ilandan sonraki bir ay içinde istihkak iddiasında bulunulmaması halinde istihkak iddiasına konu olabilecek malın paraya çevrilmiş olma ihtimalinde istihkak iddiası malın masaya giren bedeli için ileri sürülebilecektir¹³. Bu durumda istihkak davası üçüncü kişinin lehine sonuçlanırsa bu satış bedeli, adî bir borç gibi değil diğer borçlara tercihen, masa borçlarından da önce ödenmelidir¹⁴. Buna karşılık malın satışından elde edilen para paylaştırılmışsa bu durumda istihkak iddiasının ileri sürülmesinde hukuken herhangi bir yarar kalmayacaktır¹⁵. İflâs kapanıncaya kadar istihkak iddiasında bulunmamış üçüncü kişinin, iflâsın kapandıktan sonra müflise karşı sebepsiz zenginleşme davası (TBK m. 82) açabileceğini düşünmekteyiz¹⁶.

İstihkak iddiası, masada bulunan müflisin malları üzerindeki bir hakka dayanır¹⁷. Daha önce belirtildiği gibi iflâs açıldığı zaman müflisin haczi mümkün malları masa oluşturur ve iflâs kapanıncaya kadar müflisin uhdesine geçen mallar masaya dahil edilir (İİK m. 184/1). Müflisin haczi mümkün olmayan malları masaya dahil edilemez; dolayısıyla haczi mümkün olmayan mallar üzerinde istihkak iddiasında bulunulamayacaktır¹⁸.

İstihkak iddiasının ileri sürülmesinde kanunda öngörölmüş belli bir şekil şartı bulunmamaktadır. Dolayısıyla istihkak iddiasının yazılı ya da sözlü şekilde yapılabilmesi mümkündür. Ancak şunu belirtmek isteriz

¹³ Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 19, s. 1384; Blumenstein, 755; Üstündağ, 2009: 161; Altay, 2004: 1369; Arslan vd., 2021: 533; Görgün, 1977: 71-72.

¹⁴ Kuru, 1997: 3192, dn. 7; Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 19, s. 1384; Berkin, 1970: 339; Üstündağ, 2009: 161.

¹⁵ Yılmaz, 2016: 1054.

¹⁶ Aynı yöndeki görüş için bkz. Görgün, 1977: 103-104.

¹⁷ Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 28, s. 2093.

¹⁸ Benzer şekilde istihkak iddiasında bulunulan malın misli mal (birbirine benzeyen, birbirinin yerine geçebilen) değil, ferden muayyen mal olmalıdır; misli malın birleşmesi veya karışması halinde TMK m. 776 gereğince malın esaslı kısmına sahip olanın istihkak iddiası kabul edilmelidir (Berkin, 1970: 338).

ki hangi şekilde yapılırsa yapılsın istihkak iddiası ileri sürülürken istihkak iddiasını ileri süren üçüncü kişinin kimlik ve adres bilgilerinin, istihkak iddiasına konu masadaki malın ve istihkak iddiasının dayandığı hakkın açıkça belirtilmesi gerekir. Zira masada bulunmayan bir mal üzerinde istihkak iddiası ileri sürülemeyeceği gibi, daha önce vurgulandığı üzere, istihkak iddiasının masa tarafından reddedilmesi halinde açılacak dava da değişiklik gösterecektir.

A. Mülkiyet İddiasının İleri Sürülmesinde Usul

Masaya karşı yöneltilecek istihkak iddiasının konularından biri mülkiyet hakkı olabilir. Üçüncü kişi, müflisin masaya dahil edilmiş malı üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğunu ve bu malın masadan çıkarılarak kendisine verilmesini masadan talep edebilir. Yukarıda açıklandığı üzere, üçüncü kişi mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiasını; iflâsın açıldığı sırada iflâs dairesi tarafından müflisin mallarının tutulduğu deftere kaydedilmesi sırasında (İİK m. 212), tasfiyenin adı usulle yapılacağına ilişkin keyfiyetin ilanından itibaren bir ay içinde (İİK m. 219/2-2) veya iflâsın kapanmasına kadar (İİK m. 236) ileri sürebilecektir. Üçüncü kişinin ileri sürdüğü istihkak iddiasına karşı masa, ilgili mal üzerine şerh koyup ardından inceleme yaparak karar vermek zorundadır. Bu konuda masanın herhangi bir takdir yetkisi de söz konusu değildir.

İstihkak iddiasını inceleme ve karar verme yetkisi kural olarak iflâs idaresindedir (İİK m. 228/1). Ancak iflâs idaresinin üçüncü kişinin istihkak iddialarıyla ilgili vermiş olduğu karar kesin karar olmayacaktır. Nitekim ikinci alacaklılar toplantısı masa menfaatlerine uygun olan tüm hususlarda gerekli kararları verebilir (İİK m. 238/2)¹⁹. İflâs idaresi ikinci alacaklılar toplantısı kararıyla bağlı olacaktır²⁰. Dolayısıyla istihkak iddialarıyla ilgili nihai karar verme yetkisi ikinci alacaklılar toplantısında

¹⁹ Bkz. Zimmermann, 1959: 137; Egli, 1942: 41; Fiori, 1904: 38; Hänzi, 1979: 58.

²⁰ Zimmermann, 1959: 137. İflâs idaresinin ikinci alacaklılar toplantısının yetkileri çerçevesinde vermiş olduğu kararlara uymazsa veya bunu kötüye kullanırsa alacaklıların şikayet yoluna başvurmaları mümkündür (Küderli, 1963: 13).

olacaktır²¹. İflâs idaresi, üçüncü kişinin masadaki mal üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak ileri sürdüğü istihkak iddiasını inceleyip karar verdikten sonra bu ret kararını ve üçüncü kişinin bu iddiasını sürdürmek için tebliğden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesinde istihkak davası açabileceğini belirten bir tefhim ve tebliğ yapar (İİK m. 228/2). İflâs idaresi, üçüncü kişinin masada bulunan mal üzerindeki mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiasıyla ilgili verdiği kararı üçüncü kişiye ne zaman tebliğ edecektir? İflâs idaresinin masaya karşı mülkiyet hakkına dayanarak ileri sürülen istihkak iddiasıyla ilgili verdiği kararı ne zaman tebliğ edeceğine ilişkin olarak kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde iflâs idaresinin istihkak iddiasının reddi hususundaki kararını verdiği sırada henüz ikinci alacaklılar toplantısı yapılmamış ise ret kararının üçüncü kişiye tebliğ edilmeyip ikinci alacaklılar toplantısının bu hususta vereceği kararı beklemesinin doğru olacağı kabul edilmektedir²². Yine iflâs idaresinin istihkak iddiasını kabul etmesi halinde de malı hemen istihkak iddiasında bulunan kişiye teslim etmemeli ve kararı doğru bulmayarak değiştirebilme yetkisi bulunan ikinci alacaklılar toplantısına kadar malı elinde tutmalıdır²³. İflâs idaresinin üçüncü kişinin istihkak iddiasıyla ilgili vermiş olduğu kararı, ikinci alacaklılar toplantısından²⁴ sonra tebliğ etmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. İflâs idaresinin istihkak iddiasıyla ilgili vermiş olduğu kararı ikinci alacaklılar toplantısından sonra tebliğ etmesi iki açıdan yararlı olacaktır. İkinci alacaklılar toplantısı, masa menfaati için zorunlu gördüğü konularda gerekli kararları verme yetkisine sahiptir (İİK m. 238/2). İflâs idaresi, tasfiye süreci ve alacaklıların durumuyla ilgili ikinci alacaklılar toplantısına bir rapor verir (İİK m. 238/1). İkinci alacaklılar toplanması, iflâs idaresinin istihkak iddiasıyla ilgili vermiş olduğu kararı, masa menfaati için zorunlu görürse değiştirebilme yetkisine sahiptir. Örneğin iflâs idaresi istihkak iddiasıyla ilgili verilmiş ret kararını, ikinci alacaklılar toplantısını beklemeden tebliğ edebilir. Ancak üçüncü kişi, yedi günlük hak düşürücü sürede iflâsta istihkak davası açarsa ve ikinci alacaklılar toplantısı da iflâs idaresinin verdiği ret kararını masa menfaatleri için zorunlu görüp değiştirerek istihkak iddiasının kabul

²¹ Görgün, 1977: 90; Erdönmez, 2005: 88; Deliduman, 2002: 101.

²² Görgün, 1977: 85; Kuru, 1997: 3196.

²³ Kuru, 1997: 3194-3195; Kuru, 2013: 1312.

²⁴ İkinci alacaklılar toplantısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, 2005: 63 vd., Deliduman, 2002: 72 vd.

edilmesi yönünde bir karar verirse, bu durumda istihkak iddiası kabul edilmiş olacağından masa yargılama masraflarına katlanmak zorunda kalacaktır. İflâs idaresinin istihkak iddiasıyla ilgili verdiği kararı, ikinci alacaklılar toplantısından sonra tebliğ etmesi lüzumuna ilişkin görüşün ikinci gerekçesi, takip yetkisini devralmak isteyen alacaklıların durumu sebebiyle ortaya çıkar. İİK m. 245'e göre, masa tarafından sonuçlandırılmasında lüzum görülmeyen bir iddia, bu iddiayı takip yetkisinin kendisine devrolunmasını isteyen alacaklıya devrolunur²⁵. Dava takip yetkisinin kendisine devrolunmasını isteyen alacaklının bu talebinin masa tarafından reddedilmesi mümkün değildir. Örneğin, iflâs idaresi istihkak iddiasını kabul kararı verip bunu ikinci alacaklılar toplantısını beklemeden tebliğ ederek ve malı masadan çıkararak üçüncü kişiye teslim edebilir. Ancak sonrasında alacaklılardan biri istihkak iddiasına ilişkin dava takip yetkisinin kendisine devrolunmasını talep ederse, bu durumda mal üçüncü kişinin elinde bulunacağı için takip yetkisini devralmış alacaklı artık iflâsta istihkak davası (İİK m. 228) kapsamında davayı takip edemeyecektir²⁶. Zira iflâs idaresinin istihkak iddiasının kabulü yönündeki kanaatine rağmen ikinci alacaklılar toplantısında dava takip yetkisinin bir alacaklı tarafından devralınması istenirse bu durumda dava takip yetkisi ona devredilecektir. Bunun üzerine iflâs idaresi, yine istihkak iddiasının reddine karar verecek ve yapacağı tebliğde üçüncü kişinin, dava takip yetkisini devralmış alacaklıya karşı bir istihkak davası açabileceğini belirtilecektir. Üçüncü kişi bu tebliğ üzerine iflâsta istihkak davası açarsa davalı olarak dava takip yetkisini devralmış alacaklıyı gösterecektir²⁷. Ancak bu durumda dava takip yetkisini devralmış alacaklının, üçüncü kişiden malı tekrar alabilmek için artık bir istihkak davası (TMK m. 683) açarak davayı kazanması gerekecektir. Benzer şekilde, İsviçre hukukunda da bu konuda

²⁵ Dava takip yetkisinin iflâs alacaklısına devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes vd., 2021: 110 vd.

²⁶ Aynı yöndeki görüş için bkz. Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 36, s. 2095; Vock ve Müller, 2012: 245; Lorandi, 2017: 91; Kuru, 1997: 3195.

²⁷ KOV m. 52; Vock ve Müller, 2012: 246; Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 36, s. 2095; Lorandi, 2017: 91. İkinci alacaklılar toplantısına kadar beklenmesi mümkün değilse, iflâs idaresi istihkak kararının verilmesi için gerekli görmesi halinde alacaklıları ayrıca toplantıya çağırabilir (İsv. İİK m. 255) (Basler Kommentar SchKG EB-Thomas Bauer, Art. 242, Kn. 35, s. 236).

açık bir hüküm bulunmamaktadır. İflâs idaresinin istihkak iddiasıyla ilgili verdiği kabul kararının; ikinci alacaklılar toplantısının aksine karar verip vermediği veya takip yetkisini talep eden alacaklıların olup olmadığını (İsv. İİK m. 260) belirlenmesine kadar, üçüncü kişiye tebliğ edilmemesi ve malın tesliminin yapılmaması gerektiğine ilişkin kaygılar hem teorik hem de uygulama açısından dikkate alınmıştır²⁸. Nitekim ikinci alacaklılar toplantısı iflâsın icrası için iflâs idaresinin kararını değiştirme yetkisine sahiptir (İsv. İİK m. 253/2) ve yine ikinci alacaklılar toplantısı istihkak iddiasını kabul etmişse, bu defa da her bir alacaklının alacağı takip etme yetkisinin kendisine devredilmesini talep hakkı doğacaktır (İsv. İİK m. 260/1). İsviçre doktrini de bu görüştedir²⁹. Netice itibariyle ikinci alacaklılar toplantısının yetkisi ve dava takip yetkisi devrolunmuş alacaklının durumunu gözeterek iflâs idaresinin istihkak kararının tebliğini, ikinci alacaklılar toplantısından sonra yapması isabetli olacaktır³⁰. Şüphesiz her halükarda istihkak iddiasıyla ilgili karar verme ve bununla ilgili davaları yürütme yetkisi, ikinci alacaklılar toplantısında değil, iflâs idaresindedir³¹.

Şunu ilave etmek gerekir ki birtakım şartların varlığı halinde, iflâs idaresinin istihkak iddiasına konu malın üçüncü kişiye teslimine bağımsız olarak karar vermesi mümkün olacaktır³². İsviçre hukukunda iflâs idaresinin; istihkak iddiasının ispatlanmış olarak kabul edilebilecek nitelikte olması veya istihkak iddiasına konu malın derhal tesliminin açıkça masanın menfaatine olacağına ortaya çıkması ya da istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişinin yeterli bir teminat vermesi halinde, ikinci alacaklılar toplantısının kararını beklemeye gerek olmaksızın malın

²⁸ KOV m. 47/1; Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 6, s. 1381.

²⁹ Lorandi, 2017: 91; Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 35, s. 2095; Kurzkomentar SchKG-Urs Bürgi, Art. 242, Kn. 10, s. 1063.

³⁰ Aynı yöndeki görüş için bkz. Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 35, s. 2095.; Kuru ve Aydın, 2021: 455; Kuru, 1997: 3194-3195; Kuru, 2013: 1312; Pekcanitez vd., 2021: 446; Görgün, 1977: 90; Yılmaz, 1976: 141; Ansay, 1960: 282-283.

³¹ Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 4, s. 2086; Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 1, s. 1380.

³² Aynı yönlü bkz. Görgün, 1977: 94; Erdönmez, 2005: 89.

teslimine karar verebileceği hükme bağlanmıştır³³. Gerçekten de istihkak iddiası açık bir şekilde ispatlanmışsa, malın teslimi masa menfaatleri için gerekliyse ve uygun bir teminat alınmışsa ikinci alacaklılar toplantısı masanın menfaatleri gereği iflâs idaresinin kararını değiştirmeyecektir. Dolayısıyla İsviçre hukukundaki bu düzenlemenin hukukumuz bakımından da uygulanması gerektiğinden hareketle iflâs idaresinin, malın üçüncü kişinin mülkü olduğu tapu sicili veya gemi sicili gibi resmî bir belgede açık bir şekilde gösterilmişse, malın hemen tesliminde masanın açık menfaati bulunuyorsa veya üçüncü kişiden yeterli bir teminat alınmışsa, malın teslimine bağımsız olarak karar verebileceğini düşünmekteyiz. Yukarıdaki şartlar oluşmasına rağmen iflâs idaresi malı teslim etmekten kaçınırsa, üçüncü kişi malın kendisine teslimi için iflâs idaresini denetlemekle yükümlü olan icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurabilmelidir³⁴. Gerçekten de iflâs idaresinin malın teslimi şartlarının oluşmasına rağmen malın teslimi için ikinci alacaklılar toplantısının yapılmasını beklemesi halinde, bu işlem üçüncü kişinin menfaatine uygun olmayacağı için icra mahkemesini harekete geçirme hakkını kabul etmek gerekecektir. Bu hakkın, iflâs idaresini gözetim yetkisine sahip olan icra mahkemesinde (İİK m. 227/2) ve iflâs idaresinin işlemine karşı olarak şikâyet yoluyla ileri sürülmesi yasanın amaç ve ruhuna uygun olacaktır.

1. Mülkiyet Hakkının İddia Edilmesi

Mülkiyete dayanan istihkak iddiası; üçüncü bir kişinin³⁵, müflisin masada bulunan bir taşınır malının veya tapuda müflis adına kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin kendisine ait olduğunu ve bunların masadan çıkarılarak kendisine verilmesi gerektiğini ileri sürmesidir³⁶. Yukarıda

³³ KOV m. 51, 47-50; Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 40, s. 2096; Kurzkommentar SchKG-Urs Bürgi, Art. 242, Kn. 11, s. 1063.

³⁴ Bkz. Erdönmez, 2005: 89-90.

³⁵ Buradaki iflâsta istihkak iddiasını ileri sürme hakkına sahip üçüncü kişi (alacaklı), iflâs alacaklısı değildir (Knauf ve Lissner, 2017, Kn. 839, s. 192). Aksine iflâs alacaklısı, açılacak iflâsta istihkak davasında iflâs masasının tarafında (İİK m. 238/2), hatta şartları oluşmuşsa (İİK m. 245) tek başına davalı olarak yer alacaktır.

³⁶ Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 12, s. 2089; Vock ve Müller, 2012: 244.

açıklandığı üzere, üçüncü kişi, mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiasını, müflisin malları deftere kaydedilirken tasfiyenin adı usulle yapılacağından ilanından itibaren bir ay içinde ve iflâs kapanıncaya kadar ileri sürebilir. Ancak her ne kadar istihkak iddiasının iflâsın kapanmasına kadar ileri sürülmesi mümkünse de malın paraya çevrilme ihtimali göz önüne alınarak bu iddianın ilandan sonraki bir ay içinde ileri sürülmesinde yarar bulunacaktır. İflâs idaresi, kural olarak üçüncü kişinin istihkak iddiasını inceleyip karar verdikten sonra, ikinci alacaklılar toplantısının yetkisini ve dava takip yetkisini devralmak isteyen alacaklıların durumunu gözeterek, ikinci alacaklılar toplantısının ardından nihai kararı üçüncü kişiye tebliğ etmelidir. Üçüncü kişinin mülkiyet iddiasına dayanan istihkak iddiası incelenir ve haklı görülürse istihkak iddiasının kabulüne karar verilir. Bu durumda istihkak iddiasına konu mal masadan çıkarılarak iddia sahibi üçüncü kişiye teslim edilir. Üçüncü kişinin mülkiyet iddiasına dayanan istihkak iddiası incelenir ve haksız görülürse bu istihkak iddiasının reddine karar verilir. İstihkak iddiasının reddi yönündeki kararın tebliğinde, ayrıca bu ret kararına karşı icra mahkemesinde kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde iflâsta istihkak davası açılabileceği belirtilir (İİK m. 228/2). Mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiasının iflâs idaresi tarafından reddedilmesine karşı üçüncü kişi, iflâsta istihkak davası açarak iddiasını sürdürebilir.

İflâsta istihkak iddiası bakımından müflis ile üçüncü kişilerin (iş ortağı, eş, çocuklar vb.) bir taşınır malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde, mal yine müflisin malı sayılacak (İİK m. 97/a kıyasen) ve üçüncü kişinin bu mallar üzerinde istihkak iddiasında bulunması mümkün olacaktır. Bu durumda üçüncü kişinin istihkak iddiası, iflâsta istihkak prosedürüne (İİK m. 228) tabi olacaktır³⁷. Benzer şekilde müflisin ferdi mülkiyetinde bulunan mal ile ilgili olarak üçüncü kişi, bu malda elbirliği malik olduğunu ileri sürerse, bu iddia da istihkak iddiası olarak incelenecektir³⁸. Buna karşılık, masa söz konusu malı mülkiyet değil de sınırlı bir aynî hakka dayanarak elinde bulunduruyorsa veya üçüncü şahıs

³⁷ Kuru, 2013: 1311; Pekcanitez vd., 2021: 446. *Üstündağ*'a göre, üçüncü kişi ile müflis bit malda müşterek mülkiyete sahipse, müşterek malik durumundaki üçüncü kişi, malın tümünün değil sadece müflisin hissesinin cebri icraya tabi olduğunu bu prosedür içinde ileriye sürebilecektir (Üstündağ, 2009: 161).

³⁸ Üstündağ, 2009: 161.

zilyet ya da müşterek zilyetse, bu takdirde iflâsta istihkak hükümleri uygulanmayacaktır³⁹.

İflâs idaresinin ret kararlarına karşı iflâsta istihkak davası açılması, sadece mülkiyet hakkına dayanan iddialar için kabul edilmiştir. Buna karşılık mülkiyet hakkı haricinde olup ve fakat herkese karşı ileri sürülebilen bir diğer hakka dayanan iddiaların reddedilmesi halinde üçüncü kişi, bu karara karşı iflâsta istihkak davası açamayacaktır. Mülkiyet hakkı haricindeki bir hakka dayanan istihkak iddiasının kabul veya ret kararı hazırlanan sıra cetvelinde gösterilecektir. Üçüncü kişinin sıra cetvelinde istihkak iddiasına konu mal üzerindeki hakkı şerh edilmemişse bu durumda sıra cetveline itiraz davası (İİK m. 235) açarak iddiasını sürdürebilecektir⁴⁰.

2. Bazı Mülkiyet Haklarının Özel Olarak İddia Edilmesi

Türk-İsviçre hukukunda mülkiyet hakkına dayalı istihkak iddialarının sonuçlandırılması için yukarıda öngörülen genel düzenlemenin yanında, masadan çıkarılabilecek belirli mal ve haklarla ilgili olarak özel düzenlemelere de yer verilmiştir⁴¹. Bu düzenlemeler, tahsil için emre ve hamiline yazılı senetler (İİK m. 188; İsv. İİK m. 201), başkasına ait malın satış bedeli (İİK m. 189; İsv. İİK m. 202) ve satıcının geri alma hakkı (İİK m. 190; İsv. İİK m. 203)'dır. Esas itibarıyla bu

³⁹ Berkin, 1970: 339.

⁴⁰ “Kural olarak; iflâstan sonra ne müflis, ne de iflâs masasına giren hak ve mallar için masa aleyhine dava açılmaz. Şayet, ilgililerin masadan bir hak iddiaları varsa hak ve alacaklarını masadan istemeleri gerekir. İstem reddedilirse sıra cetveline itiraz davası açılır. Mülkiyetten başka bir aynı hakka dayalı istihkak iddialarının sıra cetveline itiraz davası şeklinde değerlendirilmesi olanaklıdır ancak olayda mülkiyete dayanılmıştır. O yüzden yapılacak inceleme sonucu taraflar arasındaki ilişki duraksamasız açığa kavuşturulur ve davanın iflâs masasına giren mala karşı açılmış iflâsta istihkak davası olduğu anlaşılırsa ortaya görev sorunu çıkacağından ve iflâs da istihkak davasının malın değerine bakılmaksızın İcra Mahkemesi Hâkimliğinde görülmesi gerekeceğinden bu husus düşünülmelidir.” (Yargıtay 14. HD., 28.09.2006 T., 2006/8035 E., 2006/9959 K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 21.08.2021).

