

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

IBN HALDUN LAW REVIEW

2024/2



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Ibn Haldun Law Review

2024/2

e-ISSN 2980-2148

DERGİ YAYIN KURULU

BAŞ EDITÖR

Prof. Dr. Şükrü Yıldız, *İbn Haldun Üniversitesi*

EDITÖR

Dr. Mustafa Oğuz Tuna, *İbn Haldun Üniversitesi*

EDITÖR YARDIMCISI

Dr. Meryem Solmaz, *İbn Haldun Üniversitesi*

YAYIN VE DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Hasan Pulaşlı, *İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi*

Prof. Dr. Hayri Bozgeyik, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi*

Prof. Dr. Mahmut Koca, *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Muzaffer Şeker, *İstanbul Ticaret Üniversitesi*

Prof. Dr. Nihat Bulut, *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Oğuz Atalay, *İstanbul Aydın Üniversitesi*

Prof. Dr. Ömer Anayurt, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*

Prof. Dr. Saim Ocak, *Marmara Üniversitesi*

Prof. Dr. Yavuz Atar, *İbn Haldun Üniversitesi*

Prof. Dr. Zeliha Nur Kaman, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi*

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi*

Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş Kutsal, *Bahçeşehir Üniversitesi*

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *İbn Haldun Üniversitesi*

Dr. Mustafa Cahit Günel, *İstanbul Üniversitesi*

Tasarım
Kapak Uygulama
Mizanpaj Uygulama
Çizim
Baskı&Cilt

İHÜ Yayınları
İHÜ Yayınları
Muhammed Muttaki Topcu
Fatih Yasir Uzdu
METEKSAN Sertifika No: 46519

İbn Haldun Üniversitesi Yayınları bir İbn Haldun Üniversitesi departmanıdır.

Yayınevi Sertifika No: 51227 | Ordu Cd. No:3, 34480 Başakşehir/İstanbul

yayınevi@ihu.edu.tr | press@ihu.edu.tr

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

IBN HALDUN LAW REVIEW

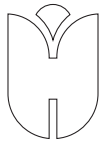
2024/2





İçindekiler

Nato Kuvvetler Statüsü Anlaşmasında Yargı Yetkisinin Taksimi ve Resmi Görevin Kapsamı / <i>Distribution of Jurisdiction Under Nato Sofa and The Scope of Official Duty</i> Dr. Öğretim Üyesi Muhammet Celal KUL	7-48
The Role of Constitution of Pakistan in Promoting International Peace and Strengthening Bonds with the Muslim World Sana BIBI	49-69
Yenilenebilir Enerji Kaynaklarıyla Elektrik Üretimi: Rüzgâr Enerjisi Örneği / <i>Electricity Generation from Renewable Energy Sources: The Example of Wind Energy</i> Emine Beyza KAHRAMAN	71-100
Muhatabın Çek Kanunu Kapsamındaki Hukuki Sorumluluğu / <i>Legal Liability of Drawee Bank Under the Check Law</i> İsmail DÖNMEZ	101-144
Türkiye ve Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kurumunun Avrupa Birliği Politikaları Bağlamında Karşılaştırılması Merve ÇEÇİ	145-184



Nato Kuvvetler Statüsü Anlaşmasında Yargı Yetkisinin Taksimi ve Resmi Görevin Kapsamı *

Dr. Öğretim Üyesi Muhammet Celal KUL**

Özet

Bir yabancı devletin askeri personelini kendi ülkesine kabul eden devletin askerler üzerinde hem ceza davaları bakımından hem de hukuk davaları bakımından yargı yetkisi gündeme gelir. Bu konu uluslararası teamül kurallarınca yeterince belirlenemediğinden kuvvetler statüsü anlaşmalarına yazılan hükümlerle düzenlenir.

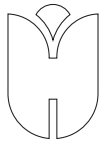
Kuvvetler statüsü anlaşmalarında yetkinin devletler arasında taksimi önemli bir konudur. Kabul eden devlet veya gönderen devletlerden hangisinin bir olay bakımından yargı yetkisi icra edebileceği uluslararası teamül kurallarına bakılarak kesin olarak söylenemeyeceğinden yetkinin ne şekilde paylaşılacağı ve uygulanacağı ancak anlaşma müzakereleri neticesinde ortaya çıkacaktır.

Doktrinde yargı yetkisinin taksimi konusunda münhasır yetki, mütedahil yetki, şartlı yetki, rüçhanlı yetki gibi ayrımlar yapılmıştır. Bu çalışmada NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması'nda hangi yetki taksimlerinin kabul edildiği karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bunun yanı sıra görev belgelerinin göreceği muamele, görev esnasında işlenen suçlar ve görevin kapsamı konuları NATO uygulamasında ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması, münhasır yetki, mütedahil yetki, rüçhanlı yetki, öncelikli yetki, resmi görev belgesi.

* Bu makale Muhammet Celal KUL'un Uluslararası Hukukta Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları, adlı eserinden uyarlanmıştır.

** T. C. Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Başkanı. muhammetcelal.kul@ibu.edu.tr. ORCID: 0000-0002-9294-3086.



Distribution of Jurisdiction Under Nato Sofa and The Scope of Official Duty

Abstract

When a host state permits the presence of foreign military personnel within its borders, questions of jurisdiction inevitably arise, encompassing both criminal and civil matters involving those individuals. As international custom does not provide clear guidance on this issue, it is generally addressed through specific provisions outlined in Status of Forces Agreements (SOFAs).

In Status of Forces Agreements (SOFAs), the distribution of jurisdiction between states represents a pivotal concern. Customary rules of international law do not provide a definitive answer as to whether jurisdiction over a specific incident lies with the host state or the sending state. Consequently, the delineation and application of jurisdiction are matters that must be resolved through negotiation.

Main theoretical classifications of jurisdiction include exclusive, concurrent, and conditional jurisdiction. This paper undertakes a comparative exploration of the types of jurisdictions acknowledged under the NATO Status of Forces Agreement, with particular emphasis on the primary right to exercise jurisdiction. Furthermore, it delves into the handling of official duty documents, the adjudication of offenses committed in the course of duty, and the interpretation of duty scope, all within the framework of NATO practices.

Keywords: NATO SOFA, concurrent jurisdiction, exclusive jurisdiction, primary right to exercise jurisdiction, official duty documents.

Extended Summary

When a foreign state accepts the military personnel of another state into its territory, the issue of jurisdiction arises concerning both criminal and civil cases involving these personnel. Since this matter is not adequately defined by international customary rules, it is regulated through provisions included in Status of Forces Agreements (SOFAs).

In SOFAs, the distribution of jurisdiction between states is a critical issue. It cannot be definitively determined based solely on international customary rules whether the receiving state or the sending state has jurisdiction over a particular incident. Therefore, the manner in which jurisdiction is distributed and exercised can only be established as a result of negotiations.

In legal doctrine, distinctions are made regarding the distribution of jurisdiction, such as exclusive jurisdiction, concurrent jurisdiction, conditional jurisdiction. This study comparatively examines which types of jurisdiction are recognized under the NATO Status of Forces Agreement including primary right to exercise jurisdiction. Additionally, the treatment of official duty documents, offenses committed during duty, and the scope of duties are discussed within the context of NATO practice.

Although it is rare for the entire authority to be exclusively left to the sending state, provisions that result in this outcome may be found in agreements made with economically and militarily weak, vulnerable, and underdeveloped states in terms of law. Agreements that incorporate a system of concurrent jurisdiction are predominant, with the most fundamental example being the NATO Status of Forces Agreement. In many force status agreements, this model of jurisdictional division is also adopted.

When examining the structure of the seventh article of the NATO Status of Forces Agreement, which addresses issues of jurisdiction: in the first paragraph, general principles regarding jurisdiction are established; in the second paragraph, the exclusive jurisdiction of the sending and receiving states is addressed; and in the third paragraph, the cases of concurrent jurisdiction are included.

The situation of concurrent jurisdiction is provided for in the third paragraph of Article 7 of the NATO Status of Forces Agreement. Accordingly, in some cases, the sending state will have primary right to exercise jurisdiction, while in other cases, the receiving state will have the primary right to exercise jurisdiction. Only crimes committed against the property or security of the sending state and crimes among the members of the sending state's forces, civilian personnel, and their relatives are subject to the priority jurisdiction of the sending state. In the NATO Status of Forces Agreement, crimes committed by members of the sending state's forces or civilian personnel during the performance of their official duties or in connection with the performance of their official duties are included within the exclusive jurisdiction of the sending state. In all situations outside of these specified cases, the NATO Status of Forces Agreement has maintained a balance by granting primary jurisdiction to the host state. If no solution is found despite the application of the preferential jurisdiction provisions, one state may request the other to waive its preferential jurisdiction. Similarly, the state holding the preferential jurisdiction can waive its right of preference spontaneously, without any request. In practice, many states that receive a request for waiver respond positively to this request without any difficulty.

The identification of crimes committed under the status of forces agreement and the treatment of official duty documents by NATO countries can be categorized into three main groups based on their changing practices over time. The first is that the sending state's determination regarding the status of the official duty or the duty document it issues is recognized and given precedence by the receiving state. The second and most widely adopted method is for the court of the receiving state to decide based on the determination made by the sending state regarding the official status or the official document issued by the sending state, considering it valid until proven otherwise. A third option is to refer the matter to an arbitrator to determine whether the crime was committed within the scope of official duty. However, the arbitration procedure was rejected by the Working Group during the preparation process of the NATO SOFA.

The practice of other NATO countries regarding the identification of crimes committed during the performance of official duties or due to the performance of official duties, and the validity of duty documents, is generally that they are considered valid until proven otherwise. Within the scope of this paper, examples of the treatment of official duty documents from various countries have been provided, including Germany, the USA, the UK, France, the Netherlands, Italy, and Greece. Regarding the treatment of official documents, sometimes bilateral agreements are made, and sometimes this issue is regulated by directives from the Ministries of Justice. In some state practices, the issuance of an official duty document constitutes a presumption that the crime was committed in the course of official duties, and this presumption can be disproven by the Court of accepting State.

In conclusion, the handling of duty documents is intrinsically tied to the degree of respect the receiving state accords its own legal system. In this regard, granting full discretion to the sending state often reflects poorly on the receiving state. Such scenarios typically occur in nations that are economically or militarily vulnerable, reliant on external protection, or characterized by underdeveloped legal systems and inadequate guarantees of fair trial. Alternatively, this dynamic may emerge in the context of exceptionally cordial relations between the two states. Lastly, it is crucial to note that the most definitive instance where full discretion and jurisdiction over foreign forces rest solely with the sending state is, by necessity, during a military occupation.

Genel Olarak

Bir yabancı devletin askeri personelini kendi ülkesine kabul eden devletin (İng. *host state, accepting state*) mezkûr askerler üzerinde hem ceza davaları bakımından hem de hukuk davaları bakımından yargı yetkisi gündeme gelir. İşbu durumlar uluslararası teamül kurallarınca yeterince belirlenemediğinden kuvvetler statüsü anlaşmalarına dercedilen hükümler sayesinde düzenlenir.

Kuvvetler statüsü anlaşmalarında (bundan sonra KSA) yetkinin devletler arasında paylaştırılması önemli bir konudur. Kabul eden devlet veya gönderen devletlerden hangisinin bir olay bakımından yargı yetkisi icra

edebileceği uluslararası teamül kurallarına bakılarak kesin olarak söylene-
meyeceğinden yetkinin ne şekilde paylaşılacağı ve uygulanacağı ancak
anlaşma müzakereleri neticesinde ortaya çıkacaktır.

Kuvvetler statüsü anlaşmalarında yargı yetkisi taksim edilirken iki temel ihtimâl üzerinde durulabilir. Birincisi taraflardan birinin askerler üzerinde tüm durumlarda münhasır yetki (İng. *exclusive jurisdiction*) sahibi olmasının hükme bağlanmış olması halidir. Bu halde taraflardan birisi bir birimlik yetkinin tamamına diğeri ise sıfır birimlik yetkiye sahip olur. İkinci ihtimâlde ise bir birimlik yetki şu şekilde paylaşılır: Taraflardan biri, sıfırdan daha büyük ve fakat birden küçük olan miktarda yetkiyi alır; diğeri ise geriye kalan yetkiye sahip olur. Bahsedilen bu ikinci ihtimâl, yani yetkinin paylaşılmış olması hali kuvvetler statüsü anlaşmalarında daha yaygın olarak görülmektedir¹. Pek azı istisna olmak üzere umumiyetle devletler, kuvvetler statüsü anlaşmalarıyla aldıkları yetkileri çıkarlarını korumak adına sonuna dek kullanmaktadırlar². Bu sebeple de anlaşmaya yönelik müzakereler çetin geçmektedir³.

Gönderen devlet müzakerelerde askerini korumak için tüm gerekli yetkiyi elinde tutmak isteyecektir⁴. Bu minvalde, asker gönderen devlet için en ideal olan⁵ ve fakat kabul eden devlet için ise en dezavantajlı olan senaryo şöyledir: Yetkinin tamamı münhasıran gönderen devlete bırakılır. Ender rastlansa da bu neticeyi veren hükümler ekonomik ve askeri anlamda zayıf,

- 1 Paylaşılmış yetkiye tipik bir örnek olarak 1951 tarihli NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması zikredilebilir. Bkz. NATO KSA, madde 7. Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, (bundan sonra NATO KSA), 19 June 1951, https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17265.htm?selectedLocale=en, (erişildi 14.10.2024); Convention entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17265.htm?selectedLocale=fr, (14.10.2024).
- 2 H. Honma, D. Sonnenberg and D. A. Timm, United States Forces in Japan in D. Fleck (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, Oxford, OUP, 2003, ss. 366-367. (Bundan sonra H. Homa *et al.*)
- 3 Lazareff, yetkinin gönderen devlet ve kabul eden devlet arasında taksimi hakkında münhasır, şartlı ve mütedahil (İng. *exclusive, conditional ve concurrent*) olmak üzere üçlü bir tasnif yapmıştır. S. Lazareff, *Status of Military Forces under Current International Law*, Leyden: A. W. Sijthoff, 1971, ss. 38, 43. Aynı genel tasnifi kabul eden bir başka eser olarak bkz. P. J. Conderman, note 8, s. 102.
- 4 H. Honma *et al.*, note 2, s. 367.
- 5 United States Department of State, International Security Advisory Board Report on the Status of Forces, January 16, 2015, s. 5. (Bundan sonra International Security Advisory Board Report).

korunmaya muhtaç, kırılğan, hukuku gelişmemiş devletlerle yapılan anlaşmalarda yer alabilir. Bunun dışında iki devlet arasındaki ilişkiler çok dostane olduğunda da hukukî ve cezaî yetkinin tamamı birden taraflardan birine bırakılabilir. Yine, belirtilmelidir ki yetkinin tamamen asker gönderen devlete bırakılmasını gündeme getirecek en önemli hususlardan birisi kabul eden devletin hukukunun gelişmemiş ve adil yargılanma teminatlarından yoksun olmasıdır. Askerler üzerindeki yetkinin münhasıran asker gönderen devlete bırakıldığı bir diğer hal ise işgal durumudur. İşgalci devletin askerlerinin işgal edilen ülkedeki hukukî statülerini belirleyen belgelerde genellikle, askerlerin yerel hukukî ve cezaî süreçlerden tamamen bağışık oldukları (işgal güçlerinin münhasır yargı yetkisine tâbi oldukları) düzenlenir⁶. Ayrıca, işgalden bir süre sonra yerel otoritelerin yavaş yavaş güçlenmesiyle birlikte akdedilecek anlaşmalarda da yine yetki taksiminde aslan payının asker gönderen devlete ait olması kuvvetle muhtemeldir.

Barış zamanında, misafir kuvvetler üzerindeki yargı yetkisinin tümüyle gönderen devlete bırakılması savaş zamanına göre daha nadir olsa da tatbikatta yeri vardır. ABD'nin Moğolistan ile yaptığı kuvvetler statüsü anlaşmasına göre ABD, gönderdiği kuvvetler üzerinde tüm cezaî ve inzibatî yetkiyi münhasıran haizdir. Moğolistan makamları, ceza veya disiplin gerektiren bir davranışta bulunan ABD kuvvet mensubu hakkında herhangi bir işlem yapmadan onu ABD askerî makamlarına teslim edeceklerdir⁷.

Münhasır yetkinin gönderen devlete bırakılması savaş zamanında daha çok görülen bir uygulamadır. Güney Kore'nin ABD ile akdettiği kuvvetler statüsü anlaşmasına göre Güney Kore'de savaş veya olağanüstü halin baş göstermesi durumunda ABD kuvvetleri, ABD'nin münhasır yetkisine tabi olacaktır⁸. Bosna-Hersek'in NATO ile 1995 yılında akdettiği kuvvetler

6 Irak'ın 2003 yılında işgali üzerine çıkartılan emirname için bkz. Coalition Provisional Authority Order Number 17 Status of the Coalition, Foreign Liaison Missions, Their Personnel and Contractors, (CPA Order 17) https://www.usace.army.mil/Portals/2/docs/COALITION_PROVISIONAL.pdf, (18.10.2024).

7 Bkz. R. C. Mason, Mason, R. C., Testimony before the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq, Fourth Hearing, (Committee on Foreign Affairs-28.02.2008- Subcommittee on International Organizations, Human Rights, and Oversight), "Status of Forces Agreements and UN Mandates: What Protections Do They Provide to U.S. Personnel?", <https://bit.ly/2OuK8na>, (erişildi 14.10.2024).

8 Bkz. P. J. Conderman, Jurisdiction in D. Fleck (ed), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, Oxford, OUP, 2003, s. 102.

statüsü anlaşmasına göre ise hem savaş hem barış zamanında NATO personelleri, cezaî ve inzibatî bakımdan, gönderen devletlerin münhasır yargı yetkisine tabi olacaktır⁹.

Lazareff'in üçlü tasnifinde ikinci sırada yer alan *conditional* (şartlı) tak-sime göre suçun tipi ve işlendiği yere göre gönderen devletin yetkisi öngö-rülmüştür¹⁰. Şartlı taksimde umumiyetle belirlenen bölge, tesis veya askerî üs sınırları içindeki fiil veya ihmaller bakımından gönderen kuvvet men-supları, gönderen devlet askerî makamlarının yetkisine tabi olurlar. Daha açık ifade edilecek olursa, belirlenen fiziki sınırlar içinde gönderen devlet, bu sınırların dışındaki fiil veya ihmaller hakkında ise kabul eden devlet yet-kili olacaktır. Ancak bu tür, fiziki sınırlara ve suç kategorilerine dayalı olan yetki taksimi, Birinci Dünya Savaşı gibi çatışma bölgelerinden halkın tahli-ye edildiği, askerlerin halktan uzak olarak belli fiziki (coğrafi) sınırlar dahi-linde mesleklerini icra ettikleri zamanlarda uygulanabilir olup günümüzde pratik önemi azalmıştır. Zira, günümüz şartları, kuvvetlerin askerî üslerin dışına çıkmalarını ve eskiye nispetle yerel halkla daha çok etkileşim kurma-larını iktiza etmektedir.

Günümüzde, kuvvetler üzerindeki tüm yetkinin münhasıran bir tara-fa bırakıldığı kuvvetler statüsü anlaşmaları istisna teşkil ederken yetkinin, daha adil olarak, iki devlet arasında taksim edildiği mütedahil yetki siste-mini öngören anlaşmalar norm haline gelmiştir¹¹. Mütedahil yetki sistemi-ne yer veren en temel kuvvetler statüsü anlaşması NATO KSA'dır ve birçok kuvvet statüsü anlaşmasında da bu yetki taksim modeli esas alınmaktadır. Mütedahil yetki kapsamında öngörülen rüçhan (öncelik veya üstünlük) sis-temi sayesinde, kabul eden devletin mülkîlik sisteminden kaynaklanan yet-kisi ile gönderen devletin askerleri üzerinde bulundurmamak isteyeceği haric-ez memleket yetki (*ülke-dışı yetki, extra-territorial jurisdiction*) arasında bir denge sağlanmıştır¹².

9 *Ibid*, s. 103. Cf. Understanding to the Agreement Under Article IV of the Mutual Defense Treaty Between the United States and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea, 2001, as amended (2001 Understanding to the Agreement), madde 22 Agree-d Minute Re Paragraph(1)(2) hükmü.

10 Bkz. S. Lazareff, 1971, note 3, s. 38.

11 Bkz. G. Stambuk, *American Military Forces Abroad*, Midway, Ohio University Press, 1963, s. 66; P. J. Conderman, note 8, s. 103.

12 Bkz. S. Lazareff, 1971, note 3, s. 43.

1. NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşmasında Yargı Yetkisine İlişkin Genel Prensipler

NATO kuvvetler statüsünün, aşağıda alıntılanan, yedinci maddesinin birinci fıkrası yargı yetkisine ilişkin genel prensipler koymuştur¹³:

- 1) *İşbu maddenin hükümleri mahfuz kalmak şartıyla,*
 - a) *Gönderen devletin askerî makamları, mevzuatlarının kendilerine bahşettiği cezaî ve inzibatî kaza salâhiyetini, kendi askerî kanunlarına tâbi bütün şahıslar hakkında kabul eden devletin ülkesinde kullanmak hakkını haizdirler.*
 - b) *Kabul eden devlet makamları, kabul eden devlet ülkesinde işlenen ve bu devletin kanunlarına göre cezayı müstelzim olan suçlar dolayısıyla bir kuvvet veya sivil unsur mensupları ile yakınları üzerinde kaza salâhiyetini haiz olacaklardır.*

Yedinci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde gönderen devletin yetkisine ilişkin genel kaide düzenlenmiştir. Bu bent hükmü gönderen devlete, kabul eden devletin ülkesinde bulunan ve fakat gönderen devletin askerî kanunlarına tâbi olan kişiler üzerinde cezaî ve inzibatî yetki öngörmüştür. Lazareff'e göre bu hüküm, gönderen devlete, kabul eden devlet ülkesinde askerî kanunlarına tâbi olan kişiler üzerinde hariç-üz memleket salâhiyetinin (ülke-dışı yetkisinin) bulunduğunu ilan eden bir genel prensiptir¹⁴.

Kabul eden devletin yargı yetkisine ilişkin genel kaideyi düzenleyen madde 7(1)(b) hükmü uyarınca: Kabul eden devletin, gönderen devlet kuvvet mensubu, sivil unsuru ve yakınları üzerinde cezaî yetkisi, iki şartın birleşmesi halinde mevcuttur. Bu şartların birincisi, sayılan gruplardan herhangi bir kişinin kabul eden devletin ülkesinde suç işlemiş olması; ikincisi ise, bu suçun kabul eden devlet hukukuna göre cezalandırılabilir nitelikte olmasıdır. Lazareff'e göre, NATO KSA madde 7(1)(b) hükmü, çok bilindik olan toprak devletinin kendi ülkesi üzerinde egemenliğinden doğan yargı yetkisinin mevcudiyetini (yargı yetkisinin mülkiliği ilkesi, İng. *territorial principle*) genel bir prensip olarak ilan etmektedir¹⁵.

13 S. Lazareff, *Le Statut des Forces de l'OTAN et son Application en France*, Paris, Éditions A. Pedone, 1964, s. 152.

14 Bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, s. 153.

15 *Ibid.*

Yedinci maddenin yapısı bir bütün halinde incelendiğinde görülmektedir ki: Birinci fıkrada hükmünde, yetkiye ilişkin genel kaideler konmuş; ikinci fıkrada hükmünde, gönderen ve kabul eden devletlerin münhasır yargı yetkisi işlenmiş; üçüncü fıkrada hükmünde ise, mütedahil yetki hallerine yer verilmiştir¹⁶. Yedinci maddenin sözü edilen yapısı ve birinci fıkrada hükümdeki “İşbu maddenin hükümleri mahfuz kalmak şartıyla” ifadesi hatırlanırsa, birinci fıkrada açıklanan hallerin müteakip fıkraların tatbikine hizmet eden genel kaideler oldukları görülür¹⁷. O halde denebilir ki, NATO kuvvetler statüsünün yedinci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendinin hükümleri, yetkiye ilişkin genel hükümler olup; madde metninde geçen özel hükümler niteliğinde olan müteakip fıkraların uygulanmasına hizmet ederler.

Bazı müellifler, NATO KSA madde 7(1) hükmündeki belli kavramlardan hareketle, madde 7(1) hükmüne farklı işlevler de yüklemiştirler. Snee ve Pye’a göre, NATO KSA madde 7(1) hükmünde, gönderen devletin “askerî makamları”nın yargı yetkisinden bahsedilmesine karşılık; kabul eden devletin ise başka bir sıfat kullanılmaksızın “makamları”ndan bahsedilmesi ilgi çekicidir. Snee ve Pye, buradan hareketle gönderen devletin kuvvet veya sivil unsur mensuplarının ve yakınlarının kabul eden devletin yalnızca sivil makamlarının değil ve fakat aynı zamanda askerî makamlarının da yetkisine tâbi olabilecekleri ihtimâli üzerinde durmuştur¹⁸. Bu fikre göre kabul eden devlet, üzerinde cezaî yargı yetkisine sahip olduğu kişileri kendi askerî mahkemelerinde de yargılayabilir. Bu hallere örnek olarak: gönderen devletin askerî kanunlarına tâbi kişilerin, kabul eden devlet ülkesinde askerî yargının yetki alanına giren suçlarda fail, şerik, yardım eden gibi sıfatlarla sorumlu tutularak askerî mahkemeler önünde yargılanması gösterilebilir. Mesela, bir askerî aracın çalınması, askerî tesislerde casusluk yapılması gibi suçlarda İtalyan askerî makamları bir sivil üzerinde yargı yetkisini haiz olabilecektir¹⁹. Bununla birlikte birçok devletin anayasası barış zamanında sivillerin askerî mahkemelerde yargılanmasına engel olan

16 Bkz. P. J. Conderman, note 8, s. 108.

17 Bkz. E. F. Çelik, 1982, Çelik, E. F., *Milletlerarası Hukuk*, Cilt 2, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1982, s. 62; S. Lazareff, 1964, note 13, s. 153.

18 Bkz. J. M. Snee and K. A. Pye, note 19, s. 21; S. Lazareff, 1964, note 13, s. 156.

19 Bkz. J. M. Snee and K. A. Pye, *Status of Forces Agreement and Criminal Jurisdiction*, Oceana Publications: New York, 1957, s. 21.

hükümler içermektedir. Bir diğer durum ise kabul eden devlet ülkesinde kısmî veya genel bir örfî idare (olağanüstü hâl) ilan edilmiş olmasıdır ki örfî idare bölgesinde suç işleyen kişiler üzerinde kabul eden devletin askerî yargı yetkisi gündeme gelecektir. NATO KSA'nın hazırlık çalışmalarında, gönderen devletin askerî kanunlarına tâbi kişilerin; kabul eden devlet tarafından askerî mahkemelerde yargılanabilmesine ilişkin bir tartışma mevcut değildir. Snee ve Pye, müzakerecilerin de böyle bir problemin doğabileceğini hesap ettiklerinin şüpheli olduğunu ifade etmektedir²⁰. Ayrıca, NATO KSA madde 7(1) hükmünün lafzı teorik olarak elverse de uygulamada gönderen devletin askerî kanunlarına tâbi kişilerin, kabul eden devletin askerî yargısına muhatap edilmelerine dair bir problem çıkmamıştır²¹.

Oysa, NATO KSA madde 7(1)(a) hükmünde, gönderen devletin “askerî makamları”nın yargı yetkisinden bahsedilmesinin sebebi, bu bent hükmünün, gönderen devlete askerî kanunlarına tâbi kişiler üzerinde cezaî ve inzibati yetki bahşetmesi ve gönderen devletin, genellikle, bu kapsamdaki yetkisini kabul eden devlet ülkesinde askerî mahkeme veya mahkemeler kurmak suretiyle kullanmasıyla açıklanabilir. Zira, çok uzakta bulunması muhtemel olan anavatanda yapılacak yargılamanın ceza adaleti ve ceza muhakemesi bakımından çeşitli mahsurları mevcuttur. Buna karşılık NATO KSA madde 7(1)(b) hükmünde, başka bir sıfat kullanılmaksızın kabul eden devletin “makamları”ndan bahsedilmesi ile ilgili olarak bu makamların umumiyetle sivil makamlar olduklarını savunmak da mümkündür.

2. NATO KSA'ya Göre Münhasır Yetki

2.1. Gönderen Devletin Münhasır Yetkisi

Gönderen devletin münhasıran yetkili olacağı hallere ilişkin hüküm yedinci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiştir. Mezkûr hüküm şöyle demektedir:

“Gönderen Devletin askerî makamları, bu devletin emniyetine taallük eden suçlar da dahîl olmak üzere, gönderen devlet kanunlarına göre cezayı müstelzim olup ve fakat kabul eden devlet kanunlarınınca cezayı müstelzim olmıyan suçlar dolayısıyla, gönderen devletin

20 *Ibid*, s. 22.

21 J. M. Snee and K. A. Pye, note 19, s. 23.

askerî kanunlarına tabi şahıslar hakkında mutlak kaza salâhiyetini kullanmak hakkını haiz olacaklardır"²².

Alıntılanan hükme göre, gönderen devletin askerî makamları, belli bazı hallerde kabul eden devlet ülkesinde işlenen suçlarda münhasıran yetkilidirler²³. Bu hallerde gönderen devlet tek başına yetkili olup kabul eden devletin hiçbir şekilde yetkisi bulunmamaktadır. Gönderen devletin tek başına yetkili olduğu haller, gönderen devletin hukukuna göre cezayı gerektirip kabul eden devlet hukukuna göre ise cezayı müstelzim olmayan suçlar olarak tarif edilmiştir. Böyle suçların gönderen devlet askerî kanunlarına tabi kişilerce kabul eden devlet ülkesinde işlenmesi halinde gönderen devlet münhasıran (tek başına) yetkilidir²⁴.

NATO KSA madde 7(2)(a) hükmü uyarınca, "Gönderen Devlet kanunlarına göre cezayı müstelzim olup ve fakat kabul eden Devlet kanunlarına göre cezayı müstelzim olmayan suçlar" a gönderen devletin güvenliğine (emniyetine) karşı işlenmiş suçlar da dahildir²⁵. NATO KSA madde 7(2) (c) hükmünde gönderen devletin emniyeti aleyhine işlenen suçlar açıklanmıştır. Buna göre:

- i) Vatana hıyanet;
- ii) sabotaj,
- iii) casusluk yahut devletin sırlarına veya onun savunmasıyla ilgili sırlara ilişkin herhangi bir kanunun ihlâli²⁶

gönderen devletin emniyeti aleyhine işlenen suçlar arasındadır. Fakat NATO KSA'nın İngilizce ve Fransızca muteber metinlerinin lafzi yorumları 7(2)(c) hükmünde sayılan suçların tahdidi (Fr. *limitative*) mi yoksa tadadi

22 NATO KSA, note 1, madde 7(2)(a) hükmü.

23 Hem Çelik hem de Erman, gönderen ve kabul eden devletin münhasır yetkisi bahsinde "münhasır yargı yetkisi" yerine "kesin yargı yetkisi" ibaresini tercih etmişlerdir. Bkz. E. F. Çelik, 1982, note 17, ss. 62-63; S. Erman, note 52, ss. 111-113. Yukarıda alıntılanan Türkçe resmî tercümede ise mutlak kaza salâhiyeti tercümesi benimsenmiştir. Tüm bu tercümeleme muteber metinlerdeki İng. *exclusive jurisdiction* ve Fr. *jurisdiction exclusive*'in karşılığı olacak şekilde kullanılmıştır. Bu çalışmada ise İngilizce ve Fransızca muteber metinlerdeki ibarenin en yaygın ve doğru karşılığı olan münhasır yargı yetkisi tamlaması benimsenmiştir.

24 Bkz. P. J. Conderman, note 8, s. 103.

25 Bkz. NATO KSA, note 1, madde 7(2)(a) hükmü.

26 Bkz. NATO KSA, note 1, madde 7(2)(c) hükmü.

(Fr. *énumérative*) mi olduğu konusunda farklı neticlere yönlendirmektedir. İngilizce muteber metin “*For the purposes of this paragraph and of paragraph 3 of this Article a security offence against a State shall include:*” diyerek suçların örnekleyici bir sayımla (tadadı olarak) formüle edildiklerine işaret etmektedir. Fransızca metin ise “*Au sens du présent paragraphe et du paragraphe 3 du présent article, sont considérées comme infractions portant atteinte à la sûreté d’un Etat:*” diyerek sayılanların devletin emniyeti aleyhine suçlar olduğunu bildirmiştir. Ancak Fransızca metinden hareketle sayılan suçların tahdidini mi yoksa tadadı mı olduğu sonucuna varmak güçtür²⁷. Dahası, Fransızca metnin önceki versiyonlarında net bir şekilde tadadı sayımı benimseyen bir formülden vazgeçilerek yukarıdaki Fransızca formülün kabul edilmesi de belirsizliği artırmaktadır²⁸. Fransızca metnin bu konuda tahdidi sayım yaptığı kabul edilirse: Kabul eden devlet ülkesinde, gönderen devletin Devlet Başkanı’na karşı bir saldırı yapıldığında; bu suç, NATO KSA madde 7(2) (c) kapsamında sayılan i) vatana ihanet, ii) sabotaj ve iii) casusluk suçlarından birisi olmadığından gönderen devletin emniyeti aleyhine suçlar kategorisine dahil edilemeyecektir dolayısıyla da gönderen devletin münhasır yargı yetkisine tâbi olmayacaktır²⁹.

Lazareff, gönderen ve kabul eden devletin münhasır yargı yetkisini, sırasıyla; i) “gönderen Devlet kanunlarına göre cezayı müstelzim olup ve fakat kabul eden Devlet kanunlarınca cezayı müstelzim olmıyan suçlar³⁰”, ii) “kabul eden devlet kanunlarına göre cezayı müstelzim olup gönderen devlet kanunlarınca cezayı gerektirmeyen suçlar³¹” şeklinde şartlara bağlamanın devletlerin münhasır yetkisini anlamsız hale getirdiğini savunmuştur. Ona göre, gönderen devletin emniyeti aleyhine kabul eden devlet ülkesinde işlenen suçlar, bu iki devlet birer NATO müttefiki olduğundan kabul eden devleti de ilgilendirir. Bu itibarla, vatana hıyanet, sabotaj, casusluk gibi suçların kabul eden devletin kanunlarını da ihlâl ettiği kabul edilmelidir. Lazareff’e göre, emre itaatsizlik, firar gibi disiplin cezası gerektiren bazı suçların yalnızca gönderen devleti ilgilendirdiği kabul edilmelidir; bu bakımdan NATO

27 Bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, s. 172.

28 *Ibid.* s. 171.

29 *Ibid.*

30 Bkz. NATO KSA, madde 7(2)(a) ve 7(2)(b)

31 Bkz. NATO KSA, madde 7(2)(b).

KSA gönderen devlete yalnızca disiplin cezası gerektiren fiiller bakımından münhasır yargı yetkisi öngörüp diğer halleri devletlerin mütedahil yetkisine bıraksaydı çok daha münasip olurdu³². Ancak bu analizde, müttefiklerin birbirlerine karşı her daim dostane davranacağı ön kabulünden hareket edilmiştir. Netice itibariyle, NATO KSA'nın münhasır yetkiyi düzenleyen hükümleri uygun düşen olaylar hakkında geçerli olmaya devam edecektir.

Gönderen devletin münhasır yetkisini açıklarken, gönderen devletin askerî kanunlarına tâbi kişilerin kimler olduğu konusuna ve bunun uygulanmasına da değinmek gerekir. Askerî kanunlara tâbi olan kişiler her ülkenin kendi iç hukuk mevzuatınca belirlenir. Askerî kanunlara muhatap olan kişiler arasında her halde kuvvet mensupları bulunur. Ancak sivil unsurların gönderen devletin kurduğu askerî mahkemelerde barış zamanında yargılanması birçok NATO ülkesinin anayasasına aykırı bir durum arz etmektedir. Mesela ABD'nin Uniform Code of Military Justice (Askerî Adalet Yeknesak Kanunu, UCMJ) adlı kanununun madde 2(11) hükmü askerî kanunlara tâbi olan kişileri “*all persons serving with, employed by or accompanying the armed forces without the continental limits of the United States*” şeklinde tanımlayarak i) sivil unsurlar ve ii) kuvvet veya sivil unsur mensuplarının yakınları üzerinde barış zamanında ülke içi ve ülke dışı askerî yargı yetkisi öngörmekteydi. Bu hükmün ABD Anayasası'na uygun olup olmadığı çeşitli davalarda tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme, yakınlar üzerindeki askerî yargı yetkisinin Anayasa'ya uygunluğuna *Reid v Covert*³³ ve *Kinsella v Krueger*³⁴ Davalarında hükmetmiş ve fakat daha sonra, 1957 yılında *Reid v Covert* ve *Kinsella v Krueger* Davaları için muhakemenin yenilenmesi neticesinde UCMJ madde 2(11) hükmüne dayanarak yakınlar üzerinde askerî yargı yetkisi kullanımının Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir³⁵. Yüksek Mahkeme'nin *Grisham v Hagan*³⁶, *McElroy v Guagliardo*³⁷ ve *Wilson v Bohlender*³⁸ gibi sonraki kararları da ABD askerî makamlarının barış zamanında yakınlar ve sivil

32 Bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, ss. 172, 293.

33 *Reid v Covert*, 351 US 487 (1956).

34 *Kinsella v Krueger*, 351 US 470 (1956).

35 *Reid v Covert*, 354 US 1 (1957); *Kinsella v Krueger*, 354 US 7 (1957); Bkz. J. M. Snee and K. A. Pye, note 19, s. 20, dn 62.

36 *Grisham v Hagan*, 361 US 278 (1960).

37 *McElroy v Guagliardo*, 361 US 281 (1960).

38 *Wilson v Bohlender*, 361 US 281 (1960).

unsur mensupları üzerindeki askerî yargı yetkisini önemli ölçüde kaldırmıştır³⁹. Buna muvafık olarak ABD’li bir yakın veya sivil unsur mensubu, kabul eden devlet ülkesinde bir suç işlese bu kişi yahut kişileri yargılamak hakkı ABD askerî makamlarına değil; kabul eden devletin makamlarına ait olacaktır. ABD’nin NATO KSA çerçevesindeki uygulaması da bu vaziyet üzeredir. Ancak, NATO KSA’daki madde 7(2)(a) hükmünün aksine ABD’nin NATO Sahası dışında akdettiği ikili anlaşmalardan bazılarında ABD’nin yargı yetkisinin kapsamını düzenleyen hükümlerde “gönderen devletin askerî kanunlarına tâbi kişiler” ifadesi yer almamaktadır⁴⁰. Mezkûr ifadenin yokluğunda, şayet ABD’ye yakınlar veya sivil unsurlar üzerinde ülke-dışı yetki veren bir kanun kapsamında kalan bir suç işlenirse (e.g.: ABD hükümetine ait bir malın çalınması), ABD askerî makamları bu suçu işleyen yakın veya sivil unsur mensubu hakkında (askerî) yargı yetkisini haiz olur⁴¹.

Umumiyetle devletler, sivil unsur mensuplarını ve “kuvvet veya sivil unsur mensuplarının yakınları”nı askerî kanunların kapsamı dışında tutmaktadırlar. Ancak bu durum ilgili iç ülkenin mevzuatına göre değişebilmektedir⁴². Nihayet belirtilmelidir ki, gönderen devlet, yakınlar hakkında cezaî yargı yetkisini kullanamasa bile disiplin tedbirlerine hükmedebilir⁴³.

2.2. Kabul Eden Devletin Münhasır Yetkisi

Kabul eden Devlet Makamları, bu devletin emniyetine taallük eden suçlar da dâhil olmak üzere, kabul eden devlet kanunlarına göre cezayı müstelzim olup gönderen devlet kanunlarınca cezayı gerektirmeyen suçlar bakımından kuvvet veya sivil unsur mensupları ve bunların yakınları hakkında münhasır yargı yetkisini haiz olacaktır⁴⁴. Burada nazar-ı dikkat olan iki husus mevcuttur: Birincisi, gönderen devletin münhasır salahiyetini düzenleyen muadil hükümde gönderen devletin askerî kanunlarına tâbi kişiler üzerinde

39 Bkz. P. J. Conderman, note 8, s. 109.

40 Bkz. Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Korea of 9 July 1966, 17 U.S.T. 1677, 1703, T.I.A.S. No: 6127, 674 UNTS 199 (Güney Kore-ABD KSA) madde 1 (b) hükmü.

41 Bkz. P. J. Conderman, note 8, ss. 109, 111.

42 Bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, s. 158.

43 Bkz. J. M. Snee and K. A. Pye, note 19, s. 21.

44 Bkz. NATO KSA, note 1, madde 7(2)(b) hükmü.

belli durumlar bakımından münhasıran yetkili olduğu belirtilirken; kabul eden devletin münhasır yetkisinde, kabul eden devletin belli hallerde kuvvet mensubu, sivil unsur ve yakınlar üzerinde münhasır yetkiyi haiz olacağı hükme bağlanmıştır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, muadil hükme nazaran, kabul eden devletin kişi bakımından yetkisi daha geniştir. Zira, gönderen devlet yalnızca askerî kanunlarına tâbi olan kişiler üzerinde münhasır yetki sahibi olabilecektir ve yakınlar askerî kanunlara tâbi değildirler⁴⁵.

İkinci husus ise, gönderen devlet kuvvet mensubu, sivil unsurları ve yakınların ihmali veya icraî hareketinin kabul eden devletin hukukuna göre suç sayılıp gönderen devletin hukukuna göre ise cezalandırılmayan (suç teşkil etmeyen) fiillerden olması gerekliliğidir.

Kuvvet veya sivil unsur mensupları ve yakınların, kabul eden devletin güvenliği aleyhine işledikleri suçlar da bu bent uyarınca kabul eden devletin münhasır yetkisine dahildir.

3. Mütedahil Yetki

Bir olay üzerinde birden çok devletin yetki icra edebilme potansiyeli mütedahil yetkiyi gündeme getirir⁴⁶. Birden çok devletin yetki sahibi olması veya yetkilerin bir arada bulunup birbiri içine girmesi durumunu anlatan mütedahil kaza hakkı⁴⁷ (veya mütedahil yargı yetkisi), NATO KSA'nın İngilizce metninde *concurrent jurisdiction* Fransızca metninde ise *jurisdiction concurrente* tamlamalarıyla ifade edilmiştir⁴⁸. Türkçe resmî tercüme ise mütedahil yargı yetkisi hakkında "kaza salâhiyetlerinin tedahülü" ibaresini kullanmıştır⁴⁹. Yetkinin mütedahil olduğu hallere verilen klasik örnekler bir devletin kamu hizmetlerini ifa etmek üzere bir başka devlete kendi vatandaşlarını görevli olarak göndermesi halidir. Bunlar genellikle, diploması temsilcileri veya yabancı devlette konuşlanan askerlerdir⁵⁰. Keza, iki

45 Bkz. S. Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)*, İstanbul, Beta Yay, 1996, s. 438; M. E. Artuk, A. Gökçen, A. C. Yenidünya, Artuk, M. E., Gökçen, A., Yenidünya, A. C., *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 278.

46 Bkz. K. Brookson-Morris, *Conflicts of Criminal Jurisdiction*, *56 The International and Comparative Law Quarterly* 659 (Jul., 2007), s. 660.

47 Bkz. M. Ovacık, *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2000, s. 81.

48 Bkz. NATO KSA, note 1, madde 7(3).

49 Bkz. NATO KSA, note 1, madde 7(3) ve madde 7(6)(b).

50 P. M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Éditions Dalloz, 2008, s. 83.

devletin sınırını oluşturan nehrin sınır hattı üzerinde işlenen bir suç, sınırdaş iki devletin mütedahil yetkisini gündeme getirecektir⁵¹. Mütedahil yetki durumunda tarafların yetkinin kapsamı konusunda anlaşmaları önemlidir. Aksi halde yetkiye ilişkin uyuşmazlığı çözmek, yetkinin kapsam ve uygulanma şartlarını belirlemek üzere taraflar arasında tahkimname düzenlenebilir. Hakem mahkemesi, mütedahil yetki durumunu; taraflardan birinin yetkisinin rüçhanlı olduğuna karar vermek ve bu devletin yetkisini öncelikli veya üstün⁵², diğerinin yetkisini ise tâli hale getirmek suretiyle halledebilir⁵³.

Mütedahil yetki durumu NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması'nın yedinci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülmüş ve böyle bir durumda, gönderen devlet ve kabul eden devletin aynı anda yargı yetkisi sahibi olması halinde, tatbik edilecek ilkeler mezkûr üçüncü fıkranın bentlerinde açıklanmıştır. Buna göre bazı hallerde gönderen devlet rüçhanlı (öncelikli) yetki sahibi olacak bazı hallerde de kabul eden devlet yargı yetkisini öncelikle kullanma hakkını haiz olacaktır⁵⁴.

Devletlerden birine yargı yetkisi kullanma hakkında rüçhan hakkı tanınması diğer devletin bu konuda hiçbir şekilde yargı yetkisi sahip olmaması anlamına gelmez. Rüçhanlı yargı yetkisini haiz olmayan devlet bu konuda mütedahil yetkiye sahiptir ve fakat NATO KSA uyarınca yargı yetkisini kullanabilme sırasında ikincil (tâli) bir konuma itilmiştir. Şayet rüçhanlı yetki sahibi devlet yargılama yetkisinden vazgeçerse, bu durumda rüçhan hakkı sahibi olmayan devlet sahip olduğu mütedahil yetkisini kullanabilir⁵⁵. NATO KSA'daki bu durum, bir taşınmaz üzerinde yalnızca iki adet ipotek şerhi bulunması durumuna benzetilebilir. Zira, birinci ipotek terkin edilip silindiğinde, ikinci ipotek ilk sıraya yükselecektir.

51 Bkz. Washington ve Oregon Eyaletlerinin ortasından geçen Kolombiya Nehri üzerinde işlenen bir suç hakkında iki eyaletin mütedahil yetkisini tartışan bir metin için bkz. *Concurrent Jurisdiction of States over Boundary Waters*, 22 *Harvard Law Review* 599, (June, 1909), ss. 599-600.

52 Erman, "rüçhanlı yargı yetkisi" bahsini "üstün yargı yetkisi" olarak ele almıştır. Bkz. S. Erman, Erman, S., *Askeri Ceza Hukuku: Umumi Kısım ve Usûl*, İstanbul, 1983, ss. 113-115.

53 Bkz. *Wedding v Meyler*, 192 U.S. 573, s. 584.

54 Bkz. P. J. Conderman, note 8, s. 110; S. Lazareff, *Le Statut des Forces de l'OTAN*, note 13, s. 180.

55 Bkz. NATO KSA, note 1, madde 7(3)(c) hükmü.

Rüçhanlı yetkiye sahip olmayan devlet, yargı yetkisini kullanabilmek için rüçhan hakkını haiz bulunan devletten yetkisinden feragat etmesini talep edebilir⁵⁶. Rüçhanlı yetkiye sahip devlet rüçhan hakkından feragat ederse, mütedahil yetkiye sahip olan diğer devlet yargı yetkisini kullanabilecektir.

3.1. Gönderen Devletin Rüçhanlı (Öncelikli) Yetkisi

Gönderen devletin askerî makamları aşağıdaki üç durumda kuvvet veya sivil unsur mensupları üzerinde yargı yetkisini rüçhanıyetle kullanmak hakkını haiz olacaklardır⁵⁷:

Birincisi, sadece gönderen devletin malına veya emniyetine işlenen suçlardır. İkincisi, sadece gönderen devletin kuvvet veya sivil unsur mensubunun veya bir yakının şahsına veya malına karşı yine bir kuvvet veya sivil unsur mensubu veya bunların bir yakınının işlediği suçlardır (*inter se*, kendi aralarındaki suçlar)⁵⁸. Üçüncüsü ise, resmî vazife esnasında veya resmî vazifenin ifası dolayısıyla bir fiil veya ihmalden doğan suçlar hakkında gönderen devletin yargı yetkisini kullanmada rüçhan hakkına sahip olmasıdır⁵⁹.

Yukarıda sayılan üç kategori hakkında gönderen devlet rüçhanlı yargı yetkisine sahiptir ancak buna ilgili maddenin dördüncü fıkrasında bir istisna öngörülmüştür. Buna göre fail yukarıda açıklanan şartlara uysa dahi eğer kabul eden devletin vatandaşıysa veya kabul eden devlet ülkesinde mutaden mukimse gönderen devlet o kişi üzerinde rüçhanlı yargı yetkisi sahibi olamayacaktır⁶⁰.

3.1.1. Sadece Gönderen Devletin Malına veya Emniyetine Karşı Suçlar ve Kendi Aralarındaki Suçlar

Yalnızca gönderen devletin malına veya emniyetine karşı yönelik olarak işlenmiş suçlar hakkında ve gönderen devlet kuvvet mensupları, sivil unsur

56 Bkz. J. Voetelink, 2015, note 27, s. 91.

57 Bkz. NATO KSA, note 1, madde 7(3)(a) hükmü. Erman rüçhanlı yargı yetkisi yerine üstün yargı yetkisi şeklindeki tercümeyle tercih etmiştir ancak NATO KSA'nın resmi tercümesinde tercih edilen rüçhanlı yargı yetkisi veya buna alternatif olarak kullanılan öncelikli yargı yetkisi ibareleri daha yaygın kullanıldığından bu çalışmada üstün yargı yetkisi terkibi kullanılmayacaktır. Bkz. S. Erman, Askerî Ceza Hukuku, note 52, ss. 113, 115.

58 NATO KSA, note 1, madde 7(3)(a)(i) hükmü.

59 NATO KSA, note 1, madde 7(3)(a)(ii) hükmü.

60 NATO KSA, note 1, madde 7(4); S. Erman, *Askerî Ceza Hukuku*, note 52, s. 114.

mensupları ve yakınların kendi aralarındaki suçlar hakkında gönderen devletin rüçhanlı yetkisi öngörülmüştür⁶¹. Daha ayrıntılı izah etmek gerekirse:

- i) Gönderen devletin kuvvet veya sivil unsur mensubu tarafından sadece gönderen devletin malına veya emniyetine karşı işlenen suçlarda,
- ii) Gönderen devletin kuvvet veya sivil unsuru mensubu tarafından, gönderen devletin kuvvet veya sivil unsuru mensubu veya bunların yakınlarının şahsına veya malına karşı işlenen suçlarda gönderen devlet yargı yetkisini kullanmakta öncelik hakkına sahiptir.

Orijinal metinde geçen İng. offences *solely* against..., Fr. les infractions portant atteinte *uniquement* à la...⁶² bu satırların yazarı tarafından vurgulanan “solely ve uniquement” ibarelerden anlaşılmaktadır ki fail, işlediği bir suçla hem gönderen devletin hem de kabul eden devletin malına veya güvenliğine zarar vermiş olsa böyle bir olayda gönderen devletin münhasır yetkisi söz konusu olmayacaktır⁶³.

İçinde hem gönderen devlet hem de kabul eden devlet kuvvetlerinden kişiler taşıyan bir aracın sürücüsü gönderen devlet asker veya sivil unsurlarından biri olsa ve gece eğlenceden sonra alkollü şekilde araç kullanarak askerî üs bölgesindeki lojmanlarına dönmek üzereyken kaza yaparak araçtaki gönderen devlet ve kabul eden devlet kuvvet mensuplarının ağır yaralanmasına veya ölmesine sebebiyet verse bu durumda bakılır⁶⁴: Olayın mesai saatleri dışında ve eğlenceden dönme esnasında olması, resmî vazife esnasında ve resmî görevin ifası dolayısıyla gerçekleştiği iddiasını büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır. Eğer fail, fiili resmî görev esnasında veya resmî görevi dolayısıyla gerçekleştirmediyse, kabul eden devlet rüçhanlı yetkiyi

61 NATO KSA, note 1, madde 7(3)(a) ve 7(3)(a)(i) hükümleri aşağıdaki gibidir:

a) Gönderen devletin askerî makamları aşağıdaki hallerde bir kuvvet veya sivil unsur mensubu hakkında kaza salâhiyetlerini rüçhanıyla kullanmak hakkını haiz olacaklardır.

i) Münhasıran gönderen devletin malına veya emniyetine veya münhasıran bu devlet kuvveti veya sivil unsuru mensubunun veya bir yakınının şahsına veya malına karşı işlenen suçlar...

62 Vurgu metne ait değildir.

63 Bkz. O. Çelen, NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesine Göre Rüçhanlı Yargı Yetkisi, 92 *Askerî Adalet Dergisi* (Ocak 1995), Available at <https://bit.ly/2SVY0li> (erişildi 09.10.2024); S. Erman, note 52, s. 115.

64 Cf. *Aitchison c. Whitley*, 43 *Revue Critique de Droit International Privé* 602 (1954) s. 602 et seq.

haiz bulunacaktır. Zira, 7(3)(a) hükmünde sayılan hallerin dışındaki diğer tüm durumlarda kabul eden devletin rüçhanlı yargı yetkiye sahip olduğu belirtilmiştir⁶⁵. Böylece vuku bulacak olaylar hakkında NATO KSA, kabul eden devletin yargı yetkisini haiz olmasını kural, gönderen devletin kaza hakkına sahip olmasını ise istisna olarak formüle etmiştir⁶⁶.

3.1.2. Resmî Vazife Esnasında veya Resmî Görevin İfası Dolayısıyla İşlenen Suçlar

Gönderen devlet kuvvet veya sivil unsur mensuplarının resmî vazifeleri esnasında veya resmî görevlerinin ifası dolayısıyla işledikleri suçları gönderen devletin rüçhanlı yargı yetkisine dahil eden hükmün ilgili kısmı aşağıda alıntılanmıştır:

- a) *Gönderen devletin askerî makamları aşağıdaki hallerde bir kuvvet veya sivil unsur mensubu hakkında kaza salâhiyetlerini rüçhanîyetle kullanmak hakkını haiz olacaklardır.*
 - i) *Resmî vazifenin ifası dolayısıyla bir fiil veya ihmalden mütevellit suçlar*⁶⁷.

Hüküm yeterince açık görünse de resmî görevin belirlenmesi uygulamada pek kolay olmamakta ve devletler arasında kimin yargı yetkisini kullanacağı noktasında ciddi diplomatik krizlere sebep olabilmektedir. Bu sebeple resmi vazifenin belirlenmesi konusu kilit önemdedir. Aşağıda bazı NATO ülkelerinin resmî görevin belirlenmesi konusundaki uygulamalarına değinilecektir⁶⁸.

NATO KSA'nın hazırlık çalışmalarında ceza davalarının hızlı görülmesini temin için resmi görev statüsünün belirlenmesi hususunun gönderen Devlet makamlarına ait olacağı belirtilmiş ve fakat Anlaşmaya görev statüsünün tespitini hangi devletin yapmaya ehil olduğu konusunda açık bir hüküm dercedilmemiştir⁶⁹. Dahası, NATO KSA'nın müzakerelerinde görev

65 Bkz. NATO KSA, note 1, madde 7(3)(b) hükmü.

66 Bkz. S. Erman, *Askerî Ceza Hukuku*, note 52, s. 113.

67 NATO KSA, note 1, madde 7(3)(a) ve 7(3)(a)(ii) hükümleri

68 Resmî görevin belirlenmesi hakkında Türk uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. M. C. Kul, *Uluslararası Hukukta Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 238-249. Türkiye-NATO ilişkileri hakkında ise bkz. Ahmet Ulutaş, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s. 184 vd.

69 R. R. Baxter, *Criminal Jurisdiction in the NATO Status of Forces Agreement*, Proceedings (American Bar Association. Section of International and Comparative Law), (July 12 and July 25, 1957), s. 78.

statüsünün belirlenmesini tahkim konusu yapmayı öneren Portekiz'in formülü benimsenmemiştir⁷⁰. NATO KSA'nın hazırlık çalışmalarında Fransız delegesi “*membre d'une Force armée en service*: görevdeki bir kuvvet mensubu” terkinin manasının kesinleştirilmesini vuzuha kavuşturulmasını istemiştir⁷¹. İtalyan delegesi ise, bir kuvvet mensubunun görev statüsünde kabul edilebilmesi için yaptığı fiillerin görevin ifasına matuf olması gereğinin yanı sıra bir de görevle mahdut (sınırlı) olması lazım geldiğini savunmuştur. Kabul eden devletin yabancı kuvvetler üzerinde sahip olabileceği yargı yetkisinin kapsamını genişletip gönderen devletin yargı yetkisini daraltmaya yönelik İtalyan formülü aşağıdaki örnekle açıklanmıştır: Bir şehirden diğerine resmî görev gereği olarak gitmesi gereken sürücü şahsî nedenlerle yoldan sarp ve daha farklı bir yol tercih eder. Sürücünün şahsî nedenlerle saptığı yeni yolda kaza yapması halinde fiili, görevin ifasına matuf olsa da görevin sınırları dahilinde olarak değerlendirilmez. Kanada delegesi ise, görev kapsamında sayılacak fiilin verilen belli bir görevin sırasını, insicamını takip etmesi gerektiğini belirtmiştir. Çalışma Grubu meseleyi tartıştıktan sonra Kanadalı delegenin teklifine İngilizce bir karşılık bulmanın zorluğunu ve öte yandan, hangi fiilin verilen görevle insicam içinde olduğunu hangisinin olmadığını tarif etmenin de bir başka müşkül olduğuna kâni gelmişlerdir⁷².

Görev statüsünün belirlenmesi, devletlerin “görev” mefhumuna farklı anlamlar yüklemesi⁷³ veya suçun görev statüsü kapsamında işlenip işlenmediği hakkında kendi millî kriterlerine müracaat etmeleri sebebiyle uyumsuzluklara sebep olan hassas bir konudur⁷⁴.

Görev statüsü kapsamında işlenen suçların tespiti ve görev belgelerinin ne şekilde muamele göreceği hususunda NATO ülkelerinin zamanla değişen uygulamaları üç ana gruba ayrılabilir. Bunlardan birincisi, gönderen devletin görev statüsüyle ilgili tespitine veya düzenlediği görev belgesine

70 Procès-verbaux de Group de Travail sur le Statut des Forces de l'OTAN, Summary Record of a meeting of the Working Group on Status of Forces (23 April 1951), MS-R (51) 14, para 28.

71 Documents du Sous-Comité juridique du Group de Travail, MS (J) R (51) 12. İlgili devletlerin anlaşmasına göre görev statüsünün belirlenmesi tahkime de götürülebilir. Tahkim uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, ss. 211-218.

72 Bkz. note 70, MS-R (51) 18.

73 ABD ve Fransız düzenlemelerinin görev kavramına yükledikleri çeşitli manalar için bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, s. 193.

74 S. Lazareff, 1964, note 13, s. 191.

kabul eden devletçe üstünlük tanınıp itibar edilmesidir⁷⁵. İkincisi ve en yaygın şekilde benimseneni: Gönderen devletin görev statüsüyle ilgili yaptığı tespit veya düzenlediği görev belgesini, aksi ispatlanana kadar geçerli sayıp neticeye kabul eden devletin mahkemesinin karar vermesidir⁷⁶. Üçüncü bir yol ise suçun görev statüsü kapsamında işlenip işlenmediğini belirlemek için hakeme müracaat etmektir. Ancak hakem usulü NATO KSA'nın hazırlanması sürecinde Çalışma Grubu tarafından reddedilmiştir⁷⁷. Buna rağmen bazı Fransız Mahkemeleri hakem usulünü denemişlerdir⁷⁸.

Resmi görevin ifası esnasında veya ifası dolayısıyla işlenen suçların tespiti ve görev belgeleri hakkında diğer NATO ülkelerinin uygulaması ise, umumiyetle, aksi ispat edilinceye kadar görev belgelerinin geçerli sayılması şeklindedir⁷⁹. Bir diğer deyişle, olay anında veya daha sonra kendilerine bir görev belgesi sunulan kabul eden devlet yetkilileri bu belgeye itibar ederler; ta ki suçun resmi görev esnasında veya resmi görev dolayısıyla işlenmediği ispatlanmış bulunsun.

Almanya, yabancı kuvvetlerin Alman ülkesinde bulunmasına ilişkin vaziyeti 1995 yılında çıkartılan bir kanunla düzenlemiştir. Almanya uygulamasına göre görev belgelerinin tanzimi ve Alman makamlarına sunulması gönderen devletin yetkisi dahilindedir ve bu belgeler aksi ispat edilinceye kadar geçerlidir⁸⁰. Belçika uygulamasında ise, görev belgeleri gönderen devletin askerî ataşeliği tarafından düzenlenip kabul eden devlet makamına gönderilmektedir. Görev belgesinin olay bakımından gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı (suçun resmi vazife esnasında veya resmi vazifenin ifası dolayısıyla işlenip işlenmediği) hususunda bir uyuşmazlık çıkarsa bu uyuşmazlık diplomatik müzakerelerle çözümlenmeye çalışılmaktadır⁸¹.

75 Bkz. Ö. İ. Akipek, NATO Kuvvetleri Sözleşmesine Göre Vazife... note 23, s. 21.

76 *Ibid.* s. 23.

77 Bkz. MS-R(51) 14, note 70, para 28.

78 Bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, ss. 211-212; Ö. İ. Akipek, NATO Kuvvetleri Sözleşmesine Göre Vazife... note 23, s. 22.

79 Bkz. J. Voetelink, 2013, note 26, s. 208. Resmi görevin ifası esnasında veya ifası dolayısıyla işlenen suçların tespiti ve görev belgelerinin Türkiye ve diğer NATO ülkeleri arasında nasıl muamele gördüğüne dair ayrıntılı bilgi için bkz. M. C. Kul, note 68, ss. 238-249.

80 Alman uygulamasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Gesetz über die Rechtsstellung ausländischer Streitkräfte bei vorübergehenden Aufenthalten in der Bundesrepublik Deutschland vom 20 Juli 1995, BGBl 1995 II 554. <http://rw22big3.jura.uni-sb.de/BGBl/TEIL2/1995/19950554.2.HTML>, (erişildi 18.10.2024).

81 Bkz. B. S. Kort, NATO Mensuplarının Hukuki Statüsü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 95.

Birleşik Krallık, gerek NATO KSA kapsamında olsun diğer anlaşmalar kapsamında olsun ülkeye gelen yabancı kuvvetlerin durumuna şâmil olmak üzere Visiting Forces Act 1952 (Misafir Kuvvetler Kanunu) çıkartmıştır⁸². Bundan önce çıkarttıkları kanunlar ise Visiting Forces (British Commonwealth) Act 1933, Allied Forces Act 1940 ve The United States of America (Visiting Forces) Act 1942 şeklindedir. 1942 tarihli Kanun uyarınca, Birleşik Krallık'taki ABD kuvvetleri üzerinde cezaî konularda münhasır yetkiyi ABD haiz olmuştur. 1948 yılında Birleşik Krallık, ABD'ye verdiği münhasır yetki tavizini geri çekeceğini ilan etmiştir. Ancak NATO KSA yürürlüğe girinceye dek Birleşik Krallık'taki ABD kuvvetleri hakkında The United States of America (Visiting Forces) Act 1942 ile verilen tavizler geçerli olmuştur⁸³.

Birleşik Krallık Visiting Forces Act 1952 uyarınca, görev belgeleri gönderen devletçe tanzim edilir ve aksi ispat edilinceye kadar geçerli olarak muamele görür⁸⁴. Visiting Forces Act 1952'ye göre görev belgesi aksi ispatlanıncaya kadar suçun görev esnasında veya görevin ifası dolayısıyla işlendiğine yeterli kanıt oluştursa da bu yönde nihai belirleyici nitelikte bir delil değildir. Zira, Birleşik Krallık Mahkemesi önünde görev belgelerinin suçun görev statüsü kapsamında işlendiğine dair çürütülebilir bir karine teşkil ettikleri kabul edilmektedir⁸⁵. Snee ve Pye bu kanunun uygulanmasının ABD ile Birleşik Krallık arasında görev belgeleri bakımından bir problem çıkarmadığını belirtmektedir⁸⁶. Visiting Forces Act 1952'in ilk taslağında görev statüsünün belirlenmesi noktasında gönderen devletin tanzim ettiği görev belgesi nihai belirleyici nitelikte kabul görecekti. Ancak bu formül, kanun taslağının görüşüldüğü parlamento tartışmalarında önemli bir muhalefetle

82 The United Kingdom, Visiting Forces Act 1952, Section 1. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6and1Eliz2/15-16/67/section/1> (erişildi 14.10.2024).

83 R. R. Baxter, 1958, note 69, s. 73.

84 Bkz. Visiting Forces Act 1952, note 357, Section 11(4). "Where a person is charged with an offence against United Kingdom law and at the time when the offence is alleged to have been committed he was a member of a visiting force or a member of a civilian component of such a force, a certificate issued by or on behalf of the appropriate authority of the sending country, stating that the alleged offence, if committed by him, arose out of and in the course of his duty as a member of that force or component, as the case may be, shall in any such proceedings as aforesaid be sufficient evidence of that fact unless the contrary is proved". Ayrıca bkz. Section 3.

85 Bkz. J. Voetelink, 2013, note 26, s. 208; G. Stambuk, note 11, s. 86.

86 Bkz. J. M. Snee and K. A. Pye, note 19, ss. 51-52.

karşılaşılınca değiştirilmiş⁸⁷ ve görev statüsünün belirlenmesi konusunda kabul eden devlet olarak Birleşik Krallık makamlarının takdir veya itiraz hakkına kapı aralanmıştır. Kanada uygulaması Birleşik Krallık'ın uygulamasına benzer niteliktedir. Gönderen devlet askerî makamlarınca düzenlenen görev belgesi Kanada Mahkemesi'ne sunulduğunda bu belge hakkında hâkim karar vermektedir. Mahkeme, gönderen devlet askerî makamlarının görev statüsü hakkında yaptıkları tespiti umumiyetle geçerli saymaktadır⁸⁸.

Hollanda ise görev belgelerinin nasıl muamele görmesi gerektiği hakkında ABD ile ikili anlaşma yapmıştır. Buna göre, Hollanda'daki ABD askerî makamları görev belgesi düzenleyerek Hollanda makamlarına gönderirler. Hollanda Dışişleri Bakanlığı görev belgesi hakkında olumlu görüş beyan ederse (olayın resmi görevin ifası esnasında veya ifası dolayısıyla olduğuna kanaat getirirse) bu görüşünü Adalet Bakanlığı üzerinden suçun işlendiği yerin savcılığına gönderir. Bunun üzerine savcılık dosya hakkında yetkisizlik kararı verir⁸⁹.

Fransa'nın, gönderen devletin görev statüsünün tespitine yaklaşımı ve gönderen devletçe tanzim edilen görev belgelerinin Fransız makamları tarafından göreceği muamele hakkındaki uygulaması ise aşağıdaki gibidir: 2 Aralık 1953'te Nanterre'de meydana gelen olayda ABD kuvvetlerine mensup Çavuş John Sacommandi, şahsî otomobiliyle giderken, saat 20:45 dolaylarında bisikletiyle hareket halinde olan M. Bouleau'ya çarparak yaralanmasına sebep olmuştur. Seine ilk derece mahkemesinin gördüğü dava hakkında ABD askerî makamları, olayın Sacommandi'nin Neuilly'deki Amerikan Hastanesi'ndeki görevinden kendi evine dönüşü esnasında gerçekleştiğini ve dolayısıyla olay bakımından ABD askerî makamlarının rüçhanlı yargı yetkisi bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Yine ABD askerî makamlarına göre, olayın resmi görev statüsü kapsamında bulunduğu ABD askerî makamları tarafından tespit edilmiş oluşu hem ceza mahkemesi hem de hukuk mahkemesi üzerinde bağlayıcı niteliktedir. Nitekim, Seine Mahkemesi de olayın resmî görev statüsü kapsamında gerçekleştiğini ve Fransa'nın yetkisiz olduğuna hükmetmiştir⁹⁰. Görüldüğü gibi yukarıdaki davada Seine

87 Bkz. J. M. Snee and K. A. Pye, note 19, s. 51, dn. 242.

88 G. Stambuk, note 11, s. 86.

89 Bkz. B. S. Kort, note 81, s. 96.

90 Buradaki yetkisizlik rüçhanlı yetki kapsamında değerlendirilmelidir. Zira, ABD askerî makamları Sacommandi hakkında yargı yetkilerini kullanmazsa Fransa yetkili olacaktır.

Mahkemesi, ABD makamlarının yaptığı görev statüsü tespitine ve hazırladıkları görev belgesine itibar ederek bunu karine olarak geçerli saymıştır⁹¹.

Bir diğer olayda ise, Ensey adlı bir ABD'li kuvvet mensubu Orly Havalimanı'ndaki görevinden evine dönerken şahsî otomobiliyle bir kadına çarpmıştır. Seine İlk Derece Mahkemesi'nde görülen davada ABD askerî makamları Ensey'in görev yaptığı Orly Havalimanı'ndan mümkün olan en kısa yoldan evine dönmekte olduğunu ve olayın bu sebeple görev statüsü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Mahkeme ise, Ensey ve davacı kadına mehil vererek görev statüsünün belirlenmesi için hake-me gidilmesi gerektiğine ve hakem kararının da bekletici mesele olduğuna hükmetmiştir⁹². Ancak, yerel mahkemenin bu kararı Paris İstinaf Mahkemesince bozulmuştur. Paris İstinaf Mahkemesi, bozma gerekçesi olarak NATO KSA'da görev statüsünün belirlenmesi hakkında hakem usûlüne işaret eden herhangi bir hükmün bulunmadığını vurgulamıştır. Ayrıca İstinaf Mahkemesi, NATO KSA'daki hakem usûlünün ceza davaları bakımından değil fakat zarar ve ziyanın tespitine ilişkin olduğunu da belirtmiştir.⁹³

Fransız Mahkemeleri'nden bir diğer uygulamaya göre ise Mahkeme, görev belgesini veya ABD askerî makamlarının görev statüsüne ilişkin yaptıkları tespiti bir karine olarak kabul etmek yerine, suçun görev statüsü kapsamında işlenip işlenmediğine dair kendi kriterleri üzerinden inceleme yapma yolunu tercih etmiştir. 8 Ağustos 1953 tarihinde şahsî otomobiliyle seyreden Sykes, Martinerie Üssü'nden görev yerine dönmektedir. Bu esnada meydana gelen kaza sebebiyle Sykes, taksirle öldürme suçunu işlediğinden bahisle Fransa'da mahkeme önüne çıkarılmıştır. Yapılan yargılama neticesinde ilk derece Mahkemesi, kendi kriterleri üzerinden değerlendirme yaparak olayın resmî vazife esnasında veya resmî vazifenin ifası dolayısıyla gerçekleştiğine karar vermiş ve dolayısıyla olay bakımından Mahkemenin yetkisiz olduğuna hükmetmiştir⁹⁴. Ancak Fransız ilk derece

Ancak ABD askerî makamları olayın resmî görev statüsü kapsamında gerçekleştiğini ve kendilerinin rüchanlı yetkiyi haiz olduklarını bildirdiklerinden dolayı Seine Mahkemesi yetkisizlik kararı vermiştir. Bkz. *Affaire Bouleau et M.P. c/ Sacommandi John, Le Tribunal de Première Instance de la Seine, 17e Chambre, 2 juillet 1954.*

91 Bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, s. 208.

92 Seine, 17e Chambre Correctionnelle, 29 octobre 1954; S. Lazareff, 1964, note 13, s. 212.

93 Cour d'Appel de Paris, 12e Chambre, 27 avril 1955; S. Lazareff, 1964, note 13, s. 212.

94 Bkz. *M.P. c/ Sykes, Tribunal de Grande Instance de Châteauroux, 18 janvier 1954; M.P. c/ Sykes, Cour d'Appel de Bourges, 1 juillet 1954.*

Mahkemesi'nin görev statüsü hakkında kendi değerlendirmesini yapmasından sonra NATO KSA'ya atif yapması ne NATO KSA'nın ruhu ile ne de NATO KSA'nın hazırlık çalışmalarıyla bağdaşmaktadır⁹⁵.

1 Mart 1952 tarihinde, Fransa'nın Melun şehrinde gerçekleşen Amerikan karşıtı bir nümayiş esnasında, şehrin ana caddelerinden birinde ABD'ye ait bir askerî kamyon bulunmaktadır. Kamyonun etrafı protestocular tarafından çevrilmiş iken bir protestocu askerî kamyonun sürücüsünü tehdit etmiştir. Sürücüyü tehdit eden Labella isimli protestocu kamyonun kaputuna tutunmuştur. Panikleyen sürücü, Labella'yı kamyonun üstünden atmak istemiş ve bir duvarla kamyon arasında sıkışarak ölmesine sebebiyet vermiştir. ABD askerî makamları, 22 Ekim 1953 tarihli mektuplarında, Labella Olayı hakkında; askerî kamyonun sürücüsü Onbaşı Zerfoss'un olay esnasında görevi başında bulunduğu, dolayısıyla olayın ABD'nin rüçhanlı yargı yetkisine dahil olduğunu belirtmişlerdir⁹⁶. Bunun üzerine Fransız sorğu hâkimi, Labella Olayı'nda ABD askerî makamlarının rüçhanlı yargı yetkisini haiz olduğuna karar vermiştir⁹⁷.

Fransa'nın görev belgelerinin göreceği muamele ve görev statüsünün tespiti hakkındaki güncel uygulamasına ise Adalet Bakanlığı'nın yerel adli makamlara gönderdiği bir talimatname yön vermektedir. Buna göre, görev belgesi gönderen devlet askerî makamları nezdinde çalışan bir hukukçu veya hâkim tarafından düzenlenmişse bağlayıcı olarak muamele görecek ancak bir hukukçu vasfı bulunmayan bir komutan tarafından düzenlenmişse bağlayıcı olarak kabul edilmeyecektir⁹⁸.

Yunanistan resmi görev statüsünün belirlenmesi hakkında ABD ile ikili anlaşma yapmıştır. Buna göre ABD askerî makamları, Yunan makamlarından yargı yetkisinden feragat etmelerini isterse bu talepleri kabul edilecektir. Buna mukabil, Yunanistan yargı yetkisini kullanmak konusunda özel önem atfettiği (özellikle ağır cezayı müstelzim olan) suçlar bakımından yargı yetkisini rüçhanlı (öncelikli) olarak haiz olacaktır. Kanada uygulamasında ise, görev belgeleri gönderen devletin askerî makamları tarafından hazırlanıp Kanada Mahkemeleri'ne sunulmaktadır. Görev belgesi aksi ispat

95 Bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, s. 210.

96 Bkz. S. Lazareff, 1964, note 13, s. 205.

97 S. Erman, *Askerî Ceza Hukuku*, note 52, s. 120.

98 G. Stambuk, note 11, s. 86.

edilinceye kadar geçerli kabul edilmekte, Görev belgesine itiraz edip aksini ispata çalışmak, Savcı'nın uhdesindedir. İzlanda, Norveç ve Portekiz'de ise gönderen devletçe verilen görev belgeleri aksi ispat edilinceye kadar geçerli sayılmaktadır⁹⁹.

Pye ve Snee'nin belirttiğine göre, görev belgelerinin göreceği muamele İtalyan uygulamasında diğer NATO ülkelerine göre farklılık arz etmektedir. Zira, İtalya, görev belgeleri veya görev statüsü hakkında gönderen devletin tek taraflı karar verme yetkisine en mesafeli yaklaşan devlet mevkiindedir. Görev belgelerinin yerel kanun uygulayıcılar nezdinde ne şekilde itibar göreceği hususunda ne bir kanun ne de bir Adalet Bakanlığı genelgesi mevcuttur. Her ne kadar İtalyan Mahkemeleri, görev statüsünün belirlenmesinin veya görev belgesinin belirleyici nitelikte olmasının askerî makamlara ait bir iş olduğunu kabul etse de bazı mahkemelerde farklı uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Genellikle, gönderen devlet askerî makamları tarafından tanzim edilen görev belgesi üzerine İtalyan Mahkemeleri davayı askıya almaktadırlar. Ancak, görev belgesi hakkında İtalyan hâkimi karar verdiği için gönderen devlet her zaman memnun kalmayabilmektedir¹⁰⁰. Stambuk'un aktardığına göre, İtalya'da yerel adli makamların görev belgeleri konusundaki tutumlarında bir yeknesaklık bulunmamaktadır¹⁰¹. Kort ise, İtalyan uygulaması hakkında şunları nakletmektedir: *Görev belgelerini gönderen Devlet düzenler ve aksi ispat edilinceye kadar görev belgeleri İtalyan Mahkemeleri'nde geçerli olarak muamele görür. İhtilaf halinde İtalyan Dışişleri Bakanlığı'ndan görüş alınmak suretiyle çözüm üretilir*¹⁰².

Görev belgelerine ve görev statüsüne dair NATO sahası dışından bir örnek vermek gerekirse: *Girard Davasında* ABD ve Japonya olayın görev statüsü kapsamına girip girmediği hususunda ihtilafa düştü. Japonya olayda kendisinin yetkili olduğunu iddia ederken ABD ise askerinin üs bölgesinde ve görevi başındayken fiili işlediğini ileri sürerek olayın ABD'nin rüçhanlı yetkisine dahil olduğunu savunmuştu. *Girard Davasında* ABD'nin askerî üs bölgesinde talime ara verildiği sırada Girard adlı askere başında beklemesi ve kollaması için bir makineli tüfek ve bazı eşyalar teslim edilmişti. Bu

99 B. S. Kort, note 81, s. 96.

100 Bkz. J. M. Snee and K. A. Pye, note 19, s. 53.

101 G. Stambuk, note 11, s. 86.

102 Bkz. B. S. Kort, note 81, s. 96; O. Çelen, note 63.

sırada halktan bazı insanlar da üs yakınında boş mermi kovani topluyorlardı. Girard, tüfeğin içine boş mermi kovani koyarak çevrede boş mermi kovanelerini toplayan yaşlı bir Japon kadına ateş etti. Yaralanan yaşlı kadın kan kaybindan öldü¹⁰³. Sne ve Pye, bu olayın görev statüsü kapsamında işlendiği kanaatindedirler. Onlara göre, görev statüsü askerlerin işleyeceği suç tipine ilişkin bir tanım içermez bilakis askerlerin bulunduğu görev durumuna işaret eder. Aksi halde gönderen devletin rüçhanlı yargı yetkisini haiz olacakları çok az durum olacaktır¹⁰⁴.

Bir kuvvet mensubunun görev statüsünden yararlanmasında belirleyici rol oynayan görev belgeleri çokça tartışılmış ve eleştiri konusu olmuştur. Birleşik Krallık'taki ABD kuvvetlerinin görev statüsü kapsamında sayılan fiillerini eleştiren İngiliz parlamenter W. W. Hamilton, son otuz yıllık süreçte ABD kuvvet mensuplarının orantısız ve sorumsuzca hareket ettiğini vurgulamıştır. D. Campbell'in verdiği örnekler arasında ise, Londra'nın batısında yer alan Northolt'taki ABD üssünde çalışan İngiliz işçinin ateşli silahla vurularak yaralanması olayı; bir otomobili çalan ABD'li erbaşın (NCO) Kent Şehri'nde Manston Üssü'nden çıkması ve altı İngiliz sivil vatandaşını yaralaması ve diğerlerinin yanı sıra bir Kraliyet Hava Polis Memurunu öldürmesi hadisesi yer almaktadır. Campbell, ABD'li kuvvet mensuplarının görev statüsü dolayısıyla Birleşik Krallık'ın yargı yetkisinden kurtuldukları ve ABD askerî makamlarının yargı yetkisine tabi olduklarını burada ise özellikle trafik kazalarıyla sebep oldukları taksirle öldürme fiillerinden çok ufak cezalarla kurtulduklarını belirtmektedir. Dahası, görev statüsünden yararlandıkları için bu tür trafik kazalarında tazminat dahi ödememektedirler. İngiltere'nin Cornwall mevkiindeki nükleer silah fabrikasında koruma olarak görev yapan ABD'li bir deniz kuvvetleri mensubu, 1979 yılında SUV tipi aracıyla ters yöne girerek yüksek hızda ilerlerken 17 yaşında bir İngiliz gencin ölümüne sebep olmuştur. İbrahim ettikleri görev belgesiyle İngiliz yerel otoritelerinin soruşturmasını durduran ABD askerî makamı, olayın failini Londra'nın merkezinde bulunan ABD Askerî Mahkemesi'nde yargılayarak yalnızca bir Amerikan doları cezaya çarptırmışlardır¹⁰⁵. Neticesinde,

103 *Girard Davasına* ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. M. C. Kul, note 68, ss. 184-187.

104 J. M. Sne and K. A. Pye, note 19, s. 50.

105 HC Deb 19 December 1983 vol 51 cc90-108, Available at: <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1983/dec/19/visiting-forces-act-1952> (erişildi 14.10.2024).

kabul eden devlette benzer suç tipi için öngörülen cezaya nispetle çok hafif bir ceza veya sadece bir disiplin cezası verilen gönderen devlet yargılamaları, kabul eden devletin kamu vicdanında adalet duygusunun incinmesine sebep olmaktadır.

Stambuk'un aktardığına göre, NATO KSA'nın ilk yıllarındaki uygulamasında gönderen devletler bir olayın görev statüsü kapsamında olduğu konusunda sağlam mesnetler ileri sürmeksizin kabul eden devletin görev belgesine itibar etmesini bekliyorlardı¹⁰⁶. Ancak, zamanla bu uygulama değişmiş ve kabul eden devlet ve gönderen devlet arasında daha adil bir zemine oturmuştur. Bununla birlikte NATO ülkelerinde değişen uygulamalar mevcuttur¹⁰⁷. Her devlet bir olayın resmî görev statüsü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi gerektiği noktasında en iyi argümanları seçerek karşı tarafı kaybettirebilir. Dolayısıyla bir olayın resmî görev kapsamında olup olmadığını belirlemek tek başına gönderen devletin veya kabul eden devletin belirleyici olduğu bir alan değildir. Somut olayın özellikleri ve kullanılan argümanların niteliği bir olayda gönderen devlete veya kabul eden devlete avantaj sağlayabilir¹⁰⁸.

3.2. Kabul Eden Devletin Rüçhanlı (Öncelikli) Yetkisi

Mütedahil yetki durumunda NATO KSA yetkiyi gönderen ve kabul eden devlet arasında taksim etmiştir. Bu taksim, bir suç üzerinde yargı yetkisini kullanmakta hangi devletin menfaatinin fazla olduğuna, suçun hangi devletin kanunlarını ve kamu düzenini ihlâl ettiğine bakılmak suretiyle oluşturulmuştur. NATO KSA, gönderen devlet kuvvet veya sivil unsur mensuplarının resmî vazifeleri esnasında veya resmî görevlerinin ifası dolayısıyla işledikleri suçları gönderen devletin rüçhanlı yargı yetkisine tâbi kılmıştır. Bunun yanı sıra, gönderen devlet kuvvet ve sivil unsur mensuplarının sadece gönderen devletin mülküne veya emniyetine karşı işledikleri suçlar ve mezkûr kişilerin birbirlerine veya yakınlarına karşı işledikleri suçlar da gönderen devlet yargı yetkisini kullanmakta önceliklidir. NATO KSA bu sayılan hallerin dışındaki tüm durumlarda ise kabul eden devlete rüçhanlı yetki tanımak suretiyle bir denge gözetmiştir. Söz konusu hüküm şöyledir:

106 Bkz. G. Stambuk, note 11, s. 88.

107 Bkz. J. Voetelink, 2013, note 26, s. 208.

108 Bkz. G. Stambuk, note 11, s. 88.

“Bunların haricindeki herhangi bir suçun işlenmesi halinde kabul eden devletin makamları kaza salâhiyetlerini rüçhanıyetle kullanmak hakkını haiz olacaklardır¹⁰⁹”.

Yabancı kuvvet mensubu veya sivil unsurun görevi kapsamında olmayan fiil veya ihmalleri için kabul eden devlet cezaî yetkisini kullanmada rüçhan hakkı sahibidir. Resmî vazifenin kapsamı dışında kalan bir vakaya örnek olarak: Japonya’da on iki yaşında bir kıza karşı cinsel saldırı suçu işlenmiş, Japon makamlarınca yürütülen soruşturma neticesinde şüphelinin bir ABD askeri olduğu ortaya çıkmıştır. Burada Japonya’nın cezaî yargı yetkisi rüçhanlı mahiyettedir¹¹⁰.

Kabul eden devletin yargı yetkisine öncelikli olarak sahip bulunduğu durumlarda gönderen devlete ait askeri personel, avukata ve tercümana erişme hakkı, hapishane ziyaretleri, yargılamanın takibi de dahil adil yargılanmaya mütedair teminatlarla korunmuştur¹¹¹. Her ne kadar adil yargılanma teminatları NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması’nda öngörülerek kabul eden devletin yargı yetkisini kullanırken uygulayacağı standartlar belirlenmiş olsa da gönderen devletler kabul eden devletin rüçhanlı yetkisinin kapsamını daraltma eğiliminde olmuşlardır. Bu kapsamda Almanya ile yapılan Anlaşma’nın on dokuzuncu maddesi zikredilebilir¹¹². Buna göre Almanya rüçhanlı yetkisinden peşinen feragat edecek ve fakat Almanya için özel önemi haiz bir olayda feragatını geri çekmek suretiyle rüçhanlı yetkisini o olay bakımından kullanabilecektir¹¹³.

109 NATO KSA, note 1, madde 7(3)(b) hükmü.

110 D. Sonnenberg and D. A. Timm, United States Forces in Japan: The Agreements Regarding Status of Foreign Forces in Japan in D. Fleck (ed), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, Oxford, OUP, 2003, s. 388, dn. 81.

111 Bkz. NATO KSA, note 1, madde 7(9) hükmü. NATO KSA’da öngörülen adil yargılanma teminatları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. J. M. Snee and K. A. Pye, note 19, ss. 73-117.

112 Agreement to Supplement the Agreement between the Parties of the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces with Respect to Foreign Forces Stationed in the Federal Republic of Germany, note 603.

113 Bkz. D. Tezcan, La Convention de Londres sur le Statut des Forces de l’OTAN et le Principe de Territorialite en Droit Penal International, 19 *Turkish Yearbook of International Law* 149 (1979), DOI: 10.1501/Intrel_0000000198, s. 158.

4. Rüçhaniyet Hakkından Feragat ve Hukukî Neticesi

NATO KSA devletlerden birine rüçhanlı yetki tanımak suretiyle mütedahil yetki durumuna çare üretmiştir. Rüçhanlı yetki hükümlerinin takip edilmesine rağmen bir çözüm bulunamazsa devletlerden birisi diğerinden rüçhanlı yetkisinden feragat etmesini talep edebilir. Keza, rüçhanlı yetki sahibi olan devlet, rüçhaniyet hakkından, talep olmaksızın, kendiliğinden de feragat edebilir¹¹⁴. Uygulamada, feragat ilişkin talebi alan birçok devlet zorluk çıkarmadan, bu talebe olumlu cevap vermektedir¹¹⁵.

“Rüçhaniyet hakkını haiz olan devlet kaza salâhiyetini kullanmama kararı verecek olursa diğer devletin makamlarını mümkün olan süratle keyfiyetten haberdar edecektir. Rüçhaniyet hakkını haiz olan devletin makamları, bu haktan feragat etmeleri hususunda diğer devletin makamlarınca yapılacak talebi, feragat keyfiyetine işbu devletçe hususi bir ehemmiyet atfedilen hallerde, hayırhahlıkla tetkik edeceklerdir¹¹⁶”.

NATO Kuvvetler Statüsü anlaşmasında düzenlenen yargı yetkisinden feragat etme hali belli suç tiplerine veya suçun ağırlığına bağlı kılınmamıştır¹¹⁷. Buna mukabil NATO KSA’da rüçhanlı yargı yetkisinden feragata ilişkin olarak “bir devletin vakaya özel önem atfettiği hallerdeki feragat talepleri diğer devletçe hayırhahlıkla değerlendirilir” şeklinde muğlak bir hüküm konmuştur¹¹⁸. Ancak hangi olayda feragat talebine olumlu cevap vermek gerektiğine ilişkin belli kriterler yoktur. Mesela ABD, Japonya’nın feragat talebine en azından iki kere olumlu cevap vermişken Güney Kore’nin 2002 yılında yaptığı ilk ve tek feragat talebini geri çevirmiştir¹¹⁹.

114 Bkz. S. Erman, *Askerî Ceza Hukuku*, note 52, s. 115.

115 International Security Advisory Board Report, note 5, s. 5.

116 NATO KSA, note 1, madde 7(3)(c) hükmü.

117 Cf. Japon-ABD KSA, Agreement under Article VI of the Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Japan (Agreement regarding the Status of United States Armed Forces in Japan), signed 19 January 1960, 11 U.S.T. 1652, T.I.A.S. No. 4510. Available at: <https://www.mofa.go.jp/region/n-america/us/q&a/ref/2.html> (erişildi 14.10.2024). (Japon-ABD KSA).

118 NATO KSA, note 1, madde 7(3)(c) hükmünün son cümlesi.

119 J. Cha, Comparison and Analysis of Korea and Japan Status of Forces Agreements and Their Implications for Iraq’s SOFA, 18 *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 487 (2010), s. 515.

Italian Gondola Tragedy olarak bilinen olayda da ABD, İtalya'nın feragat talebini reddetmiştir. 1998 yılında İtalya'nın Alpler'deki Cavalese adlı kasabasında meydana gelen hadisede üç İtalya, beş Belçika, yedi Almanya, iki Polonya, iki Avusturya ve bir Hollanda vatandaşı olmak üzere, toplam yirmi kişi hayatını kaybetmiştir¹²⁰. 3 Şubat'ta Aviano Hava üssünden kalkan ABD Deniz Kuvvetlerine ait EA-6B Prowler tipi jet, alçak irtifa uçuş içeren bir eğitim yapıyordu. Bahis mevzuu jet, kış sporlarının yapıldığı Cavalese Kasabası'ndan geçerken; her kış mutad olduğu üzere, kayak yapan sporcular teleferikle taşınıyordu. Alçak irtifa uçuşu esnasında teleferiğin kablounu koparan jet, teleferikte bulunanların tamamının yaşamını yitirmesine sebep olmuştur¹²¹. Olay görev esnasında ve görev dolayısıyla gerçekleştiğinden olaya sebep olan kuvvet mensupları üzerinde (NATO KSA'nın madde 7(3)(a)(ii) hükmü uyarınca) rüçhanlı yargı yetkisine gönderen devlet sıfatıyla ABD sahiptir. İtalya, olaya sebep olan ABDli kuvvet mensuplarını İtalyan Mahkemelerinde yargılamak için (NATO KSA'nın madde 7(3)(c) hükmünün ikinci cümlesi uyarınca) ABD'den rüçhanlı yetkisinden feragat etmesini talep etmiştir¹²². ABD, İtalya'nın özel önem atfettiği bu feragat talebini reddetmiştir. ABD askerî makamlarının yaptığı yargılamada ise esas olarak taksirle öldürme suçu isnat edilen jet pilotları Richard Ashby ve Joseph Schweitzer kazayla doğrudan ilgili olan tüm suç isnatlarından beraat etmiştir. Yalnızca, jetin uçuş esnasında kaydettiği görüntüleri tahrif etmek sebebiyle disiplin cezasına çarptırılmışlardır¹²³.

Bir devlet bir vaka hakkında diğer devlet lehine rüçhanlı yargı yetkisinden feragat ettiğinde şayet diğer devlet mezkûr olay hakkında yargı yetkisini icra etmezse veya konu hakkında bir yargı kararına hükmedilmeden olay takipsizlik kararıyla son bulursa feragat eden devlete yargı yetkisi avdet eder mi? Bu sorunun cevabı *Aitchison c. Whitley* davasının hukukî serüveninde saklıdır. Fransa'da gerçekleşen hadise şöyledir: 24 Kasım 1953 tarihinde

120 M. D. Muelenaere, "A Cavalese, le drame du téléphérique avait fait 20 morts Le pilote de l'avion tueur acquitté", *LE SOIR*, 5 mars 1999, https://www.lesoir.be/art/a-cavalese-le-drame-du-telepherique-avait-fait-20-morts_t-19990305-Z0GG4M.html (erişildi 14.10.2024).

121 Bkz. M. D. Muelenaere, note 395; K. Harris, note 398.

122 Bkz. S. E. Stuehser, Military Jurisdiction under SOFA: Clarity or Confusion, 4 *New Eng. Int'l & Comp. L. Ann.* 247 (1998), ss. 251-252.

123 K. Harris, "Cavalese, Italy, to mark anniversary of ski gondola tragedy", *STARS AND STRIPES*, 2 February 2003, (erişildi 14.10.2024).

ABD kuvvet mensuplarından Binbaşı Jack Whitley, şahsi otomobiliyle bir eğlenceden dönmektedir. Whitley, hız sınırının üzerinde seyrederken arabanın lastiği patlar ve Corbeil mevkiinde kaza yapar. Otomobilde Whitley ile seyahat eden Kanada Hava Kuvvetlerine mensup Aitchison bu kazada ölür. Olayda Fransa rüçhanlı yetki sahibidir. Ancak 30 Aralık 1953 tarihinde ABD, Fransa'nın Adalet Bakanlığı'ndan rüçhanlı yetkisinden feragat etmesini talep eder. Fransa bu talebe 7 Ocak 1954 tarihinde olumlu cevap vererek rüçhanlı yargı yetkisinden feragat eder. Fransa'nın feragatiyle ABD yargı yetkisini icra mevkiine çıkar. Ancak ABD askerî makamları olayı soruşturduktan sonra takipsizlik takip kararı verir. Fakat kazada ölen Kanadalı kuvvet mensubunun eşi, Fransız Mahkemesi'nde Whitley'den davacı olur. Kanadalı kuvvet mensubunun eşinin açtığı ceza ve tazminat davası (*citation directe usûlü*) ABD askerî makamlarının takipsizlik kararından iki hafta sonra Fransız Mahkemesi'nde görülmeye başlanmıştır. Whitley'in Fransız Mahkemesi'nde ileri sürdüğü yetkisizlik iddiası kabul görmez. Neticede, 5 Nisan 1954 tarihinde, Whitley suçlu bulunup hem para cezası hem de tazminat ödemesine hükmedilir. Bunun üzerine Whitley, *Cour d'Appel*'e müracaat eder. Ancak *Cour d'Appel* de Whitley'in iddialarını reddederek 16 Mayıs 1956 tarihinde yerel mahkemenin kararını tasdik eder.

Whitley, Fransa'nın yargı yetkisinden feragat ettiğini, feragatin kesin olduğu, geri alınamayacağı ve ABD askerî makamlarının verdiği takipsizlik kararının Fransa'ya yargı yetkisini geri döndürmeyeceğini ileri sürmüştür. Ancak bidayet mahkemesi ve istinaf mahkemelerinde bu iddia şu gerekçelerle reddedilmiştir: İlk olarak, NATO KSA'ya göre feragat yargı yetkisine yönelik değil yargı yetkisinin kullanılmasında öncelik hakkına yöneliktir. Bu sebeple öncelik sahibinin feragatiyle yetkinin kullanım hakkı diğer devlete geçer bu devlet de hakkını kullanmazsa yetki ilk defa rüçhanlı yetkiyi haiz bulunan Fransa'ya avdet eder. İkinci olarak ne Adalet Bakanlığı ne de savcılık makamı kişilerin dava açma haklarını ellerinden alacak tasarruflarda bulunma hakkına sahiptir. Keza, bunlar ceza muhakemesi usûlünü de tasarruflarıyla değişikliğe uğratma mevkiinde değildirler.

Whitley son çare olarak, *Cour de Cassation*'a müracaat etmiş ve *Cour de Cassation*, ilk derece mahkemesinin ve istinaf mahkemesinin kabul ettiği görüşün aksini benimsemiştir. *Cour de Cassation*, Fransız Anayasası'nın

bir milletlerarası andlaşmayla bir iç hukuk tasarrufunun tearuzu halinde andlaşmanın üstün tutulacağını, bu sebeple Fransa'nın taraf olduğu NATO kuvvetler statüsü anlaşmasının hükümlerinin üstün bir değerde olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca kararda, Fransız makamlarının, bir ceza davası açmak bakımından Fransa'nın rüçhanlı yetkiden feragatinden sonra artık yetkili olamayacakları da belirtilmiştir. *Cour de Cassation*'a göre rüçhanlıyet hakkında feragat kararı kesin olup yargı yetkisi ancak ABD'nin vaka hakkında yetkisini kullanmayacağını bildirmesiyle Fransa'ya geçer. Ceza davaları bakımından vaziyet bu şekilde olmakla birlikte *Cour de Cassation*, suçtan zarar görenlerin hukuk davası açma imkânlarının saklı bulunduğunu teslim etmiştir¹²⁴.

124 Whitley davası için bkz. *Aitchison c. Whitley*, note 64; J. H. Rouse and G. B. Baldwin, *The Exercise of Criminal Jurisdiction under the NATO Status of Forces Agreements*, 51 AJIL 29 (1957); J. M. Snee and K. A. Pye, note 19 ss. 63-72. Ayrıca ABD'nin rüçhanlı yargı yetkisinden Japonya lehine feragat ettiği *Girard* davası için bkz. M. C. Kul, note 68, ss. 184-187.

Sonuç

Kuvvetler statüsü anlaşmalarında yargı yetkisinin taksimi ve kullanımı ile ilgili sonuçlar iki yönlüdür. Bunlardan ilki, asker gönderen devletler; ikincisi ise kabul eden devletler zaviyesinden ortaya çıkan neticelerdir. Bu kapsamda asker gönderen devletler kuvvetlerini mümkün oldukça kendi devletlerinin münhasır yetkisine tabi kılmak isteyeceklerdir. En çok kuvvetler statüsü anlaşması akdeden devlet olarak ABD'nin kendi askerlerini, kabul eden devletin yargı yetkisine tâbi kılmamaya ilişkin çabası dikkat çekicidir. ABD, mümkünse askerleri üzerindeki münhasır yargı yetkisini elinde tutmak istemektedir. Irak'ta 17 Numaralı İşgal Otoritesi Emirnamesi ile böyle yapmış ancak, daha sonra kurulan Irak Hükümeti ile yetki paylaşımını içeren bir kuvvet statüsü anlaşması akdetmek durumunda kalmıştır. ABD, askerleri üzerinde münhasır yetkiyi ancak Moğolistan veya Irak gibi nispeten zayıf veya işgale maruz kalmış ülkelerde elinde tutabilmektedir. Münhasır yetkiyi elinde tutamadığı takdirde ise ABD, yargı yetkisinin devletler arasında taksimi açısından birçok KSA'da model alınan NATO KSA'nın kendi çıkarlarına en uygun olarak değiştirilmiş ve geliştirilmiş versiyonlarını formüle etmektedir.

Kuvvetler statüsü anlaşmalarında yetkinin devletler arasında taksimi önemli bir konudur. Doktrinde yargı yetkisinin taksimi konusunda münhasır yetki, mütedahil yetki, şartlı yetki, rüçhanlı yetki gibi ayrımlar yapılmıştır. Bu çalışmada NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması'nda hangi yetki taksimlerinin kabul edildiği karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bunun yanı sıra görev belgelerinin göreceği muamele, görev esnasında işlenen suçlar ve görevin kapsamı konuları NATO uygulamasında ele alınmıştır.

Yetkinin tamamı münhasıran gönderen devlete bırakılması ender rastlansa da bu neticeyi veren hükümler ekonomik ve askeri anlamda zayıf, korunmaya muhtaç, kırılğan, hukuku gelişmemiş devletlerle yapılan anlaşmalarda yer alabilir. Mütedahil yetki sistemine yer veren anlaşmalar çoğunlukta olup en temel örneği NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşmasıdır. Birçok kuvvet statüsü anlaşmasında da bu yetki taksimi modeli esas alınmaktadır.

NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması'nın, yetki meselelerine yer verdiği yedinci maddenin yapısı incelendiğinde: Birinci fıkra hükmünde, yetkiye ilişkin genel prensipler konmuş; ikinci fıkra hükmünde, gönderen ve kabul

eden devletlerin münhasır yargı yetkisi işlenmiş; üçüncü fıkra hükmünde ise, mütedahil yetki hallerine yer verildiği görülmektedir.

Mütedahil yetki durumu NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşması'nın yedinci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre bazı hallerde gönderen devlet rüçhanlı (öncelikli) yetki sahibi olacak bazı hallerde de kabul eden devlet yargı yetkisini öncelikle kullanma hakkını haiz olacaktır. Yalnızca gönderen devletin malına veya emniyetine karşı yönelik olarak işlenmiş suçlar hakkında ve gönderen devlet kuvvet mensupları, sivil unsur mensupları ve yakınların kendi aralarındaki suçlar hakkında gönderen devletin rüçhanlı yetkisi öngörülmüştür. NATO KSA'da gönderen devlet kuvvet veya sivil unsur mensuplarının resmî vazifeleri esnasında veya resmî görevlerinin ifası dolayısıyla işledikleri suçlar, gönderen devletin rüçhanlı yargı yetkisine dahil edilmiştir. NATO KSA bu sayılan hallerin dışındaki tüm durumlarda ise kabul eden devlete rüçhanlı yetki tanımak suretiyle bir denge gözetmiştir. Rüçhanlı yetki hükümlerinin takip edilmesine rağmen bir çözüm bulunamazsa devletlerden birisi diğerinden rüçhanlı yetkisinden feragat etmesini talep edebilir. Keza, rüçhanlı yetki sahibi olan devlet, rüçhanlı yetki hakkından, talep olmaksızın, kendiliğinden de feragat edebilir. Uygulamada, feragat ilişkin talebi alan birçok devlet zorluk çıkarmadan, bu talebe olumlu cevap vermektedir.

Görev statüsü kapsamında işlenen suçların tespiti ve görev belgelerinin ne şekilde muamele göreceği hususunda NATO ülkelerinin zamanla değişen uygulamaları üç ana gruba ayrılabilir. Bunlardan birincisi, gönderen devletin görev statüsüyle ilgili tespitine veya düzenlediği görev belgesine kabul eden devletçe üstünlük tanınıp itibar edilmesidir. İkincisi ve en yaygın şekilde benimseneni gönderen devletin görev statüsüyle ilgili yaptığı tespit veya düzenlediği görev belgesini, aksi ispatlanana kadar geçerli sayıp neticeye kabul eden devletin mahkemesinin karar vermesidir. Üçüncü bir yol ise suçun görev statüsü kapsamında işlenip işlenmediğini belirlemek için hakeme müracaat etmektir. Hakem usûlü NATO KSA'nın hazırlık çalışmaları esnasında reddedilse de Fransa gibi bazı devletlerce uygulamada kullanılmıştır.

Resmî görevin ifası esnasında veya ifası dolayısıyla işlenen suçların tespiti ve görev belgeleri hakkında diğer NATO ülkelerinin uygulaması ise,

umumiyetle, aksi ispat edilinceye kadar görev belgelerinin geçerli sayılması şeklindedir. Çalışma kapsamında görev belgelerinin göreceği muamele usulü hakkında çeşitli ülkelerden örnekler verilmiş olup bunlardan bir kısmı Almanya, ABD, İngiltere, Fransa, Hollanda, İtalya, Yunanistan şeklindedir. Görev belgelerinin göreceği muamele konusunda bazen ikili anlaşmalar yapılmakta, bazen de adalet bakanlığı talimatnameleri ile bu konu düzenlenmektedir. Bazı devlet uygulamalarından görev belgesi düzenlenmiş olması suçun resmi görev kapsamında işlemiş olduğuna dair bir karine teşkil eder ve bu karinenin aksi kabul eden devlet mahkemesinde ispatlanabilir.

Misafir kuvvetler üzerindeki takdirin ve yargı yetkisinin münhasıran asker gönderen devlete (mecburen) bırakıldığı en temel hal ise işgal durumudur. Bunun dışında görev belgelerinin göreceği muamele kabul eden devletin kendi hukukunu ne kadar ciddiye aldığıyla da alakalıdır. Bu kapsamda takdiri tamamen gönderen devlete bırakmak ekseriyetle kabul eden devlet bakımından olumsuz bir tablo çizmektedir. Zira, böyle bir durum ancak ekonomik ve askeri anlamda zayıf, korunmaya muhtaç, hukuk sistemi ve adil yargılanma teminatları gelişmemiş devletlerde yahut iki devlet arasındaki ilişkiler çok dostane olduğunda söz konusu olabilir.

Kaynakça

Kitap, Dergi ve Tezler:

- “Concurrent Jurisdiction of States over Boundary Waters.” *Harvard Law Review* 22, no. 8 (1909): 599–600. (Erişildi 17.10. 2024).
- Akipek, Ö. İ., NATO Kuvvetleri Sözleşmesine Göre Vazife Kavramı ve Türkiye’deki Tatbikatı, 24(1) *AÜHFD* 9 (1967).
- Artuk, M. E., Gökçen, A., Yenidünya, A. C., *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- Baxter, R. R., Criminal Jurisdiction in the NATO Status of Forces Agreement, Proceedings (American Bar Association. Section of International and Comparative Law), (July 12 and July 25, 1957).
- Brookson-Morris, K., Conflicts of Criminal Jurisdiction, 56 *The International and Comparative Law Quarterly* 659 (Jul., 2007), s. 660.
- Çelen, O., NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesine Göre Rüçhanlı Yargı Yetkisi, 92 *Askeri Adalet Dergisi* (Ocak 1995), Available at <https://bit.ly/2SVYoli> (erişildi 09.10.2024).
- Çelik, E. F., *Milletlerarası Hukuk*, Cilt 2, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1982.
- Cha, J., Comparison and Analysis of Korea and Japan Status of Forces Agreements and Their Implications for Iraq’s SOFA, 18 *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 487 (2010).
- Conderman, J., Jurisdiction in D. Fleck (ed), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, Oxford, OUP, 2003.
- Dupuy, M. et Kerbrat, Y., *Les Grands Textes de Droit International Public*, Paris, Éditions Dalloz, 2012.
- Erman, S., *Askerî Ceza Hukuku: Umumi Kısım ve Usûl*, İstanbul, 1983.
- Honma, H., Sonnenberg D. and Timm, D. A., United States Forces in Japan in D. Fleck (ed.), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, Oxford, OUP, 2003.
- Kort, B. S., NATO Mensuplarının Hukuki Statüsü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 95.
- Kul, M. C., *Uluslararası Hukukta Kuvvetler Statüsü Anlaşmaları*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020,
- Lazareff, S., *Le Statut des Forces de l’OTAN et son Application en France*, Paris, Éditions A. Pedone, 1964.
- Lazareff, S., *Status of Military Forces under Current International Law*, Leyden: A. W. Sijthoff, 1971.
- Ovacık, M., *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2000.
- Rouse, J. H. and Baldwin, G. B., The Exercise of Criminal Jurisdiction under the NATO Status of Forces Agreements, 51 *AJIL* 29 (1957).