⁴¹ Pekcanitez vd., 2021: 420; Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 14-26, s. 2089-2093.

hükümlerde düzenlenen hususlar, iflâs hukukuna ilişkin istihkak iddialarıdır⁴². Bu özel düzenlemeleri ayrı ayrı ele alıp incelemek yararlı olacaktır.

a. İİK m. 188'e Göre Emre veya Hamiline Yazılı Senetlerin Geri İstenilmesi

Müflise sırf bedelini tahsil etmesi amacıyla veya tayin edilen ilerdeki bir ödemeye karşılık olmak üzere devredilmiş ve fakat iflâsın açıldığı anda henüz tahsil edilmemiş veya ödemesi gerçekleşmemiş bulunan hamiline veya emre yazılı bir senedi devretmiş olan kişi, bu senedin iflâs masasından çıkartılarak kendisine geri verilmesini isteyebilir (İİK m. 188; İsv. İİK m. 201)⁴³. Bu hükümlerle, borçluya bir borcun ödenmesi değil, senedin geri verilmesi amaçlanmıştır⁴⁴. Bu hakkın ön koşulu, devredilen veya ciro edilen senedin, iflâsın açıldığı zaman hala borçlunun tasarrufunda olmasıdır⁴⁵.

b. İİK m. 189'a Göre Kendisine Ait Malın Satış Bedelinin İadesinin İstenilmesi

Üçüncü bir kişi, satması için malını müflise vermiş ve müflis, bu malı satmış fakat iflâsın açılmasından önce satış bedelini henüz tahsil etmemiş ise mal sahibi üçüncü kişi, bu malın satışı için müflisin yaptığı giderleri ödeyerek malı satın almış olan alıcıdaki alacağın kendisine devredilmesini veya eğer alıcı satılan malın bedelini (iflâsın açılmasından sonra) iflâs masasına ödemişse, ödenen bedelin kendisine verilmesini masadan isteyebilir (İİK m. 189; İsv. İİK m. 202)⁴⁶.

⁴² Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 2015: 461.

⁴³ Bkz. Spühler ve Dolge, 2011: 79-80.

⁴⁴ Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 24, s. 2092.

⁴⁵ Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 24, s. 2092.

⁴⁶ Yılmaz, 2016: 985. Bkz. Spühler ve Dolge, 2011: 80. İsviçre doktrinine göre bu hüküm, taşınır ve taşınmaz mallar ile özellikle hamiline veya emre yazılı senetleri kapsamaktadır (Zimmermann, 1952: 103; Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 25, s. 2092).

Borçlu iflâstan önce üçüncü kişiye ait olan malı, onun doğrudan temsilcisi sıfatı ile satmış ise mal bedelinin alacaklısı esasen müflis değil, müflisin temsil ettiği kişi olacaktır⁴⁷. Bu durumda malın bedeli, temsil edilen üçüncü kişinin malvarlığında bulunduğu için iflâs masasına dahil edilemeyecek ve malın bedeli talep halinde üçüncü kişiye verilecektir⁴⁸. Ancak iflâs prosedürüne dahil edilmeden malın bedelinin ödenmesi için bu bedelin fiilen iflâs masasının elinde bulunması gerekecektir; aksi takdirde söz konusu mal bedeli iflâs masasına dahil edilmiş diğer varlıklardan ödenemeyecektir⁴⁹.

c. İİK m. 190/1'e Göre Satılan Malın İadesinin İstenilmesi

İflâsın açılması anından yani iflâs kararının verilmesinden önce müflise satılmış, başka yerden gönderilmiş (TBK m. 211, 226) fakat henüz müflisin eline geçmemiş malın satıcısı, iflâs masasına giren veya girecek olan malın kendisine geri verilmesini iflâs idaresinden isteyebilir⁵⁰. Ancak bunun için iflâs idaresinin satış bedelini satıcıya ödememiş olması gerekir. Eğer iflâs idaresi, borçlu müflis ile üçüncü kişinin yaptığı sözleşmeyi kabul ederek söz konusu satış bedelini satıcıya ödemişse mal masadan çıkarılamaz⁵¹. İflâs idaresinin hangi sözleşmeyi kabul edeceği tamamen kendi takdirindedir⁵². İdare, masanın menfaatlerini gözeterek her türlü sözleşmeyi kabul edebilir (İİK m. 226/1) ve idarenin bu konuda verdiği kararlara karşı şikâyet yoluna başvurulabilir (İİK m. 16/1)⁵³.

Bununla birlikte söz konusu mallar, müflis tarafından, iflâsın açılmasının ilanından önce, taşıma senedi (TTK m. 856 vd), konişmento (TTK m. 1228), makbuz senedi (TTK m. 834), varant (TTK m. 835) gibi malı temsil eden bir senetle, iyi niyet sahibi üçüncü bir kişiye satılmış

⁴⁷ Postacıoğlu, 1978: 137; BGE 70 III 83.

⁴⁸ Postacıoğlu, 1978: 137.

⁴⁹ Postacıoğlu, 1978: 137-138.

⁵⁰ Yılmaz, 2016: 986; Ansay, 1960: 283; Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 26, 2093.

⁵¹ Yılmaz, 2016: 986.

⁵² Yılmaz, 2016: 986.

⁵³ Yılmaz, 2016: 986.

veya rehnedilmiş olursa, satıcı bu malları geri alamaz (İİK m. 190/2; İsv. İİK m. 203)⁵⁴.

B. Diğer Hakların İleri Sürülmesinde Usul

Masada bulunan mal üzerinde üçüncü kişinin istihkak iddiası, mülkiyet hakkı dışında bir hak da olabilir. Üçüncü kişi, masada bulunan mal üzerinde mülkiyet hakkı haricinde ve fakat herkese karşı ileri sürülebilen bir diğer hakka dayanarak da istihkak iddiasında bulunabilir. Yukarıda izah edilen ve katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre, mülkiyet hakkı haricinde sınırlı aynî haklar ve tapu siciline şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş nispî haklara dayanarak da istihkak iddiasında bulunulabilir. Kanun koyucu, mülkiyet hakkı ile diğer haklara dayanan istihkak iddiası için farklı bir usul öngörmüştür. Üçüncü kişi, masada bulunan mal üzerinde mülkiyet hakkına dayanarak ileri sürdüğü istihkak iddiasının iflâs idaresi tarafından reddedilmesi kararına karşı iflâsta istihkak davası (İİK m. 228; İsv. İİK m. 242, 1, 2) açabilecekken; sınırlı aynî haklar veya tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş nispî haklara dayanan istihkak iddiasının iflâs idaresi tarafından reddedilmesi kararına karşı sıra cetveline itiraz davası (İİK m. 235; İsv. İİK m. 250) açabilecektir⁵⁵.

⁵⁴ Bkz. Spühler ve Dolge, 2011: 80.

⁵⁵ Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 11, s. 2089; Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 20, s. 1384; Vock ve Müller, 2012: 246, 259; Kuru, 2013: 1311; Üstündağ, 2009: 157; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 2015: 461; Kuru ve Aydın, 2021: 462-463; Pekcanitez vd., 2021: 447; Ansay, 1960: 285; Altay, 2004: 1276, 1368; Kuru, 1997: 3193; Arslan vd., 2021: 533; Atalı vd., 2021: 594. Bkz. "...mülkiyetten başka bir aynî hakka dayalı istihkak iddialarının İİK.nun 235. maddesine göre sıra cetveline itiraz davası şeklinde değerlendirilmesi olanaklıdır..." (Yargıtay 14. HD., 02.02.2006 T., 2005/10352 E., 2006/798 K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 21.08.2021). "Alacağı sıra cetveline kabul edilen bir alacaklı, yalnız alacağına verilen sıraya değil de; kendi alacağı hakkında verilen red ya da kısmen kabul kararının esasına ya da bir başka alacaklının alacağına itiraz ediyorsa, başvuracağı yol, sıra cetveline itiraz davası yoludur." (Yargıtay 19. HD., 27.4.1993 T., 1992/2589 E., 1993/3241 K., www.kazanci.com.tr,

Üçüncü kişi, masada bulunan mal üzerinde bir sınırlı aynî hakka veya tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş bir nispi hakka dayandığı istihkak iddiasını, mülkiyet hakkında olduğu gibi, müflisin mallarının tutulduğu deftere kayıt yapılma sırasında (İİK m. 212), tasfiyenin adı usulle yapılacağına ilişkin keyfiyetin ilanından itibaren bir ay içinde (İİK m. 219/2-2) veya iflâsın kapanmasına kadar (İİK m. 236) ileri sürebilecektir. Bu istihkak iddiasını inceleyerek karar verme yetkisi kural olarak iflâs idaresindedir. İflâs idaresi bu istihkak iddiasıyla ilgili kararını sıra cetvelinde gösterir. İflâs idaresi, alacak ve istihkak iddialarının kaydı için belirlediği bir aylık süre geçtikten sonra bu iddiaların yerinde olup olmadığını inceler (İİK m. 230)⁵⁶ ve seçilmesini izleyen iki ay içinde (zorunlu hallerde en fazla iki ay uzatılabilir) bir karar verir (İİK m. 232). Bu kararına uygun olarak İİK m. 206⁵⁷ ve

E. T.: 14.02.2022). Federal Mahkemenin bu yöndeki karar örnekleri için bkz. BGE 106 III 24; BGE 114 III 23.

⁵⁶ İflâs idaresinin bu yöndeki incelemesi, münhasır bir yetkidir; incelemenin yapılması için ikinci alacaklılar toplantısının beklenmesine veya kararına gerek bulunmamaktadır (Blumenstein, 1911: 770).

⁵⁷ “Alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinde rüçhan hakları vardır. Gümrük resmi ve akar vergisi gibi Devlet tekliflerinden muayyen eşya ve akardan alınması lazım gelen resim ve vergi, rehinli alacaklardan sonra gelir. Bir alacak birden ziyade rehinle temin edilmiş ise satış tutarı borca mahsup edilirken her rehinin idare ve satış masrafı ve bu rehinlerden bir kısmı ile temin edilmiş başka alacaklar da varsa bunlar nazara alınıp paylaştırmada lazım gelen tenasübe riayet edilir. Alacakları taşınmaz rehniyle temin edilmiş olan alacaklıların sırası ve bu teminatın faiz ve eklentisine şümulü Kanunu Medenin taşınmaz rehmine müteallik hükümlerine göre tayin olunur. Teminatlolu olup da rehinle karşılanmamış olan veya teminatsız bulunan alacaklar masa mallarının satış tutarından, aşağıdaki sıra ile verilmek üzere kaydolunur: Birinci sıra: A) İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları, B) İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları, C) İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları. İkinci sıra: Velâyet ve vesayet nedeniyle malları borçlunun idaresine bırakılan kimselerin bu ilişki nedeniyle doğmuş olan tüm

207⁵⁸de belirlenmiş usule göre sıra cetvelini düzenler ve iflâs dairesine bırakır (İİK m. 232). İflâs idaresi her bir alacak veya istihkak iddiasının var olup olmadığını, var ise ne oranda olduğunu; imtiyazlı bir alacak olup olmadığını imtiyazlıysa sırasının ne olduğunu tespit eder ve her alacak ve istihkak iddiası hakkında açık ve gerekçeli olarak kabul veya ret kararı vererek bunu sıra cetvelinde gösterir⁵⁹. Sıra cetveli ilan yoluyla duyurulur (İİK m. 234). İstihkak iddiasının kısmen veya tamamen reddedilmesi halinde bu durum üçüncü kişiye ayrıca bildirilir (İİK m. 234/2). Bir sınırlı aynî hakka veya tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş şahsi hakka dayanan istihkak iddiası kısmen veya tamamen reddedilen üçüncü kişinin bu durumda gidebileceği yol, sıra cetveline itiraz davası olacaktır (İİK m. 235; İsv. İİK m. 250).

III. İSTİHKAK İDDİASININ İNCELENMESİ

A. İstihkak İddiasını İnceleyecek Mercî

Türk-İsviçre hukukunda adî (olağan) tasfiye usulünde, masaya karşı yöneltilen istihkak iddiasını inceleyecek mercî iflâs idaresidir (İİK

alacakları; Ancak bu alacaklar, iflâs, vesayet veya velâyetin devam ettiği müddet yahut bunların bitmesini takip eden yıl içinde açılırsa imtiyazlı alacak olarak kabul olunur. Bir davanın veya takibin devam ettiği müddet hesaba katılmaz. Üçüncü sıra: Özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar. Dördüncü sıra: İmtiyazlı olmayan diğer bütün alacaklar. Bir ve ikinci sıradaki müddetlerin hesaplanmasında aşağıdaki süreler hesaba katılmaz: 1. İflâsın açılmasından önce mühlet de dahil olmak üzere geçirilen konkordato süresi. 2. İflâsın ertelenmesi süresi. 3. Alacak hakkında açılmış olan davanın devam ettiği süre. 4. Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesinde, ölüm tarihinden tasfiye kararı verilmesine kadar geçen süre. Gemilerin paraya çevrilmesi hâlinde yapılacak sıra cetveli, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler için Türk Ticaret Kanununun 1389 ilâ 1397 nci maddesi hükümlerine göre düzenlenir.” (İİK m. 206).

⁵⁸ “Her sıranın alacaklıları aralarında müsavi hakka maliktirler. Bir sıra evvelki alacaklılar alacaklarını tamamen almadıkça sonra gelen sıradakiler bir şey alamazlar.” (İİK m. 207).

⁵⁹ Pekcantez vd., 2021: 461-462.

m. 228/1; İsv. İİK m. 242/1, 2)⁶⁰. Ancak iflâs idaresi istihkak iddiası hakkında bir karar vermek istemezse, ikinci alacaklılar toplantısının kararını bekleyebilir veya sirkülerle karar alabilir ve bu durumda karar ikinci alacaklılar toplantısı tarafından verilmiş olur⁶¹. Daha önce belirtildiği gibi, iflâs idaresinin istihkak iddialarıyla ilgili vereceği karar kesin karar olmayacaktır; zira ikinci alacaklılar toplantısı masa menfaatleri için zorunlu göreceği tüm konularda karar alabilir (İİK m. 238/2). Dolayısıyla istihkak iddialarıyla ilgili nihai karar verme yetkisi ikinci alacaklılar toplantısında olacaktır⁶².

Kanun koyucu iflâs idaresinin oluşturulmasını ve görevlerini açıkça düzenlemiştir. İflâs idaresi, masanın kanuni temsilcisi olarak masanın menfaatlerini korumak ve tasfiyeyi yapmakla görevli ve tüzel kişiliği bulunmayan özel bir iflâs organıdır (İİK m. 226/1; İsv. İİK m. 240). İflâs idaresi birinci alacaklılar toplantısı⁶³ tarafından belirlenen adaylar içinden icra mahkemesi tarafından seçilerek oluşturulur (İİK m. 223/1). İflâs idaresi üyelerinin alacaklılardan oluşması şart değildir. Üçüncü kişiler de üye olarak seçilebilirler; ancak müflisin ve iflâs dairesi üyelerinin iflâs idaresine seçilmesi mümkün değildir (İİK m. 223, 226/1). İflâs idaresi üç kişiden oluşur ve kararlarını çoğunlukla alır (İİK m. 223/1, 3). İflâs idaresi üyeleri, kusurlarından kaynaklanan zararlardan sorumludurlar (İİK m. 227/3).

İflâs idaresi oluşturulduktan sonra iflâs dairesi, tasfiye işlemlerini iflâs idaresine havale eder (İİK m. 223/2). İflâs idaresi tasfiyeyi gerçekleştirirken masanın menfaatlerini gözetmelidir (İİK m. 226/1)⁶⁴.

⁶⁰ KOV m. 45; Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 1, s. 1380; Sprecher ve Jetzer, 1997: 49-50; Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 35, s. 2094; Pekcanitez vd., 2021: 446; Ansay, 1960: 284; Altay, 2004: 1301; Yılmaz, 1976: 140; Oğaç, 1978: 1670; Muşul, 2012: 637; Arslan vd., 2021: 534; Atalı vd., 2021: 594.

⁶¹ Erdönmez, 2005: 87.

⁶² Görgün, 1977: 90; Erdönmez, 2005: 88; Deliduman, 2002: 101.

⁶³ Birinci alacaklılar toplantısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, 2005: 53 vd., Deliduman, 2002: 55 vd.

⁶⁴ “8 inci maddenin bir ve ikinci fıkraları ve 9,11,16 ve 359 uncu maddelerin icra dairelerine ait hükümleri iflâs idaresi hakkında da uygulanır. (İİK m. 227/1). “İcra ve iflâs daireleri yaptıkları muamelelerle kendilerine vakı talep ve beyanlar hakkında bir tutanak yaparlar. Sözlü itirazlar ile talep ve

İflâs idaresi masanın idaresi ve tasfiyesi için gereken işlemleri yerine getirir⁶⁵. İflâs idaresi, tasfiyeye ilişkin olarak tutanak tutma (İİK m. 8; İsv. İİK m. 8), para işlemlerini yerine getirme (İİK m. 9; İsv. İİK m. 9), yazışmalar yapma (İİK m. 359) ve alacaklılara tasfiye süreci hakkında bilgi verme (İİK m. 227/1; İsv. İİK m. 241) işlemlerini yerine getirirken; masanın yönetimi için masanın aktiflerini elde etme [(istihkak iddialarıyla ilgili karar verme (İİK m. 228, İsv. İİK m. 242), masa alacaklarını tahsil etme ve acele satış yapma (İİK m. 229; İsv. İİK m. 243)] ve pasiflerini [(iflâs alacaklarını inceleme (İİK m. 230; İsv. İİK m.

beyanların altları ilgililer ve icra memuru veya yardımcısı veya katibi tarafından imzalanır. İcra ve iflâs dairelerince verilen kararlar gerekçeli olarak tutanaklara yazılır.” (İİK m. 8/1, 2). “İcra ve iflâs dairelerine yapılacak her türlü nakdî ödeme, Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülecek bankalarda icra ve iflâs dairesi adına açılan hesaba yapılır. Haciz sırasında, borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paralar, en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir. İcra ve iflâs dairelerince yapılması gereken her türlü nakdî ödeme, ilgisinin gösterdiği banka hesabına aktarılmak üzere, icra müdürü tarafından resen bankaya verilecek talimat gereği yapılır. Talimat, paranın icra ve iflâs dairesi hesabına yatırılmasını takip eden en geç üç iş günü sonuna kadar verilir. İcra ve iflâs daireleri aldıkları kıymetli evrak ve değerli şeyleri kasalarında, zorunlu hâllerde ise kiralanan banka kasalarında muhafaza ederler.” (İİK m. 9). “Tetkik vazifesini gören hâkimler ve icra ve iflâs memur ve müstahdemleri, dairelerince takip edilmekte olan bir alacak veya satılmakta bulunan bir şey hakkında kiminle olursa olsun kendileri veya başkaları hesaplarına bir akit yapamazlar. Yaparlarsa hükümsüzdür.” (İİK m. 11). “Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflâs dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir. Şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır. Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir.” (İİK m. 16). “İcra memurları yaptıkları muameleden dolayı her daire ve makam ile doğrudan doğruya muhabere edebilirler.” (İİK m. 359).

⁶⁵ Pekcantez vd., 2021: 446; Ansay, 1960: 284; Altay, 2004: 1301. Yılmaz’a göre iflâs idaresinin görev ve yetkilerinin amacı; masanın aktifine, masanın pasifine veya masanın aktifıyla pasifini karşılaştırmaya yöneliktir (Bkz. Yılmaz, 1976: 107-108).

244-245), sıra cetveli düzenleme (İİK m. 232; İsv. İİK m. 247)], ikinci alacaklılar toplantısını icrasına yönelik işlemleri yürütme (İİK m. 237-239; İsv. İİK m. 252-254), masa mallarını paraya çevirme (İİK m. 241-246; İsv. İİK m. 256-260) ve paraların dağıtılması (İİK m. 247; İsv. İİK m. 261) görevlerini yerine getirir⁶⁶. İflâs idaresi, iflâs dairesinin gözetimi altındadır (İİK m. 223/5). İflâs dairesi bu denetim görevini; alacaklılar toplantısının kararlarına, alacaklıların menfaatlerine uygun görmediği tedbirlere ve iflâs idaresi tarafından kabul edilen alacaklar ve istihkak iddialarının kabul edilmesine ilişkin olan kararlardan kanuna veya olaya uygun görmediği durumlarda yedi gün içinde icra mahkemesine başvurarak yerine getirir (İİK m. 223/6). İflâs dairesi, iflâs idaresinin istihkak iddialarının kabul kararını kanuna veya olaya uygun bulmazsa, bu karara karşı yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyette bulunabilir. İcra mahkemesi de iflâs idaresi üzerindeki gözetim yetkisine (İİK m. 227/2) dayanarak gerekli gördüğü takdirde iflâs idaresi üyelerinin görevine son verebilir, azil veya istifa halinde yeni üye seçebilir (İİK m. 227/2).

Adi tasfiye usulünde istihkak iddiasını incelemek ve karar vermek yetkisi kural olarak iflâs idaresindedir; ancak iflâs idaresinin seçilememesi de mümkündür. İflâs dairesi, iflâsın açılması kararının kendisine tebliğiyle birlikte masanın oluşturulmasını sağlamakla görevlidir (İİK m. 208 vd.). İflâs dairesi müflisin mallarının defterini tutar ve hemen ardından bu mallarla ilgili muhafaza tedbirlerini alır (İİK m. 208-217). İflâsın adı tasfiye usulünde yapılacağına karar verirse, bunu ilan eder (İİK m. 218-219). İlanda belirtilen yer ve zamanda, iflâs alacaklıları tarafından iflâs masasının idaresi ve tasfiyesiyle ilgili karar vermek ve iflâs idaresi adaylarını belirlemek üzere birinci alacaklılar toplantısı (İİK m. 221, 224, 225) yapılır. Birinci alacaklılar toplantısının yapılabilmesi için iflâs alacaklılarının veya temsilcilerinin “*malum alacakların en az dörtte birini temsil etmesi*” gerekir (İİK m. 221/2). Toplantıya katılanlar “*beş kişiden az ise bunların alacak tutarının yarısına sahip olmaları*” şarttır (İİK m. 221/2). Kararlar, alacak tutarı çoğunluğuna göre verilir (İİK m. 221/3). Birinci alacaklılar toplantısı, toplantı veya karar yeter sayısına ulaşamadığı için yapılamaz veya toplantıda karar yeter sayısına ulaşamazsa bu durum tutanakla tespit edilir. Bu durumda ikinci alacaklılar toplantısına kadar masanın idaresi ve

⁶⁶ Bkz. Yılmaz, 1976: 117-159; Oruç, 2019: 187-248.

tasfiyesi iflâs dairesi tarafından yerine getirilir (İİK m. 222). Birinci alacaklılar toplantısında iflâs idaresi seçilemezse, iflâs dairesi ikinci alacaklılar toplantısına kadar masayı idare edecek ve tasfiyeyi yürütecektir; dolayısıyla bu halde ikinci alacaklılar toplantısına kadar istihkak iddialarını incelemek ve karar vermek yetkisi kural olarak iflâs dairesinde olacaktır.

İstihkak iddialarını inceleyecek mercii ile ilgili göz önüne alınması gereken son konu basit tasfiye usulüdür. İflâs dairesi, müflisin mallarıyla ilgili tuttuğu defterden masa mallarının bedelinin adı tasfiye usulünün masraflarını karşılayamayacağına kanaat getirirse, tasfiyenin basit tasfiye usulüne göre yapılmasına karar verir ve bunu ilan eder (İİK m. 218/1)⁶⁷. Bununla birlikte tasfiyenin adı usulle yapılmasına başlanmış ancak iflâs açıldıktan sonraki altı ay içinde tasfiye bitirilmemişse alacaklılar yine basit tasfiye usulünün uygulanması yönünde karar verebilirler (İİK m. 256). Basit tasfiye usulünde, iflâs dairesi gerekli görmezse alacaklılar toplantısı yapılmaz ve iflâs idaresi oluşturulmaz (İİK m. 218/3). İflâs idaresinin görevlerini iflâs dairesi yerine getirir. Sıra cetveli ve pay cetvelinin hazırlanması ve paraların paylaşılması iflâs dairesi tarafından yapılır (İİK m. 218/3). Basit tasfiye usulünde iflâs idaresinin görevlerini iflâs dairesi yerine getirdiği için istihkak iddiaları iflâs dairesi tarafından sonuçlandırılacaktır. Dolayısıyla basit tasfiye usulünde, istihkak iddialarını kabul etmek, incelemek ve karara bağlamak görevi iflâs dairesindedir.