- Snee, J. M., and Pye, K. A., *Status of Forces Agreement and Criminal Jurisdiction*, Oceana Publications: New York, 1957.
- Sonnenberg, D. and Timm, D. A., United States Forces in Japan: The Agreements Regarding Status of Foreign Forces in Japan in D. Fleck (ed), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, Oxford, OUP, 2003.
- Stambuk, G., *American Military Forces Abroad*, Midway, Ohio University Press, 1963.
- Stuehser, E., Military Jurisdiction under SOFA: Clarity or Confusion, 4 *New Eng. Int'l & Comp. L. Ann.* 247 (1998).
- Tezcan, D., La Convention de Londres sur le Statut des Forces de l'OTAN et le Principe de Territorialite en Droit Penal International, 19 *Turkish Yearbook of International Law* 149 (1979), DOI: 10.1501/Intrel_0000000198.
- Toluner, S., *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)*, İstanbul, Beta Yay, 1996.
- Ulutaş, A., *Uluslararası Örgütler Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.
- Voetelink, J., *Status of Forces: Criminal Jurisdiction over Military Personnel Abroad*, Hague, Asser Press, 2015.

Davalar:

- Affaire Bouleau et M.P. c/ Sacommandi John*, Le Tribunal de Première Instance de la Seine, 17e Chambre, 2 juillet 1954.
- Aitchison c. Whitley*, 43 *Revue Critique de Droit International Privé* 602 (1954) s. 602 et seq.
- Grisham v Hagan*, 361 US 278 (1960).
- Kinsella v Krueger*, 351 US 470 (1956).
- Kinsella v Krueger*, 354 US 7 (1957).
- M.P. c/ Sykes*, Cour d'Appel de Bourges, 1 juillet 1954.
- M.P. c/ Sykes*, Tribunal de Grande Instance de Châteauroux, 18 janvier 1954.
- McElroy v Guagliardo*, 361 US 281 (1960).
- Reid v Covert*, 351 US 487 (1956).
- Reid v Covert*, 354 US 1 (1957);
- Wedding v Meyler*, 192 U.S. 573, s. 584.
- Wilson v Bohlender*, 361 US 281 (1960).

Kanunlar, Uluslararası Andlaşmalar, Rapor ve Tutanaklar ve Diğer Kaynaklar:

- Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces, (NATO KSA), 19 June 1951, https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17265.htm?selectedLocale=en, (erişildi 14.10.2024);
- Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17265.htm?selectedLocale=fr, (14.10.2024).

- Agreement to Supplement the Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty Regarding the Status of Their Forces with respect to Foreign Forces Stationed in the Federal Republic of Germany. Signed at Bonn, on 3 August 1959. Came into force on 1 July 1963. 14 U.S.T. 531, 481 UNTS 262, BGBl 1961 II 1218. (German Supplementary Agreement, Alman Munzam Anlaşması).
- Agreement under Article IV of the Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of Korea, regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Korea of 9 July 1966, 17 U.S.T. 1677, 1703, T.I.A.S. No: 6127, 674 UNTS 199. (Güney Kore-ABD KSA). http://www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A01_SOFA_Art.I-XXXI.pdf (erişildi 16.10.2024).
- Agreement under Article VI of the Treaty of Mutual Cooperation and Security between Japan and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in Japan (Agreement regarding the Status of United States Armed Forces in Japan), signed 19 January 1960, 11 U.S.T. 1652, T.I.A.S. No. 4510. Available at: <https://www.mofa.go.jp/region/n-america/us/q&a/ref/2.html> (erişildi 13.10.2024). (Japan-ABD KSA).
- Coalition Provisional Authority Order Number 17 Status of the Coalition, Foreign Liaison Missions, Their Personnel and Contractors, (CPA Order 17) https://www.usace.army.mil/Portals/2/docs/COALITION_PROVISIONAL.pdf, (18.10.2024).
- Documents du Sous-Comité juridique de Group de Travail, MS (J) R (51) 12.
- Gesetz über die Rechtsstellung ausländischer Streitkräfte bei vorübergehenden Aufenthalten in der Bundesrepublik Deutschland vom 20 Juli 1995, BGBl 1995 II 554. <http://rw22big3.jura.uni-sb.de/BGBl/TEIL2/1995/19950554.2.HTML>, (erişildi 18.10.2024).
- Harris, K., “Cavalese, Italy, to mark anniversary of ski gondola tragedy”, *STARS AND STRIPES*, 2 February 2003, <https://www.stripes.com/news/cavalese-italy-to-mark-anniversary-of-ski-gondola-tragedy-1.1545> (erişildi 13.10.2024).
- HC Deb 19 December 1983 vol 51 cc90-108, Available at: <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1983/dec/19/visiting-forces-act-1952> (erişildi 10.10.2024).
- Mason, R. C., Testimony before the Subcommittee of the US Congress to Negotiate a bilateral Agreement on the Status of Forces between the United States and Iraq, Fourth Hearing, (Committee on Foreign Affairs-28.02.2008- Subcommittee on International Organizations, Human Rights, and Oversight), “Status of Forces Agreements and UN Mandates: What Protections Do They Provide to U.S. Personnel?”, <https://bit.ly/2OuK8na>, (erişildi 14.10.2024).
- Muelenaere, M. D., “A Cavalese, le drame du téléphérique avait fait 20 morts Le pilote de l’avion tueur acquitté”, *LE SOIR*, 5 mars 1999, <https://www.lesoir.be/>

art/a-cavalese-le-drame-du-telepherique-avait-fait-20-morts_t-19990305-Z0GG4M.html (erişildi 15.10.2024).

Procès-verbaux de Group de Travail sur le Statut des Forces de l'OTAN, Summary Record of a meeting of the Working Group on Status of Forces (23 April 1951), MS-R (51) 14.

The United Kingdom, Visiting Forces Act 1952, Section 1. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6and1Eliz2/15-16/67/section/1> (erişildi 14.10.2024).

Understanding to the Agreement Under Article IV of the Mutual Defense Treaty Between the United States and the Republic of Korea, Regarding Facilities and Areas and the Status of United States Armed Forces in the Republic of Korea, 2001, as amended. (2001 Understanding to the Agreement)

United States Department of State, International Security Advisory Board Report on the Status of Forces, January 16, 2015.

The Role of Constitution of Pakistan in Promoting International Peace and Strengthening Bonds with the Muslim World

Sana BIBI*

Abstract

The Constitution of the Islamic Republic of Pakistan is the ultimate promotor of international peace and always supports missions and theories of strengthening the relationships between the Muslim world. There are multiple tools for providing solidarity among the Muslim world in Pakistani legislation. One of the policy principles mentioned in the Article 40 of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan 1973 is the evidence of it. Secondly, the founder of Pakistan, “Muhammad Ali Jinnah,” also mentioned Pakistan’s strategy towards the other states on the at the beginning of the state’s foundation. This constitutional directive shows Pakistan’s dedication to a foreign policy anchored in diplomacy, peaceful conflict resolution, and cooperative relations with the Muslim world. Pakistan has a unique geopolitical position in the region. It has a status of only Muslim country which holds the nuclear power to build up peace internationally as well as regionally. Pakistan’s participation in the peacekeeping missions of the United Nations highlights its efforts for global peace and security. Pakistan has also hosted and facilitated peace talks in different regional conflicts. This paper explores Pakistan’s historical and contemporary initiatives to maintain international peace and harmony, and strengthen the bonds among Muslim states.

Keywords: International peace, International relations, Diplomacy, Foreign policy, Conflict resolution, Constitution of Pakistan.

* Ibn Haldun University Faculty of Law International & Comparative Law LLM Student. sana.bibi@stu.ihu.edu.tr. ORCID: 0009-0007-0888-3628.

Özet

Pakistan İslam Cumhuriyeti Anayasası uluslararası barışın nihai destekçisidir ve Müslüman dünyasındaki ilişkileri güçlendirmeye yönelik misyon ve teorileri her zaman desteklemektedir. Pakistan mevzuatında Müslüman dünyasında dayanışmayı sağlamaya yönelik çok sayıda araç bulunmaktadır. Pakistan İslam Cumhuriyeti 1973 Anayasası'nın 40. Maddesinde belirtilen politika ilkelerinden biri bunun kanıtıdır. İkinci olarak, Pakistan'ın kurucusu "Muhammed Ali Cinnah" da devletin kuruluşunun başında Pakistan'ın diğer devletlere yönelik stratejisinden bahsetmiştir. Bu anayasal direktif, Pakistan'ın diplomasiye, barışçıl çatışma çözümüne ve Müslüman dünyası ile işbirliğine dayanan bir dış politikaya bağlılığını göstermektedir. Pakistan bölgede eşsiz bir jeopolitik konuma sahiptir. Hem uluslararası hem de bölgesel barışı tesis edebilecek nükleer güce sahip tek Müslüman ülke statusüne sahiptir. Pakistan'ın Birleşmiş Milletler'in barışı koruma misyonlarına katılım göstermesi, küresel barış ve güvenlik için gösterdiği çabaların delili niteliğindedir. Pakistan ayrıca farklı bölgesel çatışmalarda barış görüşmelerine ev sahipliği yapmış ve kolaylaştırıcılık da sağlamıştır. Bu çalışma, Pakistan'ın attığı uluslararası barış ve uyumu korumaya ve Müslüman devletler arasındaki bağları güçlendirmeye yönelik tarihsel ve güncel adımları incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası barış, Uluslararası ilişkiler, Diplomasi, Dış politika, Çatışma çözümü, Pakistan Anayasası.

Extended Summary

The Islamic Republic of Pakistan's constitution is the utmost supporter of the worldwide peace and it continuously promotes the initiatives and ideologies that focus on improving Muslim-Muslim ties. The policy ideas contained in the Constitution of Pakistan, 1973, are evidences of it. This constitutional directives shows Pakistan's determination to pursue a foreign policy, which focused on the pure rules of diplomacy, diplomatic settlements of disputes and friendly interactions with the Muslim countries. The principals enrooted in the 1973's Constitution reflects the goals of the state to seek socioeconomic integrity, uphold democratic values, and supports peace within the boundaries of the state and on a global level.

Pakistan has leveraged its strategic geopolitical location and its role as a prominent Islamic state to promote peace and harmony among other Muslim states. Pakistan has been working to build a solid bilateral relations with other Muslim countries since its founding. Pakistan's continuous dedication to fostering global peace and harmony is demonstrated by its efforts in the establishment of the Organization of Islamic Cooperation (OIC) and its active participation in multiple regional actions. Pakistan's dedication toward the maintenance of global peace and harmony can be clearly seen through its army participation in United Nations peacekeeping operations around the world, which can be unthinkable without Pakistan.

The State's foreign policy is the synthesis of the Islamic and geopolitical impacts, which also influences its diplomatic tactics and collaboration across the borders. Pakistan has also served in many regional disputes, such as Afghanistan-Russia, Iraq-Kuwait, Afghanistan-USA and Saudi Arabia-Yemen and has continually makes good efforts to enable dialogue and resolution in order to maintain peace in the region. The main theme of this paper is divided into two portions which explains the foreign policy of Pakistan in context of explaining its role in maintaining the international peace and harmony, and making strong relations with the Muslim countries.

The Constitution of Islamic Republic of Pakistan explaining its foreign policy rule and relations with the Muslim states in Art. 40 which clearly states: *"The State shall endeavour to preserve and strengthen fraternal relations among Muslim countries based on Islamic unity, support the common interests of the peoples of Asia, Africa and Latin America, promote international peace and security, foster goodwill and friendly relations among all nations and encourage the settlement of international disputes by peaceful means."*

Futhermore, the founder of Pakistan, Quaid E Azam Muhammad Ali Jinnah also mentioned the goals of Pakistan's diplomacy in his boardcast to the people of America in 1948, which states that; *"Our foreign policy is one of friendliness and goodwill towards all the nations of the world. We do not cherish aggressive designs against any country or nation. We believe in the principle of honesty and fair play in national and international dealings and are prepared to make our utmost contribution to the promotion of peace and prosperity among the nations of the world. Pakistan will never be found lacking in*

extending its material and moral support to the oppressed and suppressed peoples of the world, and in upholding the principles of the United Nations Charter.” The constitution is always lay down under principles of Holy Quran and the sayings of the founder of the Pakistan.

Finally this research paper focuses on Pakistan’s historical and modern endeavors to maintain world peace and harmony, as well as increasing the links between Muslim states.

I. Introduction

The principles of the policy outlined in Chapter 2 of Part II of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan, 1973, serve as the essential framework directing the government of the country and international relations. Immersed with the Constitution of 1973, these principles show the ambitions of the state to achieve socio-economic justice, uphold democratic values, and encourage peace both within the boundaries of the state and on the international level also.

Pakistan has played an enhanced role using its strategic geopolitical position and its status as a leading Muslim country for peace and unity among the Muslim countries. After its establishment, Pakistan has tried to develop strong bilateral and multilateral relationships with other Muslim countries. As a founding member of the Organization of Islamic Cooperation (OIC) and an active member of other regional platforms, it is evidence of Pakistan’s constant efforts to keep the promotion of peace and harmony in the world.

Pakistan’s contribution in order to maintain international peace can be clearly seen through its participation in United Nations peacekeeping missions globally, which can be considered impossible without the participation of Pakistan. The state’s foreign policy is a blend of Islamic and geopolitical dynamics, which has influenced its diplomatic strategies and international cooperation. Pakistan also acted as a mediator in regional conflicts, such as its efforts to mediate Middle East conflicts and the Afghanistan peace process, and always provided the good offers to facilitate dialogue and resolution in order to maintain the regional peace as well.

As mandated by Article 40 of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan 1973, this paper aims to explore its efforts in order to promote international peace and strengthen the bond with the Muslim world. It will also delve into the historical and contemporary efforts of the relationship between Pakistan's constitutional principles and its foreign policy.

II. Constitutional Framework

The Constitution of Pakistan is the supreme law of the country, which was framed by the Zulfikar Ali Bhutto government with the help of the opposite parties, and it was approved by the 5th parliament of the country. It contains the frame of legislation for all duties of the state, the fundamental rights of the people, the state's laws and orders, and the structure and establishment for all the state and armed force institutions. It was approved on April 10, 1973, by the parliament and ratified on August 14, 1973.

A. Principles of Policy

Chapter 2 of the Constitution of Pakistan establishes the fundamental rules of governance in the state. These principles consecrate the state's commitment to socioeconomic justice, democratic values, and peaceful international relations. These principles are not only aspiring but also pursued practically through legislation, institutional reforms, and policy initiatives.¹ These rules and regulations require from each authority of the state to act according to these principles.² This chapter also explains that any action taken by the government or by due process of law cannot be taken into account under Art. 30(2) of the constitution,³ unless any action is going against the fundamental rights. But this does not mean that principles of policy laid down in the constitution are cut off from meaning; the government should be prepare the reports and present them in front of the parliament.⁴

-
- 1 Hamid Khan, "Constitutional and Political History of Pakistan", Oxford University Press 2012, p. 27.
 - 2 Muhammad Shoab V. Ministry of Information and Tecnology, C.P.No.709 of 2009, decided on 1st March, 2010, Corporate Law Decisions, p. 23.
 - 3 Civil Appeals No.125-K TO 131-K and 2306 to 2309 of 2016 and Civil Miscellaneous Applications No.1254-K and 8973 of 2018 and Civil Petition 2312-L of 2018, Supreme Court Monthly Review, p. 1739.
 - 4 Begum Nasreen Khetran V. Governmnet of Balocistan, Education Department, Pakistan Legal Decisions, 2012 Bal., p. 214.

These principles are not legally enforceable or subject to judicial review because they impose positive obligations on the state. This approach is intended to inspire dynamic action from the state without utilizing legal enforcement. The constitution's drafters preferred to rely on an informed public and democratic processes to hold the government accountable. The effective application of these principles also pivots on resource availability, which places significant restrictions on the government.

Understanding these challenges, the Constitution's drafters adopted a real-world approach that viewed public opinion as a more effective means of certifying obedience with these principles than relying on the courts. Nevertheless, the Constitution declares that the Principles of Policy are "fundamental" to the country's governance. Although they cannot be enforced by any court, the government is still required to consider them when making laws.

B. Article 40 of the Constitution

The primary concept of "Strengthening relations with the Muslim world and encouraging international peace comes from Article 40 of Chapter 2 of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan, which states that; *"The State shall endeavour to preserve and strengthen fraternal relations among Muslim countries based on Islamic unity, support the common interests of the peoples of Asia, Africa and Latin America, promote international peace and security, foster goodwill and friendly relations among all nations and encourage the settlement of international disputes by peaceful means."*⁵

According to this article, the state of Pakistan should struggle and put its best into maintaining;

- Strong bonds between the Muslim countries, which will be based on the pan-Islamism.
- Supports the common interests of Asia, Africa, and Latin America.
- Encourage international peace and security.
- Foster goodwill and amicable relations among all nations.
- Promote the peaceful resolution of international and regional disputes.

5 Constitution of Islamic Republic of Pakistan 1973, Article 40, [accessed May 31, 2024], Available on: https://na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf

This provision reflects Pakistan's ambition to be a proactive member in international diplomacy, peace, and cooperation. This article is also the basic principle of the foreign policy of Pakistan and pan-Islamism.⁶ Pakistan's dedication to promoting international peace and security easily is shown by its struggles in United Nations peacekeeping missions and its geopolitical location for regional peace talks. This article has two main aims, one of which is "cooperating internationally to maintain the peace" and "strengthening the bonds with Muslim countries."

III. Strengthen bonds with Muslim World

Pakistan was established on the ideology of Islamic principles, where these principles should be demonstrated in domestic and foreign policy as well. Pakistan was established on the basis of the two-nation theory of Sir Syed Ahmed Khan, which explains that there are two majority religious groups living in one region, but their ideologies are so far from each other.⁷ As Connolly argued that identity always demands differences, such as "us" versus "them" form.⁸ In this context, the two-nation theory always serves to explain the difference between the Muslim Pakistan and Hindu India.

This identity imposed a considerable challenge for the two newly born countries. The "Objective Resolutions" which are now the most important part and implemented as a part of the 1973 Constitution, were made in 1949, which clearly states the "Islamic Orientation" of the state of Pakistan. It leads towards Pakistan's declaration as "Islamic Republic" in 1956.⁹ Pakistan's foreign policy has demonstrated its national (Islamic) identity to varying degrees, which results in Pakistan's pan-Islamist orientation policy.¹⁰

6 Zahid Shahab Ahmed, Shahram Akbarzadeh, "Pakistan, Pan-Islamism, and the Organization of Islamic Cooperation," *Religions*, 14: 289, 2023, p. 4, [accessed May 31, 2024], available on: <https://www.mdpi.com/2077-1444/14/3/289>

7 Muhammad Qasim Zaman, "Islam in Pakistan: A History", Princeton: Princeton University Press 2018, p.1.

8 William Connolly, "Identity/Difference: Democratic Negotiations of Political Paradox", Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.

9 Syed M. Zulqurnain Zaidi, "The Emergence of Ulema in the Politics of India and Pakistan 1918–1949: A Historical Perspective", Lincoln: Writers Club Press 2003, p. 3.

10 Government of Pakistan, "The Constitution of Pakistan. Islamabad: National Assembly of Pakistan, Government of Pakistan", 2012, p. 20.

Prioritizing good and healthy relationships with Muslim countries is always the consistent principle in a state's foreign policy.

The Constitution of Pakistan emphasizes fostering fraternal relations among the Muslim countries, which can be achieved through diplomatic, economic, and cultural initiatives. These efforts show the unity, cooperation, and solidarity with the Muslim world in reflection of Pakistan's dedication to the principles of Islamic solidarity and brotherhood.

A. Role of Pakistan in Organization of Islamic Cooperation (OIC)

Muhammed Ali Jinnah's cornerstone foreign policy was the strong ties with Muslim countries; the evidence of this is that he sent the "Malik Feroz Khan Noon" to Iran, Iraq, Egypt, Lebanon, Syria, Türkiye and Saudi Arabia in October 1947 to strengthen the trade ties.¹¹ In 1949, Pakistan hosted the very first World Muslim Congress named "Motamar Al Alam Al Islami" in Karachi, which was the capital city of Pakistan at that time. This organization was founded by King Abdulaziz Ibn Abdul Rahman Al-Saud, and it was inactive until Pakistan reactivated it by inviting representatives from 19 Muslim countries to its home.¹²

The same year, Pakistan's Prime Minister visited Cairo, Baghdad, and Tehran to promote Muslim unity. In November 1949, Pakistan hosted the Islamic Economic Conference in Karachi, where the Prime Minister proposed the idea of a regular and permanent Islamic organization.¹³ In 1951, Pakistan hosted another session of the "World Muslim Congress" in Karachi. Pakistan always promoted the pan-Islamism but was opposed by the key Muslim countries like Egypt. The struggle for pan-Islamism in Pakistan was totally different from the other Muslim countries, such as social and geopolitical differences. As Pakistan was established on the name of Islam this concept was totally changed from the Middle East countries, which were based on the concept of ethnicity.¹⁴

11 Surendra Chopra, "Islamic Fundamentalism and Pakistan's Foreign Policy", *India Quarterly: A Journal of International Affairs*, 1993, 49: 1–36.

12 *ibid*

13 Syed Sharifuddin Pirzada, "Pakistan and the OIC. *Pakistan Horizon*", 1987, 40: 14–38.

14 Hasan-Askari Rizvi, "Pakistan: Ideology and Foreign Policy", 1983, *Asian Affairs* 10: 48–59.

The burning of Al-Aqsa Mosque in 1969 was the event that brought all the Muslims of the world to one stance, and Pakistan was among the 25 states that attended the first Islamic Summit held in Rabat in 1969. This event suddenly diverted Pan-Arabism to Pan-Islamism, and as Pakistan from the very beginning was on the same page as Pan-Islamism, it was not surprising that Pakistan is one of the founding members of the Organization of Islamic Cooperation (OIC), which was established in 1969. It was established in Macca, and in its charter it is mentioned that the Organization of Islamic Cooperation will raise its voice for Palestine; its temporary headquarters will be in Jeddah until the Al-Quds Al-Sharif will be free and after its liberation, it will be shifted there.

B. Palestine Conflict

Following 1933, the All India Muslim League passed numerous resolutions on the Palestine issue.¹⁵ The Palestine conflict was always the central keypoint for Pakistan because of its territorial disputes with India, as it was concerned about the majority of Muslims in Jammu and Kashmir. As a member of Sub-Committee II of the United Nations General Assembly, Pakistan always raised its voice for the Palestinian people and opposed the idea of partitioning the land of Palestine.¹⁶ Pakistan continuously urging the Muslim countries on the matter of Palestine, Afghanistan, and Kashmir to have greater cooperation in order to maintain the peace and harmony in these regions.¹⁷ Pakistan's stance on the Palestine conflict has never been changed, as Pakistan did not accept Israel and it is one of the biggest home for Palestinian diplomacy missions in the world. In 2013, Pakistan provided one million US dollars for the construction of the Palestinian Embassy in Islamabad, Pakistan.¹⁸

15 Hasan-Askari Rizvi, "Pakistan and the Geostrategic Environment: A Study of Foreign Policy", London: Macmillan 1993.

16 Syed Sharifuddin Pirzada, "Pakistan and the OIC. Pakistan Horizon", 1987, 40: 14-38.

17 Raja Amir Hanif, "Pakistan, OIC and the challenges of Muslim world", 2014, Journal of Punjab University Historical Society 27: 47-57.

18 See "Pakistan to build Palestine embassy in Islamabad". The Express Tribune, October 7, 2013 [accessed May 31, 2024], available on: <https://tribune.com.pk/story/614741/pakistan-to-build-palestinian-embassy-in-islamabad/>

Pakistan recently submitted a resolution to the United Nations General Assembly named “Universal Realization of the Right of the People to Self-Determination,” which was accepted. This resolution was supported by a lot of countries in the world.¹⁹ The resolution reaffirmed its firm support for the attainment of the right to self-determination for people living under foreign occupation, colonial dominance, or oppression. Islamabad has presented its landmark resolution to the United Nations General Assembly for more than four decades. It further added “*This annual initiative provides a message of hope to the peoples living in internationally recognized situations of foreign occupation, including in Indian Illegally Occupied Jammu and Kashmir and in Occupied Palestinian Territories, who are being denied the right to self-determination as enshrined in international law and numerous UN resolutions*”.²⁰ Pakistan called on the UN Security Council to reconsider and endorse Palestine’s application for full membership in the United Nations, aligning with widespread global sentiment. This step, it emphasized, would address the historical injustices endured by the Palestinian people and facilitate progress towards a two-state solution. During the general debate at the UN General Assembly meeting on the use of veto over the admission of new members, Pakistan’s Ambassador to the UN, Munir Akram, underscored that approving Palestine’s UN membership would significantly bolster ongoing diplomatic efforts for peace.²¹

Pakistan urges the United Nations’s action against Israeli war crimes in Gaza on April 24, 2024. Pakistan has stated that Israel continues to defy the United Nations Security Council’s resolution (2728) calling for an immediate ceasefire, is blocking the flow of humanitarian assistance, creating the reality of famine in Gaza, and has refused to abide by the International Court of Justice’s interim injunctions. During the Ministerial-level debate of the United Nations Security Council (UNSC) on “Situation in

19 See “Amid Israeli onslaught in Gaza, UN adopts Pakistan-sponsored resolution on self-determination”. Anadolu Agency News, December 12, 2023 [accessed June 2, 2024], available on: <https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/amid-israeli-onslaught-in-gaza-un-adopts-pakistan-sponsored-resolution-on-self-determination/3088095>

20 See “Pakistan called for full membership of #Palestine in the UN”, Pakistan Mission to United Nations Newyork, May 01, 2024 [accessed June 1, 2024], available on: <https://www.youtube.com/watch?v=YU1XIYxwE-Y>

21 Ibid; <https://www.youtube.com/watch?v=YU1XIYxwE-Y>

the Middle East, including the Palestinian Question,” Ambassador Usman Jadoon, Deputy Permanent Representative of Pakistan to the United Nations, delivered a powerful statement outlining Pakistan’s stance on the region’s ongoing crisis. Addressing the regional implications of the Gaza conflict, he warned that the conflict could spread to neighboring areas such as the West Bank, Lebanon, Syria, Iraq, Yemen, and Iran. He urged all parties to exhibit restraint to prevent further escalation, highlighting the importance of halting Israel’s aggression to avert a larger conflict.

The Pakistani envoy articulated three urgent responsibilities for the Security Council:

- Halting Israel’s genocidal actions in Gaza.
- Preventing further conflict escalation.
- Revitalizing the peace process towards a two-state solution.

He condemned Israel’s relentless violence in Gaza, which has resulted in the terrible deaths of over 34,000 Palestinians, the majority of whom are children and women, as well as its defiance of international calls for a ceasefire.²²

C. Pakistan Stance against FETO

Pakistan helped Turkiye in its struggle against the Fethullah Gulen Terrorist Organization (FETO) by deporting the linked teachers from Pakistan and handing over the school’s custody into the hands of the Turkiye Maarif Foundation.²³ The petition was filed on behalf of the Turkish government to ban the Fethullah Gulen Movement in Pakistan and asked for the custody of PakTurk International Schools. The Constitution petition number was 66 of 2018, and it was decided under Articles 184(3) and 40 of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan.²⁴

22 See “Pakistan urges #UN’s action against Israeli war crimes in Gaza”, Pakistan Mission to United Nations New York, April 24, 2024 [accessed June 1, 2024], available on: <https://www.youtube.com/watch?v=kAobjYtzq4c>

23 See “SC bans Fethullah Gulen movement in Pakistan”, Arab News, December 28, 2018, [accessed May 24, 2024] available on: <https://www.arabnews.com/node/1427136/pakistan>

24 Constitution petition No. 66/2018, December 13, 2018, [accessed March 06, 2024], available on: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.arab-news.com/sites/default/files/userimages/862216/court_order.pdf

The Supreme Court of Pakistan also mentioned in its decision that under Article 40 of the Constitution of Pakistan, it is clearly mentioned that Pakistan would take steps to make a strong bond with Muslim majority countries, and Türkiye is one of them. So under Article 184(3) of the Constitution of Pakistan, the Supreme Court has the jurisdiction to hear again the judgment, decree, or order passed by the High Court.²⁵ It also further mentioned that the Organization of Islamic Cooperation (OIC) banned the Fethullah Movement in its 43rd session of the Foreign Ministers at Tashkent. So Pakistan, as the founding member of the Organization of Islamic Cooperation (OIC), is bound to obligate the decision made by it.²⁶

D. Pakistan Stance on Peace in Afghanistan

Pakistan and Afghanistan share a long border, which is approximately 2640 kilometers. Both countries are sharing the same cultural values and geopolitical region. Pakistan had played a very vital role in the peace process in Afghanistan; major powers also noticed that only Pakistan has the guts to bring the Taliban on the peace process talks. Pakistan has always supported the initiative of peace in neighboring countries.²⁷ In 2010, a high council for peace was established, which was consisted of 70 members, and this commission visited Islamabad, the capital of Pakistan, for the peace process. Before any step taken by the this council, Afghanistan's former Prime Minister was killed, and the relations between Pakistan and Afghanistan became cold.²⁸ In September 2019, United States President Trump suddenly announced the peace talks by saying that America could not bear the killings of American soldiers in Afghanistan.²⁹

25 Constitution of Islamic Republic of Pakistan 1973, Article 184(3) [accessed May 31, 2024], available on: https://na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf

26 Constitution petition No. 66/2018, December 13, 2018, p. 3, [accessed March 06, 2024], available on: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.arabnews.com/sites/default/files/userimages/862216/court_order.pdf

27 Manzoor Ahmad, Naveeda Yousaf, Zahir Shah, "Dynamics of Pakistan's involvement in the Afghan Reconciliation Process", *Pakistan Journal of Social Sciences*, 37(2), 383-393.

28 Dr. Ghulam Mustafa, Dr. Zahid Yaseen, Aamir Junaid, "Role of Pakistan in the Afghan Peace Process", *Palarch's Journal Of Archaeology Of Egypt/Egyptology*, p. 5, 17(12), ISSN 1567-214x

29 *ibid*

Pakistan was helping and convincing America for the peace talks; both parties realized the Pakistani officials' efforts in this regard. In the early months of 2020, Zalmay Khalilzad visited Pakistan and appreciated Pakistan's role in the peace process, and at last, on February 29, 2020, a peace deal was signed between the United States of America and Afghan Taliban in Doha, Qatar, and Pakistan's foreign minister was also present on this occasion.³⁰ Pakistan has continuously played a role in the stability and prosperity of Afghanistan. It brings comfort on the borders with Afghanistan from both its provinces of Khyber Pakhtunkhwa and Balouchistan. Pakistan is also hopeful for the successful intra-Afghan talks. The people of Afghanistan had suffered a lot from the long war.

IV. Promotion of International Peace

Pakistan's foreign policy is designed in a shape to protect and enhance the nation's interests on the international level. This policy framework is based on the guidelines given by the founders, which aim to protect the national interest, economic growth, and fraternal diplomatic relations. Quaid-e-Azam Muhammad Ali Jinnah, who is the founder and first Governor General of Pakistan, outlined the goals of Pakistani foreign policy in February 1948 in his broadcast talk to the people of the United States of America;

"Our foreign policy is one of friendliness and goodwill towards all the nations of the world. We do not cherish aggressive designs against any country or nation. We believe in the principle of honesty and fair play in national and international dealings and are prepared to make our utmost contribution to the promotion of peace and prosperity among the nations of the world. Pakistan will never be found lacking in extending its material and moral support to the oppressed and suppressed peoples of the world, and in upholding the principles of the United Nations Charter." The constitution is always lay down under the sayings of the founder of the Pakistan.³¹

30 Naveed Siddiqui, "The US Thanks Pakistan For Facilitating Afghan Peace Process", January 31, 2020, [accessed May 21, 2024], available on: <https://www.dawn.com/news/1531673>

31 Government of Pakistan (Ministry of Foreign Affairs), "Foreign Policy", [accessed May 14, 2024], available on: <https://mofa.gov.pk/foreign-policy>

There are key objectives from which Pakistan's foreign policy can be summarized:

- Promotion of Pakistan as a dynamic, progressive, moderate, and democratic Islamic state.
- Developing cordial relations with all countries around the world, especially big powers and immediate neighbors.
- Protecting national security and geostrategic interests, including Kashmir.
- Strengthening our commercial and economic ties with the international community.
- Protecting the interests of the Pakistani Diaspora abroad.
- Ensure efficient utilization of national resources for regional and international cooperation.³²

A. Pakistan in United Nations Peacekeeping Missions

Pakistan has a vital role in the peacekeeping missions of the United Nations, and more than 235,000 Pakistani peacekeepers are serving in 48 different missions of the United Nations till May 29, 2024, including female peacekeepers. Pakistan is one of the top countries that continuously contributes to the missions with troop contributions. More than 181 Pakistanis sacrifice their lives on duty of mission. More than 500 Pakistani females serve in the missions, and it achieves the United Nations development goal of 15% female staff officers. Pakistan creates a unique perspective on United Nations peacekeeping not only as a highly troop-contributing country (TCC) but also as the largest host of the peacekeeping missions.³³

It is a distinct honor for Pakistan that Pakistani nationalists have served in key peacekeeping positions, such as Special Envoy and Advisor to the UN Secretary-General, Army Advisor at the Ministry of Peacekeeping Operations, Chief Military Monitor, Force and Deputy Force Commanders, and others.³⁴ In 1960, the first mission of Pakistani

32 *ibid*

33 Government of Pakistan (Ministry of Foreign Affairs), "International Day of United Nations Peacekeepers", May 29, 2024, [accessed May 31, 2024], available on: <https://mofa.gov.pk/press-releases/international-day-of-united-nations-peacekeepers-2>

34 Mehmood Kiani, "Pakistan's Contribution to UN Peacekeeping", 2004, *Strategic Studies*, 24(3), 41-72.

peacekeepers was sent to Congo, at the end of the 1970's, Pakistani peacekeepers were actively participating in 3 out of 11 missions of the United Nations. During the Cold War era, the United Nations sent peacekeepers on 36 missions, and Pakistani troops were serving in 21 missions globally.³⁵ Overall, Pakistan is the 5th largest country with troops serving in the United Nations.³⁶ Pakistani troops are served as the United Nations protection force in Bosnia and Herzegovina during the four years of civil war there from 1992 to 1996.

B. Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT)

Pakistan is a strong advocate of multilateralism and actively promotes international peace and security. Pakistan believes that long-term stability and peace are only possible under a strong and non-discriminatory rule-based international system. One of the key points of this international order is a robust nonproliferation system. Pakistan has always been devoted to the goals of non-proliferation and disarmament for the greater good of humanity and global stability.

Pakistan has consistently upheld the Comprehensive Test Ban Treaty (CTBT). It actively engaged in the negotiations that resulted in the Conference on Disarmament's adoption of the Comprehensive Test Ban Treaty (CTBT). Pakistan supported for this treaty when it was adopted by the United Nations General Assembly in 1996. Pakistan is an approved observer state on the Preparatory Commission of the Comprehensive Test Ban Treaty Organization (CTBTO). Despite being a non-signatory state, Pakistan consistently supported the treaty's aims and objectives. Pakistan has announced a unilateral cessation of nuclear tests. Secondly, it has stated that it was not the first state to test and will not be the first to resume

35 Kunthavi Kalachelvam, Mahesh Raj Bhatta, Imran Ahmed, "United Nations Peacekeeping Operations: Pakistan's Contributions", Institute of South Asian Studies, Consortium of South Asia Think Tanks, Konrad Adenauer Stiftung, February 2023, Singapore, Pp. 08, Special Report Issue No. 23, available on: <https://www.isas.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2023/03/UN-Peacekeeping-Operations-Pakistans-Contributions-edit.pdf>

36 "Troop and Police Contributors", United Nations Peacekeeping, <https://peacekeeping.un.org/en/troopand-police-contributors>.

nuclear weapons testing in South Asia.³⁷ Pakistan has also signed Fissile Material Cut-Off Treaty (FMCT).³⁸

C. Pakistan as a Mediator in Regional Disputes

Pakistan played a very vital role as a mediator in the regional disputes also. Pakistan holds close relations with Middle Eastern countries and has played an important role in the concerned affairs.³⁹ Pakistan is the sole nuclear power among the Muslim states; hence, it must serve as a mediator and arbitrator if any dispute emerges among these states.⁴⁰ Resolving the crisis in the Middle East is the top concern for the state of Pakistan, but it is also challenging at the same time. Pakistan played its role in resolving the Arab-Iranian conflict. The challenging situation was that there was Yemen involvement and two biggest powers of oil like Iran and Saudi Arabia. It urges both nations to resolve their differences and disputes in peaceful and harmonious way. Continually advocating for peace and harmony, Pakistan had solved the problems by avoiding aggressiveness and violence within the international community. The ex-Prime Minister Imran Khan, in his interview with a Saudi newspaper, said, "I believe every dispute has a political solution; I do not believe in military solutions." He also desired peace in the Middle East, and it deeply saddened him to witness the conflict between two Muslim states.⁴¹

37 Government of Pakistan (Ministry of Foreign Affairs), "Pakistan's Positions & Policies on Arms Control, Non-Proliferation & Disarmament Related Issues", [accessed May 31, 2024], available on: <https://mofa.gov.pk/arms-control-and-disarmament>

38 ibid

39 Zikriya, Naushad Khan and Asif Salim, "Dilemma: Pakistan's Role as Mediator for Conflict Resolution", [accessed May 31, 2024], Pp. 9, available from: https://www.researchgate.net/publication/351555802_Middle_East_Dilemma_Pakistan's_Role_as_Mediator_for_Conflict_Resolution

40 Iram Khalid & Aiysha Safdar, "Iran's nuclear agreement: Rethinking Pakistan's Middle East policy", 2016, South Asian Studies, 31(1), 347-366, available on: https://www.researchgate.net/publication/344327253_Iran's_Nuclear_Agreement_Rethinking_Pakistan's_Middle_East_Policy

41 Khurshid Mahmud Kasuri, "Neither a hawk nor a dove: An insider's account of Pakistan's foreign relations including details of the Kashmir framework", 2015 Karachi: Oxford University Press, available on: https://books.google.com.tr/books/about/Neither_a_Hawk_Nor_a_Dove.html?id=9nD4rQEACAAJ&redir_esc=y

During the Iraq-Kuwait war in 1990, when the Iraq invaded Kuwait. It was very challenging for Pakistan to maintain its position between two muslim brother countries, as both are the strong allies of Pakistan in every predicament. Despite the difficulties, Pakistan determinedly pursued to resolve conflicts through peaceful means rather than resorting to military intervention. As a peace-loving nation, Pakistan consistently strived for peace and prosperity in any region facing conflict. Despite the complexities, Pakistan persistently sought to resolve conflicts through peaceful means rather than resorting to military intervention. As a peace-loving nation, Pakistan consistently strived for peace and prosperity in any region facing conflict.

Conclusion

Pakistan's foreign policy is deeply rooted in its constitutional framework on the Jinnah's motive of pan-Islamism. These principles of foreign policy are not just aspiring but also enrooted deeply in the legislation, institutional reforms, and policy initiatives. The main aim of Pakistan's foreign policy is to make strong brotherly relations with the Muslim countries and do its best in maintaining and serving for international peace and harmony. Article 40 of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan is the core principle for foreign policymakers. Pakistan's efforts towards the establishment of the United Islamic Body were motivated through its constitution, and, as a result, Pakistan's put its best into the establishment of the Organization of Islamic Cooperation (OIC).

Pakistan's active involvement in the Organization of Islamic Cooperation (OIC) and its consistent stance on the Palestine conflict exemplify its dedication to pan-Islamism and solidarity with Muslim nations. Pakistan's participation in the United Nations peacekeeping missions and support for treaties like the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT) and the Fissile Material Cut-Off Treaty (FMCT) is evidence of its efforts toward the maintenance of not only regional but also international peace and harmony and its commitment to multilateralism. Also, the country's efforts towards mediating the Arab-Iranian, Iraq-Kuwait, and Syrian disputes demonstrate its good intentions for stability in the region.

In summary, Pakistan's foreign policy is guided by its founding principles, which explain the importance of maintaining good relations all over the world and especially with the Muslim states in order to grow economically, financially, and diplomatically. The country's active participation in international diplomacy and its dedication to global peace and security prove its solid commitment to a peaceful and successful world. Pakistan's tactic to conflict resolution and its efforts to build strong international partnerships have subsidized meaningfully to the upgradation of global peace and solidarity.

Bibliography

- Begum Nasreen Khetran V. Governmnet of Balocistan, Education Department, Pakistan Legal Decisions 2012 Bal., p. 214.
- Constitution of the Islamic Republic of Pakistan 1973, available on: https://na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf
- Constitution petition No. 66/2018, December 13, 2018, available on: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.arabnews.com/sites/default/files/userimages/862216/court_order.pdf
- Connolly, William: "Identity/Difference: Democratic Negotiations of Political Paradox", Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.
- Chopra, Surendra: "Islamic Fundamentalism and Pakistan's Foreign Policy", *India Quarterly: A Journal of International Affairs* 49: 1–36, 1993.
- Civil Appeals No.125-K TO 131-K and 2306 to 2309 of 2016 and Civil Miscellaneous Applications No.1254-K and 8973 of 2018 and Civil Petition 2312-L of 2018, Supreme Court Monthly Review, p. 1739.
- Government of Pakistan, "The Constitution of Pakistan. Islamabad: National Assembly of Pakistan, Government of Pakistan", 2012.
- Hanif, Raja Amir: "Pakistan, OIC and the challenges of Muslim world", *Journal of Punjab University Historical Society* 27: 47–57, 2014.
- Khan Hamid, "Constitutional and Political History of Pakistan", Oxford University Press, 2012.
- Kasuri, Khurshid Mahmud: "Neither a hawk nor a dove: An insider's account of Pakistan's foreign relations including details of the Kashmir framework", Karachi: Oxford University Press, 2015, available on: https://books.google.com.tr/books/about/Neither_a_Hawk_Nor_a_Dove.html?id=9n-D4rQEACAAJ&redir_esc=y
- Kiani, Mehmood: "Pakistan's Contribution to UN Peacekeeping", *Strategic Studies*, 24(3), 41-72, 2004.
- Khalid, Iram & Safdar, Aiysha: "Iran's nuclear agreement: Rethinking Pakistan's Middle Eastpolicy", *South Asian Studies*, vol. 31 No. 1, 347-366, 2016, available on: https://www.researchgate.net/publication/344327253_Iran's_Nuclear_Agreement_Rethinking_Pakistan's_Middle_East_Policy
- Muhammad Qasim Zaman, "Islam in Pakistan: A History", Princeton: Princeton University Press, 2018.
- M. Zulqurnain Zaidi, Syed: "The Emergence of Ulema in the Politics of India and Pakistan 1918–1949: A Historical Perspective", Lincoln: Writers Club Press, 2003.
- Muhammad Shoaib V. Ministry of Information and Tecnology, C.P.No.709 of 2009, decided on 1st March, 2010, Corporate Law Decisions, p. 23.
- Pirzada, Syed Sharifuddin: "Pakistan and the OIC. Pakistan Horizon", 40: 14–38, 1987.

- Qasim Zaman, Muhammad: “Islam in Pakistan: A History”, Princeton: Princeton University Press, 2018.
- Rizvi, Hasan-Askari: “Pakistan: Ideology and Foreign Policy”, Asian Affairs 10: 48–59, 1983.
- Rizvi Hasan-Askari: “Pakistan and the Geostrategic Environment: A Study of Foreign Policy”, London: Macmillan 1993.
- Shahab Ahmed, Zahid: Akbarzadeh Shahram. “Pakistan, Pan-Islamism, and the Organization of Islamic Cooperation”, Religions 14: 289, 2023, available on: <https://www.mdpi.com/2077-1444/14/3/289>
- Zikriya, Khan Naushad & Salim Asif: “Dilemma: Pakistan’s Role as Mediator for Conflict Resolution” available from: https://www.researchgate.net/publication/351555802_Middle_East_Dilemma_Pakistan’s_Role_as_Mediator_for_Conflict_Resolution

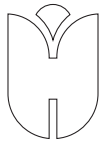
Electronic Sources

- “Amid Israeli onslaught in Gaza, UN adopts Pakistan-sponsored resolution on self-determination”. Anadolu Agency News, December 12, 2023, [accessed June 2, 2024], available on: <https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/amid-israeli-onslaught-in-gaza-un-adopts-pakistan-sponsored-resolution-on-self-determination/3088095>
- Government of Pakistan (Ministry of Foreign Affairs), “International Day of United Nations Peacekeepers”, May 29, 2024, [accessed May 31, 2024], available on: <https://mofa.gov.pk/press-releases/international-day-of-united-nations-peacekeepers-2>
- Government of Pakistan (Ministry of Foreign Affairs), “Pakistan’s Positions & Policies on Arms Control, Non-Proliferation & Disarmament Related Issues”, [accessed May 31, 2024], available on: <https://mofa.gov.pk/arms-control-and-disarmament>
- Government of Pakistan (Ministry of Foreign Affairs), “Foreign Policy”, [accessed May 14, 2024], available on: <https://mofa.gov.pk/foreign-policy>
- Kalachelvam Kunthavi, Bhatta Mahesh Raj & Ahmed Imran: “United Nations Peacekeeping Operations: Pakistan’s Contributions”, Institute of South Asian Studies, Consortium of South Asia Think Tanks, Konrad Adenauer Stiftung, February 2023, Singapore, Special Report Issue No. 23, available on: <https://www.isas.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2023/03/UN-Peacekeeping-Operations-Pakistans-Contributions-edit.pdf>
- “Pakistan called for full membership of #Palestine in the UN”, Pakistan Mission to United Nations Newyork, May 01, 2024, [accessed June 1, 2024], available on: <https://www.youtube.com/watch?v=YU1XIYxwE-Y>
- “Pakistan to build Palestine embassy in Islamabad”. The Express Tribune, October 7, 2013, [accessed May 31, 2024], available on: <https://tribune.com.pk/story/614741/pakistan-to-build-palestinian-embassy-in-islamabad/>

“Pakistan urges #UN’s action against Israeli war crimes in Gaza”, Pakistan Mission to United Nations Newyork, April 24, 2024, [accessed June 1, 2024], available on: <https://www.youtube.com/watch?v=kAobJYtzq4c>

“Supreme Court bans Fethullah Gulen movement in Pakistan”, Arab News, December 28, 2018, [accessed May 24, 2024], available on: <https://www.arab-news.com/node/1427136/pakistan>

“Troop and Police Contributors”, United Nations Peacekeeping, <https://peacekeeping.un.org/en/troopand-police-contributors>.



Yenilenebilir Enerji Kaynaklarıyla Elektrik Üretimi: Rüzgâr Enerjisi Örneği

Emine Beyza KAHRAMAN*

Özet

Enerjiye olan ihtiyaç hayatın her aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Bu durum da enerjinin işlenerek hayatımıza entegre edilmesini gerektirmektedir. Elektrik enerjisi de bilhassa günlük yaşamımızı kolaylaştırmakta oldukça hayati bir yere sahiptir. İşte bu gerekçelerle elektriğin hangi kaynaklardan üretileceği ve üretileceği kaynağın avantaj ve dezavantaj dengesinin kurulması önem arz etmektedir. Güncel bir trend olarak -küresel ısınmanın da etkisiyle- yenilenebilir ve temiz enerji kaynaklarına eğilim artmış bulunmaktadır. Bu eğilim karşısında devlet politikasındaki enerji düzenlemeleri de gözden geçirilmiş ve Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanlarının (YEKA) oluşturulduğu YEKA Modeli sisteme dahil edilmiştir. Rüzgâr da YEKA kapsamına giren bir enerji kaynağı olup çevre dostu ve temiz bir içeriğe sahiptir. Bu gerekçelerle de elektrik üretiminde gittikçe daha sık kullanılmaya başlayan bir kaynak olarak öne çıkmaktadır.

Teorik olarak avantajları ile ön plana çıkan rüzgârdan elektrik enerjisi üretimi için belli tesislerin kurulumu ve gerekli hukuki prosedürlerin tamamlanması gerekmektedir. Özellikle hukuki prosedür eksiksiz yerine getirilmeli ve ilgili mercilerden gerekli izinler alınmalıdır. Aksi takdirde üretim için zorunlu olan Rüzgâr Enerji Santrallerinin (RES) kurulması mümkün olmayacaktır.

* Avukat, kahramanbeyza03334@gmail.com. ORCID: 0009-0007-5682-2651.

Çalışmamızda, YEKA Modeli ve söz konusu model bağlamında, lisanslı ve lisanssız elektrik üretim prosedürünün rüzgâr enerjisi örneği üzerinden anlatımı gerçekleştirilecek ve ilgili kanun ve yönetmelik maddeleriyle genel işleyiş somutlaştırılarak aktarılacaktır.

Anahtar Kelimeler: YEKA, Rüzgâr Enerjisi, Üretim Önlisansı, Üretim Lisansı, Rüzgâr Enerji Santrali (RES).

Electricity Generation from Renewable Energy Sources: The Example of Wind Energy

Abstract

The need for energy arises at every stage of life. This requires the processing of energy and its integration into our lives. Electrical energy, in particular, plays a vital role in making our daily lives easier. For these reasons, it is crucial to determine from which sources electricity will be generated and to establish a balance between the advantages and disadvantages of the source from which it will be produced. As a current trend—especially due to the impact of global warming—there has been an increasing shift toward renewable and clean energy sources. In response to this trend, energy regulations in state policy have been reviewed, and the Renewable Energy Resource Areas (RERA) Model has been incorporated into the system. Wind energy is one of the energy sources that fall under the RERA framework, and it has an environmentally friendly and clean composition. For these reasons, it has become a frequently used source in electricity generation.

Theoretical advantages highlight wind energy as a prominent source for electricity generation, requiring the establishment of certain facilities and the completion of necessary legal procedures. Especially, the legal procedures must be thoroughly fulfilled, and the required permissions must be obtained from the relevant authorities. Otherwise, it will not be possible to establish the mandatory Wind Energy Power Plants (WEPPs) for electricity production.

In this study, the RERA Model and, within the context of this model, the procedures for licensed and unlicensed electricity production will be explained through the example of wind energy. The process will be illustrated and presented with relevant legal articles and regulations.

Keywords: RERA, Wind Energy, Production Preliminary License, Production License, Wind Energy Power Plant (WEPP).

Extended Summary

Electricity plays a significant role in facilitating our daily lives. In this context, identifying resources that will make electricity production more efficient is of great importance. Especially with the recent increase in global warming, the demand for renewable and clean energy sources has risen. Governments are also taking serious steps towards transitioning to renewable energy. Accordingly, Turkey has revised its energy policy and created the Renewable Energy Resource Areas (RERA) Model, which determines renewable energy resource areas. Under the RERA Model, several renewable energy sources have been subjected to a general legal procedure under a common regulation for electricity generation. Wind energy, being both included in the RERA Model and a renewable, clean, and environmentally friendly source, holds significant importance for its widespread use in electricity production.

Within the context of the RERA Model, in order to produce electricity, a RERA competition must first be held. Prior to 2016, a separate competition model was applied for each energy source when allocating electricity production areas. However, after 2016, the RERA Model, created following the revision of the scope of renewable energy sources, began to govern these competitions. In practice, it is also important to determine which institutions will organize the RERA-WEPP competition and how it will be conducted. In this regard, the competition is announced by the General Directorate of Energy Affairs (GDEA), which is affiliated with the Ministry of Energy and Natural Resources, and applications are also made to this Directorate. After evaluating the applications in terms of procedural and technical requirements, the results are determined through offers made by open bidding, and ultimately, a RERA contract is signed with the applicants who win the competition. Subsequently, the licensing process begins for the applicant who has signed the contract.

Wind energy power plants (WEPPs) to be established in RERA areas are generally required to be licensed; however, exceptions have been made allowing for unlicensed installations. Still, it can be stated that licensed plant installations are more common.