B. İstihkak İddiasının İncelenmesinin Kapsamı

Masaya karşı yöneltilen istihkak iddiasının amacı, esas itibariyle masada bulunan ve istihkak iddiasına konu olan mal üzerinde, üçüncü kişi tarafından ileri sürülen mülkiyet veya bir diğer hakkın bulunup bulunmadığının belirlenmesidir. Bu amaçla kural olarak iflâs idaresinin (veya belirli durumlarda iflâs dairesinin) istihkak iddiasını incelemesinin kapsamı, istihkak iddiasının ileri sürülmesi ve bu iddiaya konu maldan oluşacaktır. İstihkak iddiasına konu mal, masada bulunan ve haczi mümkün olan bir mal olmalıdır. Dolayısıyla istihkak iddiasının kapsamı

⁶⁷ Bu ilan sonrasında alacaklılardan birisi, masrafları peşin ödeyerek tasfiyenin adı usulle yapılmasını isterse, tasfiye adı usulle yapılır (İİK m. 218/2).

bir yönüyle, masadaki bir mal için ileri sürülüp sürülmediği, haczi mümkün olan bir mal üzerine yapılıp yapılmadığı, istihkak iddiasına konu malın masada bulunup bulunmadığı ve bunlarla ilgili işlemlerin yürütülüp yürütülmediği noktasındaki incelemeler olacaktır.

Bilindiği gibi iflâs, ticaret mahkemesinin iflâs kararı vermesiyle açılır (İİK m. 165/1). İflâs kararını veren ticaret mahkemesi bu kararını kendi yargı çevresindeki iflâs dairesine bildirir (İİK m. 166/1). İflâs dairesi iflâs kararının kesinleşmesini beklemeden kendiliğinden ve derhal bu kararı İİK m. 166/2'ye göre gerekli yerlere bildirir ve ilan eder⁶⁸. İflâs açıldığı zaman, müflisin haczi mümkün olan tüm malları nerede olurlarsa olsunlar bir masa oluşturur ve alacakların ödenmesine tahsis edilir (İİK m. 184/1). Eğer müflis, iflâs açıldığı anda elinde olan bir malı üçüncü kişiye, masadan mal kaçırmak için veya başka bir nedenle vermiş ise bu durumda söz konusu zilyetliğin devri işlemi masaya karşı hükümsüz olacak ve mal masanın elinde sayılacaktır⁶⁹. Üçüncü kişi, malı iflâstan sonra zorla eline geçirmiş olsa bile mal yine masanın elinde sayılacaktır⁷⁰. Müflisin bir malı üçüncü kişinin elinde bulunur ve üçüncü kişi malın müflise ait olduğunu kabul ederse, bu takdirde de mal masanın malı kabul edilecektir⁷¹. İflâs dairesi, müflisin mallarının neler olduğunu belirlemek için müflisin mallarının defterini tutar (İİK m. 208/1). Bu aşamada üçüncü kişi, müflisin masada bulunan bir malı üzerinde mülkiyet veya bir diğer hakkının bulunduğuna yönelik istihkak iddiasında bulunursa, iflâs dairesi bu malı ileri sürülen iddianın niteliğine göre şerh vererek kaydeder (İİK m. 212, 213) ve bunların muhafazasıyla ilgili gerekli tedbirleri alır (İİK m. 210). Bu aşamada iflâs dairesinin istihkak

⁶⁸ “Daire, kararı kendiliğinden ve derhal tapuya, ticaret sicil memurluğuna, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliğine, mahalli ticaret odalarına, sanayi odalarına, taşınır kıymet borsalarına, Sermaye Piyasası Kuruluna ve diğer lazım gelenlere bildirir. Daire, ayrıca kararı, karar tarihinde, tirajı ellibinin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biri ile birlikte iflâs edenin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki bir gazetede ve Ticaret Sicili Gazetesinde ilan eder. Tirajı ellibinin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetenin yayınlandığı yer aynı zamanda muamele merkezi ise mahalli gazetede ilan yapılmaz.” (İİK m. 166/2).

⁶⁹ Kuru, 1997: 3191-3192; Kuru, 2013: 1310.

⁷⁰ Kuru, 2013: 1310; Kuru, 1997: 3192.

⁷¹ Kuru, 1997: 3191.

iddialarının kaydıyla ilgili herhangi bir takdir yetkisi yoktur. İflâs dairesi üçüncü kişi tarafından ileri sürülen tüm istihkak iddialarını deftere kaydetmek zorundadır. İflâs dairesi, istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişinin kimlik ve adres bilgilerini, istihkak iddiasına konu malın mevcutlar (mevcudat) defterindeki numarasını, belge sunulmuşsa evrak (melfufat) listesindeki numarası ayrı bir yerde gösterecek şekilde deftere kaydedecektir (İİK Niz.⁷² m. 45/1). İflâs dairesi tutmuş olduğu defteri, doğruluğu veya eksikliği hakkında bir beyanda bulunması için müflise gösterir. Müflisin cevabını da defterin şerh kısmındaki aynı yere yazar ve ona imzalatır (İİK m. 215; İİK Niz. m. 45/2). İflâs iddialarıyla ilgili karar verme yetkisi kural olarak iflâs idaresindedir (İİK m. 228/2). Dolayısıyla iflâs dairesi kaydettiği bu istihkak iddiaları hakkında karar veremeyecektir. Ancak yukarıda tartışıldığı gibi, adî tasfiye usulünde iflâs idaresinin seçilememesi veya basit tasfiye usulünün uygulandığı hallerde istihkak iddiasıyla ilgili kararı verme görevinin iflâs dairesinde olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Yine ikinci alacaklılar toplantısının masanın menfaati için zorunlu görmesi halinde iflâs idaresinin istihkak iddiasıyla ilgili kararını değiştirebilme yetkisinin bulunduğu (İİK m. 238/2) unutulmamalıdır.

Daha önce açıklandığı üzere, müflisin yalnızca haczi mümkün olan malları masa oluşturur (İİK m. 184/1). Dolayısıyla iflâs dairesinin defter tutarken malların haczedilip haczedilemeyeceğine ilişkin kaydı, istihkak iddiası bakımından önemli olacaktır⁷³. İflâs dairesinin bir malın haczedilebilir veya haczedilemez mal olarak deftere kaydedilmesi işlemine karşı, müflis veya alacaklılar, bu durumu öğrendikleri tarihten itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine şikâyette bulunabilirler (İİK m. 16/1). İcra mahkemesi şikâyeti yerinde bulursa, istihkak iddiası bu verilen karara göre düzeltilmelidir (İİK m. 17/1). Haczedilemeyecek bir mal üzerindeki istihkak iddiası, iflâsta istihkak iddiası kapsamında incelenemeyecektir. Üçüncü kişinin müflisin haczi mümkün olmayan

⁷² İcra ve İflâs Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname, R.G. Tarih: 02.10.1932, S. 2215.

⁷³ Zira masada bulunan bir malın haczedilemez olduğu yönünde bir iddia ileri sürülmüşse, istihkak davasından önce haczedilebilirlik sorununun çözülmesi gerekecektir (Bkz. KOV m. 54/2; BGE 83 III 20; BGE 112 III 59; Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 22, s. 1384; Vock ve Müller, 2012: 252).

malları üzerindeki hak iddiaları, ancak istihkak davasına (TMK m. 683) konu edilebilir⁷⁴.

İflâs dairesi, iflâs kararının tebliğinden itibaren en geç iki ay içinde tasfiye usulüne karar vermeli (İİK m. 208/3) ve tasfiyenin adı usulle yapılacağına karar vermesi üzerine bunu karardan itibaren en geç on gün içinde ilan etmelidir (İİK m. 219/1). İlanda, üçüncü kişilerin varsa istihkak iddialarını ilandan itibaren bir ay içinde (uzak yerler veya yabancı ülkelerde ikamet eden alacaklılar için uzatılabilir) iddianın dayanağı olan belgeler veya örnekleriyle birlikte kaydettirmeleri gerektiği belirtilir (İİK m. 219/2-2; İİK Yön. m. 58/d). Birinci alacaklılar toplantısıyla iflâs idaresi seçilmişse, masanın kanuni temsilcisi olarak masa menfaatlerini gözetme ve tasfiyeyi yapma görevi iflâs idaresine verilir (İİK m. 223/2, 226). Aksi halde iflâs dairesi ikinci alacaklılar toplantısına kadar tasfiyeyi sürdürecektir (İİK m. 222). İflâs idaresi seçildikten sonra istihkak iddialarının incelenerek karara bağlanması, iflâs idaresi tarafından yerine getirilecektir. İflâs idaresi, üçüncü kişinin istihkak iddiasını, varsa sunmuş olduğu belgeleri ve müflisin bu istihkak iddiasıyla ilgili şerh edilmiş beyanını birlikte inceleyecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi üçüncü kişi, masada bulunan mallar üzerinde istihkak iddiasında bulunabilir. Diğer bir ifadeyle masada bulunmayan mallar üzerinde istihkak iddiası ileri sürülemez. Malın masada bulunup bulunmadığı hangi zamana göre belirlenecektir? Doktrindeki bir görüşe göre, bir malın müflisin elinde bulunup bulunmadığı iflâsın açıldığı ana göre belirlenir ve ancak iflâs açıldığı anda müflisin elinde bulunan mal masanın malıdır⁷⁵. İİK m. 184/1'e göre iflâs açıldığı zaman müflisin malları bir masa oluşturur ve iflâsın

⁷⁴ Görgün, 1977: 64.

⁷⁵ Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 11, s. 1382; Vock ve Müller, 2012: 244; Kuru, 1997: 3191-3192; Kuru, 2013: 1310; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 2015: 461; Altay, 2004: 1365-1366; BGE 85 III 143; BGE 131 III 595; BGE 122 III 436. Özellikle tapuya kayıtlı taşınmaz mallar bakımından iflâsın açıldığı zaman esas alınmalıdır (Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 33, s. 2094). Söz konusu taşınmaz mal, tapu sicilinde müflis adına kayıtlı ise, mal iflâs masasının elindedir ve bu durumda iflâs idaresi taşınmaz üzerinde İİK m. 228'e göre istihkak prosedürünü uygulayacaktır (Kuru, 2013: 1311; Kuru, 1997: 3192; Kuru ve Aydın, 2021: 455; Üstündağ, 2009: 159).

kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar masaya girer. Dolayısıyla iflâsın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar, kanunun açık hükmü gereği masanın malı kabul edilir⁷⁶. Bununla birlikte yukarıda tartışıldığı gibi üçüncü kişinin masaya yönelteceği istihkak iddiası, iflâsın açıldığı sırada iflâs dairesi tarafından müflisin mallarının tutulduğu deftere kayıt yapılması sırasında (İİK m. 212), tasfiyenin adı usulle yapılacağına ilişkin keyfiyetin ilanından itibaren bir ay içinde (İİK m. 219/2) veya İİK m. 236'ya göre iflâsın kapanmasına kadar ileri sürülebilir. Bu durumda üçüncü kişi de istihkak iddiasını iflâs kapanıncaya kadar ileri sürebilecektir. Buradan hareketle, kanaatimizce istihkak iddiasına konu malın masada bulunup bulunmadığının tespiti, üçüncü kişinin istihkak iddiasını ileri sürüldüğü ana göre belirlenmelidir. Zira iflâsın açılma anında masada bulunmayan bir malın sonradan iflâs kapanıncaya kadar masaya dahil edilmesi mümkündür. Üçüncü kişi, iflâsın açılma anında masada bulunmayıp sonradan iflâs kapanıncaya kadar masaya dahil olan bir mal üzerinde istihkak iddiasında bulunabilir. Üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunduğu anda, istihkak iddiasına konu mal masada bulunuyorsa, bu istihkak iddiasının incelenip karara bağlanması gerekir⁷⁷. Aksi şekilde, istihkak iddiasının yapıldığı anda, istihkak iddiasına konu mal masada bulunmuyorsa, bu istihkak iddiası masa tarafından dikkate alınmayacaktır.

C. İstihkak İddiasının İncelenme Usulü

İstihkak iddialarının incelenme usulüyle ilgili kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle genel esaslardan hareket ederek bir çözüme varmak gerekecektir. Daha önce açıklandığı üzere, iflâs

⁷⁶ *Postacıoğlu*'na göre söz konusu elde bulundurma kavramı, hacizdeki düzenlemelere paralel olarak, zilyetlikten daha farklı ve daha basit bir kavramı karşılayacaktır. Şöyle ki buradaki elde bulundurma zilyetliğin sadece maddi (*corpus*) unsuruna karşılık gelecek ve ayrıca malik niyeti (*animus*) unsuruna ihtiyaç göstermeyecektir (Postacıoğlu, 1978: 70). Aynı yöndeki görüş için bkz. Üstündağ, 2009: 158.

⁷⁷ Aynı yöndeki *Üstündağ*'a göre de malın istihkak talebinin ileriye sürüldüğü anda masanın elinde bulunması gerekir, bu bakımdan iflâsın açılma anı önemli değildir, iflâsın açılması anında mal masada bulunmasa bile sonradan masanın eline geçmişse yine İİK m. 228 uygulanır (Üstündağ, 2009: 160).

idaresi, üçüncü kişi tarafından masada bulunan mal üzerinde mülkiyet hakkına veya herkese karşı ileri sürülebilen bir diğer hakka dayanarak ileri sürülen istihkak iddiasını inceleyerek, istihkak iddiasına konu olan mal üzerinde bu hakların var olup olmadığına ve bu mal üzerinde tasfiyeye devam edilip edilmeyeceğine karar verir. İflâs idaresi, varsa üçüncü kişinin istihkak iddiasını ispat etmek için sunmuş olduğu belgeleri, senetleri, defterleri vs. tüm delilleri inceler (İİK m. 219/2). Yine varsa müflisin istihkak iddiasıyla ilgili defterdeki beyanını değerlendirir (İİK m. 215; İİK Niz. m. 45/2). Gerektiğinde tekrardan müflisin görüşüne başvurabilir, ancak iflâs idaresi müflisin beyanı veya görüşüyle bağlı değildir⁷⁸. Üçüncü kişi müflisin malı üzerinde hem mülkiyet hem de rehin hakkı iddia ederse bu durumda öncelikle mülkiyet iddiasının incelenmesi gerekecektir⁷⁹.

İflâs idaresi, istihkak iddiasının konusunun mülkiyet hakkına dayanması halinde, bu malın mülkiyetinin müflise mi üçüncü kişiye mi ait olduğunu belirlemeye yönelik olarak incelemede bulunur⁸⁰. İflâs idaresi, varsa üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunurken ileri sürmüş olduğu delillerini inceler. Taşınmaz mal üzerindeki istihkak iddiasını incelemek için tapu veya gemi sicillerini ilgili kamu kurumlarından talep edebilir ve bu resmî belgeleri inceler. İflâs idaresi, bu belgeleri inceledikten sonra malın üçüncü kişinin mülkü olduğunu kesin olarak anladığı durumlarda, müflisin bu konudaki görüşünü dinledikten sonra istihkak iddiasını kabul edebilir⁸¹. Benzer şekilde istihkak konusu olan malın hemen masadan çıkarılmasında masanın açık bir menfaati bulunuyorsa, gerekirse yeterli bir teminat da alınarak, malı gecikmeksizin üçüncü kişiye teslim edilebilir⁸². Daha önce tartışıldığı üzere, bu iki hal haricinde iflâs idaresi istihkak iddiasının kabulüne karar verirse, bu kararını ikinci alacaklılar toplantısından sonra üçüncü kişiye tebliğ etmelidir.

⁷⁸ Yılmaz, 1976: 141.

⁷⁹ KOV m. 53; Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 38, s. 2095; Schulthess Kommentar SchKG-Roger Schober/Monika Avdyli-Luginbühl, Art. 242, Kn. 24, s. 1385; BGE 81 III 24; Berkin, 1970: 338; Ansay, 1960: 283.

⁸⁰ KOV m. 45; Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 35, s. 2095.

⁸¹ Görgün, 1977: 84.

⁸² Görgün, 1977: 84.

İflâs idaresi, mülkiyet hakkı haricindeki, herkese karşı ileri sürülebilen bir diğer hakka dayanarak ileri sürdüğü istihkak iddiasıyla ilgili bir karar vermek için varsa üçüncü kişinin sunmuş olduğu delilleri, müflisin beyanını veya görüşünü ya da gerekli gördüğü hallerde bazı kurumlardan talep edeceği belgeleri inceleyebilir. İflâs idaresi yaptığı inceleme sonucunda, istihkak iddiasına konu sınırlı bir aynî hakkın veya tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş nispî hakkın varlığına karar verirse, ilgili mal üzerindeki bu hakkı hazırlayacağı sıra cetvelinde gösterir (İİK m. 232).

İflâs idaresi, üçüncü kişinin istihkak iddiasını incelerken delilleri değerlendirilmesi için bilirkişi incelemesine başvurabilir mi? İflâs idaresinin, istihkak iddiasını incelerken bilirkişi incelemesine başvurup başvuramayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde iflâs idaresinin, karmaşık alacaklar bakımından teknik bilgisinin yetmediği hallerde⁸³ veya istihkak iddiasının ciddi olup olmadığı konusunda karar verecekken gerekli gördüğü hallerde⁸⁴ bilirkişi incelemesine başvurabileceği kabul edilmektedir. İflâs idaresinin istihkak iddiasıyla ilgili delilleri incelemesi sırasında, HMK m. 266'da belirtilen bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hallerden hareketle, gerekli görüldüğü zaman bilirkişiye başvurabileceğini düşünmekteyiz. HMK m. 266'da, mahkemenin çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgi gerektiren durumlarda bilirkişinin görüşünün alınmasına karar vereceği, ancak genel bilgi ve tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiye göre çözümlenebilecek konularda bilirkişi incelemesine başvurulamayacağını belirtilmiştir. İflâs idaresi, istihkak iddiasının incelemesi sırasında, var olan delilleri değerlendirirken bazen özel veya teknik bilgi gerektiren bir durumla karşılaşabilir. Örneğin iflâs idaresi istihkak iddia edilen mal üzerindeki hakkın tespiti için muhasebe bilgisine ihtiyaç duyulması veya banka kayıtlarıyla ilgili hesap işlemlerine gerek duyulması halinde, bu işlemleri kendi teknik bilgisiyle değerlendiremeyeceği gibi bu işlemler genel bilgi, tecrübe ya da mesleğin gerektirdiği bilgiyle de çözümlenemeyebilir. Dolayısıyla iflâs idaresi, istihkak iddiasıyla ilgili delilleri incelerken genel bilgi, tecrübe veya mesleğin gerektirdiği bilgiyle çözülemeyen ve özel ya da teknik bilgi

⁸³ Yılmaz, 1976: 148.

⁸⁴ Görgün, 1977: 84.

gerektiren bir durumla karşılaşırsa, bu konularla ilgili bilirkişi incelemesine başvurabilmelidir.

D. İstihkak İddiasının İncelenmesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar

İflâs idaresi, istihkak iddiasının incelenmesi sonucunda, istihkak iddiasının kabulüne veya reddine karar verir. İflâs idaresinin verdiği karara göre izleyeceği usul, istihkak iddiasının dayandığı hakka göre değişiklik gösterecektir. Daha önce belirtildiği gibi, iflâs idaresinin istihkak iddiasının kabulü veya reddi yönündeki kararının üçüncü kişiye tebliğinin, ikinci alacaklılar toplantısından sonra yapılması uygun olur. Zira ikinci alacaklılar toplantısı, masanın menfaati için zorunlu gördüğü hallerde iflâs idaresinin kararını değiştirebilme yetkisine sahiptir (İİK m. 238/2). İkinci alacaklılar toplantısı alacaklıların masa tarafından sonuçlandırılmasında gerek görmedikleri bir iddianın takibini yani dava takip yetkisini isteyen alacaklıya devredecektir (İİK m. 245)⁸⁵. O halde iflâs idaresinin üçüncü kişinin istihkak iddiasıyla ilgili vereceği karar kesin karar olmayacaktır. Tasfiyenin yürütülmesinde en yetkili organ olan ikinci alacaklılar toplantısı, masa menfaati için zorunlu bulunduğu tüm kararları verebilecektir ve ayrıca istihkak iddialarıyla ilgili nihai karar verme yetkisi de ikinci alacaklılar toplantısına ait olacaktır⁸⁶. İkinci alacaklılar toplanmasının üçüncü kişilerin istihkak iddialarıyla ilgili olarak verdiği karar, iflâs idaresi bakımından da bağlayıcı olacaktır⁸⁷.

1. İstihkak İddiasının Kabulü

İflâs idaresi, masada bulunan mal üzerinde üçüncü kişinin mülkiyet veya bir diğer hakka dayanarak ileri sürdüğü istihkak iddiasını incelemesi sonucunda bu iddianın yerinde olduğuna ve üçüncü kişinin istihkak iddiasına konu mal üzerinde iddia ettiği hakkının var olduğuna kanaat getirirse istihkak iddiasının kabulüne karar verir.

Üçüncü kişinin istihkak iddiası mülkiyet hakkına dayanıyorsa ve iflâs idaresi bu iddianın yerinde olduğu kanaatindeyse, istihkak iddiasının

⁸⁵ Fritzsche ve Walder-Bohner, § 48, Kn. 6; Höfliger, 1987: 77-78.

⁸⁶ Görgün, 1977: 90; Erdönmez, 2005: 88; Deliduman, 2002: 101.

⁸⁷ Zimmerman, 1952: 137.

kabulüne karar verir. Şüphesiz iflâs idaresi bu kabul kararını, ikinci alacaklılar toplantısından sonra ve dava takip yetkisini almak isteyen herhangi bir alacaklının bulunmadığı durumda verecektir⁸⁸. Bu durumda iflâs idaresi masada bulunan ve istihkak iddiasına konu malın mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olduğuna karar vermiştir. Üçüncü kişi istihkak iddiasının kabul edilmesiyle, malının tasfiyeye dahil edilerek alacaklar için paraya çevrilerek paylaştırılmasını engellemiş olur. İflâs idaresi, mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiasını kabul ettikten sonra istihkak iddiasına konu malı masadan çıkararak istihkak iddiası sahibi üçüncü kişiye teslim edecektir (İsv. İİK m. 242/1)⁸⁹. Mülkiyete dayalı istihkak iddiasının kabul edilmesiyle istihkak iddiasına konu malla ilgili istihkak prosedürü iflâsta istihkak davasına (İİK m. 228) ulaşmadan sona ermiş olur.

Üçüncü kişinin istihkak iddiası bir sınırlı aynî hakka veya tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş bir nispi hakka dayanıyorsa ve iflâs idaresi bu iddianın yerinde olduğu kanaatindeyse, yine istihkak iddiasının kabulüne karar verir ve bu hakkı hazırlayacağı sıra cetvelinde açıkça ve gerekçeli olarak gösterir. Sıra cetveli, ilan yoluyla duyurulur (İİK m. 234/1), istihkak iddiasının kısmen veya tamamen reddedilmesi kararından farklı olarak (İİK m. 234/2), kabul kararı ayrıca yazılı olarak istihkak iddiası sahibi üçüncü kişiye bildirilmez. İstihkak iddiasının kabul kararıyla istihkak iddiasına konu olan bir sınırlı aynî hak veya tapuya kaydedilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş bir nispi hak, sıra cetvelinde üçüncü kişi lehine gösterilerek tasfiyeye dahil edilir⁹⁰. Bir sınırlı aynî hakka veya tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş bir nispi hakka dayanan istihkak iddiasının kabul edilmesiyle, istihkak iddiasına konu malla ilgili istihkak prosedürü sıra cetveline itiraz davasına (İİK m. 235) ulaşmadan sona ermiş olur.

⁸⁸ Bkz. Postacıoğlu, 1978: 157; Fritzsche ve Walder-Bohner, § 48, Kn. 6.

⁸⁹ Bu aşamada istihkak iddiasına konu mal, paraya çevirmiş ise iflâs masası üçüncü kişiye malın bedelini aynen ödemekle yükümlü olacaktır (Kuru, 2013: 1313-1314; Kuru ve Aydın, 2021: 456; Kuru, 1997: 3199).

⁹⁰ Kuru, 2013: 1311; Kuru, 1997: 3193.

2. İstihkak İddiasının Reddi

Masada bulunan mal üzerinde üçüncü kişinin mülkiyet veya bir diğer hakka dayanarak ileri sürdüğü istihkak iddiasının iflâs idaresi tarafından incelenmesi sonucunda, bu iddianın yerinde olmadığı ve üçüncü kişinin iddiaya konu mal üzerinde bir hakkının bulunmadığı kanaatine varılırsa istihkak iddiasının reddi yönünde karar verilir.