In order to establish a licensed plant, a preliminary license must first be obtained. In this context, the information of the legal entity that wins the competition and signs the contract as a result of the RERA competition will be communicated to the Energy Market Regulatory Authority (EMRA) by the GDEA. If no deficiencies are found after the investigation by the authority, the applicant legal entity will be granted the right to a preliminary license. The preliminary license right is subject to a specific period, which, except for force majeure, is determined not to exceed 36 months.

The RERA-WEPP preliminary production license can be amended. For such an amendment, a decision of the Board must be obtained. In addition to amendments, there are also situations where the production preliminary license may expire. These situations include the expiration of the RERA preliminary license period, a request for termination from the institution, and the termination of the contract by the GDEA based on valid reasons, which results in the expiration of the preliminary license. Finally, it is worth mentioning that the RERA production preliminary license can be revoked.

Obtaining a preliminary license does not grant the right to engage in production activities. Therefore, in order to carry out production activities, it is necessary to apply to the EMRA with the required documents to obtain a production license. Furthermore, in addition to the documents and guarantees requested by the authority, a compliance letter from the GDEA confirming the license's conformity must also be submitted. After completing these steps, the authority will assess the application and either grant the production license or reject the request. If the production license is granted, it can be used for a period of at least 10 and a maximum of 49 years. However, if a different license duration is determined in the specifications in accordance with the minimum and maximum limits, the duration specified in the tender document will be valid. The license must be renewed at the end of each period.

Similar to the production preliminary license, changes can also be made in the RERA production license. Generally, the reasons for amendments in the preliminary license apply here as well, and in addition, the inclusion or modification of price, parameter, indicator, and similar matters

related to revenue and tariff regulations can be added as a reason for amendment. Although the preliminary production license can generally be renewed, there is one exception. This exception is the RERA model, and licenses obtained under the RERA framework cannot be renewed. Although renewal is not possible for the RERA production license, there are situations where the license may expire. The crucial point in the expiration of the production license is that, aside from the expiration of the term, a decision from the EMRA is required in other cases. Thus, while the license will automatically expire at the end of the term, in other cases, the license will only expire after a decision by the EMRA.

Although RERA-WEPP production facilities are generally established after going through the licensing process, there are exceptional cases, as regulated in Article 14 of the Energy Market Law, where they can be established unlicensed. As a result, electricity production without a license is possible for up to 5 MW. However, this capacity is intended only for meeting personal needs, and selling electricity commercially is not allowed. In conclusion, whether licensed or unlicensed, electricity generation from wind energy is possible if the relevant conditions are met.

1. Yenilenebilir Enerji Kaynakları

Enerji, insanlık var olduğundan beri hayatın en önemli bileşenlerinden biri olmuştur. Öyle ki insan yaşamında enerji, en basit gündelik ihtiyaçlardan en komplike ihtiyaçlara kadar her alanda etkisini hissettirmiştir. Günümüz dünyasında da şüphesiz önemini artırarak devam ettiren enerji, çağın problemlerine göre yeniden şekillenmektedir. Özellikle nüfustaki artış, sanayileşmenin artması gibi nedenler başta olmak üzere, küresel ısınma ve çevre kirliliği gibi problemlerin baş göstermesine neden olmuştur¹. Bu durum da toplumları enerji kullanımı konusunda yeni bir perspektife yönlendirmektedir. Yeni perspektif daha ziyade yenilenebilir ve çevre dostu enerji kaynaklarının kullanımına teşvik ile karşımıza çıkmaktadır. Yenilenebilir enerji, kullanılmakla tükenmeyen; güneş, rüzgâr,

1 Gözde Öymen ve Mert Ömeroğlu, “Yenilenebilir Enerjinin Sürdürülebilirlik Üzerindeki Rolü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2020/3, s.1071. (Erişim: 1.12.2024)

hidrolik gibi enerji kaynaklarını ifade etmektedir². Fosil yakıtların dünyaya bıraktığı zarar gün geçtikçe ciddiyetini artırmakta olduğundan ve dünyayı ileriye dönük olarak yaşanılmaz bir hale getirme riski taşıdığından, yeşil enerji³ olarak da adlandırılan yenilenebilir enerjilere rağbet artmıştır. Bu bağlamda devletler enerjide arz güvenliği, sürdürülebilirlik ve düşük maliyet hususlarını göz önünde bulundurarak adımlarını atmaktadır⁴. Türkiye de son zamanlarda yenilenebilir enerji konusundaki hassasiyetini artıran ve bu hususta gerek uygulamada gerekse mevzuatta düzenlemelere giden bir ülkedir⁵. Coğrafi ve jeopolitik konumu sayesinde yüksek enerji potansiyeline sahip olan Türkiye, yenilenebilir enerji kaynak üretim tesislerinin yüksek maliyetli kurulumu nedeniyle şimdiye değin gerektiği kadar ön plana çıkamamıştır⁶. Fakat son zamanlarda yenilenebilir enerji ile ilgili devlet teşvikleri artırılmıştır. Bilhassa lisanslı elektrik üretiminin yanında lisanssız elektrik üretimine de imkân tanınması ve YEKA modeli bu teşvikleri uygulamada somutlaştıran örneklerdir⁷. Makalenin ilerleyen bölümünde Türkiye bazında da potansiyeli oldukça yüksek olan ve yenilenebilir enerji kaynakları arasında sayılan rüzgâr enerjisi örneğine değinilecek olup rüzgârdan elektrik üretimi yapılabilmesi için gerekli olan hukuki prosedürden bahsedilecektir.

2. Rüzgâr Enerjisi

Rüzgârın oluşumunun en önemli nedeni, radyasyonun yeryüzünü farklı şekilde ısıtmasıdır. Bu radyasyon güneşten kaynaklanmaktadır. Yeryüzünün farklı ısınması basınç ve nem oranlarını da etkilemekte olup bu

-
- 2 Raif Bakova, “Yenilenebilir Enerji ve Türkiye”, Fasikül Hukuk Dergisi, (2011), s.6. (Erişim:1.12.2024); Alper Kaan Keskin, “Devletin Yenilenebilir Enerji Kaynaklı Elektrik Enerjisini Arz Etme Yükümlülüğü”, Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, 2017, s.21
 - 3 Onur Kaplan, “Türk Hukukunda İdarenin Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Elektrik Üretimi Yönünden İşlevlerinin İrdelenmesi”, Yaşar Hukuk Dergisi, (2023), s.299. (Erişim:1.12.2024)
 - 4 Öymen ve Ömeroğlu, s.1071
 - 5 Kaplan, s.304-305
 - 6 Hatice Nur Sartınalı, “Çevresel Güvenlik ve Enerji Arz Güvenliği Bağlamında Türkiye'nin Enerji Politikası”, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, (2021), s. 410. (Erişim: 1.12.2024); Kaplan, s.304
 - 7 Ömer Can, “Yenilenebilir Enerji Hukuku ve Teşvikler”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi, İstanbul, 2020, s.66

basınç farkları da bazı hava hareketlerine neden olmaktadır⁸. İşte bu hava hareketleri rüzgâr olarak adlandırılmaktadır⁹. Rüzgâr enerjisi eski zamanlarda bilimsel olarak bilinmemekle birlikte insanlar tarafından çeşitli işler için kullanılmaktaydı¹⁰. Daha sonraki dönemlerde rüzgârın gücü insanlar tarafından daha fazla fark edilmiş ve bilhassa denizciler tarafından yelkenli gemilerle birlikte kullanılmıştır¹¹. Mevcut dünya düzeninde ise teknolojinin de gelişmesiyle enerji kaynaklarının doğru kullanımı büyük önem arz etmeye başlamıştır. Özellikle fosil yakıtların, karbondioksit ve diğer zararlı gazları artırması, bunun da dünyayı ve insan yaşamını olumsuz etkilemesi, yenilenebilir enerji kaynaklarına olan rağbeti artırmış ve yeni bir trend olarak yoğun bir şekilde temiz enerji kaynaklarına yönelim artmıştır¹². Bilhassa günümüz dünyasının vazgeçilmez bir icadı olan elektrik üretiminde, kaynakların enerji potansiyelleri mevcut ihtiyaçları karşılamak adına efektif bir şekilde kullanılmakta ve enerji ihtiyacı bu potansiyellerden karşılanmaya çalışılmaktadır¹³. Bu bağlamda rüzgâr enerjisi de yenilenebilir enerjiler arasında elektrik üretiminde akla gelen ilk kaynaklardan birini oluşturmaktadır. Her ülke bazında rüzgâr enerjisinin gelişimi farklı etkenlere (coğrafi

8 Bilgin Şenel, Mine Şenel ve Levent Bilir, “Role of Wind Power in the Energy Policy of Turkey”, *Energy Technology & Policy (An Open Access Journal)*, 12/12 (2014), s. 2. (Erişim 18.10.2024); C. İlkılıç ve M. Nursoy, “The Potential of Wind Energy as an Alternative Source in Turkey”, *Energy Sources, Part A: Recovery, Utilization, and Environmental Effects*, 29/12 (2009), s.450; “Bilgi Merkezi- Rüzgâr”. Son Güncelleme 17 Ağustos 2022. <https://enerji.gov.tr/bilgi-merkezi-enerji-ruzgar>

9 “Bilgi Merkezi- Rüzgâr”. Son Güncelleme 17 Ağustos 2022. <https://enerji.gov.tr/bilgi-merkezi-enerji-ruzgar>

10 Şenel, Şenel ve Bilir, s. 2

11 Metin Yerebakan, *Mikro Enerji Santralleri*, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2008, s.75

12 Şenel, Şenel ve Bilir, s. 2; Helle Tegner Anker, Birgitte Egelund Olsen and Anita Ronne, “Wind Energy and the Law: Comparative Analysis”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 03/06 (2015), s.145. (Erişim 10.06.2024); İnci Türk Toğrul ve Can Ertekin, “A Statistical Investigation on the Wind Energy Potential of Turkey’s Geographical Regions”, *Energy Sources*, 19/05 (2011), s.1399, (Erişim:1.12.2024)

13 Önder Güler, *Dünyada ve Türkiye’de Rüzgâr Enerjisi*, İstanbul Teknik Üniversitesi Enerji Enstitüsü, s.209; C. Sevim, “Economic Evaluation of Onshore Wind Energy Plants for Turkey”, *Energy Source- Part B: Economics, Planning, and Policy*, 20/07 (2010), s. 308, (Erişim (3.11.2024); C. Sevim, “A Short Overview of Energy Production Based CO2 Emissions and Wind Power Development Strategy for Turkey”, *Energy Source- Part B: Economics, Planning, and Policy*, 30/03 (2016), s. 38, (Erişim (3.11.2024)

özellikler, politik eğilimler vb.) göre şekillenmektedir¹⁴. Dolayısıyla her ülkenin rüzgâr enerjisine yaptığı yatırımlar değişmekte ve bu da doğal olarak yapılan araştırma çalışmalarının yoğunluğunu etkilemektedir. Türkiye özelinde de rüzgâr enerjisinin önemi fark edilmiş olup söz konusu kaynak ve bu kaynağın verimli kullanımı hususu çeşitli AR-GE çalışmalarına ve akademik metinlere konu olmaktadır¹⁵. Bu bağlamda Türkiye küresel olarak gerçekleşen gelişmelere uyum sağlayarak yenilenebilir enerji kaynaklarına yaptığı yatırımlara daha çok önem vermeye başlamıştır. Temiz enerji kaynaklarından biri olan rüzgâr enerjisi elektrik üretimi bağlamında ülkemizde de gün geçtikçe daha önem kazanan bir hale gelmiştir¹⁶.

Türkiye’de ilk olarak rüzgâr enerjisi tesisi 1985 yılında İzmir-Çeşme Altinyunus tesislerinde kurulmuştur. Bu tesisdeki rüzgâr enerjisinden üretilen elektrik Danimarka’dan ithal edilmiş rüzgâr enerji sistemleriyle elde edilmiştir¹⁷. Akabinde rüzgâr enerjisinin daha da yaygınlaşmasıyla ülkemizde birçok rüzgâr enerji santrali (RES) kurulmuştur.

Bir ülkede, sektörün enerji üretimine yöneliminde enerjinin kaynak potansiyeli oldukça önem arz etmektedir. Türkiye orta kuşak ülkesi olmasının da bir gereği olarak, birçok iklimin yaşanabildiği coğrafi özelliklere sahiptir. Bu durum da her bölge için geçerli olmasa da Türkiye’nin bilhassa rüzgâr enerji potansiyeline sahip olduğunu göstermektedir¹⁸. 2006 yılında, Türkiye’deki bölgelerin rüzgâr enerji potansiyelini tespit etmek amacıyla Türkiye Rüzgâr Enerjisi Potansiyeli Atlası (REPA-V1) verileri oluşturulmuştur. Bu verilere göre, belirli ve kullanılabilir alanlarda (atlasta alanların özellikleri belirtilmiş) her bir kilometreye 5 mw gücünde rüzgâr santrali kurulabileceği kabul edilmiştir. Bu veriler devamlı olarak revize edilerek Atlas’a eklenmektedir¹⁹. Gerek Atlas’ta güncellenerek paylaşılan veriler

14 Anker, Olsen and Ronne, s.152

15 Şenel, Şenel ve Bilir, s. 2

16 Sebahat Akın ve Orhan Zeybek, Rüzgârdan Elektrik Üretimi, Balıkesir Üniversitesi, s.1

17 Nusret Alemardoğlu, “Enerji Sektörünün Geleceği Alternatif Enerji Kaynakları ve Türkiye’nin Önündeki Fırsatlar”, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 2007, s.66; Şenel, Şenel ve Bilir, s. 5; Önder Özgener ve Arif Hepbaşlı, “Current Status and Future Directions of Wind Energy Applications in Turkey”, Energy Sources, 10/11 (2010), s.1125, (Erişim: 1.12.2024)

18 Özgener ve Hepbaşlı, s.1122

19 “Bilgi Merkezi- Rüzgâr”. Son Güncelleme 17 Ağustos 2022. <https://enerji.gov.tr/bilgi-merkezi-enerji-ruzgar>

gerekse de yapılan araştırmalar Türkiye'nin belli bölgelerinin (ör: Gaziantep, Urla/İzmir...) kayda değer şekilde yoğun bir rüzgâr enerji potansiyeline sahip olduğunu göstermektedir²⁰.

Rüzgâr enerjisinin belli başlı dezavantaj ve avantajları bulunmaktadır. Dezavantajlarından biri rüzgâr enerjisiyle elektrik üretim faaliyetlerinin ilk yatırım maliyetlerinin çok yüksek olmasıdır. Bilhassa RES kurulumunda türbinlerin malzeme ve tesisin bileşenlerini bir araya getirme maliyetleri oldukça yüksekken, buna ek olarak çeşitli başka maliyetler de çıkmaktadır. Bu yüzden ilk yatırım sermayesi girişimde bulunacak şirketleri zorlayabilmektedir. Bir diğer dezavantajı enerji üretiminin değişken olmasıdır. Rüzgâr doğal bir kaynak olmakla birlikte rüzgârın oluşumu sağlayan etkenler de doğal şartlarda gelişmektedir. Bu durum da enerjinin sabit bir şekilde oluşumuna imkân vermemekte, dolayısıyla her dönem değişken enerji üretimi söz konusu olabilmektedir. Rüzgârın değişkenliğinin gereği olarak üretimin de değişmesi, üretim kapasitesinin faktörlerinin de düşmesine neden olmaktadır. Rüzgâr enerjisinin böyle dezavantajlarının bulunması, yatırımcıların tercihlerini olumsuz etkilese de sahip olduğu avantajlar ve güncel gelişmeler her ihtimale karşı rüzgâr enerjisinin bilhassa elektrik üretiminde etkin kullanılmasını teşvik edici niteliktedir. Dolayısıyla birtakım olumsuzluklar olsa da bunlar rüzgâr enerjisinin geliştirilmesi için yapılan çalışmalara engel olmamaktadır²¹. Bu bağlamda rüzgâr enerjisinin avantajlarına değinmekte de fayda vardır. Rüzgâr enerjisi tamamen doğal bir kaynak olup yenilenebilir enerji kaynakları arasında sayılmaktadır. Bu özelliği rüzgâr enerjisinin çevre dostu olduğunu göstermektedir. Ayrıca günümüz dünyanın küresel sorunları insan yaşamını ve kaynakları da tehdit ederken rüzgâr gibi temiz kaynakların kullanımı çevrenin minimum kirlenmesiyle sonuçlanacaktır. Bunun dışında rüzgâr, sürekli oluşum halinde olan bir kaynak olduğu için tükenbilme ve bu riske karşı zamanla fiyatının artması imkânı da yoktur. Yine ilk kurulum maliyetleri yüksek olmakla birlikte günümüzde maliyeti diğer güç santralleriyle (hidroelektrik- jeotermal vb.) yarışabilecek düzeye gelmiştir. Tesisin teknolojik kurulumu ve işletilmesi diğer kaynaklara göre nispeten daha basit olup bakım ve işletme giderleri de düşüktür²². Bu

20 Şenel, Şenel ve Bilir, s. 2

21 Anker, Olsen and Ronne, s.146

22 "Bilgi Merkezi- Rüzgâr", Son Güncelleme 17 Ağustos 2022. <https://enerji.gov.tr/bilgi-merkezi-enerji-ruzgar>

ve sayılabilecek birçok avantaj her türlü dezavantaja rağmen yine de rüzgâr enerjisine olan talebi artırır niteliktedir. Kaldı ki Türkiye'deki rüzgâr enerji santrallerinin sayısının gün geçtikçe daha da artması²³ enerji kaynağı olarak rüzgâr enerjisine olan eğilimi kanıtlar niteliktedir²⁴.

3. Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları (YEKA)

Yenilenebilir enerji kaynak alanları (YEKA) ile, kamu ve özel mülkiyete tabi olan taşınmazların yatırımcılara tahsisi yapılmak suretiyle enerji yatırımlarını hızlandırmak ve üretim safhasında maksimum verimliliğe ulaşmak amaçlanmaktadır. Ayrıca yenilenebilir enerji üretimi bakımından en dezavantajlı durumun tesis aksam maaliyeti olması göz önünde bulundurularak tesislerde kullanılacak teknolojik aksamın yerleştirilmesi yahut en azından Türkiye içinden temin edilmesi de bir diğer amacı oluşturmaktadır²⁵. Bu bağlamda YEKA belirlenirken bilhassa yenilenebilir enerji kapsamında sayılacak bir kaynağın o alanda 'yoğun' olarak bulunması aranmaktadır²⁶.

YEKA'lar ve bunların kullanım hakları Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bağlı olan Enerji İşleri Genel Müdürlüğü (EİGM) tarafından belirlenmektedir²⁷. YEKA Yönetmeliğinin 5. Maddesinden²⁸ anlaşılacağı üzere, YEKA sahası direkt Bakanlık tarafından belirlenebileceği gibi yarışmayı kazanan yatırımcının belirleyeceği uygun ve Kurumca onaylanmış bir alan

23 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Türkiye Rüzgâr Enerjisi Birliği (TÜREB), "TÜRKİYE'DE RES DURUMU/Türkiye Rüzgâr Enerjisi İstatistik Raporu- Temmuz 2019", (Erişim: 1.12.2024) <https://tureb.com.tr/lib/uploads/4e77501b714739a9.pdf>,

24 Şenel, Şenel ve Bilir, s. 5

25 YEKA Yönetmeliği Madde 1: "(1) Bu Yönetmeliğin amacı; kamu ve hazine taşınmazları ile özel mülkiyete konu taşınmazlarda büyük ölçekli yenilenebilir enerji kaynak alanları (YEKA) oluşturularak yenilenebilir enerji kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması, bu alanların yatırımcılara tahsisiyle yatırımların hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi ve yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretim tesislerinde kullanılan ileri teknoloji içeren aksamın yurt içinde üretilmesi ya da yurt içinden temin edilmesinin sağlanması, teknoloji transferinin teminine katkı sağlanmasıdır."

26 M. Aytaç Özelçi, "Yenilenebilir Enerji Santrallerinin Kurulumunda Kaynak Alanlarının Belirlenmesi ve Doğal Sitlerin Korunması", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2021), s. 70. (Erişim: 1.12.2024)

27 Özelçi, s.71

28 YEKA Yönetmeliği Madde 5: "MADDE 5 – (Değişik: RG-5/10/2024-32683) (1) YEKA'lar; a) Genel Müdürlük tarafından yapılacak çalışmalar, b) YEKA Yarışması sonrasında yapılacak çalışmalar, sonucunda olmak üzere iki farklı şekilde geliştirilebilir."

olarak da tahsis edilebilmektedir²⁹. Yarışma usulüyle tahsis alanının belirleneceği hallerde ilgili Kurum tarafından bağlantı kapasitesi belirlenir ve bağlantı kapasitesine uygun tahsis yapılır. YEKA Amaçlı Bağlantı kapasitesi ise Yerli Malı Kullanım Karşılığı Tahsis (YMKT) ve Yurt İçinde Üretim Karşılığı Tahsis (YÜKT) olmak üzere iki farklı yöntemle belirlenebilmektedir³⁰. Şayet başvuruca “*yerli katkı oranlarına haiz, yerli malı belgeli aksam kullanma*” konusunda taahhütte bulunuyorsa YMKT yöntemiyle tahsis yapılırken, üretim tesisinde kullanılacak aksamı “*yerli katkı oranlarında ve yerli malı belgeli olarak*” Türkiye sınırları içerisinde imal edene veya imal etmeyi taahhüt edene ise YÜKT yöntemiyle tahsis yapılmaktadır³¹. İki yöntemde de önemli olan husus mutlak surette şartnameye uygun hareket edilip taahhütlerin gerçekleştirilmesidir³².

Makalenin ilerleyen başlıklarında YEKA’ya dahil olan rüzgâr enerjisi örneği üzerinden devam edilecek olup, anlatılacak lisanslı elektrik üretimi, yarışma usulü ve lisanssız elektrik üretimi başlıkları Rüzgâr Enerji Santralleri (RES) bağlamında açıklanacaktır.

4. YEKA-RES Yarışma Usulü

2016 yılına kadar rüzgâr enerjisinden elektrik üretimi için kurulacak tesisler bakımından yapılan yarışmalar ayrı bir usule tabi olarak gerçekleşmekteydi. Örneğin, önceki usulde yarışmaya başvurular EPDK’ya yapılmakta ve yarışmanın teknik kısımlarıyla TEİAŞ ilgilenmekteydi³³. Buna karşılık yeni usulde başvurular, Bakanlık bünyesindeki EİGM’ye yapılmaktadır. Netice itibarıyla, sonradan YEKA ile ilgili yapılan düzenlemelerin de etkisiyle RES kurulumları için yapılacak yarışma prosedürü YEKA Yönetmeliğine bağlı olarak yapılmaya başlanmıştır. Bu bağlamda YEKA yarışma usulüyle yapılan ilk RES yarışması 2017 yılında YEKA-RES 1 adıyla yapılmıştır. Dolayısıyla 2017 yılından sonra uygulamada yapılan RES

29 “Enerji İşleri Genel Müdürlüğü: Yenilenebilir Enerji”, Son Güncelleme 15 Haziran 2023. <https://enerji.gov.tr/eigm-yenilenebilir-enerji-uretim-faaliyetleri-yeka-modeli>

30 Özelçi, s.71

31 “Enerji İşleri Genel Müdürlüğü: Yenilenebilir Enerji”, Son Güncelleme 15 Haziran 2023. <https://enerji.gov.tr/eigm-yenilenebilir-enerji-uretim-faaliyetleri-yeka-modeli>

32 Özelçi, s.71

33 Merve Alacalı, “Enerji Hukukunda Lisans Usulü: Rüzgâr Enerjisi Örneği”, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2016, s. 65

yarışmaları bu Yönetmelik çerçevesinde gerçekteşmektedir. YEKA kullanım hakkının elde edilmesi için yapılan yarışma, YEKA Yönetmeliğinin 7. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca yarışmaya başvuru için gerekli belgeler YEKA Yönetmeliğ'i'ne ek olarak yarışma şartnamesinde de ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir³⁴. 2024 yılında yapılacağı Bakanlıkça duyurulmuş olan YEKA-RES 2024 Yarışmasının da şartnamesi Bakanlığın resmî web sitesinde yayımlanmıřtır³⁵. Bu bağlamda başvuru dosyasının YEKA Yönetmeliğ'i madde 7/6³⁶ da sayılan hususları barındırarak EİGM'ye teslim edilmesi gerekmektedir. Buna ek olarak sunulacak dosyanın vaktinde Genel Müdürlüğe ulaştırılmış olması önem arz etmektedir. Zira başvuru süresi bitiminden sonra teslim edilecek başvuru dosyaları kabul edilmeyecektir³⁷.

Başvuruların incelenmesi ve değerlendirilmesi için komisyon kurulmaktadır. Kurulan bu komisyon, başvuruları başvurunun bittiği günü izleyen günden itibaren 30 gün içinde değerlendirip sonuçlandırmalıdır. Bu 30 günlük süre bir seferlik ek süreyle uzatılabilir. Komisyon bu sürenin bitiminde yarışmanın yer ve zaman bilgilerini kararlaştırır. Bu hususlar Yarışma'nın en az 3 takvim günü öncesinde Bakanlığın resmî web sitesinde yayınlanır. şayet komisyon başvurucuların dosyalarında birtakım eksiklikler tespit ederse bu durumu başvuruculara bildirir. Başvurucu zamanında kendisine bildirilen eksiklikleri tamamlamadığı takdirde yarışmaya katılma hakkını kaybedecektir³⁸. Yarışma başvurusunda mali teklif istenebilmesi de mümkündür. Bu halde mali teklifin şartnamedeki ayrıntılı hususlara riayet edilerek hazırlanması önem arz etmektedir.

34 Pınar Öztaban, "Rüzgâr Enerjisinin İdare Hukuku Açısından İncelenmesi", Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2018, s.64

35 <https://enerji.gov.tr/duyuru-detay?id=30484>

36 YEKA Yönetmeliğ'i Madde 7/6: (6) Başvuru dosyaları, aşağıda belirtilen hususlara uyulmak şartıyla sunulacaktır: a) Tüm başvuru evrakları, üzerinde (Değerlik ibare: RG-9/4/2021-31449) sicil tasdiknamesinde yer alan yetkili imzalar ve kaşeli olacak şekilde (Mülga ibare: RG-5/10/2024 32683) kapalı bir zarf içerisine konularak sunulacaktır. b) Mali Teklif, kapalı, kaşeli ve ıslak imzalı (Mülga ibare: RG-5/10/2024-32683) bir zarfa konulmuş olarak, tüm başvuru evraklarının bulundurulduğu kapalı zarf içinde yer alacaktır. c) Evrakların asıl veya noter tasdikli olarak sunulması esastır. Onaysız suretler işleme alınmaz. ç) Dokümanların Türkçe olarak sunulması esas olup yabancı dilde olan belgelerin apostil tasdik şerhi onayı, Lahey Konvansiyonuna taraf olmayan ülkeler için dokümanın ait olduğu ilgili ülke muadil makam onayı ile Türk Konsoloslüğünden tasdikli ve yeminli tercümesinin yapılması gerekmektedir.

37 İlgili madde için bkz: YEKA Yönetmeliğ'i Madde 7/7

38 Alacalı, s. 65

Başvuru koşullarını tamamlayan başvurucular, yarışmaya katılma hakkı kazanmaktadır. Yarışmada kural olarak açık eksiltme usulü uygulanmaktadır³⁹. Dolayısıyla rüzgâr enerjisi örneğinden yola çıkıldığı takdirde, RES kurmak isteyen bir yatırımcı Bakanlığın duyurusunu yapacağı YEKA-RES Yarışmasına başvurup, usule uygun bir şekilde teklifini sunmalıdır. Bu bağlamda açık eksiltme usulü en düşük maaliyeti teklif edecek yatırımcı lehine sonuçlanacaktır⁴⁰. Başvurucu nihai teklifini verdikten sonra yarışma tutanağını imzalayacak ve bu saatten sonra yeni bir teklif verme imkânı kalmayacaktır. Akabinde şartnameye en uygun 3 başvurucu seçilecek ve diğer başvuruculara teminat mektupları iade edilecektir. Yarışma sonucunda tutulan tutanaklar Bakanlık onayına sunulacak olup en düşük 1. Teklifi veren başvurucuyla YEKA Kullanım Hakkı Sözleşmesi imzalanacaktır. Sözleşme, başvurucu tüzel kişiliğe sözleşme davetinin tebliğinden itibaren 30 gün içinde imzalanmalıdır. Aksi takdirde sırasıyla 2. ve 3. başvurucu tüzel kişiliğe sözleşme daveti tebliğ edilecek ve duruma göre nihai sözleşme, sözleşmeye icabet eden başvurucuyla yapılacaktır. Şu hususu belirtmekte fayda var ki sözleşme davetine icabet etmeyen başvurunun teminatı irat kaydedilecektir. Sonuç olarak, sözleşmeyi imzalayan başvurucu artık önlisans alabilmeye haiz olacaktır. Bu bağlamda artık EİGM tarafından EPDK'ya bağlantı kapasitesi ve yarışmayı kazanan başvurunun bilgileri bildirilmektedir. Başvurucu sözleşmeyi imzalamasını müteakip 15 iş günü içinde Kurum'a önlisans için başvurmak zorundadır. Şayet vaktinde başvuru yapılmazsa Kurum sözleşmeyi feshedip, geliri irat kaydetme hakkına sahiptir. Fakat başvuru süresinde yapılırsa işlemler tamamlanır ve başvurucu resmi olarak önlisans hakkına sahip olur⁴¹.

5. YEKA-RES'lerde Lisanslama Süreci

Elektrik üretim faaliyetlerinde lisans genel manada esastır. Lisansın alınması ise her ülkede sistemi değiştirebilmekle birlikte belli bir prosedüre tabidir. Bu prosedürler de esasında lisansın alınmasında yasal çerçeveyi oluşturmaktadır⁴². Türkiye bağlamında konuyu ele aldığımızda da elektrik

39 Özelçi, s.71

40 Özelçi, s.71; Keskin, s. 75

41 YEKA Yönetmeliği Madde 12; Keskin, s. 76

42 Anker, Olsen and Ronne, s.169

üretebilmek için istisnai haller dışında lisans alınmasının zorunlu tutulduğu görülmektedir. Söz konusu istisnai haller de kanunda sayılmış olup bu haller dışında lisanssız elektrik üretimi yapılamamaktadır. Rüzgâr enerjisi de kanunda düzenlenmiş istisnai hallerden birini oluşturmakta olup lisanssız bir şekilde rüzgâr enerjisinden elektrik üretmek mümkündür⁴³. Fakat rüzgâr enerjisinde lisanssız bir şekilde de elektrik üretilebileceği halde uygulamada daha çok lisanslama süreci ile üretim yapılma eğilimi vardır.

Bir tüzel kişi birden fazla tesis yapacak olsa dahi, her tesis için ayrı ayrı lisans başvurusunda bulunmalıdır. Dolayısıyla her tesis için yapılacak başvurularda uygulanacak prosedürler de birbirinden ayrı ve bağımsız olacaktır. Bu durumun getirdiği sonuç süreci teknik olarak zorlaştırırsa da tek başvuruyla birden fazla lisans alınmaması rekabet hukukunun bir gereği olarak uygulanmaktadır⁴⁴.

Lisans süreci de kendi içinde aşamalı olarak ilerlemektedir. Buna bağlı olarak üretim lisansı alacak tüzel kişinin öncelikle önlisans alması gerekmektedir. Çalışmamızda da öncelikle önlisans başvuru süreci anlatılacak olup akabinde üretim lisansı alma hususundan bahsedilecektir.

5.1. YEKA-RES'lerde Önlisans

Rüzgâr enerji santrali kurup üretim lisansı alabilmek için öncelikle önlisans alınması gerekmektedir⁴⁵. Bu husus 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun (EPK) 6/1. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁶. Madde metninde açıklandığı üzere elektrik üretim faaliyetine geçebilmek için atılacak ilk adım önlisans almak olacaktır. Ayrıca önlisans sadece belirli süre için verilecek olup bu süre ise Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği (EPLY) m. 9'da belirtildiği üzere mücbir sebepler hariç olmak üzere 36 ayı geçmeyecek şekilde düzenlenmiştir. Önlisans alabilmek için belirli prosedürlerin

43 Can, s.69

44 Hasan Ayrancı, Enerji Sözleşmeleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s.57

45 Öztaban, s.71; Zeynep Nihal Aydınoglu, "Türk ve Alman Hukukunda İdare Hukuku Boyutuyla Yenilenebilir Enerji Üretimi", Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara, 2020, s.173

46 EPK Madde 6/1: "Üretim lisansı başvurusunda bulunan tüzel kişiye öncelikle, üretim tesisi yatırımına başlaması için mevzuattan kaynaklanan izin, onay, ruhsat ve benzeri belgeleri edinebilmesi ve üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkını elde edebilmesi için Kurum tarafından belirli süreli önlisans verilir." (RG, 14/03/2013, 28603)

tamamlanıp, gerekli belgelerin EPDK'ya teslim edilmesi gerekmektedir. EPDK'ya yapılacak önlisans başvurusunun yarışma şartnamesinde düzenlenen hususlara ve bu şartnamede işaret edilen teknik gerekliliklerin düzenlendiği Yönetmeliğe⁴⁷ uygun hareket edilmesi gerekmektedir.

EPLY'nin 12/3. maddesinde⁴⁸ düzenlendiği üzere önlisans başvurusu yapan tüzel kişilerin anonim ya da limited şirket olarak kurulması gerekmektedir. Ayrıca bu tüzel kişilik anonim şirkete ek olarak borsada kote edilmiş payları dışında kalan diğer paylarının tamamının nama yazılı olması şartı aranmaktadır. Yine Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 12/4. maddesinde belirtilen kişilerin Elektrik Piyasası Kanunu'nun 5/8. maddesi uyarınca yasaklı olmaması şartı getirilmiştir. Zira yasaklı kişiler lisanslarının iptal edilmesinden itibaren 3 yıl boyunca yeniden lisans alamayacak, başvuruda bulunamayacak ve lisans başvurusunda bulunan bir tüzel kişiliğin doğrudan yahut dolaylı pay sahibi olamayacağı gibi bunların yönetiminde de görev alamayacaktır. Bunlara ek olarak, başvuru tüzel kişilik, EPDK'nın üretim tesisi için uygun bulunduğu yatırım tutarının yüzde beşine artırıldığına dair şirket esas sözleşmesine hüküm konulmalıdır. Yine EPDK'nın izni olmadan, önlisans süresince, şirket esas sözleşmesinde bilhassa ortaklık yapısının değiştirilmeyeceğine ve sermaye azaltım işlemi yapılmayacağına dair hüküm konulması da gerekmektedir⁴⁹. İlgili kanun, yönetmelik ve şartname hükümlerine uygun başvurusunu yapan tüzel kişi teslim ettiği belgelerde eksiklik olmadığı takdirde önlisans alma hakkı kazanacaktır. Önlisans başvuru belgelerinde eksiklik bulunduğu takdirde ise başvurucuya EPDK tarafından 3 aylık bir süre verilmektedir. Bu sürenin sonunda tamamlanan eksiklikler de yine önlisans hakkının alınmasını sağlayacaktır⁵⁰.

47 Rüzgâr Kaynağına Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik, (RG, 20.10.2015, 29508)

48 İlgili madde: Enerji Piyasası Lisans Yönetmeliği (EPLY) 12/3: "Piyasada faaliyet göstermek üzere önlisans başvurusunda bulunacak özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin; a) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda anonim şirket ya da limited şirket olarak kurulmuş olması, b) (Değişik:RG-9/7/2018-30473) Anonim şirket olarak kurulmuş olması halinde, sermaye piyasası mevzuatına göre borsada işlem görenler dışındaki paylarının tamamının nama yazılı olması ve şirketin borsada işlem görmek üzere ihraç edilecekler hariç hamiline yazılı pay çıkarmaması, c) (Ek:RG-9/7/2019-30826) UETS üzerinden tebligat adresi almaları ve bu adresi tebligata açık tutmaları, zorunludur." (RG, 2/11/2013, 28809)

49 Öztaban, s.74-77

50 YEKA Yönetmeliği Madde 12/5

5.1.1. Rüzgâr Enerji Santrallerinde Önlisansın Tadili, Sona Ermesi ve İptal Edilmesi

5.1.1.1. YEKA-RES'lerde Önlisansın Tadili

YEKA'lara bağlı RES'lerde önlisansın değiştirilmesi için önlisans sahibinin Kurum'a tadel başvurusunda bulunması ve Kurum'un da bu başvuruyu kabul etmesi gerekmektedir. YEKA'lar bakımından yapılacak tadel incelemesi mutlak surette Kurul kararı ile yapılmalıdır⁵¹. Kurul, incelemesini on iş gününde tamamlayıp, herhangi bir eksiklik saptaması halinde başvuru- dan bu eksiklikleri on beş iş günü içinde düzeltmelerini isteyecektir. Şayet süresi içinde eksiklikler tamamlanmaz ise başvuru yapılmamış sayılacaktır. İkinci olarak, yine YEKA'larda tesis için belirlenen iş programlarında, süre- lere riayet etmek koşulu ile EİGM'nin vereceği onay ile de tadile gitmek mümkün kılınmaktadır⁵².

5.1.1.2. YEKA-RES'lerde Önlisansın Sona Ermesi

Önlisans çeşitli hallerde sona ermektedir. YEKA-RES'ler bakımından sona erme sebepleri ise EPLY'nin 19/5. maddesinde⁵³ düzenlenmiştir. Bu bağlamda ilk sona erme sebebi YEKA kullanım süresinin dolmasıdır. Süre- nin dolması halinde önlisans kendiliğinden sona ermiş sayılacaktır. Yine ön- lisans sahibinin Kurum'dan önlisansın sonlandırılmasını talep etmesi ve iflas halleri de kendiliğinden sona ermeye sebep olan diğer halleri oluşturmaktadı- r. Son olarak da YEKA tesislerinin kullanımına yönelik olarak hazırlanmış iş prosedürlerinin mücbir sebeplerden ötürü bir yılı aşacak sürede aksaması halinde sözleşmenin feshedilmesi suretiyle teminatın iadesinde de önlisans sahibinin talebi ve Kurul'un da kararıyla önlisans sona ermektedir.

5.1.1.3. Önlisansın İptal Edilmesi

Önlisansın iptal edileceği haller Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 19/4. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁴. Bu maddede düzenlenen iptal

51 EPLY Madde 18/2ç

52 YEKA Yönetmeliği Madde 12/13

53 EPLY Madde 19/5

54 EPLY Madde 19/4: "(4) Önlisans;

a) Bu Yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında, lisans alınıncaya kadar, veraset ve iflas nedenleri dışında, önlisans sahibi tüzel kişinin ortaklık yapısının doğrudan veya dolaylı olarak değişmesi, payların devri veya birleşme ve bölünme gibi payların devri

sebepleri YEKA dışında kalan önlisanslar için geçerli olmaktadır. Fakat aynı Yönetmeliğin 19/6. Maddesinde de YEKA'lara ilişkin önlisans iptal sebepleri sayılmıştır. Madde metninden anlaşılacağı üzere lisans alınmadan önce önlisans sahibin tüzel kişiliğin ortaklık yapısında değişim, pay devri yahut dolaylı olarak pay devrine neden olacak birleşme veya bölünme işlemleri yapıldığı takdirde söz konusu bağlantı kapasitesindeki YEKA'ya ait verilen önlisans iptal edilecektir⁵⁵. Yapılacak bu değişiklikler yalnızca iflas veraset hallerinde iptale doğrudan sebep olmayacak olup bu iki hal ve yönetmelikte düzenlenen istisnalar haricinde yapılacak herhangi bir değişiklik iptal sonucunu doğuracaktır. Öte yandan, YÜKT ve YMKT kapsamında tüzel kişilere yüklenmiş olan sorumlulukların yerine getirilmemesinden kaynaklı iş programı aksayabilmektedir. Böyle bir aksama halinde önlisans sahibinin EİGM'ye gecikmeyle ilgili bildirimde bulunması ve savunma yapması gerekmektedir. Şayet EİGM yapılan savunmayı yetersiz bulur yahut gecikme sebebini mücbir sebep kaynaklı değerlendirmese sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olmaktadır. Dolayısıyla EİGM bu sebeplerden birine dayanarak sözleşmeyi feshederse de önlisans iptal olmaktadır⁵⁶. Yine tesisin geçerli süre zarfında işletmeye alınmadığı ve taahhütlerin süresinde tamamlanmadığı hallerde de Bakanlığa yapılacak bildirimle önlisans iptal edilmektedir. Ayrıca Bakanlığa sunulması gereken belgelerin sunulmaması ve şartnameye riayet edilmemesi de YEKA Sözleşmesinin feshini gerektirecek olup bu durum da Bakanlığa bildirildiği takdirde önlisansın iptali ile sonuçlanacaktır. Son olarak, kanun ve yönetmeliklerin gerektirdiği iş ve işlemler yapılırken kanuna karşı hile yoluna başvurulur yahut yalan beyanda bulunulursa da önlisans kat'i surette iptal edilecektir⁵⁷. Sayılan YEKA iptal sebeplerinin gerçekleşmesi ve buna bağlı olarak önlisansın iptal edilmesi durumunda tüzel kişi üretim aşamasına geçmesini sağlayacak olan lisans hakkına başvuramayacaktır.

sonucunu doğuracak iş ve işlemlerin yapılması durumunda, b) Kurum tarafından belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, bu kapsamda Kanununun 16'ncı maddesinin birinci ve ikinci fıkraları çerçevesinde, iptal edilir.”

55 Mehmet İbiş, “Türkiye Elektik Piyasası ve İdari Yaptırımlar: Elektrik Piyasasında İdari Yaptırım Çeşitleri”, DEK Atölye, Ankara, 13.03.2019, s.21, (Erişim: 1.12.2024), <https://www.worldenergy.org.tr/wp-content/uploads/2019/03/Mehmet%C4%B0bisDers7.pdf>

56 İbiş, s. 26, <https://www.worldenergy.org.tr/wp-content/uploads/2019/03/Mehmet%C4%B0bisDers7.pdf>

57 İbiş, s. 24, <https://www.worldenergy.org.tr/wp-content/uploads/2019/03/Mehmet%C4%B0bisDers7.pdf>

5.1.2. YEKA-RES’lerde Üretim Önlisansı Sahibinin Hakları ve Yükümlülükleri

Rüzgâr enerji santrali kuracak olan yatırımcıların, santralin kurulması için tamamlayacakları prosedürler bakımından belli başlı hakları ve yükümlülükleri bulunmaktadır.

Önlisans sahibinin hak ve yükümlülükleri yasal bir çerçevede EPLY’nin 28. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁸. Madde metninde değinildiği üzere önlisans sahibinin hakları, önlisans prosedüründe elde edilmesi gereken evraka ulaşmayı başvuru açısından kolaylaştırmak olup⁵⁹; yükümlülükleri de sürecin devamlılığını koruma amacını taşımaktadır. Bu bağlamda önlisans sahibinin maddede düzenlenen hak ve yükümlülükleri riayet etmesi önem arz etmektedir. Bilhassa yükümlülükleri riayet etmeyen başvuruya lisans verilmeyecektir⁶⁰.

Önlisans sahibinin, mücbir sebep hallerinde, mücbir sebebin kapsamı ve süresiyle sınırlı olmak kaydıyla yükümlülüklerinin askıya alınabilmesi mümkün kılınmıştır. Şayet yükümlülüğün yerine getirilemeyeceği anlaşılırsa, bu halde EPDK yükümlülüğün kaldırılmasına da karar verebilmektedir⁶¹.

5.2. YEKA-RES’lerde Üretim Lisansı

Önlisans sürecini tamamlamış olan tüzel kişiler üretim faaliyetlerini gerçekleştirmeye başlayabilmek adına ikinci bir adım olarak üretim lisansını

58 EPLY Madde 28: “(1) Önlisans, sahibine lisansına konu üretim tesisi yatırımına başlamak için mevzuattan kaynaklanan izin, onay, ruhsat ve benzeri belgeleri edinebilmek ve üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkını elde edebilmek için ilgili kurum ve kuruluşlar nezdinde girişimde bulunma hakkını verir.
(2) Önlisans sahibi, ilgili mevzuatta sayılanların yanısıra;
a) Kurumun faaliyetlerini yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi istenilen Kuruma vermek,
(b) Lisans alıncaya kadar veraset ve iflas nedenleri ile bu Yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında ortaklık yapısında doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir değişiklik yapmamak, paylarını devretmemek, payların devredilmesi veya payların devri sonucunu doğuracak iş ve işlemleri yapmamak,
(c) (Ek: RG-9/7/2018-30473) Önlisansa konu proje kapsamında olan veya önlisansa konu projeden doğrudan etkilenen ancak kullanım hakkı elde edilmeyen gayrimenkulleri kullanmamak, ile yükümlüdür.”

59 Öztaban, s.91

60 Alacalı, s.65

61 Öztaban, s.112

almak zorundadır. Üretim lisansı alan tüzel kişi bu lisansa dayanarak EPK m.7'de sayılan faaliyetleri gerçekleştirebilme imkanına sahip olacaktır⁶².

5.2.1. YEKA-RES'lerde Üretim Lisansı Alma Koşulları

5.2.1.1. EPDK'ya Üretim Lisansı Başvurusu Yapılması

Üretim lisansı alabilmek için öncelikle Kurum'a ilgili belgelerle başvurmak gerekmektedir. Bu belgelerin neler olduğu Kurum tarafından listelenmek suretiyle belirlenmiştir. Bu bağlamda önlisans aşamalarının eksiksiz tamamlanmış olması da oldukça önemlidir. Zira önlisans alamamış bir tüzel kişinin üretim lisansı için başvuruda bulunması mümkün değildir. Bunlara ek olarak EİGM tarafından lisansa uygunluk yazısının verilmesi de gerekmektedir. Tüm belgeler ibraz edilerek başvuru yapıldıktan sonra Kurum EPLY m.21 gereği ilk incelemesini gerçekleştirir. İlk inceleme on iş günü sürmektedir. Şayet ilk incelemede bazı belgelerin eksik olduğu saptanırsa, eksiklikleri giderebilmesi adına başvurucuya on beş iş günü süre verilir. Eksiklikler tamamlandığı takdirde esas incelemeye geçilir. Fakat mevcut eksiklikler giderilmediyse başvuru Kurum'ca yapılmamış sayılır⁶³.

İlk inceleme sonunda esas incelemeye başlanır. Esas inceleme kırk beş gün içinde tamamlanarak lisans başvurusunun kabul veya ret sonuçları ilgili tüzel kişiye bildirilir. Şayet lisans başvurusu reddedilirse kararın gerekçeleri de retle birlikte açıklanmalıdır. Yine lisans başvurusunun reddi halinde tüzel kişiden talep edilmiş olan teminatın da Kurum tarafından iade edilmesi gerekmektedir. Böylelikle verilecek kararlar lisans sonucu açıklanmakta olup üretim lisansı almaya hak kazanan tüzel kişinin üretim faaliyetlerine başlayabilmesinin önü açılmaktadır⁶⁴.

5.2.1.2. Kurum'ca Belirlenen Teminatın Yatırılması

Üretim lisansı başvurularında EPDK başvurucunun ödemesi için uygun gördüğü tutarda bir teminat belirler. Başvurucunun belirlenen bu teminatı da süresi içinde ödemesi üretim lisansı alma koşullarından birini oluşturmaktadır. Şayet teminat yatırılmazsa başvuru reddedilecektir⁶⁵.

62 Öztaban, s.115

63 Öztaban, s.116; Alacalı, s. 68

64 Öztaban, s.116; Alacalı, s. 68

65 Öztaban, s.117

Danıştay'ın da bu hususta kararları mevcuttur. Kararlardan birinde Danıştay, başvurusunun başvurusunda teminat mektubunu zamanında EPDK'ya sunmaması sonucu EPDK'nın ret kararı vermesini haklı görmüştür⁶⁶. Dolayısıyla teminatın eksiksiz ve zamanında yatırılması üretim lisansı alabilmek adına oldukça önem arz etmektedir.

Tüzel kişiye üretim lisansı verildikten sonra tesisi tamamlamak üzere belirli bir süre verilmektedir. Bu süre Kurul kararı ile alınıp Kurul'un resmi web sitesinde yayımlanmaktadır⁶⁷. Ayrıca tesisin kurulma aşamasında, YEKA Sözleşmesi'nde belirlenmiş olan yerli malı aksamının kullanılmadığı tespit edilirse öncelikle lisans sahibi bu hususta ikaz edilecektir. İkaza ve verilen süreye rağmen gerekli revizyonları yapmayan lisans sahibinin YEKA Sözleşmesi feshedilerek ödenen teminat irat olarak kaydedilecektir. Böyle bir durumda son aşama olarak tasfiye işlemleri başlatılacak olup, lisansın iptali için EPDK'ya bildirimde bulunulacaktır⁶⁸.

5.2.2. YEKA-RES'lerde Üretim Lisansının Süresi

Üretim lisansının süresi asgari on, azami kırk dokuz yıl olarak belirlenmiştir. YEKA için verilecek lisans süreleri de esasen şartnamede belirlenecek olup azami ve asgari sınırları kanundakine uygun olacaktır⁶⁹. Üretim lisansı verilirken tesisin kurulumu gibi hususlar da göz önünde bulundurulur ve buna bağlı olarak bu ayrıntıların tarihleri de belirlenir⁷⁰.

5.2.3. YEKA-RES'lerde Üretim Lisansı Sahibinin Hakları ve Yükümlülükleri

Lisansa sahip olan tüzel kişilerin genel anlamdaki hak ve yükümlülükleri Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 29. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede belirtilmiş olan hak ve yükümlülükler lisansın alınmasından sonraki süreçte devreye girecektir⁷¹. Yine EPLY'nin 30. maddesinde ise üretim lisansı sahiplerinin hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir.

66 Danıştay 13. Daire, E. 2008/2432, T. 19.01.2010 (hukuktürk.com)

67 EPLY Madde 23/3.a

68 YEKA Yönetmeliği Madde 13/3

69 YEKA Yönetmeliği Madde 13/4

70 Öztaban, s.117

71 Ayrıntılı bilgi için bkz., Öztaban, s.119

Üretim lisansı sahibinin kanunda sayılmış hakları arasında; lisansında belirtilen üretim tesisini kurma ve işletme, üretim tesisinde ürettiği elektrik enerjisini veya kapasitesini yine kanunda sayılmış olan gruptaki kişilere satma, organize toptan elektrik piyasalarında, elektrik enerjisi ve/veya kapasitesi ticareti yapma, EPDK tarafından belirlenen oranı aşmamak şartıyla elektrik enerjisi veya kapasitesi alma, ürettiği elektrik enerjisinin ihracatını yapma, tesislerinde ürettiği enerjiyi iletim veya dağıtım sistemine çıkarmadan kullanmak şartıyla sahip olduğu, kiraladığı veya işletme hakkını devraldığı tüketim tesislerinin ihtiyacı için kullanma vb. sayılmaktadır. Üretim lisansı sahibinin hakları bunlarla sınırlı olmayıp diğer hakların tamamı Yönetmeliğin ilgili maddesinde sayılmıştır⁷².

Üretim lisansı sahibinin yükümlülüklerine gelince, bunlar da ilgili maddede sayılmıştır. Sayılan yükümlülükler arasında; lisansları kapsamındaki tesisleri mevzuat hükümlerine uygun şekilde işletmek, hizmetin teknik gereklere göre yapılmasını sağlamak, EPDK tarafından verilen tüm talimatlara uymak, tesislerini, yasal defter ve kayıtlarını EPDK denetimine hazır bulundurmak, EPDK tarafından istenen her türlü bilgi ve belgeyi zamanında teslim etmek, lisanslarına özgülünen hükümlere uymak, lisans kapsamındaki faaliyetlerin yerine getirebilmesi için gerçek ve tüzel kişiler tarafından verilen bilgileri gizli tutmak ve amacı haricinde kullanmamak, ve yıllık lisans bedellerini zamanında EPDK'ya ödemekle ve lisans kapsamında faaliyette bulunduğu konuda yaptığı iş ve işlemlere ilişkin sadece yurtiçinde kurulu bilgi işlem merkezlerinden hizmet almak gibi hususlar yer almaktadır⁷³. Yine yükümlülükler de çalışmamızda sayılanlarla sınırlı olmayıp ilgili maddede tüm yükümlülükler sayılmıştır.

Üretim lisansı sahibinin yükümlülükleri belli hallerin varlığında askıya alınabilmekte veya kaldırılabilir. Böyle bir durum söz konusuysa öncelikle Kurum'a başvurunun talepte bulunması gerekmektedir. Şayet mücbir sebep gerçekleştiyse, mücbir sebebin faaliyeti etkilediği süre boyunca yükümlülükler askıya alınabilecektir. Fakat yapılan değerlendirmeler sonucunda öne sürülen sebeplerin yükümlülüğün yerine getirilmesini imkânsız kılması halinde EPDK tarafından yükümlülüklerin tamamen kaldırılabilmesi de mümkündür⁷⁴.