Üçüncü kişinin istihkak iddiasının mülkiyet hakkına dayanması halinde, iflâs idaresi iddia konusu malın müflise ait olduğu sonucuna varırsa, bu istihkak iddiasının reddine karar verecektir. Bu kararla iflâs idaresi, masada bulunan ve istihkak iddiasına konu malın mülkiyetinin masaya ait olduğuna karar vermiştir. Ancak iflâs idaresinin üçüncü kişiye hemen dava açma süresi vermemesi ve ikinci alacaklılar toplantısının kararını beklemesi yerinde olacaktır. İflâs idaresi, mülkiyete dayanan istihkak iddiasının reddine karar verirse, bu kararı ve bu karara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesinde iflâsta istihkak davası açılabileceğini belirterek üçüncü kişiye tebliğ eder (İİK m. 228/2)⁹¹. Ayrıca iflâs idaresi bu tebliğinde, istihkak iddiasına konu maldan ve süresi içinde istihkak davası açılmadığı takdirde bu istihkak iddiasından vazgeçilmiş sayılacağı uyarısına açık bir biçimde yer vermelidir⁹². Kanunda bu durum, üçüncü kişi, mülkiyete dayanan istihkak iddiasının reddi kararına karşı, tebliğden itibaren yedi günlük sürede iflâsta istihkak davası açmazsa, istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır (İİK m. 228/2) şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu yedi günlük süre hak düşürücü süredir. Böyle bir durumda istihkak iddiasına konu mal masada kalacak, mal üzerinde herhangi bir engel olmadan derdest iflâs

⁹¹ “İ.İ.K.nun 228. maddesinde açıklandığı dava açması için 7 günlük bir mühlet tayin ve tebliğ etmesi gerekir. İflâs idaresi ... istihkak iddiasını red ettiğini belirtmekle yetinmiş dava açılması için 7 günlük mühlet tayin edildiğini belirtmemiştir. Bu nedenle kanuni istihkak prosedürüne raiyet edilmediği anlaşılmış olmasına, istihkak iddiası hakkında usulüne uygun bir karar verilmemiş olmasına... karar verildi.” (Yargıtay 12. HD., 29.11.1982 T., 1982/8789 E., 1982/8839 K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 21.08.2021).

⁹² Basler Kommentar SchKG II-Marc Russenberger, Art. 242, Kn. 35, s. 2095; KOV m. 46; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 2015: 460; Berkin, 1970: 344; Altay, 2004: 1276.

prosedürü yürütülecek ve mal paraya çevrilerek paylaştırılabilecektir⁹³. Üçüncü kişinin bu vazgeçmesinin iflâs idaresine karşı olacağını burada belirtmek gerekir. Zira iflâsta istihkak davası, maddi hukuka yansıyan etkileri bulunan bir takip hukuku davası niteliğinde olduğu için üçüncü kişi iflâs kapandıktan sonra müflise karşı istihkak davası (TMK m. 683) açabilecektir. Üçüncü kişi bu ret kararına karşı süresi, içinde iflâsta istihkak davası açarsa dava sonucu kesinleşinceye kadar dava konusu ihtilafli malın paraya çevrilmesi mümkün olmayacaktır.

Üçüncü kişinin istihkak iddiası bir sınırlı aynî hakka veya tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş bir nispi hakka dayanıyorsa ve iflâs idaresi bu iddianın yerinde olmadığı kanaatindeyse, istihkak iddiasının reddine karar verir ve bu ret kararı hazırlanan sıra cetvelinde açıkça ve gerekçeli olarak gösterilir⁹⁴. Sıra cetveli ilan yoluyla duyurulur (İİK m. 234/1) ve buna ilaveten ret kararı üçüncü kişiye yazı ile de

⁹³ Lorandi, 2017: 91; Postacıoğlu, 1978: 70; Üstündağ, 2009: 165.

⁹⁴ “İflâs idaresi, masaya bildirilen her türlü alacağın mevcut olup olmadığını, ne oranda mevcut olduğunu, alacağı yazdıran kişinin alacağın gerçek alacaklı olup olmadığını ve alacağın imtiyazlı olup olmadığını, imtiyazlı ise sırasının ne olduğunu araştırıp tespit eder. İflâs idaresinin yaptığı inceleme sonucu kabul edilen her alacak tespit edilen sırasına göre sıra cetveline kaydedilir. Kabul edilmeyen alacaklarda ret sebepleri ile birlikte sıra cetvelinde gösterilir.” (Yargıtay 21. HD., 09.10.2018 T., 2017/962 E., 2018/7164 K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 13.01.2022); “İflâs idaresinin, sıra cetveli ile birlikte, sıra cetveli ile ilgili olan bütün bilgileri (deliller, diğer belgeler) de iflâs dairesine vermesi gerekir. Bundan sonra, iflâs idaresi, sıra cetvelinin iflâs dairesine verildiğini ve orada alacaklıların ve (mülkiyet dışındaki) istihkak iddiası sahiplerinin incelemesine hazır olduğunu ilan eder.” (Yargıtay 23. HD., 08.02.2016 T., 2015/6811 E., 2016/546 K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 13.01.2022); “İcra ve İflâs Kanununun 232-235 maddeleri arasında düzenlenen sıra cetveli, iflâs idaresinin alacakları ve istihkak iddialarını incelemesi üzerine vardığı sonuçları göstermektedir. Sıra cetveli ile masanın pasifi (müflisin borçları) tespit edilir. Sıra cetvelinde gösterilecek alacakların sırası da yasanın 206. ve 207. maddelerinde belirtilmiştir. Yani, masaya yazdırılan veya kendiliğinden gözetilen her alacak ve (mülkiyet dışındaki) istihkak iddiasının iflâs idaresince kabul edilen miktarı ve sırası sıra cetvelinde gösterilir. Bunun yanında iflâs idaresinin reddettiği alacak ve istihkak iddiaları da sıra cetvelinde yer alır.” (Yargıtay 14. HD, 09.10.2008 T., 2008/10142 E., 2008/11272 K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 13.01.2022).

bildirilir (İİK m. 234/2). Mülkiyet hakkı haricinde herkese karşı ileri sürülebilen bir başka hakka dayanan istihkak iddiasının reddedilmesi ve sıra cetvelinde bu şekilde gösterilmesi üzerine üçüncü kişi, kural olarak, cetvelin ilanından itibaren on beş gün içinde iflâsa karar veren yerdeki ticaret mahkemesinde sıra cetveline itiraz davası açabilir (İİK m. 235)⁹⁵. Üçüncü kişi sıra cetveline itiraz davası açarsa, bu dava kesinleşinceye kadar kesin paylaşırma yapılamayacaktır.

IV. SONUÇ

İflâs hukukunda iflâs masasına dahil edilmiş bulunan bir mal üzerinde üçüncü kişinin mülkiyet veya herkese karşı ileri sürülebilen bir hakkının olduğunu ileri sürmesi halinde bu sorunun nasıl çözüme kavuşturulacağı hususu, hukuk sistemlerinin önemli meselelerinden biri olmuştur. Özellikle iflâs masasına dahil edilen mallar müflisin borçlarının ödenmesi için iflâsın tasfiyesine dahil edilir. Bu nedenle üçüncü kişinin masaya dahil edilmiş mallar üzerinde bir hakkının bulunduğunu ileri sürmesi durumunda bu mallarla ilgili masaya karşı bir istihkak iddiasında bulunabilmesi ve söz konusu malların müflisin borçları için tasfiye edilmesinden önce bu sorunun çözümlenmesi gerekir. Zira aksi halde, masaya dahil olan mallar, üçüncü kişinin istihkak hakkı gözetilmeden müflisin borçlarının ödenmesinde kullanılacak ve bu durumda üçüncü kişi hakkı ölçüsünde zarara uğramış olacaktır. Benzer şekilde, müflisin mülkiyet veya herkese karşı ileri sürülebilen bir başka hakkının bulunduğu bir mal üzerinde iflâs masasının da bir istihkak iddiasında bulunması mümkün olacaktır. Nitekim müflise ait veya müflisin bir hakkının bulunduğu mal, iflâsın tasfiyesine dahil edilmelidir. Diğer türlü, müflisin borçlarının eksik ödenmesi durumu söz konusu olabilecek ve müflisin alacaklıları zarara uğrayabilecektir. Türk-İsviçre hukukunda, üçüncü kişi ve iflâs alacaklıları ile dolaylı olarak iflâs masası ve müflisi etkileyecek şekilde iflâsta istihkak iddiasının ileri sürülmesine neden olan bir durumun meydana gelmesi halinde uygulanacak usuli işlemler ile bu iddianın çözümlenmesine ilişkin takip edilmesi gereken dava yolları düzenlenmiştir.

⁹⁵ Nitekim üçüncü kişi, sıra cetvelinin bu şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle bir zarar görmüş durumdadır (Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 2015: 465; Vock ve Müller, 2012: 260).

İflâs masasına karşı istihkak iddiasında bulunma hakkı, üçüncü kişidedir. Bunun haricinde müflisin veya alacaklıların masaya karşı istihkak iddiasında bulunmaları mümkün değildir. Adi tasfiyede üçüncü kişi, masaya karşı istihkak iddiasını, iflâs kapanıncaya kadar ileri sürebilir. Üçüncü kişi mülkiyet veya herkese karşı ileri sürülebilen bir başka hakkına dayanarak iflâs masasına karşı istihkak iddiasında bulunursa, iflâs dairesi değerlendirme yapmaksızın bu iddiaları müflisin mallarının tutulduğu deftere bu yönde şerh vererek kaydeder ve bu iddialar iflâs masası tarafından karara bağlanır. Türk-İsviçre hukukunda mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddialarını masa adına inceleme ve karar vermek yetkisi kural olarak iflâs idaresindedir. Ancak ikinci alacaklılar toplantısı masanın menfaati için zorunlu gördüğü hallerde gereken kararları alma yetkisine sahip olduğu için istihkak iddialarıyla ilgili nihai karar verme yetkisinin ikinci alacaklılar toplantısında olduğunun kabulü gerekir. Zira alacaklılar, ikinci alacaklılar toplantısında istihkak iddiasının kabul edileceği yöndeki karara karşı çıkarak bu iddiayla ilgili dava takip etkisinin kendisine devrolunması isteyebilir. Kanunkoyucu bu durumda dava takip yetkisi bunun isteyen alacaklıya verileceğini ve istihkak iddiasının yine reddedileceğini düzenlemiştir. Dahası, iflâs idaresi ikinci alacaklılar toplantısını beklemeksizin istihkak iddiasını reddeder ve fakat ikinci alacaklılar toplanması masa menfaati için bu iddianın kabul edilmesi yönünde karar verirse, bu durumda masa üçüncü kişinin açmış olduğu iflâsta istihkak davasını kabul edeceği için masanın yargılama masraflarına katlanması gerekecektir. Bu nedenlerle zaruri haller haricinde iflâs idaresinin istihkak iddiasıyla ilgili kararının ikinci alacaklılar toplantısından sonra üçüncü kişiye tebliğ etmesi isabetli olacaktır.

Hukukumuzda iflâsta istihkak iddiası, münhasıran İİK m. 228 (İsv. İİK m. 242/1, 2)'de ve yalnızca üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddialarını konu olacak şekilde düzenlenmiştir. Ancak üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı haricinde herkese karşı ileri sürülebilen bir hakka dayanarak istihkak iddiasında bulunabilmeleri de mümkündür. Örneğin üçüncü kişi, masadaki bir mal üzerinde rehin hakkının olduğunu iddia edebilir. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkı haricindeki bir başka hakkına dayanarak ileri sürdüğü bu yöndeki bir istihkak iddiası, İİK m. 235 (İsv. İİK m. 250)'te düzenlenen sıra cetveli prosedürüyle çözüme kavuşturulur.

Kanuni düzenleme ve doktrinden hareketle iflâsta istihkak iddiası kapsamında masaya karşı açılacak davalarda, mülkiyet hakkı iflâsta

istihkak davasına (İİK m. 228), mülkiyet hakkı haricinde herkese karşı ileri sürülebilecek diğer haklar olan sınırlı aynî haklar ve tapu siciline şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilmiş şahsi haklar ise sıra cetveline itiraz davasına (İİK m. 235) konu edilebileceği sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte masa tarafından açılacak istihkak davasının (TMK m. 683/2) konusu esas itibarıyla mülkiyet hakkıdır. Bizim de katıldığımız doktrindeki genel kabule göre, mülkiyet hakkı bakımından kanunda yer alan düzenlemelerin, herkese karşı ileri sürülebilen haklar bakımından da uygulanabilmesi, hakkaniyete uygun olacaktır. Bu itibarla masanın, mülkiyet hakkının yanı sıra herkese karşı ileri sürülebilecek bir hakka dayanarak da istihkak davası açabileceği kanaatindeyiz.

Müflisin masa oluşturan malları haczedilebilir mallardır; bu nedenle üçüncü kişinin istihkak iddiası müflisin haczedilebilir mallarını konu alacaktır. Haczedilemeyen mallar üzerindeki istihkak iddiası, adi istihkak davasına (TMK m. 683/2) konu yapılabilir. Üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunabilmesi için, iddiaya konu malın masada bulunması gerekir. İstihkak iddiasına konu edilen malın masada bulunma zamanı doktrinde tartışmalıdır. İflâsta istihkak iddiası iflâs kapanıncaya kadar ileri sürülebileceği için (bkz. İİK m. 184/1), kanaatimizce istihkak iddiasına konu edilecek malın masada bulunup bulunmadığı yönündeki tespitin, istihkak iflâsın açıldığı ana göre değil, istihkak iddiasının yapıldığı ana göre belirlenmesi yerinde olacaktır.

İflâs masasının iflâsta istihkak iddiası sonucunda vereceği kararın açıklanması ve sonrasında takip edilecek çözüm yolları, istihkak iddiasının dayandığı hakka göre farklı usullere tabi olacaktır. Mülkiyet hakkına dayanan istihkak iddiasının incelenmesi sonucunda masa, üçüncü kişinin istihkak iddiasına konu hakkının mevcut bulunduğu kanaatine varırsa, istihkak iddiasının kabulüne karar verir ve iddiaya konu malı masadan çıkararak iddia sahibi üçüncü kişiye teslim eder. Masa, iddianın reddine karar verirse, üçüncü kişiye bu kararını ve bu karara karşı tebliğden itibaren yedi gün için de icra mahkemesinde bir istihkak davası açılabilirliğini aksi halde istihkak iddiasından vazgeçilmiş sayılacağı uyarısında bulunarak tebliğ eder. Üçüncü kişi, bu aşamada artık süresi içinde iflâsta istihkak davası (İİK m. 228) açarak iddiasını mahkemede sonuçlandırabilecektir. Üçüncü kişinin masaya yönelteceği istihkak iddiası mülkiyet hakkı haricindeki bir hakka dayandığı durumda ise, iflâs idaresi bu iddiayı inceleyecek ve kararını sıra cetvelinde gösterecektir. Sıra cetvelinde bu iddiaların kabul edilmiş olarak gösterilmesi halinde, bu mallar üzerindeki tasfiye üçüncü kişinin lehine sonuçlandırılacaktır. Aksi

şekilde üçüncü kişinin bu yöndeki iddiası, sıra cetvelinde açıkça ve gerekçeli olarak reddedilmişse, bu durumda bu ret kararına karşı üçüncü kişi, masa aleyhine bir sıra cetveline itiraz davası (İİK m. 235) açarak istihkak iddiasını sürdürebilecektir.

KAYNAKÇA

- Altay S. (2004). *Türk İflâs Hukuku*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak.
- Ansay S. Ş. (1960). *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, İstiklal Matbaası, 5. Baskı, Ankara.
- Arslan R., Yılmaz E., Taşpınar Ayvaz S. ve Hanağası E. (2021). *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara.
- Arslanpınar Tat T. (2021). *Türk ve İsviçre İflâs Hukukunda Paylaştırma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos.
- Atalı M., Ermenek İ. ve Erdoğan E. (2021). *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara.
- Basler Kommentar (2010). Autoren von Bauer T. ve Staehelin D., *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Ergänzungsband, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel (Basler Kommentar SchKG EB-Bearbeiter).
- Basler Kommentar (2011). Herausgeber von Honsell H., Vogt N. P., Geiser T., *Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art 1-61 SchIT ZGB*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel (BSK ZGB II-Bearbeiter/in, Art..., N...).
- Başözen A. (2005). *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Belgesay M. R. (1954). *İcra İflâs Şerhi: İflâs Yolu İle Takip*, C. 2, M. Sıralar Matbaası, İstanbul.
- Berkin N. M. (1970). *İflâs Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1509, Hukuk Fakültesi No: 329, Yeni Hamle Matbaası, İstanbul.
- Blumenstein E. (1911). *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts*, Bern.
- Deliduman S. (2002). *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs.
- Egli A. (1942). *Die Einwirkung des Gläubigerelements auf die Organisation und Durchführung des Konkurseröffnung im schweizerischen Recht*, Diss., Zürich.

- Erdönmez G. (2005). *İflâsta Alacaklılar Toplanması ve Yetkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, Aralık.
- Fiori S. (1904). *Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht*, Diss, Universität Bern, Druck von Schulthess & Co, Zürich.
- Fritzsche H. ve Walder-Bohner H. U. (1993). *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Band II, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich.
- Görgün L. Ş. (1977). *İflâsta İstihkak Davası*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No: 107, Ankara.
- Hänzi B. (1979). *Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht Beitrag zur Bestimmung ihrer Rechtsstellung und kurze Darstellung ihres Aufgabenbereiches*, Schulthess Polygraphischer Verlag Ag, Zürich.
- Höfliger M. (1987). *Die ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG*, Diss., Freiburg.
- Kazancı Hukuk, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr>.
- Knauf A. ve Lissner S. (Herausgegeben von), *Handbuch Insolvenzrecht*, Autoren: Bäuerle E., Schmidberger B., Schleich T., Götz B., 1. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.
- Kuru B. (1997). *İcra ve İflâs Hukuku*, C. IV, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 3. Baskı, İstanbul, Ekim.
- Kuru B. (2013). *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, Nisan.
- Kuru B. ve Aydın B. (2021). *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, Ekim.
- Kurzkomentar (2014). *SchKG*, Herausgeber: Daniel Hunkeler, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel (Kurzkomentar SchKG-Bearbeiter/in, Art ..., N...)
- Küderli L. (1963). *Die Willensbildung der Gläubigergemeinschaft*, Zürich.
- Lorandi F. (2017). *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*, 3. Auflages, Dike Verlag AG, Zürich, St. Gallen.

- Meriç N. (2015). *Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Muşul T. (2012). *İcra ve İflâs Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara.
- Olgaç S. (1978). *İcra-İflâs*, C. II, Olgaç Matbaası, Ankara.
- Oruç Y. (2019). *İflâs İdaresi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım.
- Özekes M., Seven V. ve Meriç N. (2021). *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.): Ticaret ve Usul Hukuku Kapsamında*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim.
- Pekcanıtez H., Atalay O., Sungurtekin Özkan M., Özekes M. (2021). *İcra İflâs Hukuk Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, Eylül.
- Postacıoğlu İ. E. (1978). *İflâs Hukuku İlkeleri*, C. 1: İflâs, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 2307, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 525, İstanbul.
- Rüzgaresen C. (2011). *İflâs Sebepleri*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Schulthess Kommentar (2017), Herausgeber von Jolanta Kren Kostkiewicz J. ve Vock D., *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, Prozess- und Vollstreckungsrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf (Schulthess Kommentar SchKG-Bearbeiter/in).
- Sprecher T. ve Jetzer R. P. (1997), *Einführung in das neue Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Schweiz*, (with English summary: Eisele D.), Publication 6, Schulthess Juristische Medien, Zürich.
- Spühler K. ve Dolge A. (2011). *Schuldbetreibungs-und Konkursrecht II*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf.
- Taş Korkmaz H. (2010). *İflâs masası*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Üstündağ S. (2009). *İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)*, Yaylacık Matbaası, 8. Baskı, İstanbul, Temmuz.
- Vock D. ve Müller D. (2012). *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf.

- Yıldırım M. K. ve Deren-Yıldırım N. (2015). *İcra ve İflâs Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, 6. Baskı, İstanbul, Nisan.
- Yılmaz E. (1976). *İflâs İdaresi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 390, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Yılmaz E. (2016). *İcra İflâs Kanunu Şerhi*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Zimmermann E. (1952). *Die Aussonderung im schweizerischen Konkursrecht*, Buchdruckerei Burch & Cie., Lungern, Freiburg.

ALMAN, İSVİÇRE VE AVUSTURYA MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA ARA KARARA KARŞI KANUN YOLLARI

Tuna ACAR*

ÖZ

Demokrasi ve hukuk devleti kavramları, kendilerini özellikle uygulamada “hak arama” özgürlüğü çerçevesinde gösterir. Bu husus, yargılama hukukunda, mahkemeye intikal etmiş hukukî uyuşmazlığın başlangıç ve bitiş noktasını belirlemeyi zorunlu kılmaktadır. Ara kararın sınırlarını oluşturmak, nihai kararın sınırlarını oluşturmak kadar kolay olmamaktadır. Ara kararın sınırı ve niteliği, özellikle kanun yoluna başvuruda kendini göstermektedir. Mehz kanun koyucu, ara karara karşı kanun yolunda, makul sürede yargılamanın bitirilmesi, usul ekonomisi ilkesi ve hak arama özgürlüğü dengesini bulmaya çalışmaktadır. Bu çalışmada; Alman, İsviçre ve Avusturya hukuk sisteminde ara karar kavramının tanımı ve ara karara karşı kanun yolları inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Karar, ara karar, yargılama, kanun yolu, usul ekonomisi, Alman hukuku, İsviçre hukuku, Avusturya hukuku, medenî yargılama hukuku.

* Av. Dr., E-Mail: tunaacar@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5703-1252.
Makalenin Gönderim Tarihi : 29.11.2021.
Makalenin Kabul Tarihi : 20.04.2022.

LEGAL REMEDIES AGAINST INTERLOCUTORY JUDGEMENT IN GERMAN, SWISS AND AUSTRIAN CIVIL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

The concepts of democracy and the rule of law manifest themselves especially within the framework of the freedom to seek rights. This issue makes it necessary to determine the starting and ending point of the legal dispute that has been submitted to the court in the law of jurisdiction. Creating the boundaries of the interlocutory decision is not as easy as the final decision. The limit and nature of the interlocutory decision are especially important in the application to legal remedy. Legislator, on the way to the law against the interlocutory decision, tries to find the balance between the completion of the trial in a reasonable time, the principle of procedural economy and the freedom to seek justice. In this study, the definition of the concept of interlocutory decision and the possibility of legal remedies in the German, Swiss and Austrian legal systems are examined.

Keywords: Decision, interim decision, trial, legal action, legal remedy, procedural economy, German law, Swiss law, Austrian law, interlocutory judgement, civil procedure law.

I. GİRİŞ

Kararın niteliği, yargılamanın birçok hususunu etkilemektedir. Özellikle kararın niteliğininin yargılamaya yansması, kanun yoluna başvuruda ayrı bir önemi haizdir. Türk yargılama hukukunda olduğu gibi, kural olarak, mehzaz yargılama hukukunda da ara karara karşı kanun yolu kapalıdır. Mehzaz kanunlarda, ara karara ilişkin kanun yoluna başvuru imkânı istisnalar içermekte, mahkemelerin yargılamayı yürütmeye ilişkin kararları (duruşma tarihi, keşif tarihi ihdası gibi) dışında, ara kararları üst derece denetimine tabi kılmaktadır. Mezkûr husus, Türk yargılama hukukunda, ara karara karşı kanun yoluna müracaat hakkının katı uygulaması karşısında ayrıışmaktadır.

Çalışmada, Kara Avrupa hukukunun başlıca hukuk sistemlerinde; ara karar kavramı, çeşitleri ve buna ilişkin kanun yolu imkânları incelenecektir. Mehzaz hukuk sistemlerinin incelenmesi, Türk yargılama hukuku ve öğretisinde, katı bir şekilde kabul gören ara kararın kanun

yoluna kapalı olduğu görüşüne yönelik farklı bir bakış açısı oluşturmayı amaçlamaktadır.