72 Öztaban, s.119-120; İlgili madde için bkz., EPLY Madde 30

73 Öztaban, s.121-122

74 Öztaban, s.122

5.2.4. Rüzgâr Enerji Santrallerinde Üretim Lisansının Tadili, Yenilenmesi ve Sona Ermesi

5.2.4.1. YEKA-RES'lerde Üretim Lisansının Tadili

Üretim lisansı üç halde tadil edilebilir. Söz konusu haller Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 24. Maddesinde düzenlenmiştir. YEKA'lar için istisnai ve farklı tadil sebepleri düzenlenmediğinden YEKA'ya bağlı RES'lerde de aynı tadil sebepleri uygulanacaktır. Ayrıca maddede düzenlenmiş olan tadil sebeplerinden iki tanesi önlisans tadil sebepleriyle aynı olup, buna ek olarak bir hal daha tadil sebebi olarak düzenlenmiştir. Üretim lisansının değiştirilebileceği ilk hal lisans sahibinin Kurum'dan lisans değişimi talep etmesi ve Kurum'un da bunu uygun bulması halidir. Taleple değişimde lisans sahibinin değişim için öne sürdüğü gerekçelerin uygun ve mantıklı olması Kurum'un talebi kabul etmesinde etkili olacaktır. İkinci lisans değişim sebebi ise mevzuattaki değişikliklerin veya mevzuatın uygulamasının lisansı değiştirmeyi haklı kılması halidir. Buradaki tadil sebebinin serbest rekabet koşullarını suistimal edici nitelikte olmaması gerekmektedir⁷⁵. Son lisans değişim nedeni ise kanunda düzenlendiği şekliyle, "Gelir ve tarife düzenlemesi kapsamında belirlenen fiyat, parametre, gösterge ve benzeri hususların lisansa derç edilmesine karar verilmesi veya lisansa derç edilen bu hususlarda değişikliğe gidilmesi"dir⁷⁶. Lisans tadilindeki başvuru usulü lisans başvurusuyla tamamen aynıdır. Dolayısıyla tadil, Kurum'un talep ettiği belgelerle birlikte başvurulup, gerekli prosedürler tamamlandıktan sonra talep sebeplerinin de gerçekleşmiş olmasına bağlı olarak sonuçlandırılacaktır. Şayet değerlendirme gerekli kılırsa lisansın tadiline imkân tanınacaktır⁷⁷.

5.2.4.2. YEKA-RES'lerde Üretim Lisansının Yenilenmesi

Üretim lisansın yenilebilmesinin tek istisnası vardır. Bu istisna da YEKA ile sınırlıdır. Şayet YEKA için lisans verildi ise bu lisans hiçbir surette yenilenemeyecektir⁷⁸.

75 Alacalı, s.77

76 İlgili madde için bkz., EPLY Madde 24/1-b

77 Öztaban, s.123-124

78 EPLY Madde 25/1

5.2.4.3. YEKA-RES'lerde Üretim Lisansının Sona Ermesi

Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 26. maddesinde üretim lisansının sona ermesi hususu düzenlenmiştir. İlgili maddede sona erme sebepleri sayılmış olup bunlar dört tanedir. Söz konusu Yönetmelikte YEKA'lar bakımından ayrı sona erme sebepleri düzenlenmediğinden Yönetmeliğin ilgili maddesi YEKA kapsamında kurulan RES'ler için de geçerli olacaktır. Lisansın sona erme nedenlerinden ilki lisans süresinin bitmesi ve lisans sahibinin bu süreçte yenileme talebinde bulunmamasıdır. Bu halde lisans kendiliğinden sona erecektir. İkinci neden ise lisans sahibi tüzel kişinin iflasının kesinleşmesidir. Üçüncüsü ise lisans sahibinin sona ermeyi talep etmesidir. En nihayetinde lisans verilmesine esas koşulların kaybedilmesi halinde de lisans sona erecektir. Lisans az önce de belirttiğimiz üzere yalnızca süre bitiminde kendiliğinden sona erecek olup, diğer nedenler gerçekleştiyse sona erme için EPDK kararı gerekmektedir. Lisans sahibi taleple lisansını sona erdirmek istiyorsa, sona ermeyi talep ettiği tarihin minimum altı ay öncesinde Kurum'a başvuruda bulunmalıdır. Şayet yapılan sona erdirme başvurusu mevcut koşullarda tüketicileri ve piyasayı olumsuz yönde etkileme riski taşıyorsa Kurum direkt sona erme talebini reddedebileceği gibi uygun bir süre sonra gerçekleştirmek adına da erteleyebilmektedir. Sonuç olarak sona erdirme talebi Kurum kararıyla gerçekleşirse artık bu süreçten sonra lisans sahibi üretim faaliyetlerine devam edemeyecektir⁷⁹.

6. Lisanssız YEKA-RES Süreci

Elektrik üretimi için genel olarak lisanslama şartı aranmaktadır. Fakat lisanslama kural olmakla birlikte bunun istisnaları da mevcuttur. Enerji Piyasası Kanunu'nun 14. maddesinde lisanssız yürütülebilecek faaliyetler sayılmıştır. Buna bağlı olarak Kanun'un 14/1-b bendinde "*Kurulu gücü azami bir megavatlık yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi*" sayılmış olup belirtilen düzeye kadar yapılacak elektrik üretiminde lisans aranmayacaktır. Ayrıca rüzgâr enerjisi de yenilenebilir enerji kaynağı olduğundan bu kapsamda, şartlara uyulmak koşuluyla lisanssız RES kurmak da mümkün olacaktır. Lisanssız elektrik üretimine yönelik yol gösterici olan düzenlemelerden bir diğeri de Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği'dir. Esasında

79 Öztaban, s.125; Alacalı, s.78-79

lisanssız üretim sürecinin genel usulü de bu yönetmelikle somutlaşmaktadır. Çalışmanın bu bölümünde verilecek bilgiler tüm yenilenebilir enerji kaynaklarını kapsamakta olup buna bağlı olarak RES'lerde de uygulanacaktır.

Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği'nin 1. maddesinde Yönetmeliğin amacı belirtilmiş olup, tüketicilerin kendi ihtiyaçlarını karşılayabilmek adına yine kendi çabalarıyla izin verilen çerçevede kalmak koşuluyla lisans almaya gerek olmaksızın elektrik üretimi yapabileceği düzenlenmiştir. Burada amaçlanan büyük bir üretim olmayıp küçük ölçeklerde sadece ihtiyaç karşılamaya yönelik üretim atılımlarının kolaylaştırılmasıdır. Yine buna bağlı olarak Yönetmeliğin 5. maddesinde söz konusu girişimler bakımından şirket kurma muafiyeti de düzenlenmiştir. Böylelikle lisanslı üretim tesisi kurmanın aksine lisanssız üretim tesislerini kuracak girişimcilerin buna yönelik bir şirket kurması aranmamaktadır. Dolayısıyla gerçek kişiler de lisanssız bir şekilde elektrik üretebilecektir.

Lisanssız elektrik üretim faaliyetinde bulunacak kişiler muhakkak en az bir elektrik aboneliğine sahip olmalıdır. Ayrıca Yönetmelik kapsamında kurulacak üretim tesisleri bakımından lisanslı tesislerde uygulananın aksine EPDK tarafından herhangi bir mülkiyet yahut sınırlı aynı hak edinmeye ilişkin işlem uygulanmayacaktır⁸⁰.

9 Mayıs 2019 tarihli 1044 karar sayılı Resmî Gazete'nin EK'indeki düzenlemelerden EK madde 2 ile Elektrik Piyasası Kanunu'nun 14/1-b bendi bağlamında lisanssız üretim tesisleri için belirlenmiş olan 1 mw'lık kapasite 5 mw'a çıkarılmıştır⁸¹. Dolayısıyla bent kapsamında yenilenebilir enerji kaynakları bakımından 5 mw üzerinde lisanssız elektrik üretimi yapılamayacaktır.

Lisanssız elektrik üretiminin genel hatları bu şekilde olup usul kısımları bu çalışma bakımından ayrıntılı olarak anlatılmayacaktır. Fakat tüm usul ve esaslar yukarıda da belirtmiş olduğumuz Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Ana hatlarıyla anlatılan bu konuda önem arz eden husus kanuni sınırlamalara uymak olup, kanunda özel olarak lisanssız üretim yapılabileceği düzenlenmeyen hallerde ancak lisans koşulu sağlamak suretiyle üretim yapılabilecektir.

80 "EİGM- Yenilenebilir enerji- Enerji Üretimi- Lisanssız Elektrik Üretimi". Erişim tarihi: 20.11.2024, <https://enerji.gov.tr/eigm-yenilenebilir-enerji-uretim-faaliyetleri-lisassiz-elektrik-uretimi>

81 İlgili Resmî Gazete için bkz.: RG, 09.05.2019, sayı:1044, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/05/20190510-10.pdf>

Sonuç

Enerji, eski zamanlardan beri tüm topluluklarca bilinçli yahut bilinçsiz olarak kullanılmıştır. Enerjinin çeşitli türleri mevcuttur. Bu türlerden biri gündelik yaşamımızda da sıklıkla kullandığımız elektriktir. Elektrığın oluşmasında birden çok kaynak kullanılabilir. Misal olarak, güneş enerjisinden elektrik üretmek mümkün olduğu gibi rüzgâr enerjisinden de elektrik üretilebilmektedir. Verilen bu örnekler daha çok yenilenebilir enerji kaynakları olup başka şekillerde elektrik üretmek de mümkündür.

Küresel sistemlerin mevcut dünya düzenini de şekillendirmesiyle elektrik hayatımızın vazgeçilmezlerinden biri olmuştur. Buna bağlı olarak elektrik üretiminde kullanılacak kaynakların belirlenmesinde eskiye nazaran yapılan çalışmalarda da artış bulunmaktadır. Dünya'nın halihazır konumu enerji kaynaklarının daha temiz üretilmesini zorunlu kılmaya başlamıştır. Dolayısıyla artık çevreyi nispeten daha az kirleten, yenilenebilir enerji kaynaklarına rağbet artmış durumdadır. Elektrik üretiminde de aynı eğilim söz konusu olup bilhassa rüzgâr gibi çevre dostu kaynaklar kullanılmaktadır.

Çalışmamızın konusunu YEKA'larda elektrik üretimi oluşturup konu özelinde rüzgâr enerjisi örneği ile genel prosedür aktarılmaya çalışılmıştır. Fakat prosedür anlatılmadan önce konunun özünü oluşturan yenilenebilir enerji kaynakları ele alınmış, akabinde de rüzgâr enerjisinin doğumu anlatılmıştır. Makalenin devamındaki başlıklarda ise konunun anlaşılması adına oldukça önem arz eden YEKA Yarışma usulü detaylı şekilde aktarılmıştır. Bu bağlamda Yarışma başvuruları EİGM'ye yapılmakta ve açık eksiltme usulüne uygun olarak verilecek tekliflere göre yarışma sonuçlandırılmaktadır. Bu safhada en çok önem arz eden hususu yarışma sonunda imzalanacak YEKA Sözleşmesi oluşturmaktadır. Zira prosedürün geri kalan kısmının icra edilebilmesi için sözleşmenin geçerli şekilde yapılması ve burada belirlenen şartlara uyulması gerekmektedir. Sözleşme imzalandıktan sonra ise önlisans başvurusu aşamasına geçilmektedir.

Önlisans sahibinin önlisanstan kaynaklı belli başlı hak ve yükümlülükleri mevcuttur. Bu hak ve yükümlülüklerin riayet edilmesi önem arz etmekte olup ileriye yönelik üretim lisansı alınacağı zaman bu durumun hassasiyeti öne çıkacaktır.

Önlisansın değiştirilmesi, sona ermesi ve iptali mümkündür. Tadil hallerinden ilki, başvuru Kurum'dan tadil talep etmesi ve bunun kabul edilmesidir. İkinci hal ise mevzuat değişikliklerinin veya uygulamanın tadili gerekli kılması halidir. Önlisansın sona erme halleri de ilgili düzenlemelerde sayılmıştır. Bu haller arasında, önlisans süresinin dolması, başvuru nun iflası, Kurum'a sonlandırma talebinde bulunulması ve en nihayetinde üretim lisansı alınması bulunmaktadır. Yine önlisansın iptali de mümkün olup iptal sebepleri de Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 19/4. ve 19/6. maddesinde düzenlenmiştir.

Üretim faaliyetinde bulunabilmek için önlisans yeterli değildir. Mutlak surette üretim lisansının da alınması gerekmektedir. Bu bağlamda üretim lisansı için önlisans sahibi tüzel kişinin gerekli belgelerle birlikte EPDK'ya başvurması gerekmektedir. Başvuruyla birlikte teminatın yatırılması ve EİGM'den lisansa uygunluk yazısının alınması da üretim lisansı alabilmek için aranan koşullardandır. Akabinde Kurum usule uygun yapacağı değerlendirme ile üretim lisansı verilir verilmeyeceğine karar verecektir.

Üretim lisansı sahibin de belli hak ve yükümlülükleri mevcuttur. Bunlara da tıpkı önlisansa olduğu gibi riayet etmek önem arz etmektedir. Burada sayılan yükümlülüklerin mücbir sebep hallerinde askıya alınması veya kaldırılması mümkündür.

Üretim lisansının süresi en az on en fazla kırk dokuz yıl olarak belirlenmiştir. Buna bağlı olarak her süre bitiminde lisansın devamlılığı için Kurum'dan talepte bulunmak gerekmektedir. Fakat şunu da eklemek gerekir ki YEKA'lar için hazırlanmış şartnamede alt ve üst sınıra riayet etmek koşuluyla başka bir süre belirlendiyse lisans bu süre zarfında geçerli sayılacaktır. Üretim lisansının da tıpkı önlisans gibi tadil edilmesi mümkündür. Bu bağlamda EPLY madde 24'teki tadil sebepleri yol gösterici olacaktır. Yine üretim lisansını sona erdiren haller de belirlenmiştir. Bunların arasında, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erme; iflas, lisans koşullarının kaybedilmesi ve Kurum'dan talep halinde ise EPDK kararıyla sona erme bulunmaktadır. Bu hallerde üretim lisansı sona erecek ve artık üretim faaliyetinde bulunulamayacaktır.

Elektrik üretiminin lisanslı yapılması kural olup bu kuralın istisnası mevcuttur. Lisanssız elektrik üretilebileceği haller Enerji Piyasası Kanunu'nun 14. Maddesinde düzenlenmiştir. Aynı zamanda Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği'nde de gerekli düzenlemeler daha da ayrıntılı olarak yapılmıştır. Rüzgâr enerjisi de YEKA'ya dahil bir kaynak olarak lisanssız elektrik üretiminin yapılabileceği bir alandır. Bu bağlamda 5mw'a kadar olan elektrik üretiminin lisanssız yapılabilmesi mümkündür. Yönetmelikte sayılan gerekli şartlar sağlanmak suretiyle lisanssız bir şekilde rüzgârdan elektrik üretilebilecektir. Bunun için gerekli olan şartlardan biri de lisanssız üretim yapacak kişinin en az bir tane elektrik aboneliğinin olmasıdır.

Sonuç olarak, rüzgârdan üretilecek elektrik enerjisinde kural olarak lisanslama süreci uygulanmakta olup, belli bir kapasiteye kadar lisanssız üretim de mümkün kılınmıştır. Her ne şekilde olursa olsun rüzgâr gibi temiz ve çevre dostu bir kaynaktan elektrik enerjisi üretilmesi hem mevcut şartlarda ihtiyacımızı karşılamakta hem de ileride dünya kaynaklarının daha uzun süre kullanılabilir olması adına fayda sağlamaktadır. Bu yüzden rüzgâr enerjisine yönelik yapılacak çalışmaların artırılması insanlık için her bakımdan önem arz etmektedir.

Kaynakça

- Akın, Sebahat, ve Orhan Zeybek. «Rüzgardan Elektrik Üretimi.» Bilimsel makale, Balıkesir, tarih yok.
- Alacalı, Merve. «Enerji Hukukunda Lisans Usulü: Rüzgar Enerjisi Örneği.» *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: T.C Bahçeşehir Üniversitesi, 2016.
- Alemardoğlu, Nusret. *Enerji Sektörünün Geleceği Alternatif Enerji Kaynakları Ve Türkiye'nin Önündeki Fırsatlar*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası, 2007.
- Anker, Helle Tegner, Birgitte Egelund Olsen, ve Anita Ronne. «Wind Energy and the Law: Comparative Analysis.» *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2015: 145-178.
- Aydinoğlu, Zeynep Nihal. «Türk Ve Alman Hukukunda İdare Hukuku Boyutuyla Yenilenebilir Enerji Üretimi.» *Doktora Tezi*. Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2020.
- Ayrancı, Hasan. *Enerji Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Bakova, Raif. «Yenilenebilir Enerji ve Türkiye.» *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2011: 6-7.
- Can, Ömer. «Yenilenebilir Enerji Hukuku Ve Teşvikler.» *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi, 2020.
- Güler, Önder. «Dünyada ve Türkiye'de Rüzgar Enerjisi.» (İstanbul Teknik Üniversitesi Enerji Enstitüsü) tarih yok: 209-215.
- İbiş, Mehmet. «Türkiye Elektrik Piyasası ve İdari Yaptırımlar: Elektrik Piyasasında İdari Yaptırım Çeşitleri.» *World Energy Council*. 13 mart 2019. <https://www.worldenergy.org.tr/wp-content/uploads/2019/03/Mehmet%C4%B0bisDers7.pdf> (erişildi: Aralık 5, 2024).
- İlkılıç, C., ve M. Nursoy. «The Potential of Wind Energy as an Alternative Source in Turkey.» *Energy Sources, Part A: Recovery, Utilization, and Environmental Effects*, 2009: 450-459.
- Kaplan, Onur. «Türk Hukukunda İdarenin Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Elektrik Üretimi Yönünden İşlevlerinin İrdelenmesi.» *Yaşar Hukuk Dergisi*, 2023: 297-336.
- Keskin, Alper Kaan. «Devletin Yenilenebilir Enerji Kaynaklı Elektrik Enerjisini Arz Etme Yükümlülüğü.» *Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Özyeğin Üniversitesi, 2017.
- Öymen, Gözde, ve Mert Ömeroğlu. «Yenilenebilir Enerjinin Sürdürülebilirlik Üzerindeki Rolü.» *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2020: 1069-1087.
- Özelçi, M. Aytaç. «Yenilenebilir Enerji Santrallerinin Kurulumunda Kaynak Alanlarının Belirlenmesi ve Doğal Sitlerin Korunması.» *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021: 65-99.
- Özgener, Önder, ve Arif Hepbaşlı. «Current Status and Future Directions of Wind Energy Applications in Turkey.» *Energy Sources*, 2010: 1117-1129.

- Öztaban, Pınar. «Rüzgar Enerjisinin İdare Hukuku Açısından İncelenmesi.» *Yüksek Lisans Tezi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2018.
- Sarıtonalı, Hatice Nur. «Çevresel Güvenlik ve Enerji Arz Güvenliği Bağlamında Türkiye'nin Enerji Politikası.» *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 2021: 409-421.
- Sevim, C. «Economic Evaluation of Onshore Wind Energy Plants for Turkey.» *Energy Source- Part B: Economics, Planning, and Policy*, 20 Temmuz 2010: 308-313.
- . «A Short Overview of Energy Production Based CO2 Emmisions and Wind Power Development Strategy for Turkey.» *Energy Sources, Part B: Economics, Planning, and Policy*, 30 Mart 2016: 38-43.
- Şenel, Bilgin, Mine Şenel, ve Levent Bilir . «Role of Wind Power in the Energy Policy of Turkey.» *Energy Technology & Policy*, 2014.
- T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı. 1 Ekim 2024. <https://enerji.gov.tr/eigm-yenilenebilir-enerji-uretim-faaliyetleri-lisassiz-elektrik-uretimi> (erişildi: Kasım 20, 2024).
- T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı. 17 Ağustos 2022. <https://enerji.gov.tr/bilgi-merkezi-enerji-ruzgar> (erişildi: Mayıs 10, 2024).
- T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı. 15 Haziran 2023. <https://enerji.gov.tr/eigm-yenilenebilir-enerji-uretim-faaliyetleri-yeka-modeli> (erişildi: Aralık 6, 2024).
- T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı. 28 Ekim 2024. <https://enerji.gov.tr/duyuru-detay?id=30484> (erişildi: Aralık 5, 2024).
- Türk Toğrul, İnci, ve Can Ertekin . «A Statistical Investigation on the Wind Energy Potential of Turkey's Geographical Regions.» *Energy Sources*, 2011: 1399-1421.
- «TÜRKİYE'DE RES DURUMU/Türkiye Rüzgâr Enerjisi İstatistik Raporu.» *Türkiye Rüzgar Enerjisi Birliği- TÜREB*. Temmuz 2019. <https://tureb.com.tr/lib/uploads/4e77501b714739a9.pdf> (erişildi: Ağustos 15, 2024).
- Yerebakan, Metin. *Mikro Enerji Santralleri*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2008.

Muhatabın Çek Kanunu Kapsamındaki Hukuki Sorumluluğu

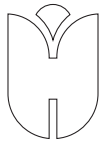
İsmail DÖNMEZ*

Özet

Çekle ödemelerin düzenlenmesi ve çek hamillerinin korunması amacıyla 5941 sayılı Çek Kanunu'nda muhatap bankalara birtakım yükümlülükler öngörölmüştür. Söz konusu yükümlülükleri çek anlaşmasının akdedilmesi ve çekin ibraz edilmesi aşamalarındaki yükümlülükler olarak tasnif etmek mümkündür. Çek anlaşması yapılırken muhatap bankalar; çek hesabı açmak isteyen kişilerin ekonomik ve sosyal durumlarını basiret ve özenle araştırmalı, Çek Kanunu'nda sayılı evrak ve beyanları eksiksiz bir biçimde temin edip muhafaza etmeli, çek defterlerini kanuna uygun şekilde basıp uygun kişilere vermelidir. Muhatap çekin ibrazı aşamasında ise diğer gerekli şartların varlığı halinde karşılığı bulunan çekleri ödemeli, karşılığı kısmen ya da tamamen bulunmayan çekler için ise zorunlu nitelikteki asgari tutarı ödeyerek karşılıksız kalan kısım için karşılıksızdır işlemi yapmalı ve talep edilmesi halinde keşidecinin adres bilgilerini çek hamilleri ile paylaşmalıdır. Esasen söz konusu yükümlülüklerin ihlali için Kanunda idari ve adli yaptırımlar öngörölmüş olmakla birlikte bu yükümlülüklerin ihlali sonucunda çekleri karşılıksız çıkan çek hamillerinin zararlarını muhatap bankalardan talep edebilecekleri kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çek Kanunu, Muhatap Banka, Çek Hamili, Çekin İbrazi, Muhatabın Ödeme Yükümlülüğu, Karşılıksız Çek.

* Marmara Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
ismail.donmez@marmara.edu.tr. ORCID: 0000-0003-2094-2620..



Legal Liability of Drawee Bank Under the Check Law

Abstract

The provisions of Law No. 5941 on Checks impose certain obligations on drawee banks with the aim of regulating check payments and protecting check holders. These obligations can be classified into two stages: the stage of signing the check agreement and the stage of presenting the check. During the stage of entering into a check agreement, drawee banks must diligently and carefully investigate the economic and social status of individuals wishing to open a check account, ensure that all documents and declarations specified in the law are fully obtained and retained, and issue checkbooks in accordance with the law to appropriate persons. At the stage of presenting the check, drawee must, provided other necessary conditions are met, pay checks with sufficient funds, pay the mandatory minimum amount for checks with partially or completely insufficient funds under the required conditions, mark the remaining unpaid part as “unpaid,” and share the issuer’s address information with check holders upon request. Although administrative and judicial sanctions are prescribed in the Law for violations of these obligations, it is accepted that check holders whose checks are dishonored due to these violations can claim their damages from the drawee banks.

Keywords: Check Law, Drawee Bank, Check Holder, Presentation of Check, Payment Obligation of Drawee Bank, Dishonored Check.

Extended Summary

This article discusses the legal responsibilities of the drawee bank under Turkish Check Law No. 5941, focusing on the obligations imposed to ensure reliable check payments and protect check holders. The bank's duties arise in two primary phases; first when concluding a check agreement (opening a check account) and second when the check is presented for payment. Failure to meet these responsibilities can lead not only to administrative or criminal penalties, but also to civil liability towards check holders who suffer damages from dishonored checks.

First, at the stage of forming the check agreement, the drawee bank must exercise diligence and prudence. According to Article 2 of the Check Law, banks must carefully investigate whether the individual seeking a check account is subject to any prohibition on opening or using a check account. They must also examine the applicant's economic and social circumstances. The aim is to prevent the creation of "fake" accounts or accounts for persons who lack the financial or social capacity to use checks responsibly. The law intends to enhance trust in the check system and reduce losses suffered by holders of dishonored checks.

In practice, this "duty of diligence" requires the bank to gather and verify documents such as identification papers, proof of residence, and tax identification numbers. For companies, the bank must also confirm that no director or authorized signatory is under a prohibition on issuing checks. The bank must ensure the authenticity of identification documents and that the person requesting the checkbook truly matches these records. If the bank ignores these precautions—by, for example, issuing a check account to someone clearly incapable of meeting payment obligations or fake person who don't actually exist—it could be held liable to check holders who later find themselves holding dishonored checks. According to the dominant view in the literature, the breach of these duties constitutes a violation of a mandatory rules of conduct; as such, it can be considered a tort under the Turkish Code of Obligations. Check holders who suffer losses may thus claim compensation from the bank. In doctrinal and judicial decisions, check holders are expected to exhaust all remedies and the faults of the check holders are considered as a reason for reducing compensation.

Additionally courts and scholars generally require that the holder prove the bank's negligence caused the loss, though some argue for reduced evidentiary burdens for the holder.

The bank must properly print different categories of checkbooks distinguishing, for example, those intended for merchants from those for non-merchants and open separate accounts for bearer checks. These measures help maintain transparency and stability, discouraging abuse of the check system. The bank is also required to obtain written statements from the applicant, confirming that they are not barred from using checks, and whether they are a merchant or not. Providing a "merchant's checkbook" to a non-merchant can trigger not only administrative penalties but also bank liability.

Second, the article turns to the obligations at the check presentation stage. If a valid check is presented on time by a legitimate check holder, the bank must pay it if sufficient funds are available. Previously, the existence of a direct duty towards the holder was debated, but now Check Law No. 5941 and the Turkish Commercial Code No. 6102 establish that the bank, under certain conditions, must pay the holder directly if the funds are present. If the bank wrongfully refuses to pay a sufficiently funded check, it can be held liable toward the holder. Here, the liability is treated as arising from a statutory obligation. The bank's improper refusal to pay may allow the holder to demand full performance without needing to prove fault.

If the check lacks sufficient funds (partially or entirely), the bank must still pay a mandatory minimum amount out of its own resources. This "minimum guarantee" aims to reassure check holders and maintain trust in the system. If the minimum payment conditions are met, it must be made immediately, without even requiring the holder's request. The bank must mark the check as dishonored for the unpaid portion, which enables the holder to exercise further legal remedies (such as recourse against prior endorsers or, if applicable, seeking criminal sanctions against the drawer). The bank must also provide the known address information of the check issuer to the holder, facilitating legal action. Should the bank fail to perform these steps, it may again face civil liability, since the holder might lose essential rights or encounter delays in pursuing recourse.

In conclusion, the Turkish Check Law imposes extensive responsibilities on the drawee bank both at the check account opening stage and upon check presentation. These duties, supported by administrative and criminal sanctions, also carry civil liability implications. If the bank breaches these statutory duties and the holder suffers losses due to dishonored checks, the holder can seek full performance or damages from the bank. The structure of these rules reflects an intent to enhance the reliability of the check as a payment instrument, protect authorized and legitimate check holders, and ensure that banks, as trust institutions, maintain a high level of diligence and good faith.

I. Giriş

Muhatap bankalar 5941 sayılı Çek Kanunu (ÇekK) hükümleri uyarınca çek anlaşmasının imzalanması ve çekin ibrazı aşamalarında birtakım yükümlülüklerle tabi tutulmuştur. Bu ayırım uyarınca bankalar çek anlaşması akdederken ÇekK madde (m.) 2/I hükmü uyarınca ilk olarak, çek hesabı açmak isteyen kişileri gerekli basiret ve özeni göstererek araştırmakla yükümlüdür. Araştırma yükümlülüğü kapsamında öncelikle başkalarına ait kimliklerle veyahut gerçekte var olmayan hayali kişiler üzerine naylon çek hesapları açılmasına engel olunmalıdır. Akabinde çek hesabı açmak isteyen kişilerin çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığı ile çek defteri kullanmak için gerekli ekonomik ve sosyal şartlara uygunlukları, tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenle değerlendirilmelidir. Araştırma yükümlülüğünün ihlali halinde çekleri karşılıksız çıkan hamiller, söz konusu zararlarının tazminini muhatap bankalardan talep etme imkanına sahip kabul edilmektedir. Çek hesabı açılırken değerlendirme yapılacak yazılı belgelerin eksiksiz biçimde temin edilip saklanması ile gerekli olan beyanların alınması, basiret ve özenle araştırma yükümlülüğünün somut uygulamalarını teşkil etmektedir (ÇekK m. 2/II). Çek defterlerinin kanuna uygun biçimde basılması ve dağıtılması da muhatap bankaların çek kanunu kapsamındaki diğer yükümlülükleri arasında yer almaktadır (ÇekK m. 2/V, VI).

Çekin ibraz edilmesi halinde muhatap bankalar, çek anlaşması uyarınca, karşılığı bulunan çekleri diğer gerekli şartların sağlanmasıyla yetkili ve meşru hamile ödemekle yükümlüdür. Çek anlaşması esasen muhatap banka ve keşideci arasındaki borç ilişkisini düzenlemekle birlikte, ÇekK m. 3/I, VII ve m. 7/V hükümleri dikkate alındığında, muhatap bankanın süresi içerisinde

ibraz edilmiş ve karşılığı bulunan çekleri, haklı bir sebep olmaksızın ödemekten imtina etmesi halinde, hamillerin çek bedellerinin ödenmesini muhatap bankalardan talep etme hak ve yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir. Kısmen ya da tamamen karşılığı bulunmayan çekler için ise muhatap bankalar kendi kaynaklarından zorunlu nitelikteki asgari tutarı ödemekle, karşılıksızdır işlemi yapmakla ve keşidecilerin adres bilgilerinin çek hamilleriyle paylaşmakla yükümlüdür (ÇekK m.2/II, ÇekK m. 3/II, III). Çalışmamızda muhatap bankaların ÇekK hükümleri uyarınca hukuki sorumluluklarının incelenmesi, çek anlaşması akdedilmesi ve çekin ibrazı aşamaları olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bu doğrultuda ilk olarak muhatap bankaların çek anlaşması akdedilmesi ve çek defteri verilmesi sırasındaki basiret ve özen yükümlülüğü ile bu yükümlülüğe aykırılığın hukuki sonuçlarına yer verilecektir. Akabinde muhatap bankaların çekin ibrazındaki yükümlülükleri ve bu yükümlülükler aykırılık halinde ortaya çıkacak hukuki sorumluluk düzeni, çekin karşılığının tamamen veyahut kısmen bulunup bulunmadığı ihtimalleri gözetilerek inceleme konusu yapılacaktır.

II. Muhatabın Çek Anlaşması Akdedilmesi Sürecindeki Hukuki Sorumluluğu

A. Çek Anlaşması

Çekin güvenli bir ödeme aracı olarak kullanılabilmesi, muhatap banka nezdinde keşideci emrine tahsis edilmiş bir karşılığın bulunmasını, keşidecinin bu karşılık üzerinde çek düzenlemek suretiyle tasarruf edebilmesi de keşideci ile muhatap arasında akdedilmiş bir çek anlaşmasının mevcut olmasını gerektirmektedir¹ (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 783/I). Şüphesiz karşılık veya çek anlaşması olmadığı ihtimalde dahi, zorunlu ve alternatif zorunlu unsurlarının tamamını ihtiva eden bir çekin, geçerli biçimde düzenlenmesi ve tedavüle çıkarılması teorik olarak

1 Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1997, s. 1086; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021, s. 67; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/ Aslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s. 326; Ali Bozer/Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2024, s. 347; Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 280; Ali Aylı, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 53.

mümkündür (TTK m. 780/I)². Ancak çek anlaşmasının varlığı ve çek hesabında karşılığın bulunması, çekin güvenle tedavül etmesi ve ibraz edildiğinde ödenmesi bakımından önem arz etmektedir³. Zira bankanın ibraz edilen çeki hamile ödeme yükümlülüğünün doğması, çek anlaşmasının ve keşideci emrine tahsis edilmiş karşılığın bulunmasına bağlıdır⁴. Diğer bir anlatımla, çek anlaşmasının bulunmadığı ihtimalde, muhatap bankanın herhangi bir ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁵.

Çek anlaşması banka ile müşterisi (çek hesabı açmak isteyen kişi) arasında akdedilen, eksik iki tarafa borç yükleyen özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir⁶. Çek anlaşması vekalet sözleşmesine benzetilmekle birlikte⁷, hiçbir sözleşme tipine uymayan, kendine özgü (*sui generis*) isimsiz sözleşme olarak kabul edilmektedir⁸. Bu doğrultuda, tüm iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler, çek anlaşmasına da uygulanabilecektir⁹ (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 502/II). Çek anlaşması kapsamında bankanın sözleşmenin diğer tarafını teşkil eden çek hesabı sahibine karşı yükümlülüğü, karşılığı bulunan çek bedelini ödemektir¹⁰. Çek anlaşması uyarınca çek hesabı sahibinin yükümlülüğü ise, keşide ettiği çekler bakımından, ibraz

2 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 67; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 331; Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 282-283.

3 Turgut Kalpsüz/Gürhan Çelebican/Faruk Erem, *İktisadi ve Hukuki Yönden Çek*, Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 1974, s. 103; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 67.

4 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 71.

5 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s.89; Müge Tekil, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul: Beta Basım, 1997, s.16-17; Ahmet Özsoy, *Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.12.

6 Keşideci ve muhatap arasındaki hukuki ilişkinin detaylı değerlendirilmesi bkz. Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-IV*, İstanbul: Eskin Matbaası, 1990, s. 531 vd.; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 17 vd; karşılaştırınız (karş.) Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 1090 vd.

7 Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 326; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 17.

8 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 85; Hanife Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 59; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 61; TTK ile kanun koyucu tarafından meydana getirilmiş isimli bir sözleşme niteliğinde olduğu yönünde bkz. Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 22.

9 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 85; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 17; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 61.

10 Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 1086; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 56; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 27; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 17-18; Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 281.

anında yeterli karşılığı bulundurmaktır¹¹. Çek anlaşması taraflar arasındaki hak ve borçları düzenlemekle birlikte, anlaşmanın varlığı tek başına herhangi bir kambiyo ilişkisine vücut vermemektedir¹².

Hüküm ve sonuçlarını banka ile müşterisi arasında doğuran çek anlaşması, açık veya örtülü biçimde akdedilebilmektedir (TTK m. 783/I). Bankalara yüklenen basiret ve özen yükümlülüğü ile çek hesabı sahibi, vekili ya da yasal temsilcisinin imzasının alınması gerektiğine ilişkin düzenleme dikkate alındığında, çek anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerektiği de savunulmaktadır¹³ (ÇekK m. 2/I, III). Ancak ÇekK m. 2/III'teki imza kuralının, sonraki hüküm niteliğindeki TTK m. 783/I'in açık düzenlemesini değiştirmeyeceği, çek anlaşmasının geçerliliğinin herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı kabul edilmelidir¹⁴. Bu kapsamda şekil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu çek anlaşması (TBK m. 12/I), sözlü biçimde veya zımnen dahi akdedilebilecektir¹⁵. Nitekim bir bankanın halihazırda kendi nezdinde mevduat hesabı olan bir müşterisine çek defteri vermesi, hesap sahibinin söz konusu çek defterini kullanarak çek keşide etmesi ve ibraz edilen çekin mevcut hesaptan ödenmesi halinde, çek anlaşması zımnen kurulmuş olacaktır¹⁶. Ancak ÇekK'da yer alan şekle ilişkin düzenlemeler ve uygulamada çek anlaşmasının çoğu zaman bir cari hesap sözleşmesinin ekinde bulunduğu hususları dikkate alındığında¹⁷, zımnî şekilde kurulacak çek anlaşmalarına uygulamada pek fazla yer verilmediği görülmektedir¹⁸.

11 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 69; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 1098; Reha Poroy/Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019 s. 332; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 30.

12 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 71; Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 281-282.

13 Esas olanın yazılı şekilde yapılması olduğu yönünde bakınız (bkz.) Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 347-348; En azından hesap sahibi bakımından yazılı şekil şartı olduğu yönünde bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 72-73.

14 Şükrü Yıldız, "5941 Sayılı Çek Kanunu'nun Çek Hukukuna Etkileri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 18/1 (2010), s.74; Ülgen/Helvacı/ Kaya/Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 327; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 32; Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 332; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 348; karşı Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 281; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 72.

15 Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 1089; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 71; Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 332; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 347-348.

16 Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku III-Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 283; Kalpsüz/Erem/Çelebican, *İktisadi ve Hukuki Yönden Çek*, s. 102; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 72.

17 Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1086; Kendigelen, s. 73; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 347.

18 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 73; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak*

B. Muhatabın Basiret ve Özen Yükümlülüğü

Sözleşme özgürlüğü prensibi gereğince, herkesin dilediği kişilerle, hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde, sözleşme akdetme özgürlüğü bulunmaktadır¹⁹ (TBK m. 26). Kural olarak bankalar da diledikleri kişilerle sözleşme yapma hürriyetine sahiptir²⁰. Ancak tacir sıfatını haiz bankaların, güven kurumu olarak nitelendirildikleri de dikkate alındığında, yaptıkları sözleşmelerde sıradan tacirin ötesinde²¹ basiret ve özenle hareket etmeleri gerektiği kabul edilmektedir²². Nitekim ÇekK m. 2/I hükmü uyarınca, bankalar akdedecekleri çek anlaşmalarında, çek hesabı açmak isteyen kişileri değerlendirirken, gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlü tutulmuşlardır²³. Bu yükümlülük ÇekK'nın düzenlenme sebepleri arasında yer alan, çekin güvenilir bir ödeme aracı haline getirilmesi, çek hamillerinin korunması ve özellikle naylon çek hesaplarının açılmasının engellenmesi amacına yöneliktir²⁴. Söz konusu yükümlülük, çek anlaşmasının kurulması öncesinde başlayıp, çek hesabının kapatılmasından sonrasına kadar devam etmektedir²⁵.

Hukuku, s. 327; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 348; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 57; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 33.

- 19 M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 23 vd.; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 203 vd.
- 20 Tekil M., *Çekte Muhatab Bankasının Hukuki Sorumluluğu*, s. 46.
- 21 "... tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. Nitekim bankaların, tacir olarak bütün işlemlerinde basiretli davranma yükümlülüğü herhangi bir tacirden farklıdır. Bu sebeple bankalardan beklenen basiret ölçüsü ve özen yükümlülüğü şüphesiz daha ağırdır" HGK., 28.9.2021 E. 2017/2203, K. 2021/1089; HGK., 1.7.2021 E. 2021/532 K. 2021/900 (Lexpera).
- 22 Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022, s. 156; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, İstanbul: Adalet Yayınları, 2013, s. 343 Paragraf (N.) 1; Cüneyt Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/143 (2018), s. 158; Aydın, *Çekte Muhatab Bankasının Hukuki Sorumluluğu*, s. 61.
- 23 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 348; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 74; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 63; Yıldız, *Etki*, s.76; Ahmet Özsoy, "Çek Kanunu Madde 2/1 Kapsamında Muhatabın Özen Yükümlülüğü" *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, İstanbul, 2019, s. 827.
- 24 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 379 N.507; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 74; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 40 vd; Ömer Teoman, *Çek Yasası ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul 1987, s. 8; Tekil M., *Çekte Muhatab Bankasının Hukuki Sorumluluğu*, s. 46-47; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 159.
- 25 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 379 N. 507a; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 159.

Öğretide, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK) m. 7/1-a hükmü uyarınca anonim şirket şeklinde kurulması zorunlu olan bankaların tüzel kişi tacir sıfatından yola çıkılarak, ÇekK m. 2/I düzenlemesinin, esasen yeni bir yükümlülük getirmediği, TTK m. 18/II hükmü uyarınca, tacir olmaya bağlanan basiretli iş adamı ölçütünün özel bir görünümü niteliğinde olduğu belirtilmiştir²⁶. Buna karşın, ÇekK m. 2 düzenlemesi olmasaydı, bankaların söz konusu basiret ve özenle araştırma yükümlülüğüne tabi olmayacakları da savunulmaktadır²⁷.

Kanaatimizce kuruluşları Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) iznine tabi olan bankaların basiretli tacir olarak işlem yapma yükümlülüğü, ÇekK m. 2/I düzenlemesini de kapsar niteliktedir. Bu sebeple inceleme konusu yapılan özel hüküm olmasaydı dahi muhatap bankaların çek hesabı açmak isteyen kişileri basiret ve özenle araştırmaları gerektiği söylenebilecektir. Son halde hangi görüş kabul edilirse edilsin, ÇekK m. 2/I'de öngörülen yükümlülük kapsamında, çek anlaşması akdetmek isteyen kişilerin çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı ile ekonomik ve sosyal durumlarının çek hesabı açmaya uygunluğu muhatap banka tarafından basiretle ve özenle araştırılmalıdır²⁸.

Anılan basiret ve özenle araştırma yükümlülüğünün, emredici davranış kuralı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²⁹. Basiret yükümlülüğü kapsamında, çek hesabı açmak isteyen kişinin çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının olup olmadığı ile ekonomik ve sosyal durumunun çek hesabı açmaya uygunluğunun, basiretli iş adamı ölçütünce değerlendirilmesi gerekmektedir³⁰. Özen yükümlülüğü uyarınca muhatap bankanın,

26 Ömer Teoman, "Çek Kanunu Tasarısının Bankalara Getirdiği Yükümlülükler", *Tüm Makalelerim (1971-2001) Cilt I-II*, İstanbul 1985, s. 1130; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 348-349; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 74; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 47; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 61; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 64; Teoman, *Çek Yasası*, s. 8; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 1088.

27 Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 40 vd.

28 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 379-380 N. 507b; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 63-64.

29 Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 47; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 47; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 161.

30 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 74; Basiretli iş adamı kriteri için bkz. Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 283 vd.

değerlendirme yapılacak belgeleri eksiksiz biçimde temin etmesi ve bu belgeleri dikkatlice incelemesi gerekmektedir³¹. Söz konusu araştırma kümülatif olarak yapılmalı, herhangi bir inceleme kaleminde olumsuz kanaate varılan gerçek ya da tüzel kişiye çek hesabı açılmaması gerekmektedir³².

Yapılacak araştırma, temelde çek hamillerinin korunması, çekin ödenibilirliğinin artırılması, hayali veyahut başka kişiler üzerine naylon çek hesapları açılmasının engellenmesi ve nihayet çekte olan itimadın artırılıp, çek kullanımının yaygınlaştırılması amacına yöneliktir³³. Bu noktada öğretilde, muhatap bankaların söz konusu yükümlülüklerini yerine getirirken gereğinden fazla titiz davranmalarının, amaçlanan aksine çek kullanımında azalma meydana getirebileceği tehlikesi vurgulanmaktadır³⁴.

1. Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağının Araştırılması

Çek Kanunu m. 2/1 hükmü ile getirilen özel düzenleme uyarınca muhatap bankalar, "... çek hesabı açılması ile ilgili olarak bu Kanunla kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken, çek hesabı açtırmak isteyeninin yasaklı olup olmadığını bu Kanun hükümleri göre..." araştırmakla yükümlü tutulmuştur³⁵. Araştırma Kanunda belirtildiği üzere, ÇekK hükümlerine göre yapılacaktır. Araştırma yükümlülüğünün nedeni temelde hayali kişiler adına naylon çek hesaplarının açılıp, çekin dolandırıcılık aracı olarak kullanılmasının önüne geçilmesidir³⁶. Bu kapsamda bankaların öncelikle, sahte ya da hayali adlarla çek hesabı açmaması, ölü olan bir gerçek kişi ya da hukuken var olmayan hayali bir tüzel kişi için çek karnesi vermemesi gerekmektedir.

31 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 380 N. 507c, d; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 48; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 67.

32 Bankanın gerekli araştırmayı basiret ve özen yükümüne uygun olarak yerine getirmesi sebebiyle, karşılıksız çıkan çekten dolayı hamile karşı sorumlu olmayacağına ilişkin bkz. Y. 11. HD, 03.02.2021, E. 1373/2020, K. 798/2021. (Lexpera)

33 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 381, N. 509; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 74; Teoman, *Çek Yasası*, s. 8; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 66.

34 Özoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 42 vd.; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 106; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 354.

35 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 82-83; Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 290.

36 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 74-75.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı Risk Merkezi³⁷ ile adli sicil kayıtları üzerinden incelenecektir³⁸ (ÇekK m. 2/II). Risk Merkezi veya adli sicil kayıtları üzerinden yapılan araştırma sonucunda, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunduğu tespit edilen kişilere, çek hesabı açılmaması gerekmektedir³⁹. Söz konusu yasağın temsilci kullanmak marifetiyle dolanılmasına da müsaade edilmemelidir. Bu halde muhatap bankanın basiretli ve özenli biçimde araştırma yapma yükümlülüğü gereğince, temsilci aracılığıyla çek defteri kullanan yasaklı kişinin çek anlaşması feshedilmeli, çek yapıtlarının da iadesi talep edilmelidir⁴⁰.

Yasaklılık halinin incelenmesi kapsamında, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunan gerçek kişilerin, yönetim organında görev yaptığı veyahut ticaret siciline tescil edilmiş imza yetkilisi olduğu tüzel kişiler de yer almaktadır (ÇekK m. 2/IV). Bu doğrultuda, çek hesabı açmak için başvuruda bulunan tüzel kişilerin yönetim organında veyahut ticaret siciline tescil edilmiş imza yetkilileri arasında, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı olan kişilerin bulunması halinde, ilgili tüzel kişiye çek hesabı açılmamalıdır⁴¹. Ayrıca bankalar, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına ilişkin araştırmaların sonuçlarını muhafaza etmekle de yükümlü tutulmuştur (ÇekK m. 2/III).

37 *Resmî Gazete'nin 25 Şubat 2011 tarih, 27857(mükerrer) sayılı nüshasında yayımlanan 6111 sayılı Kanun ile 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'na Ek Madde 1 ve Geçici Madde 28 ilave edilmiştir. Ek Madde 1 ile Türkiye Bankalar Birliği nezdinde, kredi kuruluşları ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nca uygun görülecek finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerini toplamak ve söz konusu bilgileri bu kuruluşlar ile gerçek veya tüzel kişilerin kendileriyle ya da onay vermeleri koşuluyla özel hukuk tüzel kişileri ve üçüncü gerçek kişileri ile de paylaşılmasını sağlamak üzere Risk Merkezi kurulmuştur. Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi 28 Haziran 2013 tarihinde faaliyete geçmiştir. Bkz. (<https://www.riskmerkezi.org/tr/risk-merkezi/hakkinda/8>)*

38 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 381 N. 509a; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 61; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 64-65; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 51.

39 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 349; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 83; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 163-164.

40 Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 51; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 51.

41 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 382 N. 509d; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 83; Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olması halinde, gerçek bir kişiyi atamak suretiyle yönetimde görev alabilen olması karşısında, gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasını engelleyen kuralın eşitsizlik yarattığı yönünde bkz. Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 344 N. 6.

2. Ekonomik Durumun Araştırılması

Çek hesabı açılırken muhatap bankalar, yasaklılık halinin araştırılmasının yanı sıra, "... ayrıca ilgili kişinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni..." göstermekle de yükümlüdürler (ÇekK m. 2/1). Hüküm kapsamında çek hesabı açmak isteyen gerçek ya da tüzel kişilerin ekonomik ve sosyal durumlarının, objektif basiret ve özen ölçüsüne göre araştırılması gerekmektedir⁴². Bu doğrultuda ilk olarak ilgili kişinin ekonomik gücünün çek keşide etmeye uygun nitelikte olup olmadığı incelenmelidir⁴³. Yapılan araştırma sonucunda, ekonomik durumlarının çek hesabı açmaya uygun olmadığına kanaat getirilen gerçek ya da tüzel kişilerin çek hesabı açma talepleri geri çevrilmelidir⁴⁴.

Ekonomik durum araştırması öngören hükmün, ilgili araştırmanın hangi ekonomik kriterlere göre yapılacağını belirtilmediği soyut bir yapıda olması eleştiri konusu olmuştur⁴⁵. Bu noktada, araştırma kriteri olarak, bankaların kredi müşterilerine uyguladıkları araştırma yöntemlerinin kullanılabilirliği önerilmiştir⁴⁶. Her bankanın, somut olayın özellikleri ve tacir olmanın gerektirdiği basiret ve özen ölçütü gereğince, farklı araştırma yöntemini benimseyebileceği kabul edilmekle birlikte, asgari kriter olarak tacir olmayan kişiler bakımından; gelir durumlarını gösteren belgeler, tapu ve taşınır mal kayıtları ile banka hesap bilgilerinin araştırılması gerektiği belirtilmiştir⁴⁷. Tacir kişiler bakımından ise en azından ticari defterler ile finansal tablolar incelenmelidir⁴⁸. Bu kapsamda yeni kurulan şirketler bakımından salt sermaye yapısının incelenmesi yeterli kabul edilirken, eski şirketler bakımından tüm malvarlığının ve öz varlık borç yapısının gözden geçirilmesinin uygun olacağı vurgulanmıştır⁴⁹. Araş-

42 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 83-84.

43 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* s. 382 N. 510; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 65.

44 Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 65-66.

45 Mehmet Helvacı, "Çek Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25/4 (2009), s. 241; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 84.

46 Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 68; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 84.

47 Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 66.

48 Özsoy, *Hukuki Sorumluluk* s. 52.

49 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 379 N. 510; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 159; "...teammül gereği ban-

tırma yükümlülüğü kapsamında, müflis tacirlere çek hesabı açılmaması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁰.

Bankaların yapacağı incelemede, esasen çek hesabı açma başvurusu yapıldığı sıradaki ekonomik veriler esas alınacaktır⁵¹. Muhatap bankanın yaptığı inceleme esnasında ekonomik durumu çek hesabı açmaya uygun olan kişilerin, daha sonra ekonomik açıdan çek hesabı açmaya uygun olmayacak duruma düşmesi halinde, bu kişilere çek hesabı açan bankanın araştırma yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenemeyecektir. Ancak bankanın bir şekilde ekonomik durumunun mevcut halinden çok daha kötüye gideceğine ilişkin bilgi veyahut öngörü sahibi olduğu kişilere çek hesabı açmaktan imtina etmesi gerekmektedir⁵².

3. Sosyal Durumun Araştırılması

Çek Kanunu m. 2/I'de ekonomik yeterlilik araştırmasının yanında, çek hesabı açmak isteyen kişilerin sosyal durumlarının çek hesabı açmaya uygun olup olmadığının araştırılması gerektiği hükme bağlanmıştır⁵³. Bankaların sosyal durum araştırmasını yaparken ilk olarak başvuruda bulunan kişilerin resmi kimliklerini temin edip, gerçekte kim olduklarını araştırmaları gerekmektedir⁵⁴. İbraz edilen kimliklerin sahte olup olmadığı incelenmeli⁵⁵,

kanın çek karnesi verirken dava dışı şirketin iş hacmini, düzenlenen çeklerin miktarını, şirketin mali yapısı itibarıyla bunu ödeyip ödeyemeyeceğini araştırması, sermayesinin 1/5'lik kısmı ödenen bir mali yılını doldurmadığından ticari gidişinin olumlu ya da olumsuz olduğu belli olmayan dava dışı şirkete çek karnesi verirken daha ihtiyatlı davranması ... " Y. 11. HD, 20.04.2015, E. 17592/2014, K. 5500/2015. (Lexpera)

- 50 Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 65; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 54; karşı. İflas halinin araştırma yükümlülüğü kapsamında yer aldığı, ancak iflas halinin tek başına çek verilmemesi sonucunu doğurmayacağı yönünde bkz. Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 51.
- 51 Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 108.
- 52 Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 52.
- 53 Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 65; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 55.
- 54 Teoman, *Çek Yasası*, s. 8; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk* s. 55.
- 55 Muhatap bankaların sahtelikten sorumlu olmayacağı yönünde bkz. Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 380; İlk derece mahkemesinin sahte şekilde düzenlenmiş bulunan kimlik belgesine dayalı olarak çek hesabı açılmasından dolayı muhatap bankanın sorumlu olmadığına ilişkin kararı, sahteliğin banka tarafından anlaşılması gerektiği, basiretli ve özenli inceleme yapılmadan çek hesabı açılması sebebiyle, Yargıtay tarafından bozulmuştur. Y. 11. HD, 16.10.2008, E. 8341/2007, K. 11364/2008. (Lexpera); Yine bu yönde " ...bankalar, çekle işleyecek hesap açarken, çek

söz konusu kimliklerin gerçekten başvuruda bulunan kişilere ait olduğunun tespiti yapılmalıdır (ÇekK m. 2/II). Söz konusu araştırma, başka kişiler ve yahut hayali kişiler üzerine çek hesabı açılmasının engellenmesi bakımından büyük önem taşımaktadır⁵⁶. Kimlik tespitinin yapılmasının akabinde, ekonomik durumları çek hesabı açmaya uygun olsa dahi, sosyal durumları çek ile ödeme yapmaya uygun olmayan, sosyal konumları itibariyle çek ile ödeme yapması gerekmeyecek kişilere, çek hesabı açılmaması gerektiği belirtilmiştir⁵⁷. Maddi durumları iyi olmakla birlikte ekonomik hayatında çek kullanımını gerektirecek faaliyetlerde bulunmayan kişilerin çek hesabı açma taleplerinin, başkaca haklı sebepleri olmadıkça reddedilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁵⁸.