II. ARA KARAR VE KANUN YOLU KAVRAMLARI

A. Ara Karar Kavramı

Türk medeni yargılama hukukunda, genel çerçevesi itibariyle ara karar¹; görülmekte olan bir davada, mahkemenin dosyadan elini çekinceye kadar ana uyuşmazlığı sonlandırmadan ve uyuşmazlığın çözümü için yargılamayı ilerletmek adına, usûle ilişkin, kural olarak dönebileceği², talep üzerine ya da kendiliğinden verebileceği kararlardır. Öğretide, ister eski tarihli eserlerde olsun isterse de güncel, ara karar tanımının çerçevesi bu sınırlar içerisinde kalmaktadır³.

¹ Ara kararı, “ara ihtilaf” olarak değerlendiren görüş için bkz. Ayşe Banu Şavata Tanverdi, “Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE), 2005, s.81; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000, s.787.

² “.... ara kararlarının yargılamaya son vermeyen, bilakis onu yürütmeye, ilerletmeye yarayan kararlardan olması, hâkimin ara kararı ile işten el çekmeyip, davaya devam etmesi, işten el çekmesine müncer olmayan bir ara kararı ile belli bir olayı halledip, bilahare bu ara kararında hukukî bir hata yaptığını anlarsa, bundan rücu ile yerine hukuka uygun olan yeni bir karar vermesi mümkün olduğundan davacı vekilinin bu yöne ilişkin istinaf talebi yerinde görülmemiştir.” Ankara BAM. 26. HD., T. 10.7.2020, E. 2018/2997, K. 2020/1029 (LEXPRA, Erişim Tarihi: 11.09.2021).

“Hâkimin, bir davada dosyadan elini çekinceye kadar yargılamanın yürütülmesi için vermiş olduğu kararlar ara kararlardır. Ara kararlarıyla, davayı ilerletmek ve nihaî kararın verilmesine hazır hale getirmek amaçlanmaktadır.” Samsun BAM. 6. HD., T. 21.11.2018, E. 2018/5062, K. 2018/4943 (LEXPRA, Erişim Tarihi: 11.09.2021).

³ Üstündağ, Yargılama, s.788; Ali Himmet Berki, “Nihai Karar Ne Demektir?,” Adalet Dergisi, 1945, Sayı.5, s.451; Burhan Gürdoğan, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1960, s.22; Necmeddin M. Berkin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981, s.861; Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 268;; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C. I, 4.

Alman medeni yargılama hukukunda ara kararlar (Zwischenurteil); yargılamaya ilişkin ara sorunların çözümüne (ZPO § 303), davanın usûl bakımından şartlarının sağlandığına (ZPO § 280) veya hakkın tartışmalı olan esasının olumlu şekilde tespitine (ZPO § 304) yöneliktir⁴. Mahkeme, vereceği ara karar ile dava konusu uyuşmazlığı, kural olarak, çözüme kavuşturamayacaktır⁵. Örneğin, davanın usûl bakımından şartları sağlamadığı için davanın reddi halinde yahut uyuşmazlık konusu hakkın sadece bir kısmının maddî şartları sağlamadığı

Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s.1114-1117; Nilüfer Boran Güneysu, Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.147 ve 160; Seda Özmumcu, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.21; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s.877; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s.357-358; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s.504-505; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s.736; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s.278; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s.325; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.434; Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2011, s.435; Timuçin Muşul, “Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4, 1988, s.218; Ahmet Cahit İyilikli, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s.151 ve s.686.

⁴ Öğretide, ara kararın kapsamı net değildir. Kimi Yazarlar, ZPO § 304 uyarınca verilen “Grundurteil”ı (esasa ilişkin ara karar), ara karardan ayrı tutmaktadır. Kanaatimize göre, nihâî karar olarak nitelendirilmeyen ve uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturmayan Grundurteil niteliğindeki kararlar, ara karar olarak kabul edilmelidir (Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2018, § 59 Rn.1).

⁵ Thomas Rauscher ve Wolfgang Krüger, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, München: C.H. Beck, § 303 ZPO Rn. 2.

durumda, mezkûr uyuşmazlıklar, ara karara konu edilemezler. Ara kararlar, nihaî karardan farklı olarak, uyuşmazlık konusunu sona erdirmez, onun yerine nihaî karara giden süreci hazırlar⁶. Öğretide ve yargı kararlarında, mahkemenin verdiği ara kararlar, nitelik itibari ile hem tespit kararına hem de tespit ara kararına benzetilmektedir⁷. Tespit davası, hukukî bir uyuşmazlığa bağlayıcı bir açıklık getirmek üzere açılan bir dava türüdür. Fakat, bu dava sonucunda verilen hüküm, hem icra kabiliyetinden⁸ hem de eda davalarındaki kesin hüküm etkisinden yoksundur⁹. Tespit davası, hukukî bir ilişkinin varlığını veya yokluğunu veyahut bir belgenin gerçekliğini ele alırken, ara karar, davanın usûl yönünden caiz olduğunu, yargılamaya ilişkin ara sorunları ve uyuşmazlık konusu hakkın esasî ile miktarının tartışmalı olduğu hallerde hakkın esasının tespitini konu edinir¹⁰. Böylece ara karar, tespit kararından ayrılmaktadır. Ara tespit davası ise ZPO § 256/2 uyarınca, varlığı veya yokluğu, dava konusu uyuşmazlığın esasını etkileyecek bir hukukî ilişkinin yargılama sırasında ihtilaflı olması halinde, tarafların, bu hukukî ilişkinin tespiti talebiyle açtığı bir davadır¹¹. Bu durumda, görülmekte

⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2018, § 59 Rn. 28.

⁷ Hanns Prütting ve Markus Gehrlein, Zivilprozessordnung Kommentar, Hrsg. v. Hanns Prütting, Markus Gehrlein, 12. Aufl., München: Luchterhand, 2020, § 303 ZPO Rn. 7; Hans-Friedrich Arnold, Das Grundurteil, Regensburg: Roderer, 1996, s.43; MüKoZPO/Musielak, 2020, § 303 Rn. 5 ve § 304 Rn. 6.

⁸ Bunun istinası, tespit davasının masraf sonucunun icra edilebilmesidir. Tespit kararı konusu hakkın icrası ise, bu durumda da söz konusu değildir (Georg Furtner, Das Urteil im Zivilprozeß, München: C.H. Beck, 1985, s.100 ve s.139).

⁹ Burada kastedilen, kararın etkisi bakımındandır. Eda kararlarından farklı olarak, tespit veya tespit ara kararlarında bir şeyi yapma (Tun) veya bir şeyden kaçınma (Unterlassen) gibi eda emirleri yer alamaz. Ayrıca, bir kimsenin hukukî durumunda, kendiliğinden bir değişim etkisi de doğuramaz (Musielak/Voit, Kommentar, ZPO § 256 Rn. 1; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 2020, § 256 Rn. 1).

¹⁰ Christoph Keller, “Das Verfahren nach § 304 ZPO – Grund- und Schlussurteil”, Juristische Arbeitsblätter (JA), Heft 6, ss. 433-439, s.433; Furtner, Urteil, s.317.

¹¹ Friedrich Stein ve Martin Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung (23. Aufl.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, § 256 Rn. 104; Furtner, Urteil, s.141 vd.; MüKoZPO/Becker-Eberhard, 2020, § 256 Rn. 80 vd.; BeckOK ZPO/Bacher, 2021, ZPO § 256 Rn. 39.

olan bir dava gereklidir. Ayrıca, hukukî ilişkinin varlığı, esas dava konusu uyuşmazlığı esastan etkileyecek bir niteliğe sahip olmalıdır. Ara tespit davası sayesinde elde edilecek kesin hüküm, etkili tespit ara kararı ile sonraki davalarda, aynı hukukî ilişkinin incelenmesine gerek bırakmayacaktır¹². Tespit ara kararı, bu bakımdan, ara karardan farklılık arz etmektedir¹³.

İsviçre medeni yargılama hukukunda, ara karar müessesesi “Zwischenentscheid” terimi ile ifade edilmiştir. Her ne kadar kullanıldığı kanuna göre kapsamında farklılıklar görülse de ara kararlar, kural olarak, dava konusu uyuşmazlığı nihaî karar gibi sona erdirmemekte, yalnızca nihaî karara giden süreci hazırlamaktadır¹⁴. Kanun koyucu ZPO-CH

¹² Ara tespit davasına örnek olarak, istihkâk davasında bekleyci bir sorun teşkil edecek olan mülkiyetin varlığının tespiti gösterilebilir. Davacı taraf, maliki olduğu şeyin iadesini, davalı taraftan, BGB § 985’e dayanarak talep edebilecektir. Ara tespit davası sayesinde, davacı, eşyanın iadesinin yanında mülkiyetin kendisine ait olduğunun tespitini de ayrıca talep edebilecektir. Böylece, davanın lehine sonuçlanması sonucunda, elinde kesin hükme sahip iki karar bulunacaktır. Bunlardan ilki; mülkiyetin kendisine ait olduğunu tespit eden hüküm, ikincisi ise eşyanın geri verilmesini emreden eda hükmüdür. Davacının, ileride, eşyanın mülkiyetine ilişkin başka bir uyuşmazlık yaşaması halinde, elindeki ilk kesin hükmü ibraz edip mülkiyetin kime ait olduğunun tekrardan incelenmesini engellemesi ve böylece zaman kazanması mümkündür. Eğer ara tespit davası açmamış olsa idi mülkiyetin kendisine ait olup olmadığı, BGB § 985 kapsamında açılan eşyanın iadesi davasında yine incelenecek, fakat kesin hükme bağlı bir şekilde karara bağlanmayacak ve böylece, sonraki davalarda bu konunun tekrar bir incelemeye maruz kalması söz konusu olacaktır. Bunun sebebi de Alman medenî yargılama hukukunda, kesin hüküm etkisinin kısıtlı olmasından kaynaklanmaktadır (H. Özden Özkaya-Ferendeci, “Alman Medeni Usûl Hukukundaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler”, MÜHF-HAD, Cilt 13, Sayı, 1-2, 2007, s.205 vd.; Stein/Jonas/Roth, Zivilprozessordnung, ZPO § 256 Rn. 104; BGH 5. 11. 2009- IX ZR 239/07, NJW 2010, 2210, 2211 vd).

¹³ Annette Jäger, Zwischenstreitverfahren nach den §§ 280, 303 ZPO, Aachen: Shaker, 2002, s.58-59.

¹⁴ Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Hrsg.: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, 2012, Art. 237 ZPO-CH, N. 4; Paul Oberhammer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Basel, 2010, Art. 236 ZPO- CH, N 7; Dominik Gasser ve Brigitte Rickli,

reformunun gerekçesinde¹⁵, istisnaen de olsa tarafların hukukî taleplerinin sadece bir kısmının karara bağlanmasının gerekli olabileceğini ifade etmiş, bu sebeple nihaî kararlardan farklı olarak, ara karar kurumunu düzenlemiştir. Ayrıca, kanunun gerekçesinde, ara kararın ihdası ile yargılamanın kolaylaştırılması arasındaki bağlantıya özellikle vurgu yapmıştır¹⁶.

Avusturya medeni yargılama hukukunda, ara karar müessesesi Ö-ZPO § § 393¹⁷ ve 393a'da¹⁸ açıkça düzenlenmiş olup, ara karar, Alman

Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar, Zürich 2010, Art. 237 N. 1; BGE 130 III 76, 79, 4P.74/2003, 18.9.2003, E. 3.1.2 ve 3.1.3.

¹⁵ Botschaft, 28.6.2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221–7412, 7343

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html> (Erişim Tarihi:04.09.2021).

¹⁶ Botschaft 2006, 7221, 7343

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht.html> (Erişim Tarihi:04.09.2021).

¹⁷ Ö-ZPO § 393:

(1) Hukukî bir uyuşmazlıkta, talep hakkının esasının ve miktarının tartışmalı olması ve duruşmanın öncelikle esası ilgilendiren kısım bakımından karar vermeye elverişli olması halinde, mahkeme, hakkın henüz miktar bakımından varlığı tartışmalı olsa dahi öncelikli olarak hakkın esasına dair (Urteil cinsinden) bir karar (ara karar) verebilecektir.

(2) Bundan ayrıca, tespit talebine dair duruşmanın karar vermeye elverişli olması halinde, uyuşmazlığa dair nihaî kararın öncesinde verilen ara karar ile md. 236 ve 259'da yer alan bir hukukî ilişkinin veya yetkinin var olup olmadığına ilişkin karar verilebilir.

(3) İlk iki fıkrada belirtilen türde verilen kararlar, kanun yolu bakımından nihaî karar gibi değerlendirilir. 1. fıkraya göre verilen bir ara karara karşı istinaf veya temyiz yollarına başvurulması durumunda, dava hakkındaki sonraki duruşmalar, ilgili ara kararın nihaî karar kazanmasına kadar ertelenir. Diğer bütün hallerde ise ara karara karşı istinaf veya temyiz kanun yollarına başvurulmuş olmasına bakılmaksızın esas meseleye dair duruşmalar devam eder. Ancak mahkeme, esas meseleye dair karar için önem taşıyan bir hukukî ilişki ya da yetkiyi gereksiz veya yersiz görmüş ise, ara karar kesinleşene kadar sonraki duruşmaların durdurulmasına karar verebilecektir. Bu karar ise kanun yolu ile bozulamaz.

(4) Masraflar bakımından, md. 52/4'teki düzenleme uygulama alanı bulacaktır.

¹⁸ Ö-ZPO § 393a:

medenî yargılama hukukundaki ara karar türleri ile benzerlik göstermektedir. Avusturya medeni yargılama hukukunda da mahkemenin vereceği ara karar, öğretide¹⁹, bir tespit kararı²⁰ olarak kabul edilirken,

Hukukî bir uyuşmazlıkta, talep edilen hak bakımından zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi halinde, mahkeme, bu def'î hakkındaki kararını, ilgili hakkın bu sebeple reddedilmemesi gerekiyor ise, re'sen ya da talep üzerine (nihaî karardan) ayrı bir şekilde verebilir. Md. 393/3'ün birinci ve ikinci cümleleri, uygun bir şekilde uygulama alanı bulacaktır.

¹⁹ Rechberger/Klicka, in: Walter H. Rechberger ve Thomas Klicka, ZPO Zivilprozessordnung, 5. Auflage, Wien: Verlag Österreich, 2019, § 393 Rn. 2; 18.04.2002, 2 Ob 38/02f.

Öğretideki baskın görüşe göre, esasa ilişkin ara kararda, maddi anlamda kesin hüküm etkisinin de olması gerektiği savunulmaktadır. Aksi halde, usûl ekonomisine uymayan bir durum ortaya çıkmaktadır (Walter H. Rechberger ve Daphne-Ariane Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Wien: Manz, 2017, Rn. 908; Deixler-Hübner, in: Hans W. Fasching ve Andreas Konency, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III/2, §§ 390-460 ZPO, Wien: Manz, 2018, § 393 Rn. 18; Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 8).

Ancak, maddi anlamda kesin hüküm etkisi bakımından, bir tespit kararı etkisinin olmadığı yönündeki görüş için bkz. Hans W. Fasching, "Das Zwischenurteil über den Grund des Anspruches (§ 393 Abs 1 ZPO)", ÖJZ, 1958, 264.

²⁰ "İlk derece mahkemesi, delilin içeriğine girmeden, dava talebini kabul etmiştir. Kaza seyri/gidişatı hakkında, yargılama öncesindeki ara karardaki tespiti kabul etmiştir. Buna göre bu durum, hali hazırda açıklığa kavuşturulmuş olan kusur sorusunun daha fazla açılmayacağı hallerde, mevcut dava için önem teşkil etmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, bir ara karar, sadece davaya konu olan esas uyuşmazlıkla bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Mezkûr davada, hakkın esasına dair sorun, yeniden uyuşmazlığa konu edilemez.

Zira bir ara karar, § 393/1 ZPO'ya göre, talep esasını hakkında dilekçe olmadan da verilebilir. Bu ara karar, bir ön sorun hakkında karar vermiyorsa ve sadece, o davanın usûl ekonomisine uygun yürütülmesini amaç ediniyorsa, ara kararın bağlayıcılığı anlamında, ara karar, mezkûr davayı aşan bir şekilde maddi anlamda kesin hüküm ve ayrıca tespit hükmü etkisine ulaşmaz.

Bu nedenle ara karar, bu şekilde, sonradan aynı hukukî sebeple yeni bir dava ile dava edilebilecek olan haklar için bağlayıcı bir etkiye sahip değildir." OGH 20.05.2009, 2 Ob 213/08z.

bununla yargılamanın hızlandırılması ve böylece usûl ekonomisi prensibinin gözetilmesi amaçlanmaktadır²¹.

B. Kanun Yolu Kavramı

Mahkeme kararlarının oluşum süreci ve sonucu, nihayetinde insan faktörüne bağlıdır. Bu sebeple de hatayı veya eksikliği, doğası gereği içinde barındırmaktadır. Mezkûr risklerin minimize edilmesi ve yargılamanın amacına “doğru” ve “adil” bir şekilde varılması amacıyla, kanun yolu kurumu ortaya çıkmıştır²². Kanun yolu kurumunun varlığı, alt derece mahkemesi kararlarının bağımsız ve tarafsız hâkimlerce verilmediği veya hâkimlerin niteliklerine ilişkin eksiklik ve şüphelerin olduğu anlamına gelmemektedir²³. Hukukî korumayı talep eden tarafın veya karşı tarafın, mahkeme kararının kesinleşmesinden önce, kararın ayrıca bir denetim mekanizmasından geçmesi, tarafların menfaatindedir. Böylelikle, denetim (kontrol) sonucunda, alt derece mahkemesinin hukuka aykırı kararına yönelik hata²⁴ veya eksiklikler bertaraf edilmektedir. Kanun yolunun varlığı, aynı zamanda kamu yararınadır.

²¹ Deixler-Hübner, in: Zivilprozessgesetzen, § 393 Rn. 1, 4; Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, ZPO, 2019, § 393 Rn. 1.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009; Cenk Akil, *İstinaf Kavramı*, Ankara: Yetkin Yayınları 2010; Murat Yavaş, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2015; Selçuk Öztekin, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

²³ Muhammet Özkes, Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Murat Atalı, Güray Erdönmez, Mine Akkan, Ali Yeşilırmak ve Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.2150-2151.

²⁴ Cenk Akil, “Temyiz Yoluna Başvuru Şartı Olarak ‘Hukukî Menfaat’, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2012, s.268; Nevhis Deren Yıldırım, “Kanun yollarına Dair Bazı Düşünceler”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.8; Selçuk Öztekin, “Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt 21, Sayı 2 (Özel Sayı), 2015, s.120; Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1977, s.6-7; Yavaş, *Temyiz*, s.12; Akkaya, s.68-69.

Zira kanun yolu, içtihat birliğine hizmet ederek hukukî güvenliğe ve hukuk barışına katkı sunmaktadır²⁵. Almanların; “Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser” (güvenmek iyidir, denetlemek ise daha iyi) özdeyişi, yargılama hukukundaki kanun yolu kurumuna yansımaları niteliğindedir.

Kanun yolları, amaç bakımından, öncelikle tarafların menfaatine hitap etmekte ve hakkaniyetli bir karara ulaşmak için taraflara bir savunma mekanizması sunmaktadır. Bu özelliğiyle kanun yolu kurumu, bir bakıma, etkili bir hukuk sisteminin işlerliğine olan genel menfaate de hizmet ettiği söylenebilir²⁶. Eğer ki kanun koyucu, ihkak-ı hak yasağının etkin bir şekilde uygulanmasını istiyorsa, tarafların doğru bir karara ulaşmalarını mümkün kılmalıdır ki, kanun yolları da zaten tek bir dereceli mahkemenin kararı ile yetinmek durumunda kalmaktan tarafları böylelikle kurtarmaktadır. Fakat unutulmamalıdır ki; bu amacın ötesinde, artan yargılama masrafları, uzayan yargı süreci, tarafların hakkına daha geç kavuşması ve birbiriyle çelişme ihtimali olan farklı yargı kararları, kanun yollarının menfî sonuçları arasında gösterilebilir²⁷. Bu durum, tüm kararlarda olduğu gibi ara kararlara karşı kanun yollarında da geçerlidir.

Mahkeme kararlarına karşı başvuru yolu, geniş ve dar anlamda kanun yolu veya hukukî çare ve kanun yolu olarak sınıflandırılmaktadır²⁸. Türk hukukunda hukukî çare, tüm kararlara karşı kanun yolu imkânı tanınmadığından dolayı dar anlamda kanun yolu olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, kanun yolu imkânı dışında kalan başvuru yolları (itiraz, yan denetim gibi), hukukî çare olarak kabul edilebilir²⁹.

²⁵ Pekcantez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s.474; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Usul, s.602; Karşlı, Muhakeme, s.754- 755.

²⁶ Hannes Unberath, “Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis”, ZZP 120, 2007, ss.323-346; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 134 Rn. 21.

²⁷ Wolfgang Lücke, Zivilprozessrecht I, 11. Auflage, C.H Beck, 2020, § 35, Rn. 2.

²⁸ Teorik açıdan, kanun yolları, inceleme konusu olan kararın niteliğine ve verilmiş şeklinin tarzına göre (ara karar, nihai karar) ve ayrıca, denetimin sınırı ve genişliği bakımından (hukukî veya hem hukukî veya maddi denetimin yapılabilmesi) kategorize edilebilir (Bilge/Önen, Yargılama, s.638).

²⁹ Yavaş, Temyiz, s.14; Özekes, Pekcantez Usûl, s.2156; Akkaya, İstinaf, s.54-57.

III. ALMAN MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA ARA KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARI

A. Genel Olarak

ZPO, yargılamanın taraflarına, mahkemenin kararına karşı kendini savunabilmeleri için farklı imkânlar sunmaktadır. Bunlar, gıyapta verilen hükme karşı itirazdan, yargılanmanın yenilenmesi talebine kadar oldukça çeşitlilik gösterebilir. Dava taraflarının savunma mekanizmaları; kanuni itiraz (Rechtsbeschwerde), acele itiraz (sofortige Beschwerde), istinaf (Berufung) ve temyiz (Revision) kanun yolu olarak adlandırılmakta olup, bunların bir takım temel özellikleri mevcuttur³⁰. Kanun yollarının ilk ortak özelliği, mahkemenin, şeklî anlamda kesin hüküm etkisini geçici olarak durdurmasıdır (Suspensiveffekt). İkinci ortak özellik ise kanun yollarının, ilgili mahkeme kararını incelenmek üzere bir sonraki derecedeki mahkemeye taşınmasıdır (Devolutiveffekt). Bu özellikler, acele itirazda kısıtlı olsa da genel olarak bütün kanun yollarında ortaktır³¹. Burada sayılan olağan kanun yollarından ayrı olarak, mahkeme kararlarına karşı BVerfGG md. 90 I uyarınca, Federal Anayasa Mahkemesi'ne anayasal şikâyette bulunmak mümkündür. Bunun için, Anayasa'nın; § § 20/4, 33, 38, 101, 103 ve 104' de sayılan haklardan birinin ihlal edilmiş olması kanaati yeterlidir. Bu türden başvuru için, BVerfGG § 90/2 ile diğer hak arama yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Anayasal başvuru, olağanüstü bir kanun yolu sayılabilir³².

Bir davada olduğu gibi, kanun yollarının da usûl bakımından caiz olması ve esas bakımından geçerli olması gerekir³³. Kanun yolunun usûl bakımından caiz olması, davanın, usûl bakımından caiz olmasından ayrı tutulmalıdır. Örneğin, bir mahkemenin verdiği davanın usûl yönünden

³⁰ Alman medenî yargılama hukukundaki kanun yollarının şematik bir anlatımı için bkz. Michael Johannes Pils, "Das System der Rechtsbehelfe im Zivilprozess", JA, 2011, ss.451-457.

³¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 134, Rn. 3 vd.

³² Olağanüstü kanun yolunun ayrıntılı bir şekilde ele alınışı için bkz. Rolande Schwarze, "Außerordentliche Anfechtbarkeit zivilgerichtlicher Entscheidungen wegen offensichtlicher Gesetzwidrigkeit", ZZP 115, 2002, ss.25-50.

³³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 136.

caiz olup olmadığı kararı, kanun yolunun gereklilik kısmında incelenecektir. Kanun koyucu ZPO'da, kanun yolları için genel hükümler öngörmemiştir. Ancak yargıdaki uygulamalar ve öğreti ile kanun yolları için bir takım genel şartlardan söz edilebilir. İlk olarak, başvuru kanun yolu, aleyhine itiraz edilen kanun yolu için caiz olmalıdır. Örneğin, ZPO § 303'e göre verilen bir ara karara karşı, müstakilen kanun yoluna başvurulamayacaktır. İstinaf, ilk derece mahkemesinin nihaî kararına karşı mümkünken; temyiz incelemesi ise, kural olarak, istinaf mahkemesinin nihaî kararına karşı yapılabilir. İkinci olarak, kanun yoluna başvuranın hukukî bakımdan dezavantajlı bir halde olması, dava ile istediğine tam olarak kavuşamamış olması gerekir³⁴. Kanun yoluna başvurunun bir amacı da zaten bu dezavantajlı durumun düzeltilmesidir. Bir başka mesele ise, tarafların, kanun yolu başvurusu ile hukukî açıdan daha kötü bir duruma gelmemeleridir. Kanun yolu denetim mahkemesi, kararını, ancak tarafların talebi ölçüsünde verebilecektir³⁵.

Nihaî kararlar, istinaf veya temyiz aşamasına taşınabilirken, ara kararlar, kural olarak, tek başlarına kanun yollarına götürülemezler (ZPO § 318). Ancak kanun koyucu, ZPO §§ 280 ve 304 hükümlerince verilen ara kararların, kanun yolu bakımından nihaî karar gibi değerlendirileceğini ifade etmiştir. Ayrıca, gerçek olmayan ara kararlar (ZPO § 303) için acele itiraz gibi bir kısım kanun yolları öngörülmüştür³⁶.

B. Davanın Caiziyetine Dair Ara Kararda Kanun Yolu (§ 280 ZPO)

ZPO § 280'nin içeriğinden anlaşılacağı üzere, madde kapsamındaki ara sorunlar, davanın caiziyetine ilişkindir. Burada caiziyet ile ilgili ifade edilmek istenen, davanın açılmasının usûl yönünden caiz olup olmadığı sorusudur. Davanın caiz olup olmadığına dair her türlü karar, ara karar ile verilemeyecektir. Mahkeme sadece, davalının talebini reddettiği ve böylece davanın caiz olduğuna karar verdiği hallerde ZPO § 280'e göre bir ara karar verebilecektir. Bu hususa, davanın usûl yönünden caiz olması şartlarından bir kısmının ele alınıp, bunların caiz görülmesi

³⁴ BGH 11.01.1984 - IVb ZR 41/82, NJW 1984, 1302.

³⁵ Bu durum esasen, *reformatio in peius* yasağının bir sonucudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lüke, Zivilprozessrecht I, § 35 Rn. 10.

³⁶ Reinhold Witholz, Das Zwischenurteil, Diss., Halle 1927, s.38.

de dahildir³⁷. Davanın caiz olmadığına ilişkin bir karar ise, davayı, karar verilen derece açısından sonlandıracağı için, artık burada bir nihaî karardan söz edilecektir³⁸. ZPO § 280 kapsamındaki ara kararın şartı, davanın caiz olmasının mahkemece kabul edilmesidir. Davalı taraf, davanın caiz olmadığı iddiasında bulunuyorsa, mahkeme, öncelikle davanın usûl bakımından caiz olup olmadığına ilişkin şartları inceler ve talebi karara bağlar³⁹.

Mahkemenin, davanın usûl yönünden caiz olduğuna dair verdiği bir ara karar, kanun yolu bakımından ZPO § 280/2 uyarınca, nihaî bir karar gibi değerlendirilir. Böylece bu ara karar; ilk derece mahkemesince verilmişse istinaf aşamasına, istinaf mahkemesince verilmişse temyiz aşamasına taşınacaktır. Kanun yolu denetiminin içeriği, verilen kararın içeriği ile kısıtlıdır⁴⁰. Davanın usûl bakımından şartları tamamen ya da kısmen sağlamaması halinde, kanun yolu başvurusu esastan incelenip, dava usûl şartlarını sağlamadığı sebebiyle reddedilir. Mahkeme ZPO § 280/2 uyarınca, davanın caiz olduğu yönündeki ara kararının kesin hüküm kazanmasını beklemeden, tarafların talebi üzerine esas hakkındaki duruşmalara devam etmeye karar verebilir. Bu halde ortaya çıkan ilk sorun, mahkemenin, tarafların duruşmaya devam etme talebini kabul ya da reddetmesi halinde, bu kararına karşı itiraz edilip edilemeyeceğidir. Uygulamada, davanın ertelenmesini düzenleyen ZPO § 252'nin⁴¹ burada da uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışma konusu olmuştur⁴². Eski

³⁷ BGH 16.6.2005 – IX ZR 219/03, BeckRS 2005, 8451; Stein/Jonas/Roth, Zivilprozessordnung, ZPO § 280 Rn. 19.

³⁸ MüKoZPO/Prütting, 2020, § 280 Rn. 5; PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 7.

³⁹ Stein/Jonas/Thole, Zivilprozessordnung, ZPO § 280 Rn. 3.

⁴⁰ Karl August Bettermann, “Anfechtung und Kassation”, ZZP 89, 1976, s.389; MüKoZPO/Prütting, 2020, § 280 Rn. 8. Bundan farklı bir şekilde görüş için bkz. Stein/Jonas/Thole, Zivilprozessordnung, ZPO § 280 Rn. 34.

⁴¹ ZPO § 252, mahkemenin, kanunda belirtilen sebeplerden birinin varlığı halinde, yargılamayı ertelemeye ilişkin verdiği kararın, acele itiraz kanun yoluna tabi olduğunu düzenlemektedir.

⁴² Konunun ayrıntılı bir şekilde ele alınışı için bkz. Jäger, Zwischenstreitverfahren, s.144 vd.

tarihli yüksek yargı kararı⁴³, mahkemenin ara kararını vermesi ile yargılamanın hali hazırda duracağını, bu sebeple, yargılamanın erteleneceğine ilişkin kanuni düzenlemelerin burada uygulamaya yer olmadığını vurgulamaktadır. Frankfurt yüksek istinaf mahkemesi ise, mahkemenin, ZPO § 280'e göre verdiği ara karardan sonra duruşmaya devam etme kararı vermesi halinde, kanun yolunun mümkün olmadığına karar vermiştir⁴⁴.

Davanın caiz olduğuna ilişkin ara kararın verilmesinde bir başka sorun ise, ara kararın kesinleşmesi beklenmeden davanın esasına geçilmesinde söz konusudur. Mahkeme bu halde, uyuşmazlık konusunu esastan inceleyebilir ve karar verme aşamasına gelmesi halinde de ZPO § § 300 veya 301 uyarınca kararını vermek zorunda kalabilir. Bu durumda, davanın usûl yönünden caiz olup olmadığına ilişkin kanun yolu incelemesi, mahkemenin nihaî kararını vermesinden sonra sonuçlanabilir⁴⁵. Bu durumda kanun yolu denetim mahkemesi, davanın usûl şartları bakımından caiz olmadığına karar verir ve davayı reddederse, bu kararın etkisi için alt derece mahkemesindeki davanın seyrine bakılır⁴⁶. Eğer esasa ilişkin yargılama devam ediyorsa, bu halde yargılama, esas uyuşmazlık bakımından çözümlenmiş (Erledigung des Verfahrens) olacaktır. Fakat, alt derece mahkemesi, kanun yolu denetiminde karar verilene kadar bir hükme varmış ise bu hüküm kendiliğinden geçersiz olacaktır⁴⁷. Son olarak, taraflardan birinin nihaî

⁴³ RGZ 57, 416, 417 [https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Reichsgesetzblatt_\(Germany\)?uselang=de](https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Reichsgesetzblatt_(Germany)?uselang=de) (Erişim Tarihi: 08.09.2021).

⁴⁴ OLG Frankfurt a. M. 4. 9. 1984 - 5 W 12/84, MDR 1985, 149.

⁴⁵ Stein/Jonas/Thole, Zivilprozessordnung, ZPO § 280 Rn. 25 vd.; PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 13.

⁴⁶ Jauernig, esasen burada ele alınan durumun, ihtimali talep halinde, kısmî karar verilmesi ve sonradan nihaî kararın farklı bir yönde vücut bulması haline örnek olarak sunulmuş olduğunu ve bundan bir farkı olmadığını vurgulamıştır (Othmar Jauernig, "Teilurteil und Teilklage", in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Hrsg. v. Claus Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt, Claus Roxin, Karsten Schmidt, Gunter Widmaier, Band 3: Zivilprozeß, Insolvenz, Öffentliches Recht, Hrsg. v. Karsten Schmidt, München 2000, s.323).

⁴⁷ Thomas/Putzo/Seiler, Zivilprozessordnung, § 280 ZPO Rn. 10; PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 14.

kararı icraya koyması halinde, ki bu durum mahkeme kararı kesinleşmeden de ortaya çıkabilir⁴⁸, ortaya çıkacak zararın tazmininden nihaî kararı icraya koyan taraf sorumlu olacaktır. Hükümün kesinleşmesi öncesi, icra sebebiyle zararın tazmini ZPO § 717/2'ye dayanırken; öğretide bir başka görüş, hükümün kesinleşmesi sonrasında yaşanacak bir durum için, şarta bağlı hükme ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁹.

C. Yargılamaya İlişkin Ara Kararlara Karşı Kanun Yolu (§ 303 ZPO)

ZPO § 303 kapsamında verilen yargılamaya ilişkin ara kararlara karşı tek başına kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı, ara kararın türüne göre farklılık göstermektedir. O halde bu kısımda, gerçek ve gerçek olmayan ara kararlar, kanun yolu bakımından ayrı ayrı incelenecektir. Bu ara kararlar arasındaki farklılıkta, mahkemenin bunu nasıl tanımladığından ziyade, alınan kararın içeriği önem arz etmektedir⁵⁰.

1. Gerçek Ara Kararlarda Kanun Yolu

Davanın tarafları arasında ortaya çıkan ara sorunların çözümüne yönelik verilen ara kararlar, öğretide “gerçek ara kararlar” olarak

⁴⁸ Bu türden bir durumun, mahkemenin verdiği hükmü belli şartlar altında (§§ 708, 709 ZPO) erken icrayı haiz (vorläufige Vollstreckbarkeit) olarak açıklanmasıyla mümkündür.

⁴⁹ PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 14; Thomas/Putzo/Seiler, Zivilprozessordnung, § 280 ZPO Rn. 10; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2018, § 59 Rn. 40. Jäger, maddenin kıyasen uygulanmasını savunmuştur (Jäger, Zwischenstreitverfahren, s.155-156).

⁵⁰ Richard Zöllner, Zivilprozessordnung, Beg. v. Richard Zöllner, 33. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2020, § 303 ZPO Rn. 10, § 303 ZPO Rn. 1. Bu mesele alınan kararın caiz olmaması halinde kanun yolu bakımından nasıl bir yol izleneceğini de etkilemektedir. Öğretideki farklı teorilerin sunumu için bkz. Adolf Schönke, “Anmerkung zu BGH 5.2. 1953- III ZR 105/51”, NJW, 1953, 703. Aynı şekilde bkz. BGH 5. 12. 2005- II ZB 2/05, NJW- RR 2006, 565.

adlandırılmaktadır. Gerçek ara kararlara karşı tek başına kanun yoluna gitmek mümkün olmayıp, bunlar ancak nihaî kararla birlikte kanun yoluna taşınabilir⁵¹. Eski tarihli BGH⁵² kararında, mahkemenin, yargılama usûlüne ilişkin bir ara sorunu değil maddî hukuku ilgilendiren bir konuyu, örneğin Franchise sözleşmesinin geçersizliği sorununu ZPO § 303'e başvurarak ara karar ile ihdas etmesini, müstakilen kanun yoluna konu edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Ancak daha sonraki tarihlerde, yargıda bu duruma, adaletin tesis edilmesi hakkının (Justizgewährleistungsanspruch) bir tesiri ve neticesi olarak birtakım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnanın ilki, maddî hukuka dair verilen ara kararın, aslında bir kısmî veya nihaî karar olarak verilmesi gerektiği ve o halde kanun yolu imkânının tek başına mümkün olmasıdır. Örneğin mahkemenin, uyuşmazlık konusu sözleşmenin geçersiz olduğuna⁵³ ya da yargılamada sulhun şartlarının sağlanıp uyuşmazlık konusunun çözüme kavuştuğuna bir ara karar ile hükmettiği durumda, mezkûr ara karara

⁵¹ MüKoZPO/Musielak, 2020, § 303 Rn. 8.

⁵² “Temyiz başvurusu caizdir. Gerçi istinaf mahkemesi temyiz edilen Entscheidung şeklindeki kararı bir ‘ara karar’ şeklinde vermiştir. Böyle bir karar tek başına değil, aksine, ancak nihaî karar ile temyiz edilebilir. Önümüzdeki olayda olduğu gibi, mezkûr ara karar, § 303 ZPO anlamında ara sorun konusu hakkında değil maddi hukuka ilişkin (sözleşmelerin hükümsüzlüğü) bir ara karar hiç verilemez olsa bile geçerlidir. Davacının, usûl hukuku açısından caiz olmayan bir ara karara karşı kanun yoluna başvurusu, bu kararın doğru bir şekilde kısmî karar olarak verilmesini gerektiriyor olsa bile engellenemez” BGH NJW 1994, 1651, 1652.

⁵³ Öğretide bir görüş, aynı durumun, mahkemenin ZPO § 280 uyarınca ara karar vermesi halinde de geçerli olduğunu savunmuştur (PG/Geisler, Kommentar, § 280 ZPO Rn. 10).

“Aynı haklara yönelik verilen hükümdeki bir ara kararın temyizi, içerik olarak sadece yargılama ile ilgili bir ön sorunun çözümü ile sınırlı kalmayan, aksine, maddi hukuka ilişkin bir karara yönelik olan bir ara karar, aynı haklara yönelik bir karar gibi, hiçbir sınırlama olmaksızın temyiz edilebilir.

Derdestlik durumuna rağmen verilen bir hüküm, etkisizdir. Bu tür bir karar, hukukî açıdan sorunlu olmayan (hukukî hatadan ari) karar gibi, aynı içeriğe sahip bir karar nasıl temyiz ediliyorsa o şekilde temyiz edilebilir.” BGH 5. 12. 2005- II ZB 2/05, NJW-RR 2006, 565.

karşı kanun yolunun müstakilen mümkün olduğu kabul edilmelidir⁵⁴. Bir başka istinaî durum ise, yargılamanın kesintiye uğradığı hallerde söz konusudur⁵⁵.

2. Gerçek Olmayan Ara Kararlarda Kanun Yolu

Öğretide, mahkemenin üçüncü kişilerin dahil olduğu ara sorunları karara bağlaması, gerçek olmayan ara karar olarak tanımlanmıştır⁵⁶. Bu türden ara kararlar, kanun yolu bakımından § 303'e göre verilen ara kararlardan farklılık göstermekte, bunlara karşı bizzat kanun koyucu tarafından bir takım özel kanun yolları öngörülmektedir. Fer'î müdahaleye ilişkin anlaşmazlığı düzenleyen ZPO § 71, uyuşmazlığın bir ara sorun olarak ele alınacağını hükme bağlamaktadır. Buna göre ara sorun, taraflardan birinin fer'î müdahalenin reddi talebinde bulunmasında ortaya çıkmaktadır⁵⁷. Mahkemenin, fer'î müdahale ara sorununa (ön sorun) ilişkin ara karar vermesi halinde, ZPO § 71/2, mezkûr ara karara karşı tek başına acele itirazda bulunulmasını hükme bağlamıştır. Unutulmaması gereken bir husus, acele itirazın, ilk derece yerel ve bölgesel mahkemelerin kararlarına karşı bir kanun yolu olduğudur. O halde, istinaf mahkemesinin vereceği fer'î müdahale talebine ilişkin ara

⁵⁴ Öğretide, maddi hukuku ilgilendiren uyuşmazlık konularına ilişkin verilen ara karara karşı kanun yollarının mümkün olması gerektiği savunulmaktadır (Thomas/Putzo/Seiler, Zivilprozessordnung, § 303 ZPO Rn. 7). Ayrıca bkz. BGH 18.09.1996- VIII ZB 28/96, NJW 1996, 3345.

⁵⁵ “Temyiz edilebilir/bozulabilir bir hakkın, davaya ara verilmesi/kesintiye uğraması.

1. Alacağa yönelik bir davada; borçlu, alacağını, iflas davasının açılmasından önce devir ve temlik ettiyse, bu devir ve temlik, iflas hukuku hükümlerine göre iptal edilebilir olsa bile mahkemece ara verilir/kesintiye uğrar (Unterbrechung).” BGH, Urteil vom 11. 2. 2010- VII ZR 225/07.

⁵⁶ Zöller/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 303 ZPO Rn.

⁵⁷ Öğretide, tarafın, fer'î müdahil ara sorununa katılıp katılmadığına bakılmaksızın, davanın taraflarını ara sorunun da tarafı olarak gören görüş için bkz. Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, Hrsg. v. Hans- Joachim Musielak, Wolfgang Voit, 18. Auflage, München: Franz Vahlen, 2021, ZPO § 71 Rn. 4; Thomas/Putzo/Hübtege, Zivilprozessordnung, § 71 ZPO Rn. 3.

Doktrindeki aksi görüş için bkz. MüKoZPO/Schultes, 2020, § 71 Rn. 7.

kararlara karşı acele itiraz caiz değildir⁵⁸. Davada, fer'î müdahale talebinin reddine ilişkin ara karar verilmesi halinde, fer'î müdahil talebi reddolunan, bu ara karar kesinleşene kadar yargılamaya katılabilecek ve ret kararının kesinleşmesine kadar yerine getirdiği yargılama faaliyetleri mahkemece dikkate alınacaktır⁵⁹.

Gerçek olmayan ara kararlara bir diğer örnek ise, ZPO § 135'te avukatların belgeleri geri vermesine yöneliktir⁶⁰. Belgeyi incelemek üzere elden almış olan avukat, öngörülen süre içerisinde belgeyi geri teslim etmezse, bu halde mahkeme sözlü duruşma sonrasında bir ara karar ile belgenin gecikmeksizin geri iade edilmesi gerektiğine hükmedebilir⁶¹. Bu türden gerçek olmayan bir ara karara karşı ZPO § 135/3 uyarınca, acele itiraz yolu açıktır. Son olarak, gerçek olmayan ara kararlara verilebilecek bir başka örnek, tanıklıktan kaçınma halinde, mahkemenin bu kaçınmanın geçerli olup olmadığına karar vermesidir. ZPO § 383, tanığın kişisel kaçınma sebeplerini düzenlerken; § 384'te ise, esasa dair kaçınma nedenleri düzenlenmiştir⁶². Ara sorunun taraflarından biri, tanığın, tanıklıktan kaçınması halinde bunun hukuken geçerliliğini ara sorun haline getirebilir⁶³. Bu halde mahkeme, bu konudaki kararını, ZPO § 387/1 uyarınca tarafları dinledikten sonra verecektir. Mahkemenin bu türden bir ara kararına karşı acele itiraz yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak, acele itirazın sadece kısıtlı hallerde mümkün olduğu unutulmamalı, bu kanun yolunun, sadece ilk derece yerel ve bölgesel mahkemelerin kararlarına karşı caiz olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

⁵⁸ BGH 27.2.2015 – V ZR 128/14, NJW 2015, 2425, 2426; BGH 5. 12. 2012 – I ZB 7/12, NJW-RR 2013, 490.

⁵⁹ BGH 2.7.2019 – II ZR 406/17, NJW 2019, 3155, 3160; BGH 14. 5. 2013 – II ZB 1/11, NZG 2013, 792; BGH 10. 1. 2006- VIII ZB 82/05, NJW 2006, 773.

⁶⁰ PG/Thole, Kommentar, § 303 ZPO Rn. 1; Zöllner/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 303 ZPO Rn. 5.

⁶¹ Furtner, Urteil, s.370.

⁶² Tanıklıktan kaçınmaya ilişkin kararın da “gerçek olmayan ara karar” olarak değerlendirilmesi için bkz. PG/Thole, Kommentar, § 303 ZPO Rn. 1; Zöllner/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 303 ZPO Rn. 5.

⁶³ Ara sorunun tarafları, delil ileri süren taraf ile tanıklıktan kaçınan kimsedir (Furtner, Urteil, s.370).

D. Esasa İlişkin Ara Kararlara Karşı Kanun Yolları (§ 304 ZPO)

Uygulamada, esasa ilişkin ara karara daha çok tazminat taleplerinde karşılaşılmaktadır⁶⁴. Mahkeme, genelde bu türden davaların çok uzun sürmesi, kompleks bir materyale sahip olması ve yargılamanın basitleştirilmesi amacıyla yargılamayı bir nevi parçalara ayırmaktadır. Mahkeme öncelikle, talep hakkının esasını, yani tazminat talep hakkının maddî şartlarının yerine gelip gelmediğini inceleyebilir⁶⁵. Bununla birlikte mezkûr karar, kanun yolu açısından (ZPO § 304 II), her ne kadar davaya miktar açısından karar verilmemiş olsa bile, nihaî karar gibi kanun yoluna taşınabilir. Tabiri diğerle, esas talep hakkındaki ara karar, tek başına ve müstakilen kanun yolunu haizdir. Burada hukukî kuraldan anlaşılması gereken, maddî hukuk değil usûl hukukudur. Zira, davanın bütün olarak esasına ilişkin karar verilmemiştir. Bu açıdan esas olan, dava ile ilgili talep hakkında yani dava konusu hakkında, prensip olarak karar verilebilir verilemeyeceğidir.

Mahkemenin, esasa ilişkin verdiği ara karar ZPO § 304/2 uyarınca, kanun yolu bakımından nihaî bir karar gibidir. Bu türden bir ara karara karşı, ara karar; ilk derece mahkemesince verilmişse istinaf aşamasına, istinaf mahkemesince verilmişse temyiz aşamasına gidilecektir. Aynı ZPO § 280 kapsamında verilen ara kararlarda olduğu gibi, esasa ilişkin ara karar verilmesi ile yargılama “kanuni etki” ile duraklayacaktır⁶⁶. Tarafların, hakkın miktarının belirleneceği duruşmaya esasa ilişkin ara kararın kesinleşmesi beklenmeksizin devam edilmesini talep etmeleri halinde, mahkeme, yargılamaya devam edip etmeme takdir hakkına sahiptir⁶⁷. Mahkeme, kararın verilmesinde esasa ilişkin ara kararın amacını, yani yargıda usûl ekonomisini göz önüne alarak yargılamanın basitleştirilmesini değerlendirmelidir. Öbür yandan, kanun yolu denetim mahkemesi, uyumsuzluğun içeriğine ne kadar karışacağını tartmalıdır⁶⁸. Esas olan davanın duraklaması olup⁶⁹, talep üzerine ara

⁶⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2018, § 59 Rn. 44.

⁶⁵ Wolfgang Voit, “Vorabentscheidung über einzelne Verteidigungsmittel aus prozessökonomischen Gründen”, NJW, 2017, 203-205, s.203 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 07.06.2021).

⁶⁶ OLG Köln 28. 7. 1955 - 7 W 49/55, NJW 1956, 555.

⁶⁷ Furtner, Urteil, s.330.

⁶⁸ Zöller/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 304 ZPO Rn. 32.

⁶⁹ MüKoZPO/Musielak, 2020, § 304 Rn. 39.

kararın kesinleşmesinden önce miktar duruşmasına başlanması istisnaîdir⁷⁰. İstisnaî hüllere öğretide örneğ olarak, kanun yolu yargılamasının uzaması ve gecikmesi halinde, davacı için kabul edilemeyecek bir şekilde icranın gecikmesi ya da davalı için masrafların artması gösterilmiştir⁷¹.