Kanaatimizce sosyal durum araştırması vazedен hüküm, araştırmanın ne şekilde yapılacağı belirsizliği sebebiyle keyfi uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Örnek olarak ekonomik açıdan çek kullanmaya uygun,

karnesi verirken ve bu Kanunla kendilerine verilen görev ve mükellefiyetleri yerine getirirken bu işlemlerin gerektirdiği basiret ve itina göstermek zorundadırlar. Esasen bankalar tacir olup, basiretli olarak davranmak durumundadırlar. Bu düzenlemenin amacı, uygulamada 'nylon çek hesapları' adıyla anılan, kötü niyetli kişilerce açılan hesapların açılmasına engel olmaktır. O halde mahkemece, ibraz edilen nüfus cüzdanı ve onaylanmamış vergi kimlik belgesiyle yetinmeyip, çek hesabı açtıran şahsın kimliğinin başka kimlik de sunulması gibi diğer yollardan da kontrol etmesi, vergi kimlik numarasının usulüne uygun düzenlenmediğini nazara alması gereken bankanın kendisine düşen basiret ve itina göstermemekle kusurlu olduğunun kabulü ile, bankacılık konusunda uzman bilirkişi vasıtasıyla kusur oranı konusunda inceleme yaptırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir.” bkz. Y. 11. HD, 19.02.2004, E. 6911/2003, K. 1455/2004. (Lexpera); yine bu yönde bkz. Y. 11. HD, 30.01.2012, E. 9052/2010, K. 980/2012. (Lexpera)

56 Teoman, Tasarı, s. 1130.

57 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 348; Tenekeci, “Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu”, s. 159-160; Seza Reisoğlu, “Yeni Çek Kanunu ve Başlıca Uygulama Sorunları”, *Bankacılar Dergisi*, 76/1 (2011), s. 22; “...818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 99. maddesi gereğince hafif kusurlarından dahi sorumlu bulunan bankaların gerek çek hesabı açarken, gerekse de çek karnesi verirken olaya uygulanması gereken Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 2. ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere, kişinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni göstermeleri ve bankanın iç işleyişine ilişkin mevzuat hükümlerine uygun hareket etmeleri gereklidir. Bu kapsamda bankalar sadece kendilerine ibraz edilen bir kısım belgelerle yetinmeyip, hesap açtırmak isteyen kişiyi işyeri seviyesinden soruşturmak ve benzeri incelemeleri yapmak suretiyle hesap açmak ve buna göre çek karnesi vermek durumundadırlar...” Y. 11. HD, 10.05.2013, E. 10507/2012, K. 9646/2013. (Lexpera)

58 Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 55.

çek hesabı açma yasağı olmayan ve ödemelerinde çek kullanmasının gerekli olduğunu ispat etmiş kişilerin sosyal konumları bahane edilerek çek defteri verilmemesi durumları ile karşılaşılabılır. Bu bağlamda sosyal durum incelemesi bakımından Kanunda örtülü boşluk olduğu kabul edilerek araştırmanın hangi kriterlere göre yapılacağına objektif olarak belirlenmesi gerekmektedir. Anılan belirsizlik giderilinceye kadar sosyal durum incelemesi öngören hükmün, keyfi uygulamaları engellemek amacıyla, dar yorumlanması daha isabetli olacaktır. Bu kapsamda sosyal durum araştırmasının çek hesabı açmak isteyen kişilerin tespiti ve teşhisiyle sınırlı tutulmasının uygun olacağı, incelemenin hayali, ölü veyahut başka kişiler üzerine naylon çek hesapları açılmasının engellenmesi amacına hasredilmesi gerektiği söylenebilecektir.

C. Basiret ve Özenle Araştırma Yükümlülüğünün İhlalinin Hukuki Sonuçları

Muhatap bankaların gerekli basiret ve özeni göstermeyerek, sahte kimliklerle gerçekte var olmayan kişiler üzerine ya da başkalarına ait kimliklerle ölü veyahut başka kişiler üzerine naylon çek hesapları açmaları başta olmak üzere, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı olan kişilere, ekonomik/sosyal açıdan çek kullanmaya uygun olmayan kişilere çek defteri vermeleri, çoğu zaman çek hamillerinin karşılığı bulunmayan çeklere sahip olmalarına sebebiyet vermektedir. Bu halde bankaların söz konusu yükümlülüklerinin ihlali, çeklerini hiç veya kısmen tahsil edemeyen hamillerin zarara uğramalarına neden olmaktadır. Anılan araştırma yükümlülüklerini yerine getirmeyen bankaların zarara uğrayan hamillere karşı sorumlu olacakları kabul edilmektedir⁵⁹. Bu hususta yükümlülüklerini yerine getirmeyen bankaların, kusurları zarara uğrayan hamiller tarafından ispatlanmak şartıyla, tahsil edilemeyen çek bedellerinden sorumlu olmaları gerektiği belirtilmiştir⁶⁰. Öğretide hâkim görüş kusur sorumluluğu üzerinde şekillenmiştir⁶¹.

59 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 74-75; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 353-354; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 108.

60 Teoman, *Çek Yasası*, s. 8; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 46 vd.

61 Teoman, *Tasarı*, s. 1130-1131; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 84-85; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 66; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 75.

Muhatap bankaların, çek hesabı açarken göstermeleri gereken basiret ve özen yükümlülüğünün ihlalden kaynaklı sorumluluğun temelini tespit etme hususunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada yükümlülüğün temelini üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK m. 129) olduğu görüşü⁶² belirtilmiş olsa da hâkim görüş ÇekK m. 2/I'de öngörülen yükümlülüğün, emredici davranış kuralı niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁶³. Öğretide söz konusu emredici kuralın ihlalden kaynaklı oluşan zararların da haksız fiil teşkil ettiği savunulmaktadır⁶⁴ (TBK m. 49 vd.). Nitekim muhatap banka ile çek hamilleri arasında ne akdedilmiş bir sözleşme ne de kanundan doğan bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Sorumluluğun haksız fiil temelli olduğunun tespit edilmesinin bir sonucu olarak, zararın söz konusu haksız fiilin gerçekleştiği anda meydana geldiği kabul edilmektedir⁶⁵. Bu doğrultuda zarar, çekin karşılıksız çıktığı anda oluşmaktadır⁶⁶.

Kanaatimizce de muhatap bankaların basiret ve özenle araştırma yükümlülüğü kanundan kaynaklı emredici davranış kuralı niteliğindedir. Anılan emredici davranış kuralının ihlali belirtildiği üzere haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirilmelidir. Basiret ve özenle araştırma yapılmaksızın, *kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille*, verilen çek defterlerinden kaynaklı zarar, ibrazında çekin karşılıksız çıkmasıyla oluşmaktadır. Bu halde temerrüt faizi çekin karşılıksız çıktığı an itibariyle hesaplanmalıdır⁶⁷.

62 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 381.

63 Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 47; Teoman, Çek Yasası, s.8; Özsoy, Hukuki Sorumluluk, s. 57; Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 381.

64 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 78; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 52; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 354; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 161; Özsoy, Hukuki Sorumluluk, s. 57; Esasen haksız fiil sorumluluğu olduğunu kabul etmekle birlikte, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kabul edilebileceği yönünde bkz. Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 381 N. 508.

65 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 81; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 53.

66 Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 53; Ayli, Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri, s. 83; Özsoy, Hukuki Sorumluluk, s. 62; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 161.

67 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 81; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 111; "... davacı, davalı tarafından sahte belgelerle açılan çek hesabı nedeniyle zarar gördüğünü iler sürerek çek bedelinin davalının kusuru oranında tahsilini istemiş olup hükmolunan alacağın zararın doğduğu ibraz tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde dava tarihinden itibaren faize hükmolunması

Basiret ve özen yükümlülüğü ihlalinin, haksız fiil sorumluluğu kapsamında kabul edilmesinin diğer bir sonucu sorumluluğun doğması açısından; zarar, kusur ve illiyet bağının, zarar gören hamiller tarafından ispatlanması gereğidir⁶⁸. ÇekK m. 2/I hükmünün, çek hamillerini korumaya ilişkin bir düzenleme olduğu vurgulanarak, ispat hukuku açısından, çekleri karşılıksız çıkan hamiller lehine yorum yapılması gerektiği belirtilmiştir⁶⁹. Bu noktada çek hamilleri bakımından ispat kolaylığı sağlanması gerektiği, salt ÇekK m. 2/I'de öngörülen basiret ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasının, hamillerin uğradığı zararlar bakımından, illiyet bağına sahip, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranış olarak kabul edilmesinin uygun olacağı savunulmuştur⁷⁰. Kanaatimizce TTK m. 18/II hükmü uyarınca tacirlerin ticaretine dair tüm işlemlerinde basiretle hareket etme yükümlülüğü dikkate alındığında, anılan ispat kolaylığı sadece tacir olmayan çek hamilleri bakımından kabul edilebilir niteliktedir.

Öğretide; bankaların basiret ve özenle araştırma yükümlülüğünün ihlali sebebiyle çek hamillerinin, kısmen ya da tamamen karşılıksız çıkan çekler nedeniyle muhatabın sorumluluğuna gidebilmeleri için, öncelikle diğer çek borçlularına yönelik tüm takip yollarını tüketmeleri gerektiği kabul edilmektedir⁷¹. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁷². Bu şekilde tüm takip

doğru olmamış... Y. 11. HD, 06.06.2016, E. 15439/2015, K. 6203/2016. (Lexpera); *2.450,00 TL'nin çekin bankaya ibraz tarihi olan 30/12/2002 tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar veril(mesi isabetlidir.)* Y. 11. HD, 29.05.2017, E. 5461/2016, K. 3113/2017. (Lexpera)

68 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 381 N. 508; Teoman, *Tasarı*, s. 1130-1131; Aylı, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 84-85.

69 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 78.

70 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 78; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 53; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 59.

71 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 354; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 163; Ağır kusurun varlığı halinde bu şartın aranmaması gerektiği yönünde bkz. Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s.110; karşı. Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 76.

72 "...Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, dava, sahte belgelerle açılan çek hesabı uyarınca düzenlenen çekte dayalı alacak istemine ilişkin olduğu, davacının çek üzerindeki borçlular hakkında icra takibi başlattığı, borçlular hakkında aciz vesikası alındığı, sahte belgelerle çek karnesi verilmesi neticesinde davalı bankanın sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kabulü..." Y. 11. HD, 29.05.2017, E. 5461/2016, K. 3113/2017. (Lexpera); "... davanın kabulüne dair verilen kararın davalı vekilinin temyizi neticesinde Dairemizce davacı hamil tarafından keşideci ve cirantalarından Y. İnş. Ltd. Şti. yönünden aciz vesikası alınmakla birlikte diğer cirantalar H. Ö. ve D.Ç. yönünden yapılan takiple-

yollarının tüketilmesinin aranması, aciz vesikası alınmasının adeta dava koşulu olarak değerlendirilmesi, hükmün uygulanmasını amacına aykırı şekilde güçleştirilmesi sebebiyle eleştirilmektedir⁷³. Özellikle ölü veya hayali kişiler üzerine açılmış çek hesaplarında, sonuç alınmayacağı baştan belli takip yollarının tüketilmesinin beklenmesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır⁷⁴. Ayrıca, kambiyo hukuku alanında kalan müracaat borçlularına başvuru hakkı ile bankanın haksız fiil sorumluluğunun, ayrı sorumluluk alanları oluşturması sebebiyle, birbirlerine ön şart olarak belirlenemeyeceği de ifade edilmiştir⁷⁵. Nitekim haksız fiil sorumluluğu bakımından zarar, çekin karşılıksız çıktığı an itibarıyla oluşmakta, muhatap bankaya yönelik talep hakkı da bu tarih itibarıyla ileri sürülebilir hale gelmektedir⁷⁶.

Uygulamaya ilişkin diğer bir tartışma çek hamillerinin müterafik kusuruna ilişkindir⁷⁷. Muhatap bankaların gerekli basiret ve özeni göstermemiş olmaları sorumluluk sebebiyken, çek hamillerinin de ticari ilişki kurdukları, çek kabul ettikleri kişileri özenle araştırmamaları, ek teminatlar talep etmemeleri vb. hususlar, müterafik kusur kapsamında tazminat miktarından indirim sebebi olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Buna karşın bankaların

rin sonuçlanmadığı, bu aşamada erken açılan davanın reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmek suretiyle bozulduğu, bozma ilamına uyulduğu, bozma ilamında belirtilen gerekçeler uyarınca davanın erken açıldığı gerekçesiyle reddine karar verilmiş (olması isabetlidir) ... " Y. 11. HD, 19.10.2015, E. 3844/2015, K. 10700/2015. (Lexpera); "...Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacı keşideciden çekin bedelini tahsil edememiş ise de diğer cirantalar yönünden yapılan icra takibi derdest olup cirantalar yönünden takibin semeresiz kalması halinde dava hakkının doğacağı, öncelikle davacının davaya konu çek bedelini bankadan isteyebilmesi için yapılan takibin semeresiz kaldığına ilişkin aciz vesikasının sunulması gerektiği, davacının 31.03.2010 tarihinde yapılan hacze rağmen icra takibinde borçlu hakkında haciz işlemlerine devam etmeksizin davalı banka hakkında tazminat isteminde bulunulması doğru görülmediği, davanın erken açılan dava mahiyetinde olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiş (olması isabetlidir) ... " Y. 11. HD, 03.11.2015, E. 4402/2015, K. 11437/2015. (Lexpera)

73 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 76.

74 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 79; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 83.

75 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 79; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 62.

76 Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 53; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 79; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 83, Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 62.

77 Sadece tacir sıfatını haiz hamiller bakımından müterafik kusur araştırması yapılması gerektiği yönünde bkz. Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 73-75.

78 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 354-355; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 162; "...davalı bankanın dava dışı şirkete çek karnesi vermeden önce yapmış olduğu araştırmaları ispatlayan bu şirkete ait finansal

yükümlülüğünün iktidar borcu niteliğinde olması sebebiyle, müterafik kusur araştırmasına yer verilmemesi gerektiği de savunulmaktadır⁷⁹.

Kanaatimizce müterafik kusur hususu irdelenirken hamillerin tacir sıfatını haiz olup olmadıkları dikkate alınmalıdır⁸⁰. Bu halde tacir sıfatını haiz hamillerin kusurlu davranışları tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilebilirken, tacir olmayan hamiller bakımından ancak ağır kusur veyahut kastın varlığında müterafik kusur savunması yapılabilir. Son halde değerlendirme yapılırken, elinden gelenin en iyisini yapmakla mükellef olan ve kuruluşları BDDK iznine tabi olan bankaların (TBK m. 115/III) her türlü kusurlarından dolayı asli sorumlu, hamillerin ise ikinci dereceden tali sorumlu oldukları hususu gözden kaçırılmamalıdır⁸¹.

Yargıtay'ın müterafik kusur araştırmasında somut olayın şartlarını dikkate almaksızın tarafların eşit oranda kusurlu olduklarını tespit ettiği ve tazminattan yarı oranında indirim yapılması gerektiği yönünde çok sayıda kararı bulunmaktadır⁸². Söz konusu ezbere tutum terkedilerek somut olayın

tabloları ve istirdat raporlarını dosyaya sunmadığı, şirketin geçmiş yıllarda zarar ettiği, davalı bankanın mevduat hesabı açmasının üzerinden yaklaşık bir ay sonra çek karnesi verdiğini, bu çeklerin akıbeti görmeden yeni çek karnesi almasını sağladığını, davalı bankanın %40 oranında kusurlu olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü... Y. 11. HD, 27.05.2014, E. 3394/2014, K. 9760/2014. (Lexpera)

79 Fahiman Tekil, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1994, s. 191; Kendigelen, s. 79.

80 Özsoy, Özen Yükümlülüğü, s. 832-833; Kendigelen, Çek Hukuku, s. 79.

81 Tekil, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 191; Bozer/Göle, Kıymetli Evrak Hukuku,, s. 355.

82 "... Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, davalı banka gerekli yükümlülüklerini yerine getirmediği dava dışı şirkete çek karnesi verdiği, davacının da bu şirketten aldığı çeklerin karşılıksız çıkması sonucu zarara uğradığı, bu durumda hem davalının hem de davacının müterafik kusuru olduğu, tarafların eşit kusurlu olduğu gerekçesiyle 58.989,89 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş (olması yerindedir) ..." Y. 11. HD, 27.02.2018, E. 7888/2016, K. 1455/2018. (Lexpera); "... hakkında yapılması gereken ekonomik ve sosyal durum araştırmasının yapılmadığı, şahsın moralite kapasitesi ve sermayesi hakkında yeterli veriye sahip olmadan ticari faaliyetine yeni başlayan, sermaye yeterliliği, mal varlığına ilişkin bir veri ortaya koymayan kişiye çek karnesi verilmek suretiyle ve 19.04.1996 tarihinde ilk çek karnesi karşılıksız kaldığı halde, çek karnesi vermeye devam etmiş olmakla davacının zararının oluşmasına sebebiyet verildiği, davacının da basiretli bir tacir olarak hamili bulunduğu çeki aldığı keşideci hakkında yapması gereken araştırmayı yapmadan çeki kabul etmesi nedeniyle %50 oranında müterafik kusurunun bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 23.060,00 TL'nin temerrüt tarihi olan 28.07.2001 tarihinden itibaren en yüksek mevduat faizini aşmayacak şekilde avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş (olması isabetlidir) ..." Y. 11. HD, 08.05.2017, E. 15606/2015, K. 2670/2017. (Lexpera); "... dava konusu edilen çekin bankaya ibraz edildiğinde sahte evraklarla elde edildiğinden işlem yapılmadığı kaydının düşüldüğü, çek

özellikleri, hamillerin tacir sıfatını haiz olup olmadıkları ile muhatap bankaların asli sorumlu oldukları hususları dikkate alınarak, her uyuşmazlık bakımından ayrı kusur araştırması yapılması, hükmün amacına daha uygun olacaktır⁸³. Yargıtay bazı kararlarında isabetli olarak müterafik kusur araştırmasında hamiller lehine bir tutum sergileyerek, muhatap bankaları birinci derecede ve asli kusurlu olarak kabul etmekte⁸⁴, çek hamillerini ise somut olayın şartlarını dikkate alarak, ticari ilişkiye girdikleri kişileri araştırmama, çek dışında başkaca teminat almama vb. sebeplerden, ikinci dereceden ve tali kusurlu olarak değerlendirmektedir⁸⁵.

karnesinin ... isimli sahte kimlikli şahsın sunduğu belgeler üzerine verildiği, bankanın sunulan belgelerle yetinmeyip ilgili şahsın ekonomik ve sosyal durumunu da tahkik etmesi, davacının ise ticari ilişki çerçevesinde ciro yoluyla dahi olsa çek keşidecinin ve diğer cirantaların ödeme kabiliyetlerini araştırmasının gerektiği, izah edilen nedenlerle her iki tarafın müşterek eşit kusurları ile zararın ortaya çıkmasına zarar verdikleri gerekçesiyle davanın kabulü ile, taraflar %50 eşit kusurlu kabul edilerek davalının kusuruna isabet eden zarar miktarı 3.875 TL ise de, talep aşılamayacağından 3.750 TL'nin, 08.07.2009 temerrüt tarihinden itibaren değişen oranlarda avans faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine karar verilmiş (olması isabetlidir.) ... " Y. 11. HD, 02.05.2016, E. 10282/2015, K. 4876/2016. (Lexpera)

83 Özsoy, Hukuki Sorumluluk, s. 73vd.; Aydın, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, s.110.

84 " ...Bir banka ya da özel finans kurumu, çek hesabı açarken müşterisinin kimliği, ekonomik durumu ve ikameti v.s. konularında gerekli araştırma ve incelemeyi yapmadan çek karnesi vermiş ve çek karşılıksız çıkmış ise dava tarihinde yürürlükte bulunan 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 2. maddesinin (1). ve (3). fıkrası ile TTK'nın 20/2. maddelerinde öngörülen basiret ve itinayı göstermemek suretiyle birinci derecede ve daha ağır bir biçimde kusurlu olduğunun ve bu davranışının sonuçlarına katlanması gerektiğinin kabulü icap eder." Y. 11. HD, 12.06.2014, E. 4615/2013, K. 11284/2014. (Lexpera)

85 "...Dava, davalı bankaca sahte kimlik kullanan dava dışı çek karnesi sahibince davalıya keşide edilen, ancak karşılığı bulunmayan çek nedeniyle uğranılan maddi zararın tazmini istemine ilişkin olup, davacının %75, davalı bankanın ise %25 oranında kusurlu olduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ancak, yasal yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmeyerek dava dışı şirkete çek karnesi veren bankanın kusuru asıl, bu şirketle ticari ilişki kuran davacının kusuru ise müterafik niteliktedir. Bu nedenle, müterafik kusurlu olan davacının kusur oranının, davalı bankanın kusur oranından daha yüksek oranda belirlenmesi doğru olmaması, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir..." Y. 11. HD, 09.12.2013, E. 8997/2013, K. 22400/2013. (Lexpera)

D. Muhatabın Gerekli Belgeleri Temin ve Muhafaza Etme Yükümlülüğü

Çek Kanunu m. 2/II hükmü uyarınca, muhatap bankalar çek hesabı açmak isteyen kişilerden, Kanunda sayılı belgeleri eksiksiz biçimde temin etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük bankanın soyut nitelikte vazedilen basiret ve özenle araştırma borcunun, somut bir görünümü niteliğindedir⁸⁶. Muhatap bankaların çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının incelenmesi adına, başvuruda bulunan kişilerin Risk Merkezi ile adli sicil kayıtlarını inceleme yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁷. Ayrıca çek hesabı başvurusunda bulunan kişilerin gerçek kimliklerini tespit edebilmek için fotoğraflı nüfus cüzdanı, pasaport ya da sürücü belgesi örneklerinin talep edilmesi de gerekmektedir⁸⁸. Belirtildiği üzere bu kapsamda sunulan kimliklerin gerçekliği ve çek hesabı açma başvurusunda bulunan kişiye ait olup olmadığı dikkatli biçimde incelenmelidir. Ayrıca başvuru sahiplerinden, yerleşim yeri belgeleri⁸⁹, vergi kimlik numaraları, tacir olanların ticaret sicil kayıtları, esnaf ve sanatkâr olanların ise esnaf ve sanatkâr sicil kayıtları talep edilmelidir. Yerleşim yeri yurt dışında bulunan kişiler ise, Türkiye’de kendisi ile ilgili bir adresi bildirmek zorundadır. Muhatap bankaların söz konusu belgeleri alma ve inceleme yükümlülükleri, temelde hayali, ölü veya başka kişiler üzerine, naylon çek hesapları açılmasının engellenmesi amacına yöneliktir⁹⁰.

Sayıli belgelerin, ait oldukları kişinin çek hesabı aktif bulunduğu sürece muhafaza edilmesi, çek hesabının kapatılmasından itibaren de on yıllık süre boyunca saklanması gerekmektedir (ÇekK m.2/II). Bu sayede gerekli olması halinde ilgili belgelerin yetkili kurum ve kişilerle paylaşılması mümkün olmaktadır. Çek hesabının kapatılmasından itibaren on yıllık saklama yükümlülüğünün öngörülmesi ile birlikte bankaların TTK m. 82 ve 5411

86 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 380 N. 507d.

87 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 381 N. 509a.

88 Tenekeci, “Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu”, s. 165-166.

89 Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 45’te yapılan değişiklikle, bankalar da kimlik paylaşım sistemine erişilebilir hale getirilmiştir. Bu doğrultuda artık bankalar da yerleşim yeri belgelerini bu sistem üzerinden temin edebilir hale gelmiştir. bkz. Reisoğlu, “Yeni Çek Kanunu ve Başlıca Uygulama Sorunları”, s. 22; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 69-70.

90 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 381 N. 509b; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 74.

sayılı Bankacılık Kanunu (BankK) m. 42'de öngörülen on yıllık saklama süreleri ile ÇekK arasında yeknesaklık sağlanmıştır⁹¹. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, çek hesabının kapatılmış olması, kapatılma işleminden daha önce keşide edilmiş çeklerin geçerliliğini etkilememektedir. Nitekim hesabın kapatılmasından sonra ibraz edilen çekler, gerekli koşullar sağlanmışsa ve karşılığı bulunuyorsa ödenmeli, karşılığı bulunmuyorsa ise de karşılıksız işlemine tabi tutulmalıdır⁹² (ÇekK m.2/X).

Çek hesabı başvurusunda bulunan kişilerden sayılı belgeleri temin etme ve saklama yükümlülüğünü yerine getirmeyen bankalar için ÇekK m. 7/X'da idari para cezası öngörülmüştür. Hüküm uyarınca, çek hesabı açmak isteyen kişiden gerekli belgeleri almayan veya çek hesabının kapatılmasından itibaren on yıllık saklama yükümlülüğünü ihlal eden bankaya beşyüz TL'den beşbin TL'ye kadar idari para cezası verilecektir. Sayılı belgeleri temin etme yükümlülüğü belirtildiği üzere ÇekK m. 2/I'de öngörülen araştırma yükümlülüğünün somut uygulamaları arasındadır. Nitekim gerekli tüm belgeleri toplama ve inceleme, çek hesabı başvurusu yapan kişilerin teşhis edilmeleri, yasaklılık halleri ile ekonomik ve sosyal durumlarının araştırılması bakımından zorunluluk arz etmektedir. Son halde anılan belgeleri toplama ve muhafaza etme yükümlülüğünü yerine getirmeyen bankalar, bu sebeple çekleri karşılıksız çıkan ve zarara uğrayan hamillere karşı, basiret ve özenle araştırma yükümlülüklerinin ihlali sebebiyle, haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır⁹³.

E. Muhatabın Yazılı Beyan Alma Yükümlülüğü

Çek anlaşması akdedilirken bankalar ilk olarak, hesap sahibinden, vekilinden ya da yasal temsilcisinden imza almakla yükümlüdür⁹⁴ (ÇekK m. 2/III). Çekin ibrazı sırasında imza incelemesi yapılabilmesi için imzanın ıslak imza şeklinde alınması gerekmektedir⁹⁵. Ek olarak muhatap bankaların, çek hesabı açma talebinde bulunan ya da mevcut çek hesabından yeni bir

91 Aylı, Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri, s. 68-69.

92 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 387 N. 513b.

93 Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 79-80.

94 Anılan hükmün geçerlilik şekli olmadığı hakkında bkz. II-A.

95 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 334 vd.; Aylı, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 70-71.

çek defteri talep eden kişilerden, tacir veya esnaf ve sanatkâr olup olmadıkları ile çek düzenleme ve çek hesabı açma yasakları olmadığına ilişkin yazılı beyan alma yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁶. ÇekK m. 2/III hükmü tek başına ve salt lafzıyla değerlendirildiğinde, bankalara ilgili beyanları alması konusunda bir yükümlülük vaketmediği şeklinde anlaşılabilir de ÇekK m. 7/III düzenlemesiyle birlikte değerlendirildiğinde, bankaların sayılı beyanlarını almakla yükümlü oldukları sonucuna varılabilecektir. Nitekim ÇekK m. 7/III hükmü, beyanname almadan çek defteri veren banka görevlileri bakımından adli para cezası öngörerek, bankaların bu yöndeki yükümlülüğünü ortaya koymaktadır.

Çek hesabı açmak veyahut mevcut çek hesabından yeni bir çek defteri almak isteyen tüzel kişilerin vereceği beyanlarda, ayrıca tüzel kişinin yönetim organında görev yapan, tüzel kişinin temsilcisi olan ve tüzel kişinin imza yetkilisi olan kişilerin de çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı belirtilmelidir⁹⁷ (ÇekK m. 2/III). Nitekim çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunan sayılı türden yöneticilerin ve imza yetkililerinin bulunduğu tüzel kişilerin çek hesabı açması, mevcut çek hesabı var ise de bu kişilere yeni çek defteri verilmesi yasaklanmıştır (ÇekK m. 2/IV). Ayrıca yine ÇekK m. 2/III hükmü gereğince bankalar, çek hesabı açtıkları kişiler ile tüzel kişi çek hesabı sahiplerinin bildirdiği işlem yetkililerini, karekod okutma ve bilgi paylaşımı sistemine kaydetmekle de yükümlüdürler (TTK m. 780/III).

Tüzel kişiler bakımından önem taşıyan diğer bir düzenleme, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunan kişilerin, yasaklılık süresince sermaye şirketlerinin yönetim organlarında görev alamayacaklarına ilişkindir (ÇekK m. 5/II). Hükme göre, hakkında yasaklılık kararı verilen kişiler, yasak süresi boyunca sermaye şirketlerinin yönetim organında görev yapamayacak, ancak halihazırda görevde olan kişilere sonradan yasaklılık kararı verilmesi halinde sürelerinin sonuna kadar görevde kalmaları mümkün

96 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 382 N. 509e; Ayli, Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri, s. 71; Tenekeci, “Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu”, s. 166.

97 Çok sayıda imza yetkilisi ve temsilcinin bulunduğu büyük şirketlerde her yetkili ve temsilcinin beyannameye bulunması gerekeceği yönünde bkz. Reisoğlu, “Yeni Çek Kanunu ve Başlıca Uygulama Sorunları”, s. 23; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 351.

olabilecektir. Son halde, sermaye şirketindeki yasaklı yöneticiler görev sürelerini tamamlarken, çek hesabı açma veyahut çek defteri verme talebinde bulunan sermaye şirketleri, yasaklılık halini muhatap bankaya bildirmeli, bu bilgiye sahip olan bankalar ise çek hesabı açmaktan ve çek defteri vermekten imtina etmelidir.

Çek Kanunu m. 7/III hükmüne göre, beyan alma yükümlülüğünü yerine getirmeyen ya da ilgili beyanı almalarına rağmen yasaklı olan gerçek ya da tüzel kişilere çek hesabı açan veya çek defteri veren banka görevlilerine, elli günden yüzelli güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Yine sayılı beyanları gerçeğe aykırı biçimde veren kişiler için ise, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir (ÇekK m.7/III). Cezai sorumluluk bir yana, söz konusu yazılı beyan alma yükümlülüğünün ihlalinin, ÇekK m. 2/I kapsamındaki basiret ve özen yükümlülüğünün de ihlali sayılması mümkündür. Nitekim alınan beyanlar, çek hesabı açmak isteyen kişilerin araştırılması bakımından zorunluluk arz etmekte, basiret ve özenle araştırma yükümlülüğünü somut hale getirmektedir. Örnek olarak, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına sahip yönetim kurulu üyesinin bulunduğu bir anonim şirkette, söz konusu beyan alınmaksızın açılacak çek hesabı, şüphesiz ÇekK m. 2/I'in ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Bu halde çekleri karşılıksız çıkan ve zarar gören hamiller, haksız fiil hükümleri uyarınca muhatap bankaların sorumluluğuna gidebilecektir⁹⁸.

F. Muhatabın Tacir ve/veya Hamiline Çek Defteri Vermeye İlişkin Yükümlülüğü

Çek Kanunu m. 2/V hükmüne göre, çek defteri basmakla yetkili kurum bankadır. Bankalar bu yükümlülüklerini, Hazine ve Maliye Bakanlığı, Türkiye Bankalar Birliği (TBB) ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği'nin (TKBB) görüşü alınarak, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından düzenlenen tebliğe göre yerine getirmektedir⁹⁹ (ÇekK m. 2/VI). Bu kapsamda tacir/tacir olmayan ve hamiline/hamiline olmayan çeklerin,

98 Özsoy, Hukuki Sorumluluk, s. 83-84.

99 "Çek Defterlerinin Baskı Şekline, Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktar İle Çek Düzenleme Ve Çek Hesabı Açma Yasağı Kararlarının Bildirilmesine ve Duyurulmasına İlişkin Tebliğ" (Sayı: 2010/2)

açıkça ayırt edilecek biçimde basılması gerekmektedir¹⁰⁰. Ayrıca bankaların hamiline çek defterleri için ayrı bir hesap açma zorunluluğu da bulunmaktadır. Anılan yükümlülük gereğince bir banka müşterisinin, nama, emre ve hamiline yazılı çek kullanmak istemesi halinde, nama ve emre yazılı çekler için aynı çek hesabı kullanılabilirken, hamiline çek kullanımı için ayrıca hamiline çek hesabı açılması zorunludur¹⁰¹. Ek olarak hamiline çek hesapları olan müşterilerin, açık kimlikleri, adresleri, vergi kimlik numaraları, bu hesaptan ödeme yapılan kişilerin bilgileri ve ödeme tutarlarının Gelir İdaresi Başkanlığı'na (GİB) elektronik ortamda bildirilmesi de gerekmektedir (ÇekK m.4/I). Söz konusu yükümlülüğün, kayıt dışı ekonominin engellenmesi amacıyla olduğu belirtilmiştir¹⁰². Bu düzenlemeye ayrıcalık bakımından ise herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu hususta ÇekK'da açık boşluk bulunduğu kabul edilmektedir¹⁰³.

Çek basımına ilişkin şekil kurallarına uymakla yükümlü olan bankalar, farklı çek türlerini verecekleri kişileri de özenle belirlemelidir. Bu kapsamda tacir çekleri ancak tacirler (ÇekK m. 2/VI) ile esnaf ve sanatkâr odalarına kayıtlı olan esnaf ve sanatkarlara verilebilecektir¹⁰⁴(ÇekK m. 2/XI). Söz konusu tacir sıfatı bir ticari işletmenin kısmen veya tamamen işletilmesiyle (TTK m. 12/I, m. 16/I) veyahut ticaret şirketlerinin ticaret siciline tescil edilmesiyle kazanılmaktadır (TTK m. 232.I, m. 355/I, m. 588/I). Tacir sayılanlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁰⁵ (TTK m. 12/II). Buna karşın tacir gibi sorumlu olanların esasen tacir olmadıkları, işlemlerinde kullanabilecekleri bir ticari işletmeleri bulunmadığı ve tacir olmanın nimetlerinden faydalanamayacakları dikkate alındığında, bu kişilere diğer çeklere nazaran daha güvenli kabul edilen ayrıcalıklı tacir çek defteri¹⁰⁶ verilmemesi gerektiği söylenebilecektir (TTK m. 12/III).

100 Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 291vd.

101 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 383 N. 511; Aydın, *Çekte Muhatab Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 68; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 75; Yıldız, Etki, s. 79.

102 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* s. 383-383 N. 511a.

103 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 243.

104 B. Fatih Doğan, "5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1 /2010), s. 90.

105 Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 74.

106 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s.159 dpn. 421.

Bankaların hamiller nezdinde özel güveni haiz bulunan tacir çeklerini, tacir çeki kullanma hakkı olmayan kişilere vermeme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰⁷. Nitekim tacir olmayan kişiye, tacir çek defteri veren banka görevlisi hakkında, elli günden yüz elli güne kadar adli para cezası öngörülmüştür (ÇekK m. 7/II). Bu noktada, banka görevlisinin cezai sorumluluğunun yanında, bankanın çekleri karşılıksız çıkan çek hamillerine karşı haksız fiil sorumluluğu olabileceği de kabul edilmektedir¹⁰⁸ (ÇekK m.2/I). Nitekim bankaların çek hesabı açtırmak isteyen kişilerden tacir veya esnaf ve sanatkâr olup olmadıkları hakkında yazılı beyan alma yükümlülükleri bulunmaktadır (ÇekK m.2/II). Üstelik tacir çekleri lehtar, ciranta vd. çek ile ödeme veya teminat kabul eden kişilerde, çekin ödenebilirliği hususunda güven telkin etmektedir¹⁰⁹. Söz konusu güvene haiz olmayan kişilere, tacir çek defteri verilmesi, çek hamillerinin çekin ödeneceğine olan güvenini haksız biçimde artırmaktadır. Anılan sebeplerle, tacir çekleri karşılıksız çıkan çek hamilleri, çekin hiç ya da kısmen ödenmemesi sebebiyle uğradıkları zararlarını, özenle araştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyip gerekli beyanları almayan ve/veya yanlış kişilere tacir çek defteri veren muhatap bankalardan haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebileceklerdir.

III. Muhatabın Çekin İbrazi Sürecindeki Hukuki Sorumluluğu

A. Muhatabın Çek Bedelini Ödeme Yükümlülüğü

Belirtildiği üzere muhatap bankanın çek hesabı açma talebinde bulunan kişiyle akdedeceği çek anlaşmasından kaynaklı temel borcu, karşılığı bulunan çeki yetkili ve meşru hamil sıfatıyla süresi içerisinde ibraz eden kişiye ödemektir¹¹⁰. Çek hesabı sahibinin borcu ise karşılığı çekin ibraz anında hazır bulundurmaktır¹¹¹. Muhatap bankanın, çek anlaşması kapsamında karşılığı bulunan çeki hamile ödeme borcu, sözleşme ilişkisi gereğince esasen çek hesabı sahibine yöneliktir. Diğer bir ifadeyle ödeme yapma

107 Doğan, "5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri", s. 93.

108 Özsoy, Hukuki Sorumluluk, s. 87.

109 Doğan, s. 89.

110 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 87.

111 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 87.

yükümlülüğünü haksız yere yerine getirmeyen banka, çek hesabı sahibinin çekin ödenmemesinden kaynaklı zararlarını, TBK m. 112 vd. hükümlere göre tazmin etmekle yükümlüdür¹¹². Buna karşın salt çek anlaşmasından yola çıkılarak muhatabın çek hamiline yönelik bir ödeme yükümlülüğüne sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu itibarla önem arz eden husus, muhatap bankanın, yetkili ve meşru hamile karşı herhangi bir ödeme yükümlülüğü olup olmadığının irdelenmesidir.

Muhatap bankaların, karşılığı bulunan çekleri hamillere ödemekle yükümlü olup olmadığı, diğer bir ifadeyle hamillerin karşılığı bulunan çeklerin ödenmesini, muhatap bankalardan talep edip edemeyeceği 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK) zamanında tartışma konusu olmuştu¹¹³. Henüz muhatap bankaların ödeme yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmazken dahi öğreti ve içtihatlarda farklı gerekçelerle, bankaların süresi içerisinde ibraz edilen ve karşılığı bulunan çekleri, yetkili ve meşru hamillere ödemekle yükümlü olduğu sonucuna varılabilmisti¹¹⁴. Öğretide, çek anlaşmasının üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğu, bu sebeple üçüncü kişi konumundaki hamillerin, karşılığı bulunan çek bedellerinin ödenmesini muhatap bankalardan talep edebileceği belirtilmişti¹¹⁵. Ayrıca eTTK m. 695/II hükmü uyarınca, kısmi karşılığın bulunması halinde öngörülen ödeme yükümlülüğünden yola çıkılarak, muhatap bankaların karşılığı tamamen bulunan çek bedellerini ödemekle yükümlü olduğunun evleviyetle kabul

112 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 87; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 1086; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 15; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 102.

113 Şafak Narbay, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1999, s. 14 vd.; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 30 vd.; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 89 vd.

114 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 305; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 32-33, 39; "... Çekin ödenmesi talebiyle muhatap banka nezdinde hesabın bulunduğu şubesine veya herhangi bir şubesine ibrazı mümkün olup, çekin süresinde ibraz edilmesi halinde çekin karşılığının bulunması ve ödemeye engel bir durumun bulunmaması halinde muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Bu şartlar doğduğu halde ödeme yapılmaması halinde hamilin keşideci ve cirantalar yanı sıra arasında akdi ilişki bulunmayan ancak yasadana dolayı borçlu durumda olan muhatap bankaya karşı dava açabilmesi mümkündür ..." Y. 11. HD, 06.11.2006, E. 10551/2005, K. 11140/2006. (Lexpera)

115 Domaniç, *Şerh*, s. 537; Karayalçın, *Ticaret Hukuku III-Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, s. 267; karşı. Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 86; Kalpsüz/Erem/Çelebican, *İktisadi ve Hukuki Yönden Çek*, s. 39.

edilmesi gerektiği de ifade edilmişti¹¹⁶. Bu gerekçelere ek olarak, eTTK m. 711/I hükmü ile çekten caymanın ibraz süresinin geçmesi şartına bağlanmasının, muhatabın ibraz süresi içerisinde ödeme yapmakla yükümlü olması sonucunu doğurduğu ileri sürülmüştü¹¹⁷. Buna karşın eTTK döneminde bu yönde açık hüküm bulunmaması sebebiyle, muhatap bankaların süresi içerisinde ibraz edilen çeklere ilişkin olarak hamillere karşı herhangi bir ödeme yükümlülüğü olmadığı görüşü de savunulmaktaydı¹¹⁸.

3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun (eÇekK), ÇekK ve TTK'nın sırasıyla yürürlüğe girmesiyle birlikte hamillerin muhatap bankalardan, karşılığı bulunan çek bedellerinin ödenmesini talep edebileceğine yönelik hükümler düzenlenmiştir¹¹⁹. eÇekK m. 4/II,III ile bankaların hamillere karşı, karşılığı bulunan çeki ödeme yükümlülüğü ilk defa açık biçimde ifade edilmiştir¹²⁰. ÇekK m. 3/I, VII ve m. 7/V hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, muhatap bankaların hamillere karşı ödeme yapmakla yükümlü oldukları, tartışmasız biçimde kabul edilmiştir¹²¹. ÇekK m.3/I hükmü uyarınca, karşılığı bulunan çeklerin hamiller tarafından süresi içerisinde muhatap bankaların herhangi bir şubesine ibraz edilmesi halinde, hamillerin varsa vergi kimlik numarası tespit edildikten sonra ödeme yapılması gerekmektedir. Ödemeye ilişkin hükmün, zorunluluk vazedenden nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹²². Nitekim karşılığın kısmen veya tamamen bulunması halinde ödemenin geciktirilmesinin dahi özel bir gecikme cezasına tabi tutulması (ÇekK m. 3/VII)

116 Hayri. Donamıç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul: Eğitim Yayınları, 1975, s. 387; Domanıç, Şerh, s. 537; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 35 vd.

117 Domanıç, *Kıymetli Evrak*, s. 440; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 36 vd.

118 Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 1099; Nurkut İnan, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981, s. 39; Kalpsüz/Erem/Çelebican, *İktisadi ve Hukuki Yönden Çek*, s. 75; Can Mertol, "Çek Hamillerinin Muhatap Bankaya Karşı Hukuki Durumu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2 (1998), s. 3.

119 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 303; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 35 vd.; Narbay, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, s. 19 vd.

120 Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 128; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 89 vd.; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 37 vd.

121 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 305.

122 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 388 N. 514a; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 39; Özsoy, *Özen Yükümlülüğü*, s. 826-827.

ile haksız yere ödeme yapmayan banka görevlisi için şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olması (ÇekK m. 7/V) dikkate alındığında, bankaların karşılığı bulunan çekler için yetkili ve meşru hamillere ödeme yapmakla yükümlü olduklarında artık tereddüt bulunmamaktadır¹²³. ÇekK m. 3/VII hükmünde yer alan özel nitelikte gecikme cezası, bankadan kaynaklı olarak inceleme yapılması, karşılık sorulması vb. gecikmelerden kaynaklanmaktadır. Bu hallerde bankalar 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'daki (FaizK) temerrüt faizi ile değil, her gün için binde üç gecikme cezası ödemekle yükümlü tutulmuşlardır. Söz konusu gecikme cezası, özel oranda belirlenmiş bulunan bir temerrüt faizi olarak kabul edilmektedir¹²⁴. Buna karşın bankanın haksız yere ödeme yapmayıp, temerrüde düşürülmesi halinde, FaizK hükümleri de uygulama alanı bulabilecektir¹²⁵.

Muhatabın ödeme yükümlülüğü incelenirken öncelikle ödeme yükümlülüğünün doğumu için gerekli olan şartlar incelenmelidir¹²⁶. Nitekim muhatap bankanın ödeme yapma yükümlülüğü ancak belirli şartların kümülatif olarak bir araya gelmesiyle ortaya çıkmaktadır¹²⁷. Bu hususta ilk olarak keşideci ile muhatap banka arasında geçerli bir çek anlaşması olmalıdır (TTK m. 783/I). Zira bankanın, keşideci nezdinde, hamile karşı ödeme yükümlülüğünün temelini çek anlaşması teşkil etmektedir¹²⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, çek anlaşması sona erse dahi, öncesinde keşide edilen çekler

123 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 306; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 92.

124 Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 131; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 100; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 114.

125 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 388 N. 514a; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 132, Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 114.

126 "... Ödeme için ibraz edilen çek üzerinde muhatap banka tarafından bir kısım incelemelerin de yapılması zorunludur. Bu anlamda çekin yasal unsurları haiz gerçek bir çek olup olmadığı, süresinde ibraz edilip edilmediği, ibraz edenin meşru hamil olup olmadığı, emre yazılı çeklerde ciro zincirinin muntazam olup olmadığı, keşideciye atfen atılan imzanın keşideci yahut temsilcisine ait olup olmadığı, çekte ayrıca bir tahrifatın bulunup bulunmadığı ve başkaca bir ödeme engeli bulunup bulunmadığı hususlarında inceleme yükümlülüğü altında olan muhatap bankanın, gerekli özeni göstererek ödemeye engel bir hususu tespiti hâlinde ödeme yapmaktan kaçınması gerekmektedir..." YHGK, 20.04.2021, E. 37/2017, K. 512/2021. (Lexpera)

127 Ödeme yükümlülüğünün doğması için gerekli şartlar için bkz. Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 376 vd; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 300vd.; Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 315 vd; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 94 vd.

128 Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 16-17; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 346; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 89.

bakımından ödeme yükümlülüğü devam etmektedir¹²⁹ İbraz edilen çek tüm zorunlu ve alternatif zorunlu unsurları ihtiva eden, geçerli bir çek olmalıdır (TTK m. 780-781). Çekin ödenmesini talep eden kişi, yetkili ve meşru hamil sıfatına sahip olmalıdır (TTK m. 646/II, m. 790).

Bankaların ödeme yükümlülüğü, hesaptaki karşılık (TTK m. 783/I) ve ödemekle yükümlü oldukları asgari bedel ile sınırlıdır (ÇekK m. 3/III). Buna karşın muhatap bankalar karşılık kısmen veyahut tamamen bulunmasa dahi çekin karşılıksız kalan kısmını, düzenleyenin hukuki ve cezai yaptırımlara uğramasını engellemek adına ödeyebilecektir¹³⁰. Muhatap mevcut çek anlaşmasına, düzenleyen lehine tesis ettiği krediye, vekaletsiz iş görme hükümlerine vb. dayanarak yaptığı ödeme için keşideciye rücu edebilecektir¹³¹. Zira tüzel kişi tacir olan muhatap bankalar TTK m. 20 hükmü uyarınca ödedikleri ücreti ve faizini keşideciden isteme hakkına sahiptir¹³². Çek hesabında kısmen veya tamamen karşılık bulunmamasına rağmen karşılığın keşidecinin diğer hesaplarındaki bakiyelerden karşılanması ise yalnızca bankaya bu yönde virman yetkisi verildiği ihtimalde mümkündür¹³³.

Yetkili ve meşru hamilin çeki ibraz süresi içerisinde ibraz etmesi, ödeme yapılması için diğer bir şarttır (TTK m. 796). İbraz süresi geçmesiyle keşidecinin çekten cayması mümkün olacağı gibi, bu halde çekten cayılmamış olsa dahi muhatap bankanın ödeme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹³⁴. Yine çekin tahrif edilmiş ya da sahte olması da bankanın ödeme yükümlülüğünü tersine çevirmekte, bu hallerde bankanın gerekli dikkat ve özeni gösterip ödeme yapmaktan imtina etmesi gerekmektedir (TTK m. 812). Muhatap bankaların ödeme yapmadan önce, ödeme yasağı (TTK m. 757) vb. tedbir kararlarının bulunup bulunmadığını da incelemesi gerekmektedir.

129 Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 24.

130 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 330.

131 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 332-333. Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 421-422.

132 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 423-424; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 333.

133 Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 329; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 420; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s.70; Tekil M., *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 26; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s.55.

134 Bankanın ödeyip ödememe hususunda takdir hakkına ilişkin bkz. Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 406; Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s.314-315; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 298.

Muhatab bankanın karşılığı bulunan bir çeki, süresi içerisinde ibraz edildiği ve başkaca ödememe gerekçeleri bulunmadığı halde ödeme yükümlülüğü, belirtildiği üzere çek anlaşması kapsamında esasen keşideciye karşıdır. Ancak karşılığın bulunmasına rağmen, haksız şekilde ödeme yapmayan muhatabın, hamile karşı da sorumlu olduğu tespit edilmişti. Bu kabulden hareketle muhatab bankanın hamile karşı olan ödeme yükümlülüğünün temeli ve sorumluluğun ne şekilde ileri sürülebileceği üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir¹³⁵.

Öğretide bankanın karşılığı bulunan bir çeki, yetkili ve meşru hamile ödeme yükümlülüğünün temeli hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu hususta ödeme yükümlülüğünün esasen TTK m.783/II ve ÇekK m. 3/VII hükümlerinden kaynaklanan bir ifa borcu meydana getirdiğinden yola çıkılarak sorumluluğun, kambiyo ilişkisinden bağımsız olarak, kanundan kaynaklı borç ilişkisi temelinde doğduğu savunulmaktadır (TBK m. 112 vd.)¹³⁶. Buna karşın, hamil ile muhatab banka arasında açıkça sözleşme ilişkisinin kurulmamış olması sebebiyle, sorumluluğun haksız fiil temelli kabul edilmesi gerektiği de belirtilmiştir¹³⁷.

Kanaatimizce, mevcut düzenleme ve tesis edilen menfaat dengesi dikkate alındığında, muhatabın ödeme yükümlülüğü için kanundan kaynaklı borç ilişkisi görüşüne üstünlük tanınmalıdır. ÇekK m. 3/VII hükmü uyarınca ödememe halinde muhatab bankaya ifanın yanında gecikme cezası yaptırımının öngörülmesi de kanunda varsayılan bir borcun ve bu borcun ifasında gecikme halinde uygulanacak cezanın varlığına güçlü bir delil teşkil etmektedir¹³⁸. Bu halde ilgili sorumluluk bakımından, haksız fiil (TBK m. 49 vd.) hükümleri değil, borca aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir (TBK m. 112 vd.). Bu kabulde korunmaya değer nitelikte olan yetkili ve meşru hamil, haksız yere ödeme yapmayan muhatab bankaya

135 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 306-307.

136 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 307-308; Narbay, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*, s. 23-24; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 99; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 130-132; Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 316; tam üçüncü kişi yararına sözleşme görüşü için bkz. Karayalçın, *Ticaret Hukuku III-Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, s. 281.

137 Tekil M., *Çekte Muhatab Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 40-41; Aydın, *Çekte Muhatab Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 103-104, 113.

138 Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 99.

karşı doğrudan ifaya ilişkin bir dava açabilecektir¹³⁹. Böylece haksız biçimde zarara uğratılan hamile muhatabın kusurunu ispat külfeti yüklenmeden ve daha uzun zamanaşımı süresi içerisinde hakkını elde etme imkânı bahsedilmiş olacaktır¹⁴⁰.

B. Muhatabın Kendi Kaynaklarından Zorunlu Nitelikteki Asgari Bedel Ödeme Yükümlülüğü

ÇekK m. 3/III hükmü uyarınca, muhatap bankalar, ibraz süresi içerisinde ve usulüne uygun biçimde ibraz edilmiş çeklerin keşideci dışındaki hamillerine, karşılığın kısmen ya da tamamen bulunmadığı ihtimalde, Kanunda öngörülen çeşitli varsayımlar çerçevesinde belirlenecek bir miktardaki parayı, kendi kaynaklarından ödemekle yükümlü tutulmuştur¹⁴¹. Söz konusu ödeme yükümlülüğünün temelini, çek hesabı açılmasıyla birlikte kendiliğinden kurulduğu kabul edilen, geri dönülemez nitelikteki gayri nakdi kredi sözleşmesi oluşturmaktadır¹⁴². Kredinin gayri nakdi nitelikte kabul edilmesi, bedelin hemen değil, ancak sorumluluk şartlarının meydana gelmesi halinde ödeneceğinden ileri gelmektedir¹⁴³. Gayri nakdi kredi sözleşmesi gereğince muhatap banka, ibraz süresi içerisinde, keşideci haricindeki yetkili ve meşru hamillere, hesapta hiç karşılık bulunmasa dahi, her bir çek yaprağı için asgari nitelikteki yasal tutarı ödemekle yükümlüdür.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kendilerine başvurulmuş müracaat borçluları, ödeme yapmalarına karşılık, asgari nitelikteki tutarı edemeyecektir¹⁴⁴. Diğer bir ifadeyle, bankanın yasal garanti tutarını ödeme yükümlülüğü salt karşılıksız işlemi yaptıran keşideci dışındaki hamillere yöneliktir¹⁴⁵. Bu kapsamda takas odası aracılığıyla ibraz edilen çekler bakımından asgari ödeme yükümlülüğü de dahil olmak üzere kısmi ödeme yapılmayacaktır¹⁴⁶ (ÇekK m. 8/IV). Şartları oluşan asgari ödeme borcunun yerine

139 Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 316.