Esasa ilişkin ara karar verilmesi halinde, bu kararın kesin hüküm etkisi kazanması beklenilmeden, yargılamaya devam edildiği haldeki sorunlardan bahsetmek gerekir. Burada ortaya çıkabilecek sorunlar, § 280 kapsamında yukarıda bahsedilen sorunlarla aynıdır. Mahkemenin, miktarın belirleneceği duruşmayı ele aldığı sırada ara kararın kanun yolu denetimi olumsuz sonuçlanır ya da dava konusu uyuşmazlık üst derece mahkemesi tarafından neticelendirilirse, ilgili mahkemenin yargılaması sona erecektir. Eğer, ara karar veren mahkeme nihaî kararını vermiş ancak kanun yolu farklı bir şekilde sonuçlanmış ise, bu halde alt derece mahkemesinin kararı hükümsüz olacaktır⁷². Davayı kazanan tarafın icraya

Tarihi kanun koyucu da bu şekilde düzenlemiştir [“Begründung des Entwurfs”, in: Carl Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Zweiter Band, Erste Abtheilung, Berlin: R.v. Decker, 1880, (Mat. II 1), Neudruck 1983, s.284 (§ 266)].

Ancak, ara karara karşı olağanüstü bir kanun yolu olarak anayasal itiraza başvurulur ise, bu durumda devam eden yargılamanın duraklatılması gerekmemektedir (Stein/Jonas/Althammer, Zivilprozessordnung, ZPO § 304 Rn. 58).

⁷⁰ OLG Köln 03.09.2014- 16 W 29/14, BeckRS 2014, 19572; OLG Celle 10. 3. 2003- 6 W 13/03, NJW-RR 2003,787; Ayrıca bknz. Furtner, Urteil, s.330; Becker, Grundurteils, s.187-189.

⁷¹ BeckOK ZPO/ Elzer, Beck’scher Online-Kommentar, Hrsg. v. Volkert Vorwerk, Christian Wolf, München 2021, ZPO § 304 Rn. 47.

⁷² “Nihaî karardaki miktarın dayanağını oluşturan talebin esası hakkında verilmiş olan ara karar, ‘Urteil’ şeklindeki kararın verilmesinden sonra hukuka uygun biçimde geçersiz kılındıysa, miktar hakkındaki nihaî karar, ayrı bir açıklama gerekmezsizin etkisini kaybeder.” BGH 18.07.2007- VIII ZR 236/05, BeckRS 2007, 16936.

Aynı yöndeki karar için bknz. BGH 20. 7. 2006- IX ZR 47/04, NJW 2006, 3496, 3497.

Zöller/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 304 ZPO Rn. 41; PG/Thole, Kommentar, § 304 ZPO Rn 24; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 2018, § 59 Rn. 68; Jauernig, Zivilurteil, s.135; Furtner, Urteil, s.333.

başvurmuş olması durumunda, bu sebeple oluşacak zararların giderilmesi için, icraya başvurmuş tarafa tazmin yükümlülüğü yükleyeceği de (§ 717 II ZPO) izahtan varestedir⁷³.

IV. İSVİÇRE MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ARA KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARI

A. Genel Olarak

İsviçre medeni yargılama hukukunda, mahkemenin yargılamayla ilgili verdiği karar, kural olarak, “Entscheid” olarak ifade edilmektedir⁷⁴. ZPO-CH ve BGG’de (Bundesgesetz über das Bundesgericht) karar türleri (ara kararlar da dahil) hem terminolojik bakımdan hem de kapsam bakımından farklılık göstermektedir. İsviçre medeni yargılama hukukunda kanun yolları; istinaf (Art. 308 vd. ZPO-CH), itiraz (Art. 319 vd ZPO-CH), temyiz (Art. 328 vd. ZPO-CH, Art. 121 vd. BGG), Federal Mahkeme’ye itiraz (Art. 72 vd. BGG) ve ikincil anayasal itirazdan⁷⁵ (Art. 113 vd. BGG) oluşmaktadır. Her ne kadar kanun yolları mer’i hukuk öncesinde kantonun kendi özel düzenlemeleriyle belirlenmiş ve böylece birbirinden farklılık göstermekteyse de⁷⁶ hem BGG’nin yürürlüğe girmesi hem de ZPO-CH reformları ile bu farklılıklar büyük oranda ortadan kaldırılmıştır. Kanton seviyesindeki kanun yolları ZPO-CH § § 308 vd. da düzenlenmişken, federal seviyedeki kanun yolları BGG § § 72 vd., 113 vd. ve 121 vd. düzenlenmiştir.

⁷³ Zöller/Feskorn, Zivilprozessordnung, § 304 ZPO Rn. 41. Kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. MüKoZPO/Musielak, 2020, § 304 Rn. 42; PG/Thole, Kommentar, § 304 ZPO Rn. 24.

⁷⁴ ZPO-CH Reformu ile medenî yargılama hukukunda, federal birlik sağlanmadan önce kantonların karar tanımlamaları; *Urteil*, *Entscheid* ve *Verfügung* ile çeşitlilik göstermekte idiye de reform çalışması ile (dar anlamda) karar için kısa ve öz bir şekilde “Entscheid” kavramı tercih edilmiştir (Botschaft 2006, 7221, 7343).

⁷⁵ Bu itiraz türü, Federal Mahkeme’ye itirazın mümkün olmadığı ve kanton seviyesindeki son derece yargılamasında anayasal hakların ihlal edildiği hallerde caiz olup, ikincil (subsidiär) bir itiraz türü olarak ifade edilmiştir.

⁷⁶ Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 2017, N. 1293.

ZPO-CH ve BGG’de yer alan kanun yollarının ortak noktalarını oluşturan birtakım esaslar söz konusudur. Bunlardan ilki, çifte kanton derecesinin bulunması⁷⁷ ve uyuşmazlık konusunun Federal Mahkeme’ye taşınabilmesidir. İkinci olarak, taraflar kanun yoluna gitmedikçe, kanun yolu mahkemesi re’sen incelemede bulunup karar veremez⁷⁸. Tarafların, kanun yolu hakkından feragat etmemiş olması gerekliliği⁷⁹, kanun yolu mahkemesinin, kanun yoluna müracaat edenin daha kötü bir duruma getirmemesi (reformatio in peius)⁸⁰, mahkemenin kararını verirken tarafları mümkün olan kanun yolları bakımından bilgilendirmesi⁸¹ de kanun yollarının ortak özelliklerdendir. Uyuşmazlık konusunun belli bir

⁷⁷ Marco Chevalier, Die Beschwerde an das Bundesgericht, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2009, s.61; BernerKomm/ Sterchi, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Hrsg.: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, Vorb. zu Art. 308 ZPO-CH, N. 9; Jakob Steiner, “Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, SSZR, 2019/31, s.19.

⁷⁸ Buna dair bir istisna, uzlaştırma makamının davaya izin vermesinin mahkemece re’sen kontrol edilmesidir (BGE 139 III 273, 4A_28/2013, 3.6.2013, Reg.’ten naklen).

⁷⁹ Sterchi’nin de belirttiği gibi, bu şekilde bir vazgeçme, ZPO-CH § 313 anlamındaki müteakip temyize (Anschlussberufung) başvuruyu etkilemeyecektir (BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Vorb. zu Art. 308 ZPO-CH, N. 42).

⁸⁰ Botschaft 2006, 7221, 7379; BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Vorb. zu Art. 308 ZPO-CH, N. 4.

⁸¹ Sutter-Somm, Zivilprozessrecht, N. 1327 vd.

“Dürüstlük ilkesi gereğince taraflara başvurabilecekleri kanun yollarının yanlış bildirilmesi sebebiyle bunlar aleyhine dezavantajlı bir durum oluşmamalıdır. Taraflardan birinin, bu türden bir korumayı talep edebilmesi ise ancak bu kişinin kendisine yapılan yanlış kanun yolu bildirimine güvenmesi haklı ise mümkündür. Ancak kişi, mevcut yanlış fark etmiş ya da gerekli bir dikkat ile fark etmesi gerekiyor idiye; bu türden bir koruma talep edilemez. Nitekim, ilgili tarafın veya avukatının ağır usûlî ihmali, kanun yoluna ilişkin yanlış bildirimden daha ağır basabilir. Yanlış kanun yolu tebliğine güvenen tarafın, ne zaman fahiş bir dikkatsizlik ile sorumlu olacağı, somut olayın şartlarına ve onun hukukî bilgisine göre belirlenir. Pek tabi avukatlar için daha yüksek kıstaslar belirlenecektir, bu kişilerden her türlü kanun yolu tebliğini ‘kabaca kontrol etmeleri’ beklenir.” BGer 4A_507/2011, 1.11.2011, B. 2.2.

değerinin bulunması (Örn. ZPO-CH § 308/2) ve kapsamlı vakıa incelemesinin yalnızca kanton istinafında yapılacak olması ise diğer birtakım esasları oluşturmaktadır⁸².

B. ZPO-CH'deki Ara Karara Karşı Kanun Yolları

ZPO-CH § 237/2, mahkemenin verdiği ara kararın tek başına kanun yoluna taşınabileceğini ifade etmektedir. Hatta ara kararın sonraki nihaî kararlarla birlikte kanun yoluna götürülmesi § 237/2'ye göre mümkün değildir. Böylece, ara kararın kanun yolu incelemesine götürülmesi bakımından bir hak kaybı (Präkulsion) söz konusudur⁸³, ki bununla yargılamada odaklanma ve usûl ekonomisinin gözetilmesi dikkate alınmaktadır. Ara kararın kanun yoluna götürülmesinin sadece kanun koyucunun öngördüğü sürelerde mümkün olması ile oldukça kapsamlı yargılamalardan kaçınılmıştır⁸⁴. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu ara kararlar ZPO-CH § 308 uyarınca, kural olarak istinafa tabidir. Dikkat edilmesi gereken bir nokta, istinaf kanun yolunun açık olması için ZPO-CH § 308 vd. öngörülen genel şartların da sağlanmış olmasıdır. Öncelikle, mal varlığını ilgilendiren meseleler bakımından kanun koyucu, bunun en azından 10.000 Frank değerini taşıması gerektiğini hükme bağlamıştır⁸⁵. Bundan başkaca, ara kararın istinafa taşınabilmesi için, kanun yoluna başvuranın geçerli bir sebebi olmalıdır. § 310'daki düzenleme göz önüne alındığında, ilk derece mahkemesinin ara kararında ya hukukun yanlış bir şekilde uygulanması ya da uyuşmazlığa dair vakıaların yanlış tespiti söz konusu olmalıdır. Bunlardan birinin varlığı halinde, istinafa başvuracak taraf ZPO-CH § 311'e göre, istinaf dilekçesini gerekçeli ara kararın kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde ve gerekçeli bir biçimde, kanun yolu mahkemesine sunmalıdır. İstinafa başvurulması ile verilen ara kararın hüküm etkisi, sunulan

⁸² “Ancak, istinaf mahkemesinin, ilk derece yargılamasını tam ve eksiksiz olarak yürütmesi gibi bir görevi yoktur.” OGer. Zürich NG200007-O/U, Beschluss und Urteil vom 30. November 2020, E. 5.3.

⁸³ Ulrich Meyer, Stämpflis Handkommentar, Hrsg: Baker&McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern, 2010, ZPO Art. 237, N. 10.

⁸⁴ BernerKomm/Killias, Kommentar, Art. 237 ZPO-CH, N. 38.

⁸⁵ BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Art. 319 ZPO-CH, N. 5; Sutter-Somm, Zivilprozessrecht, N. 1386.

dilekçenin kapsamına göre kendiliğinden ertelenecektir (ZPO-CH § 315/1)⁸⁶.

ZPO-CH § 319 ile öngörülen itiraz kanun yolu, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu istinafi haiz olmayan ara kararlar için öngörülmüştür. Üst derece mahkemesinin kararlarına karşı ise temyiz söz konusu olabilecektir. Yargılama usûlüne dair kararlar (prozessleitende Verfügungen)⁸⁷ ZPO-CH'ya göre dar anlamda karar kapsamına girmediğinden, bunlara karşı istinafa gidilmesi de mümkün değildir⁸⁸. Nitekim ZPO-CH § 308'e göre, ilk derece mahkemesinin yalnızca nihâi ve ara kararlarına karşı istinafa başvurulabilir. ZPO-CH § 319 b bendinde, yargılama usûlüne dair kararlardan, itirazın konusu olarak bahsedilmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemesinin, dar anlamda karar dışında verdiği diğer türden kararlara ve yargılama usûlüne dair kararlarına karşı itiraza başvurulması mümkündür⁸⁹. Örneğin, ZPO-CH § 50'ye göre hâkimin reddinin talep edildiği ve bunun bir ara sorun oluşturduğu hallerde, mahkemenin kararı § 50/2'ye göre itiraza tabidir⁹⁰. Bundan başka, ZPO-CH § 75/2'de, mahkemenin fer'î müdahil talebine dair vereceği kararın itiraza tabi olduğu belirtilmiştir. Davanın ihbarı (ZPO-CH § 82/4), avans ödemesi ve teminat (ZPO-CH § 103), masraf (ZPO-CH § 110), adli yardım talebinin tamamen veya kısmen

⁸⁶ Oberhammer, Kommentar, Art. 315 ZPO-CH, N. 1.

⁸⁷ Kanun koyucu ise, yargılamayı ilgilendiren usûl kararları için eş anlamlı bir şekilde "Inzidenzentscheide" kavramını kullanmıştır (Botschaft 2006, 7221, 7376). Bu kavram öğretilde, § 237 ile düzenlenen ara karar kapsamına girmeyen ve mahkemenin, yargılamanın gidişatına ilişkin verdiği her türlü düzenleyici kararı için tercih edilmiştir (BernerKomm/Killias, Kommentar, Art. 237 ZPO-CH, N. 17).

⁸⁸ BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Art. 308 ZPO-CH, N. 6.

⁸⁹ Nicola Müller, "Prozessleitende Entscheide im weiteren Sinne. Eine Untersuchung von Zwischenentscheiden und prozessleitenden Verfügungen nach ZPO und BGG", Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ), 2014, s.248.

⁹⁰ Bu meselenin, kanun tarafından başka şart aranmaksızın, itiraz kanun yoluna açık olması usûl ekonomisi sebebiyle açıklanmıştır. Ayrıca bu mesele BGG § 92'de, ön ve ara karar kapsamında değerlendirilmiş ve açıkça Federal Mahkeme'ye itiraza gidilebileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece, mezkûr husus, diğer yargılama usûlüne dair kararlardan ayrılmaktadır (Oberhammer/Kiener, Kommentar, Art. 50 ZPO-CH, N. 4).

reddedilmesi veya mevcut adli yardımın geri çekilmesi (ZPO-CH § 121), davanın duraklatılması (ZPO-CH § 126/2), mevcut davanın ilgili bir başka dava ile birleştirilmesi (ZPO-CH § 127/2), yargılama disiplininin sağlanması için verilen para cezası (ZPO-CH § 128/2) kararlarına karşı da itiraza başvurulabileceği, kanunda açıkça öngörülen bir takım diğer düzenlemeler şeklinde hükme bağlanmıştır⁹¹. Kanunda açıkça öngörülme hallerde ise, ZPO-CH § 319 b/2'ye göre giderilmesi kolay olmayan dezavantajlı bir durumun⁹² mevcut olması gerekmektedir.

C. BGG'de Ara Kararlar İçin Öngörülen Kanun Yolları

BGG § § 92 vd., bağımsız şekilde verilen ön ve ara kararlar (Vor- und Zwischenentscheide) hüküm altına almıştır. BGG § 92⁹³, yetki (Zuständigkeit)⁹⁴ ve hâkimin reddi talebine (Ausstandsbegehren)⁹⁵ dair ön

⁹¹ Devam eden farklı örnekler için bkz. BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Art. 319 ZPO-CH, N. 7-8e.

⁹² Öğretide, dezavantajın sadece hukukî nitelikte mi olması gerektiği yoksa bunun yanında fiilî dezavantajın da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışmalıdır (BernerKomm/Sterchi, Kommentar, Art. 319 ZPO-CH, N. 11). Chevalier, hukukî ve fiilî dezavantaj ayrımının kalkması gerektiği görüşündedir (Chevalier, Beschwerde, s.38).

⁹³ BGG Art. 92 Yetki ve Görev Hakkında Verilen Ön ve Ara Kararlar Yetkiye ve göreve ilişkin itirazda, talebin reddi halinde (nihai karardan), bağımsız bir şekilde verilmiş ön ve ara kararlara karşı itiraz yolu caizdir. Bu kararlar daha sonra kanun yoluna götürülemezler.

⁹⁴ Bundan anlaşılması gereken yer, görev ve fonksiyon bakımından yetkidir. Bu yetki, tek bir kanun maddesiyle düzenlenmiş olabileceği gibi hukuk düzeninin tamamından da anlaşılabilir (Petra Fleischanderl, "Die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden § Art. 92 f. BGG", Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 57/2013, s.313).

⁹⁵ BGG md. 92'de düzenlenen ret talebi, mahkemenin görevli kişilerini konu edinebilir ve itiraza konu karar olumlu ya da olumsuz şekilde verilmiş olabilir.

Hukuk insanları (hakimler), mahkeme uzmanları ya da çevirmenlerin reddinin talebi bu kapsamda değerlendirilir (Fleischanderl, SZS, s.315). Bilirkişinin reddi ise, BGG md. 92 uygulama alanına girmemektedir. (BGE 132 V 93, 108 vd., I 745/03, 8.2.2006, E. 6.5 ve BGer. ÖA. II., 2C_507/2008 /zga, 14.7.2008, E.2.2).

ve ara kararlara karşı kanun yollarını düzenlerken; § 93⁹⁶ ise, bağımsız ön ve ara kararlara karşı kanun yollarını düzenlemektedir⁹⁷ . Böylece BGG’de düzenlenen ön ve ara karar, ZPO-C § 237’de düzenlenen ara karardan farklılık göstermektedir⁹⁸. Böylece, BGG kapsamında üç farklı karar çeşidi öngörülmüştür. Bunlar; nihaî karar, kısmî karar ve ön- ara kararlardır⁹⁹. Fakat İsviçre Federal Mahkemesi, vermiş olduğu bir

⁹⁶ BGG Art. 93 Diğer Ön- Ara Kararlar:

1. Diğer türden ön ve ara kararlara itiraz ise ancak şu hallerde mümkündür:
 - a. Bu kararla telafisi mümkün olmayan dezavantajlı bir durum meydana gelme tehlikesi mevcutsa,
 - b. İlgili mahkeme, üst derece mahkemesinin farklı bir değerlendirmesi halinde hemen nihaî karar verebileceği ve böylece, devam edecek delil toplama aşaması bakımından ciddi manada zaman ve masraftan tasarruf edilebilecekse.
2. Uluslararası ceza hukukunu ilgilendiren meseleler ya da iltica hukuku alanında verilen ön ve ara kararlar, kanun yoluna götürülemezler. Geri iade amacıyla tutukluluk gibi mal varlığı veya değerli eşyalara el koyma hallerinde verilen ön ve ara kararlara karşı itiraz ise saklıdır.
3. 1. ve 2. fıkralarda sayılan sebeplerden ötürü itiraz caiz değilse ya da itiraza başvurulmamışsa bu halde, ilgili ön ve ara kararlara karşı, bunların nihaî kararı etkilemiş olması durumunda, nihaî karara karşı itirazla kanun yoluna götürülmeleri caizdir.

⁹⁷ Doktrinde, BGG md. 93’te açıkça yer almamasına rağmen, ihtiyati tedbir kararlarının da bu kapsamda değerlendirileceği görüşü vardır (Chevalier, Beschwerde, s.36).

⁹⁸ BGG kapsamındaki ön ve ara kararların, ZPO-CH kapsamındaki ara kararla ortak bir noktası da ilgili dava konusu uyuşmazlığı, tamamen veya kısmen sona erdirmemeleri, nihaî karara giden yolu hazırlamalarıdır. Hatta, kanun yolu mahkemesinin yalnızca ara karara ilişkin verdiği kararın da bunun davayı esastan sonlandırmadığı halde (BGG md. 92 vd. kapsamında) bir ara karar olacağı vurgulanmıştır (Chevalier, Beschwerde, s.34; Fleischanderl, ZS, s.308).

Aynı şekilde mahkeme kararı için bkz. BGer. 4A_542/2009, 27.4.2010, E. 3.

⁹⁹ Farklı bir husus olarak, BGG md. 98 kapsamında, ihtiyati tedbir kararına karşı kanun yolundan bahsedilmektedir. Yüksek Mahkeme, vermiş olduğu bir kararında, evliliğin korunmasına dair verilen kararın, aslında bir ihtiyati tedbir kararı hükmünde olduğunu ve bunun nihaî karar şeklinde verileceğini karara bağlamıştır. O halde, BGG kapsamında bunu ayrıca ele almaya

kararında, kanton mahkemesi tarafından verilen yargılama usûlüne ilişkin kararı da BGG § 93 anlamında bir ara karar olarak kabul etmiştir¹⁰⁰.

BGG’de ara kararlara karşı kanun yolları maddî hukuka dair olabileceği gibi usûle dair de olabilir. Sözleşmenin ihlal edilip edilmediği veya geçersiz olup olmadığı sorusu¹⁰¹, zamanaşımı def’inin

gerek kalmayacaktır (BGE 133 III 393, 395, 5A_52/2007, 22.5.2007, Reg. ve E. 4).

Öğretide, ihtiyati tedbir kararının, ZPO-CH kapsamında, kanun yolları bakımından nihaî karardan ayrı tutulması gerektiği vurgulanmıştır (Steiner, SSZR, s.33-34).

¹⁰⁰ “Yargılamayı sürdüren kararlar, BGG § 93 kapsamındaki ara kararları teşkil etmektedir. Ara kararlarda hukukî yol, esas meseleye göre belirlenir. Mevcut durumda yargılama, bir miras dağıtım yargılaması olup mal varlığına ilişkin medeni hukuku ilgilendiren bir meseledir ki; uyuşmazlık değeri 30.000 Frankı aşmaktadır. Buna karşın, Federal Mahkeme’ye itiraz mümkün olduğundan (Art. 72, Art. 74/1 lit. b, Art. 75 und Art. 90 BGG), iptali istenen ara kararlara karşı da Federal Mahkeme’ye başvurulabilir. Federal Mahkeme’ye itirazın mümkün olması ile halihazırda ileri sürülen ikincil anayasal itiraza başvurulması mümkün değildir (BGG § § 113, 117 ve 93/1a). Bağımsız olarak verilen ara kararların, burada bir rol oynamayan istisnalardan başka, kanun yoluna götürülmesi yalnızca ara kararın giderilmesi mümkün olmayan dezavantajlı bir duruma sebep olacak olması durumunda mümkündür (BGG md. 93/1a). Bu türden bir dezavantaj, Federal Mahkeme’nin bütün dairelerinin yargısına göre hukukî nitelikte olmalı ve böylece, itiraz eden bakımından avantajlı bir nihaî hükümle, tam veya kısmen giderilemeyecek durumda olmalıdır. Sadece giderilmesi mümkün olmayan dezavantajlı bir durumun varlığı, mezkûr husus için yeterli olacaktır. Buna karşın, yalnızca yargılamanın uzaması ya da pahalılaşması gibi fiili dezavantajlar yeterli ve haklı gerekçe oluşturmaz. Son olarak, dezavantajın, kanton seviyesindeki yargılamada uygun bir nihaî hükümle giderilmesi gerekmemekte olup devamındaki federal yargılamada giderilmesi de yeterlidir. İtirazı ileri süren, her iki (bedel hususunu) işlemini de mühleti içerisinde yerine getirmiştir. Böylece, bunların hukuka uygunluğu daha sonra hukukî dinlenilme itirazı kapsamında (BV md. 29/2) denetlenebilir. Bunun sonucu olarak Federal Mahkeme’ye (itiraz) başvurulması caiz değildir.” BGer. 5A_307/2011, 5A_310/2011, 13.7.2011, C.2.