140 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 309.

141 Teoman, *Tasarı*, s. 1136 vd.; Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 390 N. 517; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 310; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 465.

142 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 468; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 313.

143 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 390 N. 518.

144 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 311.

145 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 471; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 311.

146 "...davaya konu edilen çeklerle ilgili davacı yanın güvence bedeli isteminin 5941 sayılı Yasa'dan önce yürürlükte bulunan 3167 sayılı Yasaya 4814 sayılı Yasayla eklenen 6/4.

getirilmemesinin hiçbir gerekçesi olamayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁷. Söz konusu yükümlülüğün ifası bakımından hamilin talebine dahi ihtiyaç bulunmamakta, muhatap bankanın bu ödemeyi kendiliğinden yapması gerekmektedir¹⁴⁸. Hamil anılan ödeme borcunun yerine getirilmemesi halinde ise kurulduğu kabul edilen gayri nakdi kredi sözleşmesi uyarınca, muhatap bankaya karşı aynen ifa talebinde bulunabilecektir¹⁴⁹.

Söz konusu zorunlu nitelikteki asgari ödeme sorumluluğunun ortaya çıkması için karşılığın bulunması hariç çekin ödenebilmesi için gerekli olan diğer tüm şartların sağlanmış olması gerekmektedir¹⁵⁰. Nitekim zorunlu unsurları taşımayan, yetkili ve meşru hamil tarafından ibraz edilmeyen, ibraz süresi geçmiş, ödeme yasağı vb. tedbirler bulunan çekler bakımından bankanın ödeme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu şartlar asgari bedelin ödenmesi bakımında da caridir. Ancak asgari ödeme yükümlülüğü bakımından farklılık arz eden husus, ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen bulunmaması gereğidir¹⁵¹. Muhatap bankalar, sadece karşılığı hiç ya da kısmen bulunmayan çekler için çek bedelini aşmamak üzere yasal tutarı ödemekle yükümlüdür.

Çek bedelinin kısmen ya da tamamen karşılıksız olması halinin, muhatabın ödeme gücündeki yetersizlikten kaynaklanması gerektiği belirtilmiştir¹⁵². Bu doğrultuda düzenleyenin ödeme gücüyle ilgisi olmayan, çekten cayılması (TTK m. 799), çekin iptal edilmesi (TTK m. 757), menfi tespit davası sonucunda çek hesabı üzerinde ihtiyati tedbir kararı verilmesi vb. sebeplerle ödeme yapılmaması halinde, muhatap bankanın asgari bedeli

maddesi uyarınca "takas odaları aracılığıyla ibraz edilen çekler için güvence bedelinin ödenmeyeceğine" hükmü çerçevesinde mahkemece bir değerlendirme yapılarak takas merkezine ibraz olunan davaya konu dört adet çekte ilişkin davalı muhatap bankanın ödeme yapma yükümlülüğünün bulunmadığı gözetilmeksizin eksik inceleme ve yanlılgılı değerlendirmeyle yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir." Y. 19. HD, 24.12.2014, E. 11861/2014, K. 18686/2014. (Lexpera)

147 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 390 N. 517.

148 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 469; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 316-317.

149 Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 113.

150 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 311-313; Gerekli şartlar için bkz. Çetin Arslan/Murat Kayaççiçek, *5941 sayılı Çek Kanunu Şerhi*, Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2010, s. 265.

151 Poroy/Tekinalp, s. 390 N. 517; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 470.

152 Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 106-107; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 469.

ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁵³. Buna karşın, hesabın haczi veya rehni, hesapta hiç veya yeterli bakiye bulunmaması, iflasın ertelenmesi veyahut konkordato sebebiyle hesap üzerine ihtiyati tedbir konulması vb. keşidecinin ödeme gücüyle ilişkili karşılıksızlık işlemlerinde, asgari bedel ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁵⁴.

Zorunlu nitelikteki ödeme yükümlülüğüyle ilgili önem arz eden diğer bir husus, çekin baskı tarihinden itibaren beş yıllık sürenin geçmemiş olmasıdır¹⁵⁵. Nitekim ÇekK m. 3/IX hükmü uyarınca "Çekin, üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde ibraz edilmemesi halinde, muhatap bankanın üçüncü fıkraya göre ödemekle yükümlü olduğu tutara ilişkin sorumluluğu sona erer" denilerek, sorumluluğun zamansal sınırı düzenlenmiştir. Bankalara çek defteri verdikleri kişiler için her bir çek yaprağı bakımından asgari ödeme teminatı verdirilmekte, ancak bu teminat çek defterinin basılmasından itibaren beş yıllık süreyle sınırlı tutulmaktadır¹⁵⁶(ÇekK m. 3/IX). Beş yıllık süre çekin üzerindeki baskı tarihinden itibaren hesaplanacaktır. Baskı tarihi bulunmadığı ihtimalde, baskı tarihini yazma yükümlülüğünün muhatap bankaya ait olması sebebiyle, ödeme yükümlülüğünün devam edeceği kabul edilmektedir¹⁵⁷. Belirtilen şartlarda her bir çek yaprağı için asgari bedel ödemekle yükümlü olan bankalar, çek defteri verirken gerekli basiret ve özeni göstermeye teşvik edilmektedir¹⁵⁸.

Söz konusu asgari ödeme tutarı, Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayımlanan fiyat endeksleri referans alınarak, her yılın ocak

153 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 311-312; İsmail Kırca, "Çek Hesabında Bulunan Paranın Haciz, Rehin veya İhtiyati Tedbir Sebebiyle Öden(e)mediği Hallerde Banka Kanunen Sorumlu Olduğu Tutarı Ödemekle Yükümlü müdür? Yargıtay 11. HD'nin 15.03.2017 Tarih ve E. 2016/1304, K. 2017/1532 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 34/2 (2018), s.29-30; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 107; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 469-470.

154 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 312-313; Kırca, *İhtiyati Tedbir*, s. 30; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 106; karşı. Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 470.

155 Baskı tarihinin mahiyeti ve hukuki sonuçları hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Mehmet Helvacı/Raziye Aksu, "Çekte Baskı Tarihinin Muhatap Bankanın Sorumluluğuna Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23/2 (2017), s. 223-248.

156 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 390-391 N. 519; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 470-471.

157 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 471.

158 "Özen İkaz Akçesi" tabiri için bkz. Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 391 N. 520; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 313.

ayında, TCMB tarafından 2010/2 sayılı Tebliğ'de değişiklik yapılmak suretiyle, Resmî Gazete'de ilan edilmektedir¹⁵⁹. 27 Ocak 2024 tarihinde 2024/1 sayılı Tebliğ ile ilan edilen güncel tutar, 9270 (dokuzbinikiyüzyetmiş) TL olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda, 31 Ocak 2024 tarihinden itibaren, ibraz edildiği anda hiç karşılığın bulunmadığı çekler bakımından; muhatap banka çek bedeli 9270 TL ve daha az ise çek tutarının tamamını, 9270 TL'den fazla ise 9270 TL'lik kısmını ödemekle yükümlüdür. Karşılığın kısmen bulunduğu ihtimalde ise muhatap banka; çek bedeli 9270 TL ve daha az ise çek bedelini aşmamak üzere kısmi karşılığı, çek bedeli 9270 TL'den fazla ise çek tutarını aşmamak üzere kısmi karşılığa ilave olarak 9270 TL'ye kadar ödeme yapmakla yükümlüdür.

Hamil çekin kısmen karşılıksız çıktığı ihtimalde, kural olarak kısmi ödemeyi kabul etmek zorundadır¹⁶⁰. Hamilin reddetmesi halinde, kısmi ödemeyi kabule zorlanması da söz konusu olmayacaktır, ancak kısmi ödemenin ilke olarak reddedilemeyeceği kuralının bir sonucu olarak, hamil reddettiği kısmi tutar bakımından müracaat, temerrüt faizi ve komisyon haklarını kaybetmiş olacaktır¹⁶¹ (TTK m. 818/I-(h), m. 709). Kısmi karşılığın kabulü halinde ve hamilin talebiyle, çek hesabındaki kısmi karşılık ve zorunlu nitelikteki asgari ödeme tutarı, çek bedelinden düşülerek, karşılıksız işlemi yapılacaktır.

Karşılıksız işlemi yapılan çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın ödediği zorunlu nitelikteki miktar, ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmalıdır. Çek tüzel kişi adına tahsil ediliyorsa da bu durumun yazılması ve ibraz eden kişi ile banka görevlisi tarafından imzalanması gerekmektedir. Hamilin çeki imzalamaktan imtina etmesi halinde, karşılıksız işlemi yapılmayacaktır (ÇekK m. 3/IV). Karşılıksız kalan net tutarın çek üzerinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu halde çekin aslı banka tarafından muhafaza edilip¹⁶², ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilecektir (ÇekK m. 3/VI). Kısmi

159 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 391 N. 520a; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 314.

160 Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s.343 N. 471c; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 467.

161 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 471.

162 "...bankanın sorumluluk tutarını ödeme yükümlülüğünün çek aslının bankaya bırakılması halinde söz konusu olabileceği..." Y. 19. HD, 04.04.2016, E. 15581/2015, K. 5628/2016. (Lexpera)

ödemenin reddedilmesi halinde de muhatap bankanın yasal bedeli ödeme yükümlülüğü devam etmektedir¹⁶³. Bu halde asgari tutar ile reddedilen kısmi ödeme toplam çek bedelinden düşülerek, kalan tutar bakımından karşılıksız işlemi yapılacaktır. Kısmi ödemenin reddedildiği bilgisi çekin üzerine yazılmalı, çek üzerine hamilin imzası alınmalı, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi bankaca muhafaza edilmek şartıyla, çekin aslı hamile iade edilmelidir (ÇekK m. 3/V). Çek hesabında hiç karşılığın bulunmaması ihtimalinde ise, bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutar toplam çek bedelinden düşülerek karşılıksız işlemi yapılmalıdır.

Karşılıksız işlemi yapılırken, ibraz tarihi ile hesapta hiç karşılığın bulunmadığı çekin üzerine yazılıp hamilin imzası alınmalıdır. Bu halde de çekin aslı hamile verilip, ön ve arka yüzünün onaylı fotokopileri banka tarafından muhafaza edilecektir (ÇekK m. 3/V). Nihayet kısmi karşılığın bulunduğu ve hamil tarafından kabul edildiği halde, çekin aslı banka tarafından alınırken, hiç karşılığın bulunmadığı veyahut mevcut kısmi karşılığın hamil tarafından kabul edilmediği ihtimalde, çekin aslı hamile iade edilecektir (ÇekK m. 3/IV, V, VI). Hamil onaylı çek fotokopisini müracaat borçlularına başvuru hakkında, karşılıksız çek suçuna ilişkin şikâyetinde, icra dairelerinde ve mahkemelerde delil olarak kullanabilecektir. Ayrıca mahkemelerin ve icra dairelerinin talebi halinde, çekin aslı da bankalar tarafından ilgili mercilere gönderilebilecektir (ÇekK m. 3/X).

C. Muhatabın Karşılıksızdır İşlemi Yapma ve Keşidecinin Bilgilerini Hamile Bildirme Yükümlülüğü

İbraz ettiği çek kısmen ya da tamamen karşılıksız çıkan hamiller, müracaat haklarını kullanmak ve/veya karşılıksız çek suçundan dolayı şikâyette bulunmak isteyebilecektir (ÇekK m. 5). Müracaat hakkının kullanılabilmesi protesto çekilmesi ve takas odası beyanı imkanlarının yanı sıra kural olarak karşılıksızdır işlemi yapılması şartına bağlıdır (TTK m. 808). ÇekK m. 3/II uyarınca karşılığı kısmen ya da tamamen ödenmeyen çekler için hamillerin talebi halinde muhatap bankalar karşılıksızdır işlemi yapmakla yükümlü tutulmuştur¹⁶⁴. Karşılıksızdır işlemi yapılırken çekin arka tarafına ib-

163 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 316-317.

164 Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 328; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 366-367.

raz tarihi ve bu tarih itibariyle çek hesabının durumu, kanuni yükümlülük kapsamında ödenen tutar, ödeme sonrası karşılıksız kalan kısım ve ibraz eden kişinin bilgileri yazılmalıdır. Tüm bu bilgilerin altına da ibraz eden kişi ile banka memurunun imza atması gerekmektedir. Hamilin imzadan kaçınması halinde karşılıksızdır işlemi yapılmasından imtina edilmesi gerekmektedir (ÇekK m. 3/IV).

Söz konusu yükümlülük çekin karşılıksız olma niteliğini engellemesi sebebiyle zorunlu unsurları eksik, meşru hamil tarafından ibraz edilmeyen, sahte veyahut ileri düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekler bakımından bulunmamaktadır¹⁶⁵. İleri düzenleme tarihli çekler muhatapın karşılıksızdır işlemi yapma yükümlülüğü bakımından ayrıca incelenmelidir. Bir ödeme aracı olan çek kural olarak görüldüğünde ödenir (TTK m. 795/I). Bu kural ileri düzenleme tarihli çekler için de geçerlidir¹⁶⁶ (TTK m. 795/II). Ancak 31.12.2025 tarihine kadar ileri düzenleme tarihli çeklerin, üzerinde yazılı tarihten önce ibraz edilmesi geçersiz kabul edilerek, ibraz edilen çeklerin karşılığı olsa dahi ödenmeyeceği, karşılığının kısmen ya da tamamen bulunmaması ihtimalinde ise herhangi bir işleme tabi tutulmayacağı hükme bağlanmıştır¹⁶⁷ (ÇekK Geçici Madde 3/IV). 2025 yılı sonunda anılan geçici maddenin tekrar uzatılmaması halinde uygulama bulacak ÇekK m. 3/VIII hükmüne göre ise üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çeklerin karşılığı varsa ödenecek, kısmen ya da tamamen karşılığın bulunmaması ihtimalinde ise ileri düzenleme tarihi esas alınarak karşılıksızdır işlemi yapılamayacaktır¹⁶⁸. Mevcut düzenlemeler doğrultusunda muhatap bankaların üzerinde yazılı bulunan tarihten önce ibraz edilen ileri düzenleme tarihli çekler bakımından incelenen kuralın aksine karşılıksızdır işlemi yapmama yükümlülüğü olduğu söylenebilecektir.

165 Şükrü Yıldız, "Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 27.01.2020 Tarih ve E. 2019/35817, K.2020/415, Sayılı Sahte Çekle İlgili Kararı Üzerine Bir İnceleme", *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan Cilt 1*, İstanbul, 2022, s.679; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 361-362.

166 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 270-271; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 333; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 337.

167 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 274; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 335; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 338.

168 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 275; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 334; Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 337-338.

Hamillerin müracaat haklarını kullanmak ya da şikâyetle bulunmak için ihtiyaç duydukları bilgileri temin etmeleri bakımından, muhatap bankalara çek düzenleyen bilinen tüm adres bilgilerini paylaşma yükümlülüğü de getirilmiştir (ÇekK m.2/II). Bu kapsamda muhatap bankalar, çek kısmen ya da tamamen karşılıksız çıktığı ihtimalde, çek keşide eden banka bilinen tüm adreslerini hamile vermekle yükümlü tutulmuştur¹⁶⁹. Söz konusu yükümlülük bankanın bilgisi dahilinde bulunan adreslerle sınırlıdır¹⁷⁰. Karşılıksız çek düzenleme sorumluluğunun muhatabı çek hesabı sahibiyken, hükmün salt keşidecilerin adreslerini bildirme yükümlülüğü getiren lafzı eleştiriye açıktır. Bu noktada keşideci kavramı içerisinde hem çek hesabı sahiplerinin hem de bu kişileri temsilen çek düzenleyen kişilerin yer aldığı kabul etmek gerekmektedir. Nitekim hüküm gerekçesinde de çek hesabı sahipleri ile varsa adına çek düzenleyen gerçek kişilerin adreslerinin bildirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir¹⁷¹.

Kısmen ya da tamamen karşılıksız kalan çekler için haklı bir sebep olmaksızın karşılıksızdır işlemi yapmayan banka görevlileri için şikâyet üzerine bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (ÇekK m.7/IV). Banka görevlileri çekin sahteliğini, hamilin imzadan kaçındığını, ödeme yasağının bulunduğunu vb. karşılıksız işlemi yapmamasını haklı gösterecek hususları ispatlaması halinde ceza almayacaktır¹⁷². Keşidecinin adres bilgilerini bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen muhatap banka için ise Cumhuriyet savcısı tarafından beş yüz TL'den beş bin TL'ye kadar idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır (ÇekK m.7/X).

Anılan yükümlülükler için Kanunda adli ve idari ceza hükümleri öngörülmüş olmasına karşın, esasen karşılıksızdır işleminin yapılmaması veyahut adres bilgilerinin bildirim yükümlülüklerinin ihlali sebebiyle hamillerin zarara uğrama ihtimali de mevcuttur¹⁷³. Zira karşılıksız işlemi-

169 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 473; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 105; Tenekeci, "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu", s. 166.

170 Bozer/Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 473; Ayli, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, s. 151.

171 Bkz. ÇekK m. 2 gerekçesi.

172 Yıldız, *Sahte Çek*, s. 679.

173 Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 329; Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 105; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 118.

ni yaptırılmayan hamiller düzenleyen de dahil olmak üzere tüm müracaat haklarını kaybetme riskiyle karşılaşacak, zararlarını ancak sebepsiz zenginleşme ya da temel ilişki yoluyla sınırlı olarak gidermek zorunda kalabileceklerdir¹⁷⁴. Yine keşidecinin adres bilgilerini elde edemeyen hamiller, ilgili müracaat ve adli süreci zamanında başlatamayıp, hak kaybına uğrayabilecektir. Bu halde muhatap bankaların, öngörülen adli ve idari cezalarının yanı sıra karşılıksızdır işlemleri yapma, gerekli adresleri temin etme, saklama ve bildirme yükümlülüklerinin ihlali sebebiyle çek hamillerinin uğrayabilecekleri zararları, haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin etmekle yükümlü oldukları kabul edilmektedir¹⁷⁵.

IV. Sonuç

Muhatap bankalar ÇekK m. 2/I hükmü uyarınca çek hesabı açmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin yasaklılık hallerini, ekonomik ve sosyal durumlarını, basiret ve özen yükümlülüğü çerçevesinde araştırmakla yükümlüdür. Bu kapsamda bankalar öncelikle hayali, ölü ya da başka kişiler üzerine naylon çek hesaplarının açılmasını engellemek üzere çek kullanma yasağı olan kişiler ile ekonomik/sosyal açıdan çek kullanmaya uygun olmayan kişilerin çek kullanmasının önüne geçmekle yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük emredici nitelikteki davranış kuralı niteliğinde olup, ihlal edilmesi haksız fiile ilişkin sorumluluk düzeni içerisinde yer almaktadır (TBK m. 49 vd.). Bu doğrultuda söz konusu araştırma yükümlülüğünün kusurlu biçimde ihlali sebebiyle, çekleri karşılıksız çıkan ve zarara uğrayan hamiller, zararlarının tazminini haksız fiil hükümleri uyarınca muhatap bankalardan talep ve dava edebilmektedir. Uygulamada söz konusu sorumluluğa başvurabilmek için hamillerin tüm başvuru yollarını tüketmeleri aranmakta, hamillerin müterafik kusurları da tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmektedir.

Muhatap bankaların çek hesabı açılması sırasındaki basiret ve özen yükümlülüğüne ilişkin somut düzenlemeler; çek hesabı açmak isteyen kişilerden Kanunda öngörülen tüm belgelerin eksiksiz biçimde temin edilmesi

174 Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 384.

175 Aydın, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, s. 105; Özsoy, *Hukuki Sorumluluk*, s. 118.

(ÇekK m. 2/II), gerekli beyanların alınması (ÇekK m. 2/III) ve çek defterlerinin kanuna uygun biçimde basılarak uygun kişilere verilmesidir (ÇekK m. 2/V, VI). Sayılı somut yükümlülüklerin ihlali esasen adli ve idari yaptırımlara tabi tutulmuş olmakla birlikte muhatap bankaların basiret ve özenle araştırma yükümlülüğünün ihlalini de beraberinde getirmektedir. Bu halde anılan yükümlülüklerin ihlali sebebiyle çekleri karşılıksız çıkan hamiller, uğradıkları zararlar bakımından muhatap bankalara karşı haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat davası açma imkanına sahip kabul edilmektedir.

Yine ÇekK m. 3/I, VII ve m. 7/V hükümleri uyarınca muhatap bankalar, süresi içerisinde ibraz edilen ve karşılığı bulunan çekleri, başkaca haklı ödememe gerekçeleri bulunmadıkça, yetkili ve meşru hamile ödemekle yükümlüdür. Söz konusu ödeme yükümlülüğü, kanundan kaynaklı borç ilişkisi niteliğinde kabul edilmektedir. Bu halde hamiller, söz konusu ödeme yükümlülüğünü haksız yere yerine getirmeyen muhatap bankalardan aynen ifayı talep etme hak ve yetkisine sahip kabul edilmektedir (TBK m. 119).

Çek Kanunu m.3/III hükmü uyarınca, muhatap bankalar karşılığı tamamen ya da kısmen bulunmayan çekler için, keşideci dışında çeki süresi içerisinde ibraz eden hamillere, asgari nitelikteki yasal tutarı herhangi bir talebe gerek olmaksızın ödemekle yükümlüdürler. Söz konusu ödeme yükümlülüğü çek anlaşması akdedilirken kendiliğinden kurulduğu kabul edilen, geri dönülemez nitelikteki gayri nakdi kredi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu halde hamiller yasal tutarı haksız yere ödemekten imtina eden muhatap bankalara karşı söz konusu yükümlülüğün ifasını talep edebilmektedir.

Son olarak, çekin kısmen ya da tamamen karşılıksız çıkması halinde, muhatap bankalar karşılıksızdır işlemi (ÇekK m. 3/II) yapmakla birlikte, keşideci ve varsa temsilcilerine ait uhdesinde bulunan tüm adresleri hamillerle paylaşmakla yükümlüdür (ÇekK m. 2/II). Söz konusu yükümlülüklerin ihlali için Kanunda adli ve idari yaptırımlar öngörölmüş olmakla birlikte, hamiller karşılıksızdır işlemi yapılmaması ve keşidecilerin adres bilgilerinin paylaşılması sebebiyle uğradıkları zararlarını haksız fiil temelinde muhatap bankalardan talep edebilmektedir.

Kaynakça

- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022.
- Arslan, Çetin / Kayaççiçek, Murat. *5941 sayılı Çek Kanunu Şerhi*. Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2010.
- Aydın, Hanife. *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayli, Ali. *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Bozer, Ali / Göle, Celal. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2024.
- Can, Mertol. "Çek Hamilinin Muhatap Bankaya Karşı Hukuki Durumu". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/2 (1998).
- Doğan, Beşir Fatih. "5941 Sayılı Çek Kanunu'na Göre Yeni Çek Türleri". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1/1 (2010): 86-107.
- Domaniç, Hayri. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Eğitim Yayınları, 1975. (Anılış: Kıymetli Evrak)
- Domaniç, Hayri. *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-IV*. İstanbul: Eskin Matbaası, 1990. (Anılış: Şerh)
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Helvacı, Mehmet / Aksu, Raziye. "Çekte Baskı Tarihinin Muhatap Bankanın Sorumluluğuna Etkisi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 23/2 (2017): 223-248.
- Helvacı, Mehmet. "Çek Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 25/4 (2009): 229-251.
- İnan, Nurkut. *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1981.
- Kalpsüz, Turgut / Çelebican, Gürkan / Erem, Faruk. *İktisadi ve Hukuki Yönden Çek*. Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 1974.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku III-Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Kendigelen, Abuzer / Kırca, İsmail. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kırca, İsmail. "Çek Hesabında Bulunan Paranın Haciz, Rehin veya İhtiyati Tedbir Sebebiyle Öden(e)mediği Hallerde Banka Kanunen Sorumlu Olduğu Tutarı Ödemekle Yükümlü müdür? Yargıtay 11. HD'nin 15.03.2017 Tarih ve E. 2016/1304, K. 2017/1532 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 34/2 (2018): 23-30. (Anılış: İhtiyati Tedbir)

- Narbay, Şafak. *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 1999.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Özsoy, Ahmet. "Çek Kanunu Madde 2/1 Kapsamında Muhatabın Özen Yükümlülüğü". *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*. İstanbul (2019): 823-842. (Anılış: Özen Yükümlülüğü)
- Özsoy, Ahmet. *Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020. (Anılış: Hukuki Sorumluluk)
- Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*. İstanbul: Adalet Yayınları, 2013.
- Reisoğlu, Seza. "Yeni Çek Kanunu ve Başlıca Uygulama Sorunları". *Bankacılar Dergisi*. 76/1 (2011): 21-41.
- Sevi, Ali Murat. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Tekil, Fahiman. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1994.
- Tekil, Müge. *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Basım, 1997.
- Tenekeci, Cüneyt. "Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu". *Terazi Hukuk Dergisi*. 13/143 (2018): 157-167.
- Teoman, Ömer. "Çek Kanunu Tasarısının Bankalara Getirdiği Yükümlülükler". *Tüm Makalelerim (1971-2001) Cilt I-II*. (1985): 1129-1140. (Anılış: Tasarı)
- Teoman, Ömer. *Çek Yasası ve Getirdiği Yenilikler*. İstanbul, 1987. (Anılış: Çek Yasası)
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, N. Füsün. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Yıldız, Şükrü. "Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 27.01.2020 Tarih ve E. 2019/35817, K.2020/415, Sayılı Sahte Çekle İlgili Kararı Üzerine Bir İnceleme". *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan Cilt 1*. İstanbul (2022): 661-681. (Anılış: Sahte Çek)
- Yıldız, Şükrü. "5941 Sayılı Çek Kanunu'nun Çek Hukukuna Etkileri". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 18/1 (2010): 71-83. (Anılış: Etki)

Türkiye ve Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kurumunun Avrupa Birliği Politikaları Bağlamında Karşılaştırılması*

Merve ÇEÇİ**

Özet

Hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yargı dışında başvurulacak çözüm yöntemleri genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak anılmakta olup, çalışma konumuzu teşkil eden arabuluculuk da bu yöntemlerden biridir. Çalışmamızda Türkiye ve Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde (KMC) Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kurumunun Avrupa Birliği (AB) politikaları bağlamında karşılaştırılması amaçlanmıştır. Türkiye ile coğrafi ve kültürel olarak yakınlık arz eden ve son zamanlarda AB politikalarını takip ederek arabuluculuk uygulamasını hayata geçiren KMC daha önce karşılaştırmalı bir çalışmaya konu edilmemiştir. Bu ülkelerin ikisi de arabuluculuğa ilişkin hukuki düzenlemelerinde Avrupa Birliği'nden etkilenmekle birlikte, mevzuatları arasında bazı farklar söz konusudur. Avrupa Birliği ile uyum sürecinde ve Birlik mevzuatı dikkate alınarak hazırlanmış arabuluculuk mevzuatına sahip bu iki ülkenin hukuk uyuşmazlıklarında mevzuatı ve uygulamaları çalışmamızda karşılaştırmalı olarak incelenecek; iki ülke arasında benzerlikler ve farklılıklar ile uygulamadaki olumlu ve olumsuz yönleri ortaya konulacaktır.

* Bu makale TÜBİTAK 2209-A projesi kapsamında desteklenmektedir.

** Stajyer Avukat, Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisi. mervececiinfo@gmail.com. ORCID:0009-0006-8810-1704.

Anahtar Kelimeler: Türkiye Cumhuriyeti'nde Arabuluculuk, Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Avrupa Birliği Arabuluculuk Politikaları.

Abstract

The methods of resolution used outside the judiciary in resolving legal disputes are generally referred to as alternative dispute resolution methods, and mediation, which constitutes our subject of study, is one of these methods. Our study aims to compare the Mediation Institution in Legal Disputes in Türkiye and the Republic of North Macedonia (RNM) in the context of European Union (EU) policies. The Republic of North Macedonia, which is geographically and culturally close to Türkiye and has recently implemented mediation practices by following European Union policies, has not been the subject of a comparative study before in terms of mediation. Although both of these countries are influenced by the European Union in their legal regulations regarding mediation, there are some differences between their legislation. In our study, the legislation and practices of these two countries, which are in the process of harmonization with the European Union, will be examined comparatively in legal disputes; the similarities and differences between the two countries and the positive and negative aspects of the practice will be revealed.

Keywords: Mediation in the Republic of Türkiye, Mediation in the Republic of North Macedonia, Mediation in Legal Disputes, European Union Mediation Policies.

Extended Summary

Mediation, as an alternative dispute resolution method, enables disputes to be resolved more quickly, more efficiently and less costly than litigation. Mediation is one of the alternative dispute resolution methods. In our study, the Mediation Institution in Legal Disputes in Türkiye and the Republic of North Macedonia (RNM) was compared in the context of European Union (EU) policies. According to our research, both countries adopted EU regulations on mediation and tried to transfer them to their domestic laws. Although the countries are influenced by the European Union, there are some differences in their legislation.

In our study, firstly the development of the mediation institution in the EU was investigated, then the legal regulations of Türkiye and North Macedonia were included. Namely, although mediation is referred to as a new dispute resolution method in modern legal practice, it is a very old method dating back to ancient times. It is known that in medieval Europe, the popes served as mediators in disputes that occurred in society in addition to their religious duties. A similar practice was also seen in the Ottoman Empire. The practice of mediation, which began to become widespread in the USA in the late 1800s, became law in 1980. These developments have had significant impacts on the European continent, especially since the early 2000s.

In Türkiye, the first legal regulation was introduced in 2012 with the Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325 (*6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*) and the Regulation on the Law on Mediation in Civil Disputes No. 28540 (*28540 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği*) was put into effect in 2013. These regulations took into consideration international regulations such as the UNCITRAL Model Law, the EU Directive and the Green Paper.

The first law legally regulating the mediation institution in the Republic of North Macedonia came into force in 2006 (*60/2006 Закон за медијација*). Also, RNM follows EU policies and has approached European dispute resolution standards by starting to follow CEPEJ's Mediation Development Toolkit dated 2018 and numbered 2008/52/EC on Mediation in Civil and Commercial Disputes. This Law underwent some amendments in 2013, then was amended again in 2021 and entered into force on January 4, 2022 (*08-5475/1, Закон За Медијација*).

In 2015, RNM first introduced the requirement of mediation in commercial cases. In Türkiye, for the first time in 2017, litigation-conditional mediation was regulated in labor disputes. Despite this, the institution of mediation has begun to be adopted more quickly in Türkiye, and studies have been carried out to implement litigation-based mediation in different areas. In RNM, after commercial disputes, efforts are being made on consumer disputes. The biggest reason for the rapid adoption of mediation in commercial disputes in RNM is the country's surroundings with EU member states and the commercial relations between these countries. Indeed,

despite the fact that both countries are geographically close to each other and have adopted EU policies, they have adopted different procedures in mediation.

On the other hand, although in both countries it is required to attend training, receive a certificate and successfully complete the exam in order to become a mediator, there are differences in the content of the exam, the duration and methods of the training.

Another fundamental difference regarding the conditions for becoming a mediator is that, while people from other professional groups, including lawyers, can become mediators in RNM, in Türkiye, the mediator must be a law school graduate and have at least five years of experience in the profession.

Field studies were conducted both in KMC and in Türkiye. Interviews were held with mediators, lawyers and academicians regarding mediation practice and legal regulations. The results obtained from field studies in both countries are relatively similar. Namely, the participants of both countries argued that the public should be more aware of mediation.

Giriş

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, yargulamaya nazaran uyuşmazlıkların daha hızlı, daha verimli ve daha az maliyetli bir şekilde çözülmesini sağlamaktadır.¹ Çatışma çözümünde yaygın bir yöntem olan arabuluculukta uyuşmazlığın tarafları menfaat ve ihtiyaçlarına göre kendi uyuşmazlıklarının kaderini kendileri tayin etmektedir.² Genel anlamı ile arabuluculuk, uyuşmazlık taraflarının tarafsız bir üçüncü kişinin yardımı ile iletişim sağlayarak, uyuşmazlık konularını müzakere ettikleri bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Arabulucu, bu süreçte tarafları bir araya getirerek iletişim tekniklerinden yararlanmaksuretiyle daha kolay bir şekilde iletişim kurmalarını sağlamaktadır.

-
- 1 Andon Majhosev, Sanja Živkova, Angela Misheva, and Darko Majhosev, "Legal and Institutional Framework of Mediation in Republic of Macedonia," *Journal of Process Management – New Technologies, International* 2, no. 4 (2014): 3, s.119.
 - 2 Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu and Ahter Yakacak, "Arabuluculukta İletişim," ed. Zeynep Esra Abay Çelik, Ankara: Eğitim Yayınevi, 1. Baskı, (2023), s.155.

Zira arabuluculuğun merkezinde iletişim yer alır.³ Arabulucu, çatışmaları çözüme sürecinde başarılı olabilmek için etkili iletişim becerilerine sahip olmalı, insan psikolojisini iyi anlamalı, kendi duygularını kontrol edebilmeli ve bu yetkinlikleriyle taraflarda güven duygusu oluşturabilmelidir.⁴ Ancak, etkili iletişim becerisi kendiliğinden her zaman var olan bir yetenek değildir, öğrenilebilir ve geliştirilebilir.⁵ İletişim becerisi kadar aktif dinleme de arabuluculukta önemlidir. Nitekim arabuluculuk sürecinin başlangıç aşamalarında, tarafların kendi düşünce ve duygularını doğal bir şekilde ifade etmelerine olanak tanımak, diğer bir ifadeyle “içini dökme” fırsatı sunmak, taraflar üzerinde olumlu bir etki yaratabilir.⁶ Ayrıca arabulucu uyuşmazlık yaşayan tarafların tüm hikayesini dinlemelidir.⁷ Bu amaçla arabulucu, uyuşmazlık taraflarının düşüncelerini açıkça dile getirmeye ve temel sorunlarını ifade etmeye yönlendirecek bir yaklaşım benimsemelidir.⁸

Arabulucu müzakerelerde çeşitli stratejilerden de yararlanabilir. Bu stratejiler, uyuşmazlığın konusunu belirlemek amacıyla taraflarla ayrı ayrı ön toplantılar düzenlemek, tarafların ilişkilerinin yeniden tesisine yardımcı olmak ve müzakerelerde ilerleme kaydedilmediği takdirde görüşmeleri sona erdirmeye talebinde bulunmak olabilir.⁹ Arabuluculukta ortak toplantılar ise güvenli, hızlı ve diğer iletişim tekniklerinden daha verimli bir iletişim biçimidir.¹⁰

Modern hukuk uygulamasında arabuluculuk yeni bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak anılmakla birlikte tarihi eski çağlara kadar uzanan oldukça eski bir yöntemdir. Orta Çağ Avrupa'sında papaların dini görevlerinin yanı sıra toplumda meydana gelen uyuşmazlıklarda arabulucu olarak görev yaptıkları bilinmektedir. Benzer bir uygulama Osmanlı devletinde de görülmüştür. Kadı yardımcısı olan muhızlılar da taraflar arasında çıkan

3 Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç ve Ali Bulur, ed., Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 3. Baskı (Ankara: Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021), s.56.

4 Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s.56.

5 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, “Arabuluculukta İletişim,” s. 159.

6 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, “Arabuluculukta İletişim,” s.162.

7 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, “Arabuluculukta İletişim,” s.162.

8 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, “Arabuluculukta İletişim,” s.162.

9 J.M., Hiltrop “Mediator Behavior and the Settlement of Collective Bargaining Disputes in Britain,” *Journal of Social Issues* 41, no. 2 (1985): 19-34. <https://doi.org/10.1111/j.1540-4560.1985.tb00856.x.tb00856.x.s.19>.

10 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, “Arabuluculukta İletişim,” s.172.

uyuşmazlıklarda arabulucu olarak görev yapmışlardır. Her ne kadar eski dönemlerde çeşitli toplumlarda arabuluculuk uygulamalarını görmek mümkün olsa da modern hukuk sistemlerine yansımaları nispeten geç olmuştur.

Amerika’da 1800’lü yılların sonları itibariyle yaygınlaşmaya başlayan arabuluculuk uygulaması 1980 yılında kanunlaşmıştır. Bu gelişmelerin özellikle 2000’li yılların başı itibariyle Avrupa Kıtası’nda da önemli etkileri olduğu görülmektedir. 1999 yılında AB, demokratik istikrarın geliştirilmesi ve güçlendirilmesi amacıyla yürütülen faaliyetler kapsamında, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk kurumunun tesisi için Strasbourg’da “Uyuşmazlık Çözümünün Alternatif Yolları Hakkında Çok Taraflı Seminer”i (*The Multilateral Seminar on Alternative Means of Dispute Resolution*) düzenlemiştir. Seminer’de Uzmanlar Komitesi’nin üzerinde çalıştığı konulardan biri de *Alternative Dispute Resolution (ADR)* “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü” yolları olmuştur. AB aynı zamanda 2002 yılında Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitabı hazırlamıştır. Avrupa Parlamentosu da ADR’nin önemini ve işlevselliği ile sağlayacağı faydalarına vurgu yaparak Yeşil Kitabı desteklemiştir.

Türkiye’de 2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile ilk yasal düzenleme getirilmiş, 2013 yılında 28540 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği yürürlüğe konmuştur. Belirtmek gerekir ki, bu düzenlemelerde UNICTRAL Model Kanunu, AB Direktifi ve Yeşil Kitap gibi uluslararası düzenlemeler dikkate alınmıştır. 2013-2017 yılları arasında bu düzenlemelere dayalı olarak ihtiyari arabuluculuk uygulamaları yürütülmüştür. 2017 yılında İş Mahkemeleri Kanunu kabul edilerek, iş hukuku uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulaması başlamış, ardından özel hukukun çeşitli alanlarında dava şartı arabuluculuk uygulanmaya başlanmıştır.

Kuzey Makedonya Cumhuriyeti’nde arabuluculuk kurumunu yasal olarak düzenleyen ilk kanun 2006’da yürürlüğe girmiştir (*60/2006 Закон за медијација*). Bu Kanun 2013 yılında bazı değişikliklere uğramış (*188/2013 Закон за изменување и дополнување на Законот за медијација*), 2021 yılında tekrar değişikliğe uğramış (*294/2021 Закон за медијација*)¹¹ ve 4 Ocak

11 *Zakon za medijacija* 294 (27.12.2021). <https://ldbis.pravda.gov.mk/PregledNaZakon.aspx?id=58403>.

2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. KMC, Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin 2008/52/EC sayılı ve 2018 tarihli CEPEJ'in Arabuluculuk Geliştirme Araç Seti (*Mediation Development Toolkit*)¹² takip etmeye başlamasıyla beraber Avrupa uyuşmazlık çözüm yolları standartlarına yaklaşmıştır. “*Mediation Development Toolkit*”, dinamik bir yapıya sahip olup, arabuluculuğun uygulanması ve üye ülkelerin yerel koşullara göre özelleştirilmesini hedeflemektedir.¹³ Ayrıca, “*Mediation Development Toolkit*” üye devletler ve arabuluculuk uygulamalarını yakından takip eden devletlerin özel ihtiyaçları ve koşullarına uygun olarak uygulayabilecekleri bir çerçeve sunmayı amaçlamaktadır.¹⁴ “*Mediation Development Toolkit*”, CEPEJ kılavuzlarının doğru şekilde uygulanmasını sağlamak için gerekli yöntemleri, stratejileri ve yönergeleri sunmaya çalışmıştır.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2008/52/EC Sayılı Yönergesinin KMC mevzuatına aktarılmasındaki ana neden, KMC'nin etrafında AB ülkelerinin bulunması ve AB ülkeleri ile uyum sürecinde olan KMC arasında pek çok ticari ve hukuki uyuşmazlığın ortaya çıkma ihtimalidir. AB arabuluculuk politikalarının iç hukuk sistemine dahil edilmesine yönelik yapılan çalışmalar üyelik sürecinin bir parçasıdır.

Aşağıda gerek Türkiye gerekse Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'ndeki tarihi gelişim, mevcut mevzuat ve uygulamalar kapsamlı bir şekilde ele alınmaya çalışılarak karşılaştırmada bulunulacaktır.

I. Arabuluculuk Kurumunun Gelişimi

I.A. Avrupa Birliği'ndeki Gelişim

Arabuluculuk, eski çağlardan beri kullanılan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Modern anlamda arabuluculuk ilk önce 70'li yıllarda ABD'de uygulanmaya başlamış ardından farklı ülkelerin gündemlerinde yer almıştır.¹⁵ 1976 yılında yapılan Roscoe Pound Konferansı, arabuluculuk

12 CEPEJ. *Mediation Development Toolkit: Ensuring Implementation of the CEPEJ Guidelines*. Avrupa Konseyi, (2021) <https://rm.coe.int/mediation-development-toolkit-ensuring-implementation-of-the-cepej-gui/16808c3f52>.

13 CEPEJ, “*Mediation Development Toolkit*”, s.3.

14 CEPEJ. “*Mediation Development Toolkit*”, s.3.

15 Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, s.27.

yönteminin miladı olarak kabul edilmektedir.¹⁶ Pound Konferansı sonucunda ABA (*American Bar Assosiation*), 1976'da Küçük Uyuşmazlıkların Çözümü Özel Komitesi'ni (*Committee on Resolution of Minor Disputes*) kurmuştur. Söz konusu Komite 1993 yılında Amerikan Barolar Birliği Uyuşmazlık Çözümü Bölümü'ne (*Section of Dispute Resolution*) dönüşmüştür.¹⁷ Söz konusu konferans sonrasında mahkemelerin sadece yargılamayı yapan bir yer olarak değil, aynı zamanda en iyi çözüm yolunu yönetecek çözüm merkezi olmasına karar verilmiştir.

Avrupa Kıtasında alternatif uyuşmazlık yöntemlerine ilişkin yapılan çalışmalar doğrultusunda arabuluculuk 1977'de "Hukukun Alternatif Biçimleri ve Hukuka Alternatifler" konulu sosyoloji toplantısında Almanya'da ilk girişimlerde bulunulmuştur. 9 Kasım 1999 - 1 Aralık 1999 tarihleri arasında AB, demokratik istikrarın geliştirilmesi ve güçlendirilmesi amacıyla yürütülen faaliyetler kapsamında, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk kurumunun tesisi için Strasbourg'da "Uyuşmazlık Çözümünün Alternatif Yolları Hakkında Çok Taraflı Seminer" (*The Multilateral Seminar on Alternative Means of Dispute Resolution*) düzenlemiştir. Seminer'de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) usulleriyle ilgili bazı konuların, özellikle tanımların, tarafsız üçüncü kişilerin niteliklerinin, bu konuda bir anlaşmanın gerekliliğinin, hukuk kültürlerinin Avrupa Yargısal İşbirliği Komitesi'nce, adaletin etkinliğinin artırılması için alınacak tedbirler hakkında yasal bir rehber hazırlanması amacıyla görevlendirilen Uzmanlar Komitesi'nin üzerinde çalıştığı konulardan biri de "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" olmuştur.¹⁸

AB, aynı zamanda 2002 yılında Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitabı hazırlamıştır. Avrupa Parlamentosu, ADR'nin önemini ve işlevselliği ile sağlayacağı faydalarına vurgu yaparak Yeşil Kitabı desteklemiştir. Parlamento, Avrupa Komisyonu'na, özenli bir yaklaşım benimseyerek yasal düzenlemeleri gereken hassasiyeti göstererek hazırlamasını, ülkelerin kendi iç yasal

16 Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı. s.27.

17 J. B. Garvey and C. B. Craver, *Alternative Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Collaborative Law, and Arbitration*, Carolina Academic Press, 2021, s.28.

18 Mustafa Özbek, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması," Haziran 2008, e.t. 03 Nisan 2024, <http://www.arabulucu.com/dunyada-arabuluculuk/avrupa-da-arabuluculuk-ilkeleri-ve-uygulanmasi>. s.205.

düzenlemelerini yapma hakkının korumasını ve arabuluculuk kurumunun esnekliği ve özerk yapısına zarar vermekten kaçınmasını tavsiye etmiştir.¹⁹ Avrupa Birliği bazında arabuluculuğa ilişkin etik kurallar da oluşturulmuştur. Etik kurallara ilişkin çalışma 2004 yılının Eylül ayında tamamlanmıştır.²⁰ Benimsenmesi zorunlu olmayan bu kurallar arabuluculuğun niteliği gereği önem arz etmekte olup, diğer ülkeler tarafından da kabul görülmüştür.

2008 yılında ise adalete erişimi kolaylaştırmak amacıyla Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC) kabul edilmiştir. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin, medeni ve ticari uyuşmazlıklardaki Yönergesi, "arabuluculuk" terimini, bir uyuşmazlığın iki veya daha fazla tarafının, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir anlaşmaya ulaşmalarına yardımcı olmak amacıyla bir üçüncü tarafça desteklediği her türlü süreç olarak tanımlamaktadır.²¹ Temel kaynak niteliğinde olan bir diğer iki çalışma ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Konusunda Rec (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararı ve Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu'nun (CEPEJ) Aile ve Hukuk Arabuluculuğuna ilişkin Tavsiye Kararı'nın daha iyi uygulanmasına yönelik kabul ettiği Rehber İlkeler'dir (CEPEJ (2007) 14). Görüldüğü gibi AB, bu konuda temel prensiplerin ortaya konulması ve arabuluculuk uygulamalarının yaygınlaştırılması için çok sayıda çalışmaya imza atmıştır.

AB'nin 2008/52 EC sayılı Arabuluculuk Direktifi gereğince ülkeler 21 Mayıs 2011 yılına kadar direktif hükümlerini iç hukuklarına aktarmaları zorunluydu.²² Avrupa genelinde şimdiye kadar özgürlük, güvenlik ve adalet oturtma politikasıyla hareket etmeye çalışmış ve Avrupa Birliği'nin temel amaçlarından biri de, kişilerin adalete daha kolay erişimini (*access to justice*) sağlamak olmuştur.²³ AB geliştirmiş ve geliştirmekte olduğu düzenlemeleri konumuz açısından değerlendirdiğimizde; ele aldığımız iki ülke açısından bazı benzerlikler ve farklılıklar bulunduğu anlaşılmaktadır.

19 Özbek, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması.", s.205.

20 Özbek, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması.", s.206.

21 Vesna Stefanovska, "Resolution of Civil Disputes through Mediation in the Practice of the Republic of Macedonia" International Journal of Humanities and Social Science 5/8 (2015), s.166.

22 Özbek, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması.", s.184.

23 Özbek, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması.", s.184.

I.B. Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Tarihi Gelişimi

Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılmasından ve 1991 yılında Makedonya Cumhuriyeti'nin bağımsız, egemen bir devlet olarak kurulmasından sonra, kendi yasalarını oluşturmak ve özellikle yargıda reformlar yapmak için önemli adımlar atılmıştır.²⁴ Makedonya Cumhuriyeti'nin (12 Haziran 2018'de ülkenin adının "Kuzey Makedonya" olarak değiştirilmesi konusunda anlaşmaya varıldı ve isim değişikliği 12 Şubat 2019'da yürürlüğe girdi) bağımsızlığının üzerinden on yıl geçtikten sonra, arabuluculuğun gelişimi için bir yol haritası hazırlama konusunda ilk adımlar atılmıştır.²⁵ KMC arabuluculuğu modern bir meslek biçimi olarak benimsemekte ve bu uygulamayı AB ülkelerinde olduğu gibi yargı dışı bir süreç olarak görmektedir.²⁶

2004 yılında, Makedonya Cumhuriyeti'nde Uluslararası Finans Kurumu (IFC) tarafından bir ADR (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü) - Arabuluculuk projesi hayata geçirilmiştir.²⁷ Bu proje ile hukuk sistemine arabuluculuğu dahil etmek için bir yasal çerçeve oluşturulmuştur.²⁸ Ayrıca, arabuluculuğun avantajlarını tanıtan birçok toplantı düzenlenmiştir.²⁹ Nisan 2005 yılında IFC (International Finance Corporation) ve Adalet Bakanlığı ile Makedonya'da etkili ve şeffaf bir arabuluculuk sistemi geliştirmek üzere aralarındaki işbirliğinin temellerini atan bir mutabakat zaptı imzalanmıştır.³⁰

2006 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri doğrultusunda, hukuki düzenlemelere ilişkin önemli değişiklikler getirilmiştir.³¹ IFC ve Adalet Bakanlığı projesiyle bağlantılı olarak bu alandaki önemli düzenlemelerden biri Arabuluculuk Yasası olmuştur.³² Diğer kanunlardan farklı olarak, bu

24 Stefanovska, "Resolution of Civil Disputes through Mediation in the Practice of the Republic of Macedonia" s. 167.

25 Stefanovska, "Resolution of Civil Disputes through Mediation in the Practice of the Republic of Macedonia" s. 167.

26 Ljupco Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија," УДК: 347.919.1 (497.7), s.146.

27 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија," s.167.

28 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија," s.167.

29 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија," s.167.

30 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија," s.167.

31 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија," s.167.

32 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија," s.167.

yasanın kendine özgü ve önemli yenilikleri bulunmaktadır. Aslında, Arabuluculuk Kanunu, medeni uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemini teşvik eden ilk adım olarak kabul edilmektedir.³³

Arabuluculuk kurumunu yasal olarak düzenleyen ilk kanun (07-1941/1 Закон за медијација)³⁴ 2006'da yürürlüğe girmiştir.³⁵ Kanun, 2013 yılında revize edilmiştir (07-5137/1 Закон за изменување и дополнување на Законот за медијација)³⁶. İlerleyen yıllarda Yeni Arabuluculuk Kanunu (07-5137/1 Закон за изменување и дополнување на Законот за медијација), arabuluculuk kurumunun iyileştirilmesi, kamuoyunun arabuluculuğa olan güveninin artması ve ticari ve medeni konularda arabuluculuğun AB'nin ilgili direktifine uygun hale getirilmesi amacıyla Aralık 2013'te kabul edilmiştir.³⁷ 07-5137/1 sayılı Kanunun yanı sıra, arabuluculuk, Aile Hukuku (153/2014, Закон За Семејството)³⁸, Tüketici Koruma Kanunu (41/2020, Закон за заштита на потрошувачи)³⁹, İş Uyuşmazlıklarının Barışçıl Çözümü Hakkında Kanun (Закон за мирно решавање на работни спорови)⁴⁰ vb. gibi özel kanunlarda da düzenlenmiştir.⁴¹ 07-5137/1 sayılı

33 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија," s.167.

34 "60/2006 Resmi Gazete. 07-1941/1 Закон за медијација (Makedonya Cumhuriyeti Arabuluculuk Kanunu 2006)," 2006, erişim adresi: <https://www.slvesnik.com.mk/Issues/A46C43859AF3824F9A6535F298A9A206.pdf>; <https://ldbis.pravda.gov.mk/PregledNaZakon.aspx?id=11258>.

35 Majhosev vd., "Legal and Institutional Framework of Mediation in Republic of Macedonia," s.121.

36 188/2013 Resmi Gazete. 07-5137/1 Закон за изменување и дополнување на Законот за медијација. 2013. Erişim adresi: <https://ldbis.pravda.gov.mk/PregledNaZakon.aspx?id=30435>.

37 Kimo Cavdar, Jasmina Dimitrieva, and Zoran Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia," *AICEI Proceedings*, 2015, vol. 10, no. 1, 219, <https://doi.org/10.5281/zenodo.4553545>.