¹⁰¹ BGE 130 III 76, 81, 4P.74/2003, 18.09.2003, E.3.2.2.

reddedilmesi¹⁰², uygulanacak hukukun belirlenmesi, vasiyeti tenfiz memurunun kimlik tanzim etmesinden kaçınması, davayı ihbarın kabul edilmesi¹⁰³, davaların birleştirilmesi¹⁰⁴ BGG'ye göre “ön ve ara karar” olarak kabul edilecektir. ZPO-CH'daki düzenlemeden farklı olarak, itiraza başvurulması caiz olmayan ya da öngörülen süre içerisinde başvurulmayan ön ve ara kararlar, nihaî kararlarla beraber kanun yoluna taşınabilecektir¹⁰⁵. Bunun için BGG § 93/3'e göre, ilgili ön ve ara kararın, nihaî kararın sonucunu etkilemiş olması gerekir¹⁰⁶. Öğretide, itiraz süresi içerisinde kanun yoluna taşınmayan ön ve ara kararların, nihaî kararlarla birlikte tekrar kanun yolu incelemesine götürülmesi, usûl ekonomisine aykırı olacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir¹⁰⁷.

V. AVUSTURYA MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA ARA KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARI

Ö-ZPO § 393/1'de, esasa ilişkin ara karar (Grundurteil) hüküm altına alınmıştır. Buna göre uyuşmazlık mahkemesi, talep hakkının esasının ve miktarının/kapsamının tartışmalı olduğu hallerde, hakkın esasına yönelik karar vermeye elverişli ise, öncelikle buna dair ara karar

¹⁰² “Buna karşı bir ara karar ile, devam eden yargılama sürecinin bağlı olduğu şekli ya da maddi bir ön soru, öncül bir şekilde cevaplanır. Ara karar, yargılamayı sona erdirmeyip, nihaî hükme giden yolda bir adım teşkil etmektedir. Öğretide ara karar olarak, yer yönünden yetkinin ya da zamanaşımının reddedilmesi gösterilmiştir. Mahkemenin ara kararını bağımsız olarak vermesi durumunda, ZPO § 238'de yer alan şartların yerine getirilmesi gerekir ki, bilhassa kanun yolu tebliğ edilmelidir. O halde ara karar, nihaî hükümle birlikte değil doğrudan kanun yoluna götürülebilir (ZPO § 237/2).” BGer. II. ZA., 5D_160/2014, 26.1.2015, E.2.4; BGE 118 II 447, Reg., 22.10.1992. Aynı şekilde bkz. Botschaft 2006, 7221, 7343.

¹⁰³ BaslerKomm-BGG/Uhlmann, Kommentar, Art. 92 N. 8; PraxisKomm-VwVG/Uhlmann/Wälle-Bär, Hrsg.: Bernhard Waldmann ve Philippe Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Zürich: Schulthess, 2016, Art. 44 N. 21. Uygulamada, davayı ihbar talebinin reddinin niteliği ise tartışmalıdır.

¹⁰⁴ BGer 5A_708/2009, 15.01.2010, E.2.

¹⁰⁵ BaslerKomm-BGG/Uhlmann Art. 93 N. 27 vd.

¹⁰⁶ Tarkan Göksu, Die Beschwerden ans Bundesgericht, Zürich: Dike Verlag, 2007, s.46.

¹⁰⁷ BernerKomm/Killias, Kommentar, Art. 237 ZPO-CH, N. 39.

verebilecektir. Bu ara karar, Alman ZPO § 304'te düzenlenmiş olan ara karara oldukça benzemekte, mahkeme bunu tarafların talebi üzerine yahut re'sen verebilmektedir¹⁰⁸.

Mahkemenin verebileceği bir diğer ara karar, Ö-ZPO § 393/2'de düzenlenmiş olan tespit ara kararı niteliğindeki temel ara karardır (Grundlagenurteil). Buna göre mahkeme; tarafların talebi üzerine, Ö-ZPO § § 236 ve 259'da öngörüldüğü şekliyle, nihaî karar için hukukî önemi haiz konuları “temel ara karar” ile tespit edebilecektir¹⁰⁹. Bununla kastedilen, Alman hukukundaki tespit ara kararında olduğu gibi, uyuşmazlık konusu hukukî ilişkinin tarafların talebinin varlığına ya da yokluğuna bağlı olmasıdır. Bu türden bir ara karar ile lehine karar verilen taraf, maddî anlamda kesin hüküm etkisine sahip bir tespit kararı elde

¹⁰⁸ Öğretide, ara kararın verilmesinin mahkemenin takdirinde olduğu, ara kararın verilmesinin “karar vermeye elverişli olması” ve kanunda açıkça yer almamasına rağmen ara karar ihdas edilmesinde usûl ekonomisi bakımından avantajlı bir durumun varlığının sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır (Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 3). Burada sayılan unsurların varlığı halinde ise, mahkemenin ara karar vermek zorunda olduğu savunulmaktadır (Deixler-Hübner, in: Fasching, Hans W./Konency, Andreas, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III/2, §§ 390-460 ZPO, Wien: Manz, 2018, § 393 Rn. 16). Bu kıstaslara uyulmadan verilen bir ara karara karşı kanun yolu ile itiraz edilip edilemeyeceği ise tartışmalı olup; takdir hakkı şartları sağlanmadan verilen bir ara karar § 496/1 2. Alt. uyarınca, yargılama hatası teşkil edeceğinden kanun yoluna gidilmesi mümkün olmalıdır (Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 4 ve Deixler-Hübner, in: Fasching/Konency III/2 2018 § 393 Rn. 15/2).

Yargı kararlarına bakıldığında, takdir hakkına ilişkin itirazların kanun yolu denetiminde bozulmasının mümkün olmadığı görülmektedir. “Hangi sebeple olursa olsun ve her zaman, istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin delil değerlendirmesini gerçekten değerlendirdiği ve onayladığı ölçüde, ilk derece yargılamasında başarılı olan tarafın karşı tarafın bir istinaf başarısından sonra, temyiz sürecinde, ilk derece mahkemesindeki delil değerlendirmesini tartışmaya açması uygun değildir.” OGH 20.05.1981, 1 Ob 571/81 RZ 1982/26.

¹⁰⁹ Doktrinde, mezkûr kararların, tartışmasız bir şekilde “gerçek tespit kararı” (echtes Zwischenurteil) hükmünde olduklarına ilişkin görüş vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Deixler-Hübner, in: Zivilprozessgesetzen, § 393 Rn. 26; Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 1.

etmiş olacaktır¹¹⁰. Böylece tespit ara kararı, bir ara karar ile verilecek ve lehine karar verilen taraf, mezkûr tespit ara kararını (temel ara karar/ Grundlagenteil), ilgili yargılama haricinde başka bir yargılamada da kullanabilecektir.

Üçüncü bir ara karar ise, Ö-ZPO § 393a ile düzenlenmiştir. 2011 yılında yeni getirilen bu düzenlemeye göre, hukukî uyuşmazlıktaki bir talebe karşı zamanaşımı def'î ile sürülmüş ise, mahkeme, re'sen yahut taraflardan birinin talebi üzerine bu def'î, ayrı bir (ara) kararla çözüme kavuşturabilecektir. Bununla kanun koyucu, tek başına bir def'î hakkında ara karar verilemeyeceği kuralına ilişkin istisnaî bir düzenleme ihdas etmiştir¹¹¹. Bunun sebebi ise, bu türden bir ara kararın, yargılamanın süjeleri olan tarafları ve mahkemeyi yargılama zahmetinden kurtaracak olması ve böylece usûl ekonomisinin lehine sonucun doğmasıdır¹¹².

¹¹⁰ OGH 06.06.1989, 5 Ob/45/89.

¹¹¹ Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn. 10 ve § 393a Rn. 1.

¹¹² “İlk derece mahkemesi, ZPO § 393a'ya göre, zamanaşımına yönelik bir ara karar vermiştir ve davalının zamanaşımı def'inin reddedilmesi yönünde hüküm açıklamıştır.

İstinaf mahkemesi, ilk davalının istinafına onay vermemiş, ikinci davalının istinafını ise sadece kısmen kabul etmiş, tazminat talebinin hukukî sebebine dayanılmış olan dava talebine karşı, zamanaşımı def'ini reddetmiştir.

İstinaf mahkemesi, temyiz istemini §393a ZPO uyarınca, zamanaşımına dair bir ara kararın verilmesine yönelik verilebilecek daha üst bir yargısal karar olmaması sebebiyle onaylamıştır. Özellikle, zamanaşımının ve hakkın esasının değerlendirilmesi için belirleyici olan olaylara dair sorular arasında bir bağlantı olduğunda, §393a ZPO'ya göre bir ara karar verilmesinin, bu halde caiz olup olmadığı sorusu ciddi bir önem kazanmaktadır. Bu durum, mahkemeye, bütün yargılamanın sonuçlarını ve delilleri, özenli bir şekilde değerlendirmesini emreden § 272/1 ZPO bakımından önemlidir.

Uygun tespitinin mevcut olmadığı doğrudur. Ancak bu, istinaf mahkemesinin hükmünü sakat kılmaz. §393a ZPO, zamanaşımı iddiasının reddine yönelik ara kararı mümkün kılmaktadır. Mezkûr karar, sadece olası (kararı verilmemiş) dava talebinin zamanaşımını değerlendirecek olup; şartlara bağlı olarak, geri kalan esas talebe ilişkin hususları sonra inceleyecektir. Bu sebeple merciler, öncelik sırasını, bağımsız olarak denetleyebilir. Bir talebin olası zamanaşımı denetimi, esas talebin geçici kabulünü gerektirmesi, § 393a ZPO'ya göre zamanaşımına yönelik bir ara kararın, doğası gereği, bu talebin vakıya dayanağını (hakkın doğmasına sebep olan olay anlamında), sabit olduğu şeklinde de değerlendirmek zorunda değildir.

Avusturya medeni yargılama hukukunda; istinaf (Berufung), itiraz (Rekurs), temyiz (Revision) ve temyiz itirazı (Revisionsrekurs) kanun yolları mevcuttur. İstinaf Ö-ZPO § 461/1'e göre, ilk derece mahkemesinin "Urteil" türünden kararlarına karşı bir kanun yolu olup, söz konusu uyuşmazlığı üst mahkemeye taşır¹¹³. Temyiz ise Ö-ZPO § 502/2-4 uyarınca, ikinci derece mahkemesinin, değeri 5000 Euro olan uyuşmazlıklarında sadece aile veya kira hukuku gibi kısıtlı alanlarda, değeri 5000 ile 30000 Euro arasında olan uyuşmazlık konularında istinaf mahkemesinin mevcut hukukî sorunun önemine binaen karar vermesi halinde ve değeri 30000 Euro üstü uyuşmazlıklarda, her türlü "Urteil" türünden kararlarına karşı mümkün olan kanun yoludur. Diğer yandan, mahkemenin vermiş olduğu "Beschluss" türünden kararlara karşı Ö-ZPO § 514 ile itiraz kanun yolu imkânı varken, itiraz mahkemesinin Beschluss kararlarına karşı ise, Ö-ZPO § 528 uyarınca temyiz itirazı imkânı vardır¹¹⁴.

Mahkeme, ara kararı¹¹⁵ "Urteil" niteliğinde vereceğinden dolayı, ara karara karşı başvurulabilecek kanun yolları istinaf ve temyiz ile kısıtlıdır. Kanun yoluna müracaat ile yargılamanın seyrinin nasıl olacağı sorusu, ara kararın türüne göre değişmektedir. Eğer mahkeme Ö-ZPO § 393/1 uyarınca, esasa ilişkin bir ara karar vermiş, mezkûr ara karar da istinaf veya temyiz kanun yoluna taşınmışsa, bu durumda sonraki duruşmalar ara karar kesinleşene kadar kanunî etki ile (Ö-ZPO § 393/3 C. 2) duracaktır¹¹⁶. Öğretide, bu durumun yargılamayı uzatıcı bir etkisi

İstinaf mahkemesi, doğru bir şekilde, davanın ileriki aşamalarında, eğer ilk davalı tarafın özen yükümlülüğüne ilişkin ihmali ortaya çıkmazsa, kendisi tarafından § 393a ZPO'ya göre verilen ara kararın, dava talebinin reddine engel olmayacağını ortaya koymaktadır." OGH 24.04.2012, 2 Ob 63/12x.

Ayrıca bkz. Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393a Rn. 1.

¹¹³ Kanun yollarının bu etkisi temyizde de söz konusu olup, birtakım istisnalar itiraz kanun yolunda görülmektedir (Rechberger ve Daphne-Ariane Simotta, Rn. 1053 ve 1124).

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rechberger/Simotta, Zivilprozessrechts, Rn. 1110 ve Rn. 1124.

¹¹⁵ Önemle ifade etmek isteriz ki, son değişikliklerle birlikte, aleyhine istinaf yoluna başvurulabilen ara karar çeşitliliği azaltılmıştır.

¹¹⁶ Zira, miktara ilişkin duruşmaya devam edilmesi halinde, esasa ilişkin ara kararın, usûl ekonomisi ilkesine hizmet amacını yok edeceği ifade edilmektedir (Rechberger/Klicka, in: Zivilprozessordnung, § 393 Rn.12).

olması sebebiyle usûl ekonomisi bakımından olumsuz sonuçları olabileceğinden eleştirilmiştir¹¹⁷. Son olarak, zamanaşımı def'i¹¹⁸ hakkında Ö-ZPO § 393a'ya göre verilen ara karara karşı kanun yoluna ilişkin Ö-ZPO § 393/3 C. 1 ve 2'ye atıf yapılmıştır. Böylece, § 393a'ya göre verilen bir ara karara karşı müstakilen istinafa başvurulması mümkündür. Ayrıca yapılan açık atıf sonucu, sonraki duruşmalar, ilgili ara karar kesinleşene kadar kanunî etki ile kendiliğinden duracaktır¹¹⁹.

VI. SONUÇ

Görüldüğü üzere, ara karara karşı topyekûn bir kanun yolu hakkı mehzaz kanunlarda bulunmamaktadır. Fakat, Türk yargılama hukukunda olduğu gibi, mehzaz kanun koyucu katı bir tutum sergilememektedir. Bunun sebebi, demokrasi ve hukuk devletinin olmazsa olmazı olan hak arama özgürlüğüne ilişkin anlayıştır. Hak arama özgürlüğü, makul sürede yargılamanın bitirilmesi ve usûl ekonomisi ile dengelenmeye çalışılmıştır. En azından bu yönde çalışmalar yapılmıştır.

Alman ve İsviçre hukukunda, Türk yargılama sistemine yabancı ara karar kurumları mevcuttur. Örneğin, Alman hukukunda var olan esasa ilişkin ara karar veya tespit ara kararı gibi. Alman hukukunda var olan esasa ilişkin ara karar kurumunun (ZPO § 304), Türk yargılama hukukundaki sorunları çözmeye katkısının olamayacağını düşünmekteyiz. Ayrıca, yaptığımız araştırma neticesinde, Alman yargılama hukukunda, esasa ilişkin ara karar kurumuna başvurunun oldukça az olduğunu müşahade ettik. Bunun sebebi olarak, mezkûr kurumun, yargılama süresinin uzaması ihtimalini de beraberinde getirmesidir. Zira, esasa ilişkin ara karara karşı kanun yolu açıktır. Esasa ilişkin ara karar, Türk hukukunda tam simetrisi olmasa da amacına yönelik düşünüldüğünde tespit davası ile benzeşmektedir. Tespit davasının, uygulamada sıklıkla kullanılmasının yolu açılmalıdır. Zira

¹¹⁷ Deixler-Hübner, in: Zivilprozessgesetzen, § 393 Rn. 16.

¹¹⁸ Köck, ZPO § 393a'da, zamanaşımı def'ine ilişkin hükmü, kıyasen, maddi hukukta hak kaybına yol açacak sürelerle de teşmil edilebileceğini belirtmiştir. Yazar böylece, maddenin kapsamını genişletmektedir [Bernhard Köck, "Das Zwischenurteil zur Verjährung", Zivilrecht aktuell (Zak), 2011/307, s.167-168].

¹¹⁹ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrechts, Rn. 912.

uygulamacılar, tespit davalarına mesafeli yaklaşmaktadır. Bu durum da yargılamaların uzamasına sebebiyet vermektedir.

Yaklaşık 100 yıllık gelenek ve alışkanlıkları olan usûl hukukumuzun, mehz kanundan alabileceği en önemli husus, bazı ara kararlara karşı kanun yolu imkanının tanınmasıdır. Avusturya hukukunda, zamanaşımı def'î ara kararına karşı müstakilen kanun yolu imkânı tanınmıştır (Ö-ZPO § 393a). HMK'da da bu yol izlenerek, örneğin fer'î müdahale talebinin reddine ilişkin veya delil tespiti talebinin reddi ara kararına ilişkin kanun yoluna müracaat imkânı tanınmalıdır. Bir başka çözüm yolu ise, tıpkı Alman yargılama hukukunda olduğu gibi, gerçek olmayan ara kararlara karşı (ZPO § 303), üçüncü kişilerin dahil olduğu ara sorunların karara bağlanmasını ölçüt olarak genel sınırlar çizilebilir. Kanaatimize göre, Alman hukukunda ihdas edilmiş olan ara karara karşı acele itiraz (sofortige beschwerde) yolu, Türk yargılama hukukunda yer edinebilir. Son olarak ifade etmek isteriz ki; kanun koyucu, ivedi bir şekilde, özellikle maddî hukuka yansımaları ve etkisi açık olan ara kararlara ilişkin kanun yoluna müracaat hakkı tanınmalıdır. Zira, hukuk devleti olmanın gereği bunu zorunlu kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kâmil/ DEREN YILDIRIM, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2011.
- ARNOLD, Hans-Friedrich: Das Grundurteil, Regensburg: Roderer, 1996.
- AKİL, Cenk: İstinaf Kavramı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- AKİL, Cenk: “Temyiz Yoluna Başvuru Şartı Olarak ‘Hukukî Menfaat’”, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 28, Sayı 3, 2012, s. 267-298.
- AKKAYA, Tolga: Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- ARSLAN, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara: Turhan Kitabevi, 1977.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- BeckOK ZPO: Beck’scher Online-Kommentar, Hrsg. v. Volkert Vorwerk, Christian Wolf, München 2021.
- BERKİ, Ali Himmet: “Nihaî Karar Ne Demektir?”, Adalet Dergisi, 1945, Sayı.5, s. 447-452.
- BERKİN, Necmeddin M: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981.
- BERNER Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Hrsg.: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, 2012 (BernerKomm/Yazar)
- BETTERMANN, Karl August: “Anfechtung und Kassation”, ZZP 89, 1976, s. 365-438.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

- BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- CHEVALIER, Marco: Die Beschwerde an das Bundesgericht, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2009.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis: “Kanunyollarına Dair Bazı Düşünceler”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 3-17.
- FASCHING, Hans W: “Das Zwischenurteil über den Grund des Anspruches (§ 393 Abs 1 ZPO)”, ÖJZ, 1958, 264.
- FASCHING, Hans W./ KONENCY, Andreas: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III/2, §§ 390-460 ZPO, Wien: Manz, 2018.
- FLEISCHANDERL, Petra: “Die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden § Art. 92 f. BGG”, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, 57/2013, s. 305-342.
- FURTNER, Georg: Das Urteil im Zivilprozeß, München: C.H. Beck, 1985.
- GASSER, Dominik/RICKLI, Brigitte: Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar, Zürich 2010.
- GÖKSU, Tarkan: Die Beschwerden ans Bundesgericht, Zürich: Dike Verlag, 2007.
- GÜRDOĞAN, Burhan: Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1960.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- JÄGER, Annette: Zwischenstreitverfahren nach den §§ 280, 303 ZPO, Aachen: Shaker, 2002.
- JAUERNIG, Othmar: “Teilurteil und Teilklage”, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Hrsg. v. Claus Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt, Claus Roxin, Karsten Schmidt, Gunter Widmaier, Band 3: Zivilprozeß, Insolvenz, Öffentliches Recht, Hrsg. v. Karsten Schmidt, München 2000, s. 311-336.

- KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- KELLER, Christoph: “Das Verfahren nach § 304 ZPO – Grund- und Schlussurteil”, Juristische Arbeitsblätter (JA), Heft 6, s. 433-439.
- KÖCK, Bernhard: “Das Zwischenurteil zur Verjährung”, Zivilrecht aktuell (Zak), 2011/307, s. 167-169.
- KURU, Baki: Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- LÜKE, Wolfgang: Zivilprozessrecht I, 11. Auflage, C.H Beck, 2020.
- MEYER, Ulrich: Stämpflis Handkommentar, Hrsg: Baker&McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern, 2010.
- MUSIELAK, Hans-Joachim/ VOÏT, Wolfgang: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 18. Auflage, München: Franz Vahlen, 2021 (Zivilprozessordnung).
- MUŞUL, Timuçin: “Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı.4, 1988, s. 217-262.
- MÜLLER, Nicola: “Prozessleitende Entscheide im weiteren Sinne. Eine Untersuchung von Zwischenentscheiden und prozessleitenden Verfügungen nach ZPO und BGG”, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ), 2014, s. 245-275.
- OBERHAMMER, Paul: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Basel, 2010.
- ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- ÖZEKES, Muhammet/ PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ATALI, Murat/ ERDÖNMEZ, Güray/ AKKAN, Mine/ YEŞİLIRMAK, Ali/ TAŞ KORKMAZ, Hülya: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- ÖZKAYA-FERENDECİ, H. Özden: “Alman Medeni Usûl Hukukundaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler”, MÜHF-HAD, Cilt 13, Sayı, 1-2, 2007, s. 193-209.

- ÖZMUMCU, Seda: Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- ÖZTEK, Selçuk: Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- ÖZTEK, Selçuk: “Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt 21, Sayı 2 (Özel Sayı), 2015, s. 119-127.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- PİLS, Michael Johannes: “Das System der Rechtsbehelfe im Zivilprozess”, JA, 2011, s. 451-457.
- POSTACIOĞLU İlhan E./ ALTAY, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- PRÜTTING, Hanns/ GEHRLEIN, Markus: Zivilprozessordnung Kommentar, Hrsg. v. Hanns Prütting, Markus Gehrlein, 12. Aufl., München: Luchterhand, 2020 (PG/Yazar, Kommentar).
- RAUSCHER, Thomas/ KRÜGER, Wolfgang: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, München: C.H. Beck, 2020 (MüKoZPO/Yazar, 2020).
- RECHBERGER, Walter H./ KLICKA, Thomas: ZPO Zivilprozessordnung, 5. Auflage, Wien: Verlag Österreich, 2019 (Zivilprozessordnung).
- RECHBERGER, Walter H./ SIMOTTA, Daphne-Ariane: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Wien: Manz, 2017 (Zivilprozessrechts).
- ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, München, 2018.
- SUTTER-SOMM, Thomas: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 2017.

STEİN, Friedrich/ JONAS, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung (23. Aufl.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, (Stein/Jonas/ Bölüm Yazarı, Zivilprozessordnung).

STEİNER, Jakob: “Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, SSZR , 2019/31, s. 19-41.

ŞAVATA TANVERDİ, Ayşe Banu: “Medeni Usul Hukukunda Kazanılmış Haklar ve Özellikle Usuli Kazanılmış Haklar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi SBE, 1993.

UNBERATH, Hannes: “Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis”, ZZZ 120, 2007, s. 323-346.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.

VOİT, Wolfgang: “Vorabentscheidung über einzelne Verteidigungsmittel aus prozessökonomischen Gründen”, NJW, 2017, 203-205 (Beck-Online, Erişim Tarihi: 21.11.2021) (NJW 2017).

WITHOLZ, Reinhold: Das Zwischenurteil, Diss., Halle 1927.

YAVAŞ, Murat: Medeni Usul Hukukunda Temyiz, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2015.

ZÖLLER, Richard: Zivilprozessordnung, Beg. v. Richard Zöllner, 33. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2020 (Zivilprozessordnung).

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/zivilproze/ssrecht.html> (Erişim Tarihi: 21.11.2021).

<https://beck-online.beck.de/Home> (Erişim Tarihi: 21.11.2021).

<https://www.swisslex.ch/de/> (Erişim Tarihi: 21.11.2021).