38 153/2014 Закон За Семејството (Aile Kanunu), Resmi Gazete, Sayı 153/2014. Erişim adresi <https://www.slvesnik.com.mk/issues/3907f46bf2924d1ba2b71d4685a5080f.pdf>

39 Закон за заштита на потрошувачи (Tüketici Koruma Kanunu), бр. 41/2020, Службен Весник (Resmi Gazete) Erişim adresi: <https://www.slvesnik.com.mk/besplatno-pristap-do-izdaniya.nspx> ; <https://www.pravda.gov.mk/>

40 Закон за мирно решавање на работните спорови („Службен весник на Република Македонија“ бр. 87/2007, 27/2014, 102/2014 и 30/2016). Erişim adresi: https://www.mtsp.gov.mk/content/pdf/trud_2017/pravilnici/16,11-%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%A0%D0%B5%D1%88%D0%B0%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B5%D0%A0%D0%B0%D0%B1%D0%A1%D0%BF%D0%BE%D1%80.pdf

41 Majhosev vd., "Legal and Institutional Framework of Mediation in Republic of Macedonia," s.119.

güncellenmiş 2013 Kanununda arabuluculara ilişkin sınav koşulları, eğitim programları, arabuluculuk ruhsatı ve Arabulucular Odasının kurulmasına dair yeni düzenlemelere yer verilmiştir.⁴² Söz konusu Kanun gözden geçirilerek 2021 yılında tekrar değişikliğe uğramıştır (08-5475/1, Закон За Медијација).⁴³ 07-5137/1 sayılı güncellenmiş 2013 Kanununun değiştirilmesinin ana nedeni, Adalet Sektörü Reform Stratejisi 2017-2022'nin, stratejik hedeflerinden biri arabuluculuğa ilişkin reformları yeniden gözden geçirmek ve iyileştirmektir.⁴⁴

Arabuluculuk Kanunu'nun kabulü ve değiştirilmesinde, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 21 Mayıs 2008 tarihli 2008/52/EC sayılı, Medeni ve Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk Direktifi dikkate alınmıştır.⁴⁵ Arabuluculuk Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, Medeni Usul Kanunu'nda da çeşitli değişikliklere yol açmıştır.⁴⁶ Arabuluculuğun hukuki çerçevesinin ayrılmaz bir parçası da Medeni Usul Kanunu'dur (79/2019 sayılı Закон за граѓанска постапка)⁴⁷. Bu Kanuna göre davaya konu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması halinde mahkeme, ön inceleme duruşması ile birlikte uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülebileceğine ilişkin yazılı bir bildirim taraflara tebliğ etmekle yükümlüdür. Tarafların, uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemleri ile çözülmesine karar vermeleri durumunda mahkeme, yargılamanın durdurulması yönünde karar verir. Davacı davayı açmadan önce de, davalıya sulh teklifinde bulunabilir (Закон за граѓанска постапка т.310).

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin, 2008/52/EC sayılı Yönergesi, "arabuluculuk" terimini bir uyuşmazlığın iki veya daha fazla tarafının, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir anlaşmaya ulaşmalarına yardımcı olmak amacıyla bir üçüncü tarafça desteklediği her türlü süreç olarak tanımlamaktadır.⁴⁸

42 Elizabeta Spiroska, "The Mechanism For Ensuring The Quality of Mediation in the Public of North Macedonia - Normative Framework" *International Slavic University*"G. R. Derzhavin" Sveti Nikole-Bitola, 347.965.42:340.13(497.7). s. 227,228.

43 294/2021 Resmi Gazete. 08-5475/1, Закон За Медијација Erişim Adresi: <https://ldbis.pravda.gov.mk/PregledNaZakon.aspx?id=58403>

44 "The Path of Mediation in The Republic of North Macedonia". Skopje, (2022), s.4.

45 Majhosev vd., "Legal and Institutional Framework of Mediation in Republic of Macedonia", s.121.

46 Majhosev vd., "Legal and Institutional Framework of Mediation in Republic of Macedonia", s.121.

47 Makedonya Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, Sayı. 79/2005; 110/2008; 83/2009; 116/2010 ve 7.11.

48 Stefanovska, "Resolution of Civil Disputes through Mediation in the Practice of the Republic of Macedonia" s. 166.

08-5475/1 sayılı Arabuluculuk Kanunu'na göre (2021 güncel Arabuluculuk Kanunu) arabulucu, bu Kanuna ve Kuzey Makedonya Cumhuriyeti Arabulucular Odası'nın düzenlemelerine uygun olarak arabuluculuk lisansına sahip olan ve arabuluculuk ilkelerine uygun olarak arabuluculuğu yürüten gerçek kişidir (08-5475/1, m.2). Adı geçen düzenlemeye göre, arabulucu olmak için hukukçu olma şartı aranmaz; örneğin, makine mühendisi, mimar, gazeteci ve yüksek öğrenim görmüş diğer kişiler de arabulucu olabilir. Böylece arabuluculuğu teşvik etmek amacıyla kapsamlı bir düzenleme yapılmış ve sadece hukukçular değil, diğer meslek gruplarından kişilerin de arabuluculuk sınavını başarılı bir şekilde geçmeleri halinde arabulucu olmalarına imkân tanınmıştır. Önemli olan, arabulucu olma yeteneğine sahip olmaktır. Arabulucunun reddi halleri de düzenlenmiştir. Şöyle ki, arabulucunun uyuşmazlığa konu taraflardan biriyle kişisel, ailevi veya iş ilişkisi içerisinde bulunması ya da tarafsızlığına şüphe düşüren başka bir durumun ortaya çıkması halinde göreve devam etmesi mümkün değildir (08-5475/1, m.22).

KMC'de arabuluculuk sadece avukatlar tarafından icra edilmediğinden dolayı bir mesleki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim arabuluculuk çoğu meslek grubu için sadece ek bir iş olarak görülmekte ve bu nedenle arabuluculuğun gelişimi sağlanamamaktadır.⁴⁹ Bu durum çoğu arabulucunun arabuluculuğu yalnızca ek bir faaliyet olarak görmesinden kaynaklanmaktadır.⁵⁰ Buna rağmen avukatlar, Arabulucular Odası'nda önemli bir kitle oluşturmakta ve Avukatlık Kanunu'nun hükümlerine göre faaliyet göstermektedir. Diğer arabulucular ise arabuluculuk kurumunu genellikle ek bir meslek olarak görmekte ve bu nedenle uygulamada "pasif rol" sergilemektedirler.⁵¹ Avukatlar ise vekili olmadıkları kişilerin anlaşmazlıklarında arabulucu olmaya hazır olmalarına rağmen kendi müvekkillerine arabuluculuğu önermemektedir. Oysa avukatların arabuluculuğu mesleklerine yönelik bir "tehdit" olarak değil, anlaşmazlıkların barışçıl çözümü için etkin bir mekanizma olarak görmeleri gerekmektedir.⁵²

49 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија", s.146.

50 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија", s.146.

51 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија", s.151.

52 Stefanovska, "Resolution of Civil Disputes through Mediation in the Practice of the Republic of Macedonia", s. 171.

1.C. Türkiye Cumhuriyeti'nde Arabuluculuk Kurumunun Gelişimi

Arabuluculuk, tahkim ve benzer diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri gibi adalete erişim araçlarından biri olarak kabul edilmektedir. Adalete erişimin temelleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 5, 9, 10, 36, 141/4. maddeleri ve HMK'nın 77. maddesinde yer almaktadır.⁵³

Türkiye'de hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk çalışmaları son on yılda ivme kazanmıştır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) kabul edilmesi ile 2012 yılında arabuluculuk yasal düzenlemeye kavuşmuştur.⁵⁴ 2013 yılında arabuluculuk yöntemleri ile hukuki uyuşmazlıkların çözülmesi konusunda uygulanacak usul ve esaslara ilişkin 6325 sayılı Kanunun yürürlüğe girmiştir.⁵⁵ HUAK, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY) çerçevesinde uygulama ve usul esasları bakımından şekillenmiştir.⁵⁶

Türkiye'de arabuluculuk faaliyetlerini geliştirmek adına AB ile birlikte projeler hayata geçirilmiştir. Aralık 2014 – Eylül 2017 tarihleri arasında Avrupa Konseyi tarafından yürütülen bir proje kapsamında, Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) ilkeleriyle uyumlu arabuluculuk eğitim programlarının ve eğitim kapasitesinin geliştirilerek yetkili kurumlarda kullanılması ve ülke çapında yaygınlaştırılması sağlanmıştır.

HUAK dışında, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) m.137/1, m.140/2-3 ve m.320/2 maddelerinde hâkimin, tarafları sulhe ve arabuluculuğa yönlendireceği ifade edilmiştir.⁵⁷ HMK ile yazılı yargılama usulü ve basit yargılama usulünde layihalar teatisinden sonra *ön inceleme* aşaması kabul görülmüştür. Ön inceleme aşamasının en önemli sonuçlarından birisi de HUAK m. 35 hükmü ile HMK m.137, 140 ve 320

53 Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s.28.

54 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, "Arabuluculukta İletişim," s.157.

55 Orhan Gazi Sarıdağ, "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuktan Kaynaklanan Bazı Sorunlar", *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı. 2 (2022): 1095, <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182544>. s.1095.

56 Sarıdağ, "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuktan Kaynaklanan Bazı Sorunlar", s.1095.

57 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammed Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 12. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024, s.637;643.

hükümlerine, “ *tarafları sulhe ibaresinden sonra gelmek üzere*”, “*veya arabuluculuğa*” ibaresi eklenmesidir. Böylece mahkemenin ön inceleme aşamasında yapması gereken usuli işlemler gereğince, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesi ve bu hususları tutanağa geçirmesi yer almaktadır.

Nitekim 6325 sayılı HUAK. m.13 hükmü gereğince “*dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşma bilirler. Mahkemede tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir*” böylece ön inceleme safhasından sonra da hâkimin tarafları arabuluculuk hakkında bilgilendirmek ve teşvik etmesi hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

HUAK m. 2/1/b ve yönetmeliğin m.4/1/b arabuluculuğun tanımına yer verilmiştir. Yasal düzenlemelerdeki bu tanımlarda arabuluculuk; “*Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Türk hukukuna göre arabuluculuğun kapsamı HUAK md.1.2 de düzenlenmiştir. “*Bu kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*”. Bu bağlamda, yasal düzenleme gereğince de, arabuluculuğun özel hukuk alanında uygulanması esastır.⁵⁸ Ancak kanun koyucu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yolu ile çözümlenmesini öngörmesine rağmen tüm özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuk faaliyeti kapsamında değerlendirmemiştir. Uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden kaynaklı olması gerekmektedir.⁵⁹

58 Ferhat Yıldırım, “Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk,” 2/3 (2016), s.930.

59 Yıldırım, “Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk,” s.930.

HUAK'a göre arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi ifade etmektedir (HUAK, m.2). Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesinde avukatlara uzlaşma yetkisi tanınmış olup, yetki ilam mahiyetinde belge sayılmaktadır.⁶⁰ Bir avukatın arabulucu olarak görev yapabilmesi, arabulucular siciline kayıt için yazılı başvuruda bulunması ve bu başvurunun kabul edilmesine bağlıdır.⁶¹ Arabuluculuk siciline kaydedilmek ise belli koşullara tabidir (HUAK m.20; HUAYK m.24). “*Daire Başkanlığı, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı halde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydını siler*” (HUAK, m.21/1). Arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşlar mevzuatta açıkça düzenlenmiş olup buna göre, arabuluculuk eğitimi, üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilmektedir (HUAK, m.23/1; HUAKY, m.28/1). Nitekim söz konusu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilir.

2.A. Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde “Arabuluculuk”

08-5475/1 sayılı Kanununda arabuluculuk türleri 4. maddede düzenlenmiş olup buna göre “Arabuluculuk, başlatma şekline göre ihtiyari, sözleşmeye dayalı ve dava şartı olarak yapılabilir” (08-5475/1, m.4).

KMC pozitif hukukunda, hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi tamamen tarafların isteğine bağlıdır.⁶² Taraflardan biri, mahkeme huzurunda veya dava sürecinin herhangi bir aşamasında uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeyi taahhüt ettiğinde, bu durum ihtiyari arabuluculuk olarak kabul edilmektedir. 8-5475/1 sayılı Kanun gereğince, ihtiyari arabuluculuk, tarafların bir uyuşmazlığı mahkeme sürecinden önce veya sonra kendi iradeleriyle çözmeye çalıştıkları bir arabuluculuk yöntemidir. (08-5475/1 m.4/2). Böyle bir durumda yargılamaya son verilecek olup, taraflar arasında uyuşmazlık arabuluculuk yöntemi ile çözülecektir.⁶³

60 Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Medeni Usul Hukuku, s.643.

61 Yeşilırmak, Kekeç, ve Bulur, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s.65.

62 Nada Doneva ve Dijana Gjorgieva, “Mediation in North Macedonia and the Legal Nature of the Mediation Agreement.” *Faculty of Law, South East European University*, UDK: 347.965.42(497.7), s. 43. s.186.

63 Nada ve Dijana. “Mediation in Criminal and Civil Cases in the Positive Law of The Republic of North macedonia - Situation and Challenges” s.45; Fjolla Kaproli İsmaili,

İhtiyari arbuluculuk, gerçek kişiler arasında, gerçek ve tüzel kişiler arasında veya yalnızca tüzel kişiler arasında gerçekleştirilebilir.⁶⁴

Sözleşmeye dayalı arbuluculuk, genellikle iki tacir arasında gerçekleşen ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların arbuluculuk yoluyla çözümlenmesini taahhüt ettikleri bir yöntemdir. Bu tür sözleşmelerde taraflar, uyuşmazlıkların arbuluculuk yoluyla çözüme kavuşmasını ve buna ek olarak, arbuluculuk yoluna başvurmadan önce açılacak davaların usûlden reddedileceğini öngören bir maddeyi sözleşmelerine ekler. Uygulamada, sözleşmeye dayalı zorunlu arbuluculuğu deneyimleyen şirketler, bu sürecin faydalarını görerek, daha büyük ölçekli anlaşmazlıklar için de benzer yöntemlere yönelmektedir.⁶⁵ Kuzey Makedonya Ticaret Odası da şirketler arasındaki uyuşmazlıkları etkili bir şekilde çözümlenmenin alternatif bir yöntemi olan arbuluculuk kurumunu tacirlerin uygulaması için teşvik etmektedir.

KMC'de, özellikle uygulamada, ihtiyari arbuluculuğun tek başına etkili olmadığı sonucuna varılmıştır. Öğretiye göre, KMC'de ihtiyari arbuluculuğun yeterince etkili olmadığını bu nedenle daha etkili bir sistem olarak dava şartı arbuluculuk uygulamalarına geçilmesi gerektiği düşüncesi yaygın bir şekilde benimsenmiştir.⁶⁶

Bu nedenle KMC pozitif hukukunda, medeni uyuşmazlıklarda dava şartı arbuluculuk bir nevi ihtiyaç olarak değerlendirilmiştir. Bununla beraber Kuzey Makedonya Medeni Usul Kanunu'nda⁶⁷ ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arbuluculuk düzenlenmiştir. KMC'de dava şartı arbuluculuk ilk kez 2015 yılında Medeni Usul Kanunu'nda Değişiklik ve Ekler Yapılmasına Dair düzenlemeyle getirilmiştir.⁶⁸ Yani Medeni Usul Kanununun m.461/2-3 hükmü uyarınca, 1.000.000 DENAR'ı [1.000.000 DEN = 598.759,36 TL; 1 DEN = 0.60 TL (09.12.2024)] aşmayan para alacaklarına ilişkin ticari uyuşmazlıklarda arbuluculuğa başvurulması zorunlu hale

"Mediation in North Macedonia and the Legal Nature of the Mediation Agreement", Faculty of Law, South East European University. UDK: 347.965.42(497.7) s.186.

64 Медијација- алтернативна алатка за решавање на деловни спорови, Antoris. 2023.

65 Медијација- алтернативна алатка за решавање на деловни спорови, Antoris. 2023.

66 Sotirovski, "Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија", s.138.

67 79/2019, Закон За Граѓанска Постапка. Erişim Adresi: <https://www.slvesnik.com.mk/Issues/2e242c8fc8ad4a5db99f130ee744ade4.pdf>

68 Sprioska, "The Mechanism For Ensuring The Quality of Mediation in the Public of North Macedonia - Normative Framework," s. 116.

getirilmiştir. Dava şartı arabuluculukta, mahkeme tarafından re'sen dikkate alınacak olup, bu tür uyuşmazlıklarda tarafların öncelikle arabuluculuk sürecine başvurmaları zorunludur. Arabuluculuk süreci dava şartı olup, başvurulmadığı takdirde, hâkim davayı usûlden reddedecektir.

Arabuluculuk kurumunun işleyişini geliştirmek adına, çeşitli hukuk uyuşmazlıklarında, dava şartı arabuluculuk uygulamasının hayata geçirilmesi planlanmaktadır. 2021 tarihli 08-5475/1 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nda, tarafların taleplerini serbestçe yönelebilecekleri aile, mal, tüketici, ticaret, iş, sigorta, noter ödeme emri işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile diğer medeni ilişkilere ilişkin zorunlu arabuluculuğa teşvik edecek değişiklik ve düzenlemelerin yapılması planlanmaktadır. Nitekim 08-5475/1 sayılı Kanununun 2.maddesi gereğince; Veraset davalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, Aile içi uyuşmazlıklarda, İş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, Ticari uyuşmazlıklarda, Tüketici, Sigorta, İcra / Ödeme emri, Eğitim, İş Sağlığı ve Güvenliği alanındaki uyuşmazlıklar ile Sağlık, Çevre ve Koruma, Ayrımcılık ve Hakarete ilişkin hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidilebilir. Öğretiye göre, sigorta uyuşmazlıklarında, iş uyuşmazlıklarında, tüketici uyuşmazlıklarında da dava şartı arabuluculuğa ilişkin çalışmalar yapılmalıdır.⁶⁹ Zoran Petković-Bakli'ye göre (*Ulusal Arabuluculuk Konsey Üyesi*) Sigorta, Tüketici ve Medeni Kanunda (özellikle aile alanında) arabuluculuğa ilişkin çalışmalar yapılmaktadır.⁷⁰

Dava şartı arabuluculuğun geliştirilmesi yönündeki değişiklikler ise Avrupa ikincil hukukuna uygundur.⁷¹ Avrupa Birliği'nde dava şartı arabuluculuk ikincil hukukta düzenlenmiş olup, Avrupa Konseyi, dava şartı arabuluculuk uygulamasına geçilmesine yönelik öneri ve tavsiyelerini ortaya koymuştur (*Avrupa Konseyi'nin REC (201) 9 sayılı Tavsiye Kararı, REC (2002) 10 sayılı Tavsiye Kararının Eki*). Avrupa Konseyi ise, üye devletlere, önerilen hukuki mekanizmaların nihai kabulü konusunda karar verme imkânını tanımaktadır. Söz konusu bu durum, AB'nin üye devletlere seçim hakkı sunduğunu göstermektedir. Dolayısıyla AB'ye üye ülkeler, dava şartı arabuluculuk uygulamasını iç hukuklarına dahil etme konusunda nihai karar verme yetkisine sahiptir.

69 Медијација- алтернативна алатка за решавање на деловни спорови, Antoris. 2023.

70 Медијација- алтернативна алатка за решавање на деловни спорови, Antoris. 2023.

71 Nada ve Dijana. "Mediation in Criminal and Civil Cases in the Positive Law of The Republic of North Macedonia- Situation and Challenges" s. 45.

KMC ise Avrupa Birliği'ne katılım sürecinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek ve yargı sisteminde güçlü bir reform süreci hayata geçirmek için güçlü yapılandırılmış dava şartı arabuluculuk mekanizmasına ihtiyaç duymaktadır.⁷² Nitekim doktrinde de dava şartı arabuluculuğunun gelişmesi, özellikle yoğun şekilde kullanılan ve dava yükü altında ezilen yargı sisteminin önemli ölçüde rahatlamasına yardımcı olacağı yönünde görüşler bulunmaktadır.⁷³ Yapılan araştırmalar, az sayıda davanın arabuluculuk yoluyla çözüldüğünü, ancak bu çözümlerin %77 oranında başarılı olduğunu göstermektedir; bu da arabuluculuğun geliştirilmesi sonucunda başarı oranının artabileceğine işaret etmektedir.⁷⁴

2.B. Türk Hukukunda “Arabuluculuk”

Türk hukukunda ihtiyari arabuluculuk, “*tafalar arabuluculuğa başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbestirler*” şeklinde düzenlenmiştir (HUAk m.3). HUAk'a göre arabuluculuk, yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tafaların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Bu nedendir ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (HUAk, m.2). Dolayısıyla tafalar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarında ihtiyari olarak arabuluculuğa gidebilecektir. Tafalar bu yola başvurup başvurmamakta tamamen serbesttir.⁷⁵ Ayrıca, tafalar arabuluculuk süresince, başvurduktan önce veya sonra her zaman yargı yoluna başvurma hakkına sahiptirler.⁷⁶ 2013-2017 yılları arasında uygulanan ihtiyari arabuluculuk 2018 yılından itibaren hem dava şartı hem de ihtiyari arabuluculuk olarak uygulanmaya başlamıştır.⁷⁷

Dava şartı olarak arabuluculuk müessesesi HUAk beşinci bölümünün “dava şartı olarak arabuluculuk” başlığı altında düzenlenmiştir.

72 Sotirovski, “Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија”, s. 135.

73 Sotirovski, “Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија”, s. 135.

74 Stefanovska, “Resolution of Civil Disputes through Mediation in the Practice of the Republic of Macedonia” s. 169.

75 Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Medeni Usul Hukuku, s. 645.

76 Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Medeni Usul Hukuku, s. 652.

77 Canan Küçükali, “Türk Hukukunda Arabuluculuğun Gelişimi”, Jurix, Cilt 16, Sayı 178, Haziran 2021, 1112-1119.

Arabuluculuğun yaygınlaştırılması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla, 2017 tarihli ve 7036 numaralı “İş Mahkemeleri Kanunu” kabul edilmiştir. Böylece “dava şartı arabuluculuk” Türk Hukuk sistemine girmiştir.⁷⁸ Yani Türkiye’de ilk olarak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 01.01.2018 yılında dava şartı arabuluculuk getirilmiştir.⁷⁹ İş Mahkemelerinde dava şartı arabuluculuk ilk olarak tazminat talepli davalarda uygulanmaya başlanmıştır.⁸⁰ 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı Kanunun 3. Maddesi ile, işçi ve işveren arasında meydana gelen uyuşmazlıklar bakımından 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren dava şartı arabuluculuk uygulanmaya başlanmıştır.⁸¹ 7036 sayılı Kanun’un gerekçesine dava şartı arabuluculuk uygulamasının getirilmesindeki asıl amaç iş mahkemelerinin yükünü azaltmaktır.⁸²

Dava şartı arabuluculuğun gündeme gelmesi ile beraber maddenin ilgili kısımları hakkında soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine iptal talebi ile başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise, zorunluluğun yalnızca başvuru ile sınırlı olduğunu, tarafların arabuluculuğun her aşamasında serbest iradeleri ile anlaşıp anlaşmamakta özgür olduklarını, her uyuşmazlığın çözümünün mahkemelerden sonuçlanmasını beklemenin mahkemelerin iş yükünü arttırdığını ve bunun sonucunda davaların makul sürede tamamlanamadığını, iş uyuşmazlıklarının müzakere halinde ve kısa sürede çözüme kavuşmasının çalışma hayatına başarı ve arabuluculuğun ülke ekonomisine olumlu yönde katkı sağlayacağından talebi reddetmiştir.⁸³ Ayrıca İş Hukukunda yapılan düzenlemeler neticesinde, işçi ve işveren arasında alacak ve tazminat talepli davalar ile işe iade davalarının açılmasından önce zorunlu olarak arabulucuya başvurulması gerekmektedir.⁸⁴

78 Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, O. Civan, Eda Manav Özdemir, F. B. Savaş Kutsal ve A. Evçimen, “İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk,” (Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ed.), Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2023, <http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/2262>, s. 263.

79 Küçükali, “Türk Hukukunda Arabuluculuğun Gelişimi”, s.1112-1119.

80 Küçükali, “Türk Hukukunda Arabuluculuğun Gelişimi”, s.1112-1119.

81 Küçükali, “Türk Hukukunda Arabuluculuğun Gelişimi”, s.1112-1119.

82 Genel gerekçe metni için bkz: (çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/is-mahkemeleri-kanunu-7036-genel-gerekce/1> (E.T. 22.05.2022).

83 AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2018-82-nrm.pdf>, E.T. 03.11.2021). naklen, Sarıgöğüş, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuktan Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, s.1097.

84 Sarıgöğüş, “Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuktan Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, s.1099.

6/12/2018 tarihinde 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunu ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunda (TTK) yapılan değişiklikle beraber konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davalarda, dava açılmadan önce dava şartı olarak arabulucuya başvurulmuş olması öngörülmüştür. TTK'da dava şartı olarak arabuluculuk düzenlenmiştir. Ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk TTK m.5/A kapsamında, “*Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*” düzenlenmiştir.

Böylece İş Kanunundan sonra Türk Ticaret Kanununda da dava şartı olarak arabuluculuk uygulamasına geçilmiştir. 2018 yılında yürürlüğe giren dava şartı arabuluculuk kurumunun ticari davalarda da uygulanmaya başlanmasıyla beraber mahkeme sürecinde dava dosyalarının azaldığı gözlemlenmiştir.⁸⁵

Öte yandan Anayasanın 172nci maddesi uyarınca “*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alma ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etme*” yükümlüdür.⁸⁶ İlgili hüküm uyarınca, önce 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmış, çok sayıda talebi karşılayamadığı için yürürlükten kaldırılarak, 2014 yılında evrensel tüketici hakları doğrultusunda hazırlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir.⁸⁷ Resmî Gazete’de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a “dava şartı olarak arabuluculuk” başlığı ile “73/A” maddesi eklenerek tüketici uyuşmazlıklarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir.⁸⁸ Tüketici uyuşmazlık-

85 Küçükali, “Türk Hukukunda Arabuluculuğun Gelişimi”,s.1112-1119.

86 Banu Bilge Sarıhan “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2021. s.415

87 Sarıhan “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması”, s.415.

88 Sarıhan “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması”, s.145.

ları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68/5 ve 73/A hükümleri çerçevesinde arabuluculuğa elverişlidir. Tüketici Hakem Heyetlerine başvurunun, TKHK.m.68/5 hükmünde belirtildiği gibi, madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmalarına engel değildir. Yine dava şartı arabuluculuğu düzenleyen 73/A hükmünden de anlaşılacağı üzere tüketici mahkemelerinin görev alanında kalıp, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri her türlü uyuşmazlık arabuluculuğa elverişlidir.⁸⁹

Son olarak kira uyuşmazlıklarında arabuluculuk müessesesi dava şartı arabuluculuk içine alınmıştır. Nitekim kira uyuşmazlıkları da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar olarak arabuluculuğa elverişlidir.⁹⁰ İhtiyari olarak arabuluculuk yoluyla çözülebilen kira uyuşmazlıkları için artık dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru yapılması zorunlu hâle getirilmiştir.⁹¹ Arabuluculuğa başvuru yapılmaksızın dava açılması halinde mahkeme davayı dava şartı yokluğundan usûlden reddedecektir.⁹² HUAK'a m.18/B eklenmiştir. Bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk başlığını taşıyan söz konusu madde gereğince, "kiralanın taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar," "taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar", "23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar" ve "komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar" dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmış ve anılan madde 01.09.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Türkiye'de Arabuluculuk Kanunu'nun ve Yönetmeliğin hazırlanmasında, UNCITRAL Model Kanun ve Avrupa Birliği Direktifi, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap ile Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin

89 Sarıhan "Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması", s.145.

90 Süleyman Burak Gündoğdu, "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler", Cilt 6, Sayı 2, 2023. s.851.

91 Gündoğdu, "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler" s. 851.

92 Gündoğdu, "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler" s. 851.

Federal Kanunu gibi kaynaklar dikkate alınmıştır.⁹³ Bunlara ek olarak dikkate alınan bazı belgeler: Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arbuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC), Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) Aile ve Hukuk Arbuluculuğuna İlişkin Tavsiye Kararlarının Daha İyi Uygulanmasına Yönelik Rehber İlkeler CEPEJ (2007) 14, Avrupa Konseyi'nin 1639 sayılı Aile Arbuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik Konusundaki Tavsiye Kararıdır.⁹⁴

3.A. Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde Arbuluculuk Kurumunun Kurumsal Çerçevesi

KMC'de arbuluculuğun kurumsal çerçevesi, Adalet Bakanlığı, Arbuluculuk Sektörü, Arbuluculuk Kurulu, Ulusal Arbuluculuk Konseyi, Makedonya Arbulucular Odası ve Arbuluculardan oluşmaktadır.⁹⁵

KMC arbuluculuğu etkili bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak geliştirmek adına birtakım kurumlar kurmuştur. 2019 yılında Kuzey Makedonya Ticaret Odaları Birliği⁹⁶ (*Стопанска комора на Македонија*) bünyesinde Arbuluculuk Merkezi kurulmuştur⁹⁷. Merkez, AB örnek alınarak, adalete erişimi kolaylaştırmak ve uluslararası standartlara uyum sürecini güçlendirmek adına kurulmuştur.⁹⁸ Ayrıca Kuzey Makedonya Ticaret Odası bünyesinde Arbuluculuk Destek Derneği 2016'da kurulmuştur. Derneğin kurulmasının ardından ücretsiz eğitimler düzenlenmiştir. Ayrıca Ticaret Odası'nda ekonomik anlaşmazlıkları arbuluculuk yoluyla çözülmesini sağlamak ve tarafları arbuluculuğa teşvik etmek amacıyla ücretsiz tanıtım oturumları düzenlenmiştir. O zamandan bu yana, ülke genelinde 2500'den fazla şirket ve diğer ilgili taraflara yönelik olarak 50'den fazla ücretsiz seminerler, tanıtım etkinlikleri ve konferanslar düzenlenmiştir.⁹⁹

93 Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur, Temel Arbuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s.199.

94 Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur, Temel Arbuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s.199.

95 Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur, Temel Arbuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s.199.

96 Erişim adresi: <https://www.mchamber.mk/> 03.06.2024.

97 Faton Shabani, "Mediation Current State of Use In The Republic of North Macedonia", *Vadyba Journal of Management*, No 1 (37) ISSN 1648-7974, 2021, s.45.

98 Shabani, "Mediation Current State of Use In The Republic of North Macedonia", s.45.

99 Медијација- алтернативна алатка за решавање на деловни спорови, Antoris. 2023.

KMC, 7 Ağustos 2019'da Arabuluculuktan Kaynaklanan Uluslararası Uzlaşma Anlaşmalarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesini Singapur'da imzalanmıştır. Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi, arabuluculuk anlaşmalarının uygulanması konusunda şirketler ile uluslararası yatırımcılara daha fazla hukuki kesinlik sunarak uluslararası ticaretin gelişmesine katkı sağlamaktadır. KMC, bu sözleşmeyi imzalayan beş Avrupa ülkesinden biri olmasının yanı sıra, bu sözleşmeyi imzalayan devletler arasında Türkiye, ABD, Çin, Japonya, Hindistan, Avustralya, İran, Katar gibi ülkeler de yer almaktadır.¹⁰⁰

Arabulucular Odası, 08-5475/1 sayılı Kanununun 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Sicile kayıtlı arabulucular, kanunda belirtilen Oda'ya da kaydedilir. Odanın denetimi ise 08-5475/1 sayılı Kanununun 43. maddesinde düzenlenmiştir. Oda, her yıl Nisan ayının ilk haftası, Kamu Gelir İdaresine sunulan hesap pusulası ile genel değerlendirmeyi içeren Odanın çalışmaları hakkında raporu, Bakanlığa sunmak zorundadır (08-5475/1, m.43/6). Odanın en yüksek makamı Meclis olup, diğer organları ise Başkan, Denetim Kurulu, Yönetim Kurulu ve Etik Kuruludur. Oda Meclisi, Rehberde kayıtlı tüm arabuluculardan oluşmaktadır. Arabulucular Odası, Daire Başkanı tarafından temsil edilir ve Oda Başkanı, Yönetim Kurulunun da başkanıdır (08-5475/1, m.49). Arabulucuların sürekli eğitimi, Odanın genel bir kanunu ile düzenlenir. Oda, eğitim faaliyetlerinde Hakimler ve Savcılar Akademisi ile iş birliği yapar (08-5475/1, m.52/5).

Adalet Bakanlığı ayrıca arabuluculuğun etkin bir şekilde uygulanması ve geliştirilmesinden sorumlu olduğu gibi arabulucuların çalışmalarını da denetlemektedir. Bu nedenle, Arabulucuların Denetlenmesi Dairesi Başkanlığı oluşturulmuştur.¹⁰¹

08-5475/1 sayılı kanun ile devlet, arabuluculuk hizmetinin ve arabulucuların gelişmesini sağlamak, denetlemek ve değerlendirmek adına yeni bir organ olarak Ulusal Arabuluculuk Konseyi kurulmasını öngörmektedir.¹⁰²Konsey, yarıyıl sonunda veya yıl bitiminden bir ay

100 Медијација- алтернативна алатка за решавање на деловни спорови, Antoris. 2023.

101 Majhosev vd., "Legal and Institutional Framework of Mediation in Republic of Macedonia", s. 123.

102 Sprioska, "The Mechanism For Ensuring The Quality of Mediation in the Public of North Macedonia - Normative Framework", s. 229.

sonra Devlete altı aylık ve yıllık raporlarını sunmakla görevlidir (08-5475/1, m.63/4). Konsey'in başlıca görevleri şu şekildedir: Arabuluculuk alanında kanun, kanun tasarıları hazırlamak; Arabulucuların çalışmalarına ilişkin rapor, görüş, analiz, inceleme, bilgi ve diğer faaliyet raporlarını hazırlamak; Arabuluculara ilişkin eğitim programı hazırlamak; Arabulucuların çalışmalarını denetlemek. Bunun haricinde devlet, Konseyi yöneten ve temsil eden Ulusal Arabuluculuk Koordinatörünü de atamaktadır.

Öğretide bu tür ayrı bir kurumun varlığı ve özellikle arabuluculara lisans verilmesi AB'nin 2008/52/EU sayılı Direktifin gereklerine uygun bir düzenleme olduğu yönünde görüşler yer almaktadır.¹⁰³ Direktife göre, arabuluculara lisans verilmesi zorunlu olmamakla beraber, devletin, arabuluculuk hizmetleri sunan kuruluşları oluşturması ve denetim sistemini sağlaması gerektirmektedir.¹⁰⁴

KMC Avrupa Konseyi'nin çok sayıda tavsiyesini dikkate aldığı gibi Avrupa'nın ana akımı olarak kabul edilen Arabuluculuk Kurumunu da yargı sisteminin etkinliğini artırmak ve yargılamanın makul sürede tamamlanmasını sağlamak amacıyla benimsemiştir.¹⁰⁵ Nitekim arabuluculuk, KMC ile AB'nin hukuki yaklaşımından ziyade, toplum tarafından benimsenmesi halinde, hızlı, adil ve daha az maliyetli uzun vadeli çözümler sağlama konusunda büyük bir etkiye sahiptir.¹⁰⁶

KMC'nin AB'nin, Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin 2008/52/EC sayılı ve 2018 tarihli CEPEJ'in Arabuluculuk Geliştirme Araç Kiti'ni (*Mediation Development Toolki*) takip etmeye başlamasıyla beraber Avrupa uyuşmazlık standartlarına yaklaşmıştır.¹⁰⁷AB, direktif

103 Sprioska, "The Mechanism For Ensuring The Quality of Mediation in the Public of North Macedonia - Normative Framework", s. 232.

104 Sprioska, "The Mechanism For Ensuring The Quality of Mediation in the Public of North Macedonia - Normative Framework", s.232.

105 Aleksandra Stoiklovska, Valentina Mucunska Palevski, ve Jana Ilieva, "Awareness about Mediation as an Alternative Form of Dispute Resolution: Practices in the Republic of Macedonia," International Journal of Cognitive Research in Science, Engineering and Education, Vol. 3, No. 1, 2015, UDK 347.965.42(497.7), s. 21.

106 Kimo Cavdar, Jasmina Dmitrieva, ve Zoran Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia in View of the European Directive 2008/52/EC on Cross Border Mediation", AICEI Proceedings, Cilt 10, Sayı 1, 2015, DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4553545>. s.211.

107 "The Path of Mediation in The Republic of North Macedonia". Skopje, (2022), s.12

hükümlerinin uluslararası uyumsuzluklarda olduğunu vurgulamakla kalmayıp, aynı zamanda söz konusu bu düzenlemelerin yerel arabuluculuk sistemlerinin yapılandırılmasında da kullanılabilceğini açıkça ifade etmektedir.¹⁰⁸ Bu bağlamda 2008/52/EC sayılı Direktif, özgür irade, tarafsızlık, tarafların eşitliği, gizlilik gibi temel ilkelerine dayanmakta olup arabuluculuğun özünde gönüllü bir süreç olduğunu da vurgulamaktadır.¹⁰⁹ Bir başka deyişle Direktif, arabulucunun bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde taraflara eşit davranarak ve onların istek ve beklentileri arasında dengeli bir yaklaşım sergileyerek güvenlerini kazanmasını esas alır.¹¹⁰ 2016 yılında revize edilen Direktif, şimdiye kadar AB üye devletlerinde gözlemlenen gelişmelerin değerlendirilmesini öngörmektedir. Bu düzenleme aynı zamanda Avrupa Parlamentosu'nun 2011/2026 (INI) Kararı ile paraleldir.¹¹¹ Söz konusu kararla beraber ulusal makamlara, arabuluculuğun faydaları konusunda kamuoyunda farkındalık yaratılması ve bunun için çeşitli etkinliklerin düzenlenmesi çağrısında bulunulmuştur.¹¹²

AB Direktifinin Makedon mevzuatına aktarılması, yalnızca AB üyelik sürecinin bir gerekliliği olarak değil, aynı zamanda KMC'nin AB üye ülkeleri ve entegrasyonu potansiyeli taşıyan ülkelerle çevrili olduğu ve AB ülkeleri arasında pek çok ticari ve hukuki uyumsuzluğun ortaya çıktığı veya çıkma potansiyeline sahip olduğu belirtilmiştir.¹¹³ Bu nedenle, arabuluculuğa ilişkin yapılan düzenlemeler, Avrupa Birliği'ne katılım sürecinin bir parçasıdır.¹¹⁴

108 Cavdar, Dmitrieva, ve Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia", s.215 .

109 Cavdar, Dmitrieva, ve Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia in View of the European Directive 2008/52/EC on Cross Border Mediation", s.215 .

110 Cavdar, Dmitrieva, ve Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia in View of the European Directive 2008/52/EC on Cross Border Mediation", s.216.

111 Cavdar, Dmitrieva, ve Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia in View of the European Directive 2008/52/EC on Cross Border Mediation", s.216.

112 Cavdar, Dmitrieva, ve Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia in View of the European Directive 2008/52/EC on Cross Border Mediation", s.216.

113 Cavdar, Dmitrieva, ve Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia in View of the European Directive 2008/52/EC on Cross Border Mediation", s.216.

114 Sprioska, "The Mechanism For Ensuring The Quality of Mediation in the Public of North Macedonia - Normative Framework", s.227.

3.B. Türkiye Cumhuriyeti'nde Arabuluculuk Kurumunun Kurumsal Çerçevesi

HUAK'a göre "Bu Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Genel Müdürlük bünyesinde Daire Başkanlığı kurulur. Arabuluculuk hizmetlerine ilişkin olarak bu Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Bakanlık bünyesinde Arabuluculuk Kurulu oluşturulur." (HUAK, m.28/1-2). Arabuluculuk Daire Başkanlığı, bir daire başkanı, yeteri kadar tetkik hâkimi ve diğer personelden oluşmaktadır (HUAK, m. 29/1; HUAKY, m.e 51/1). Daire Başkanlığı nezdinde, Kanun ve bu Yönetmelikle verilen arabuluculuk faaliyetleri ile ilgili görevleri yerine getirmek üzere; Arabuluculuk Hizmetleri Bürosu, Sicil Bürosu ve Eğitim Bürosu gibi bürolar başta olmak üzere hizmetin gereklerine uygun olarak yeterli sayıda bürolar oluşturulmuştur (HUAKY, m. 51/2). Daire Başkanlığının görevleri HUAK m.30'da düzenlenmiş olup, bunlardan bazıları Arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak; Arabuluculukla ilgili yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmalarını teşvik etmek ve desteklemek; Arabuluculuk kurumunun tanıtımını yapmak, bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek, ulusal ve uluslararası kongre, sempozyum ve seminer gibi bilimsel organizasyonları düzenlemek veya desteklemek; Arabulucu sicilini tutmak; Yıllık faaliyet raporunu ve izleyen yıl faaliyet planını hazırlayarak Kurulun bilgisine sunmak ve Yıllık Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesini hazırlamaktır.

Arabuluculuk Kurulunun kısaca görevleri ise şu şekildedir: Arabuluculuk hizmetlerine ilişkin temel ilkeler ile arabuluculuk meslek kurallarını belirlemek; Arabuluculuk eğitimine ve bu eğitimin sonunda yapılacak olan sınava ilişkin temel ilke ve standartları tespit etmek; Bu Kanuna göre çıkarılması gereken ve Genel Müdürlük tarafından hazırlanan yönetmelik taslaklarına, gerekirse değişiklik yaparak son şeklini vermek; arabulucuların ödeyecekleri sicile kayıt aidatını ve yıllık aidatları tespit etmek; Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesini gerekiyorsa değişiklik yapmak suretiyle onaylamak; Daire Başkanlığı tarafından yürütülecek faaliyetlerin etkinliğini artırmak üzere tavsiyelerde bulunmak; Daire Başkanlığının yıllık faaliyet raporu ve plânı hakkında görüş bildirmek.

4.A Kuzey Makedonya Cumhuriyeti'nde Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Yapılan Mülakat Çalışmasına İlişkin 2024 (Güncel) Verileri

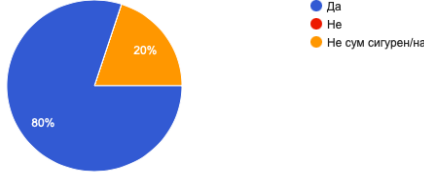
Çalışmamızda araştırma yöntemlerinden nitel araştırma yöntemi olan görüşme yöntemi de kullanılmıştır. Nitel araştırma, gözlem, görüşme gibi nitel veri toplama tekniklerinin kullanılması ve olayların doğal ortamda gerçekçi bir biçimde ortaya konulmasıyla nitel bir sürecin izlendiği araştırma-
dır.¹¹⁵ Görüşme yöntemi ise, araştırma konusu hakkında bilgi, yaşanmışlıkları, farklı deneyimleri, tutumları, düşünceleri, niyetleri, yorumları, zihinsel algıları ve tepkileri gibi gözlenemeyen bilgilere ulaşma ve bir nevi veri toplama tekniğidir.¹¹⁶

Bu iki yöntem kullanılarak, KMC'de sahada tecrübeye sahip üç avukat, üç arabulucu ve iki akademisyenle görüşmeler gerçekleştirilmiştir. Yapılan görüşmelerde katılımcılara ilk olarak "Arabuluculuk, anlaşmazlıkları çözmek için iyi bir yöntem midir?" sorusu yöneltilmiştir. Elde edilen verilere göre, %80'i evet diyerek arabuluculuğun iyi bir yöntem olduğunu düşünmektedir. Katılımcılara yöneltilen "Hangi uyuşmazlıklarda arabuluculuğa daha fazla başvurulduğunu düşünüyorsunuz?" sorusuna verilen yanıtlara göre, çoğunluğa göre iş ve ticaret uyuşmazlıklarında (*Работни и стопански спорови*) arabuluculuğun daha fazla tercih edildiği belirtilmiştir. Azınlık ise, ticari ve iş uyuşmazlıkları dışında, mülkiyet hukuku, tüketici uyuşmazlıkları ve sigorta uyuşmazlıkları (*Имотно правни, Потрошувачки, Осигурителни*) gibi alanlarda da tarafların arabuluculuğa başvurduğunu ifade etmiştir.

"Arabuluculuk dava şartı olarak uygulanmalı mıdır?" sorusuna ise, katılımcıların %80'i evet (Да), %20'si ise, emin değilim (Не сум сигурен) şeklinde cevap vermiştir. (bkz. Şekil 1)

115 Zeki Karataş, "Sosyal Bilim Araştırmalarında Paradigma Değişimi: Nitel Yaklaşımın Yükselişi," *Cilt 1, Sayı 1*, 2017, s. 71.

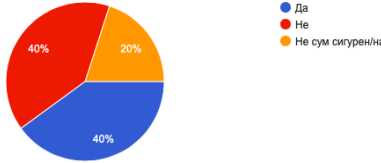
116 Ali Baltacı, "Nitel Araştırma Süreci: Nitel Bir Araştırma Nasıl Yapılır?" Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, *5/2*, (2019), s. 374.



(Şekil 1).

Katılımcılara yöneltilen “Hangi alanlarda dava şartı arabuluculuk getirilmeli?” sorusuna ise katılımcılar, iş uyuşmazlıkları, borç ilişkileri, sigorta, aile hukuku, ceza hukuku, sağlık sigortası, sosyal koruma, tüketici uyuşmazlıkları gibi çeşitli alanlarda dava şartı arabuluculuk uygulaması düzenlenebilir şeklinde cevaplar vererek fikirlerini belirtmiştir.

“Arabuluculuğun mahkemelerin iş yüküne katkıda bulunup bulunmadığını düşünüyor musunuz?” sorusuna ise, %40 evet (Да), %40 hayır (Не), kalan %20’si ise emin olmadığını belirtmiştir (Не сум сигурен). Şekil 2’de verilmiştir.



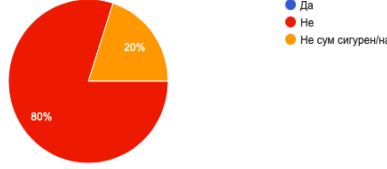
(Şekil 2).

“Taraflar arabuluculuk kurumundan memnun mu?” sorusuna ise, arabulucu ve avukatlardan %60’ı tarafların bu süreçten gayet memnun olduklarını %40’i ise emin olmadıklarını ifade etmiştir

Katılımcılara “Şimdiye kadar arabuluculuk alanında ilerleme görüyor musunuz?” sorusuna ise, %40 evet ilerleme görüyoruz, %40 hayır görmüyoruz, %20’si ise kısmen ilerleme gördüğünü belirtmiştir.

“Arabuluculuğun Makedonya Cumhuriyeti bütçesi üzerindeki etkisi” sorusuna ise, %80’i olumlu, %20’si olumsuz şeklinde cevap vermiştir.

Katılımcılara sorulan “Arabulucuların eğitim düzeyi yeterli mi?” sorusuna ise %80’i hayır (He) eğitimin yeterli olmadığını, %20’si ise emin olmadığını (He сум сигурен) ifade etmiştir. (bkz. Şekil 3)



(Şekil 3).

Bu sorulara istinaden katılımcılara ayrıca “Arabuluculuğun daha yaygın ve etkili bir şekilde uygulanabilmesi için ne tür adımlar atılmalıdır?” şeklinde de soru yönelttiğimizde katılımcıların %20’si medya aracılığıyla ile medya kanallarının daha etkin bir şekilde kullanılmasıyla vatandaşların bilinçlendirilmesi sağlanmalıdır demiştir. %40’ı ise Mahkeme aracılığı ile vatandaşlar bilgilendirilmelidir demiştir. %20’si ise kurumlar tarafından bilgilendirilmeli şeklinde cevap vermiş olup kalan son %20’si hepsi harekete geçmelidir demiştir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere KMC’de sadece avukatlar arabuluculuk yapmamaktadır. Buna istinaden katılımcılar “Arabuluculuğun sadece avukatlar tarafından yapılması gerektiğini düşünüyor musunuz?” sorusuna %80’i evet, %20’si hayır şeklinde cevap vermiştir.

4.B. Türkiye Cumhuriyeti’nde Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Yapılan Mülakat Çalışmasına İlişkin 2024 (Güncel) Verileri

Yukarıdaki yöntemlere paralel, Türkiye’de de sahada tecrübeye sahip avukat, arabulucular ve akademisyenlerle görüşmeler gerçekleştirilmiştir. Katılımcıların tamamı “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin faydalı olduğunu düşünüyor musunuz?” sorusuna evet cevabı vermiştir. Ancak arabuluculuğun gelişmesi için halkın bu konuda daha çok aydınlatılması gerektiği, vekili olmayan kişilerin arabuluculuk kurumuna karşı çok sıcak bakmadıkları ve kurumun işleyişi hakkında bilgi sahibi olmadıkları ifade edilmiştir.

“Dava şartı arabuluculuk hakkındaki düşünceleriniz nelerdir? Uygulamaya ne gibi bir katkısı olduğunu düşünüyorsunuz?” sorusuna arabulucuların %100’ü arabuluculuğun uygulamaya olumlu katkısı olduğunu ve dava yükünü azalttığını belirtmiştir.

“Başka hangi hangi alanlarda dava şartı arabuluculuk getirilmeli?” sorusuna, katılımcıların %60’ı aile hukuku, %40’ı ise uygulamanın şu an için yeterli olduğunu, aile hukukunda arabuluculuk uygulaması olayın duygusallığı açısından tehlikeli olabileceğini belirtmiştir.

“Sizce arabuluculuk mesleğini hukukçular dışında farklı meslek grupları da yapmalı mıdır? Cevabınız evet ise hangi meslek grupları sizce arabulucu olmalı?” sorusuna ise, katılımcıların tamamı arabuluculuk mesleğinin sadece hukukçular tarafından uygulanması gerektiğini savunmuştur. Aksi halde başka bir meslek grubunun bu süreci yönetmesi halinde uygulamada yetersiz kalıp olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalacaktır.

“5 yıllık kıdem şartı hakkında ne düşünüyorsunuz?” sorusuna, %60’ı 2 yıllık şart yeterlidir şeklinde cevap vermiş olup, %40’ı 5 yıllık kıdem şartını yeterli olduğunu savunmuştur.

“Size göre ülkenizdeki arabuluculuk uygulamasının eksik yönleri ve son derece faydalı bulduğunuz yönleri nelerdir?” sorusuna katılımcılar, eksik yönleri olarak çoğu vatandaşın, avukatın bile bu duruma sıcak bakmıyor olması, etkili yönleri ise yıllarca sürececek bir uyuşmazlığın birkaç gün içerisinde çözülebilmesidir şeklinde cevap vermiştir.

5. Türkiye Cumhuriyeti ve Kuzey Makedonya Cumhuriyeti’nde Arabuluculuk Kurumlarının Karşılaştırılması

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bir karşılaştırma yapacak olursak, Türk hukukunda arabuluculuk, belirli uyuşmazlık türlerinde dava şartı olarak uygulanırken KMC’de ise ticari uyuşmazlıklar haricinde arabuluculuk tamamen tarafların iradesine bağlıdır.

Türk Hukukunda arabulucu olmak için arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak gerekir. HUAK m.22 gereğince “Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel

bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade eder.” Detaylarının düzenlendiği Yönetmelik’te, eğitimin asgari 68 saat teori ve 16 saat uygulama şeklinde olması öngörülmektedir. Yönetmelik m.26 uyarınca, Teori eğitiminin yanında video izleme ve senaryo üzerinden grup çalışmaları yapılması da pratik eğitim olarak düşünülmektedir. Eğitimi başarı ile tamamlayan kişilere bu konuda bir belge verilecektir (HUAK, m.25). HUAKY m.33 uyarınca, *“eğitim kuruluşlarınca, eğitimlerini başarı ile tamamlayan kişilere en geç bir ay içinde arabuluculuk eğitimini tamamladıklarına dair katılım belgesi verilir.”*

Ayrıca Türkiye’de arabulucu olmak için Bakanlıkça düzenlenen yazılı sınavda başarılı olunması gerekir. Türkiye’de sınav, klasik veya test usulü şeklinde yapılır. Türkiye’de sınav, *“Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü veya yükseköğretim kurumları arasından Bakanlıkça belirlenecek bir kuruluşa yaptırılabilir”* (HUAKY, m. 44/2) hükmü ile düzenlenmiştir.

KMC’de de Arabuluculuk sınavına girmek için ise belirli koşullar getirilmiştir (08-5475/1, m.54) Ayrıca söz konusu kanuna göre arabuluculuk eğitim programları üç çeşittir: Arabuluculara yönelik temel eğitim programı; belirli alanlarda arabuluculuk eğitim programı; arabulucu eğitimlerine yönelik eğitim programı. Arabulucuların temel eğitimi ise toplam 70 saat sürmektedir (08-5475/1, m.59).

08-5475/1 sayılı Kanununun 54. maddesinde Arabuluculuk sınavına girme şartları düzenlenmiş olup şu şekilde sıralanabilir: Kuzey Makedonya Cumhuriyeti vatandaşı olmak; Kuzey Makedonya Cumhuriyeti’ndeki Avrupa Kredi Transfer Sistemine (ECTS) göre tamamlanmış yüksek öğrenim VII/I veya 300 kredilik diploma edinmiş olmak veya Milli Eğitim Bakanlığı tarafından desteklenen ve yurt dışında yüksek öğrenime ilişkin denklik belgesi almış olmak; Kuzey Makedonya Cumhuriyeti’nde Arabuluculuk derslerinden en az 70 saatlik temel eğitimi tamamlamış olduğuna dair sertifika almak; yüksek öğrenimi tamamladıktan sonra en az üç yıllık iş deneyimine sahip olmak; sicile kayıtlı bir arabulucu tarafından dört veya daha fazla arabuluculuk sürecine katıldığını doğrulaması; psikolojik testi başarıyla geçmek.

Yine aynı düzenlemenin devamında, “*sınav tarihi ve saatine ilişkin bilgiler, sınavdan en az sekiz gün önce Bakanlığın internet sitesinde yayımlanır*” (08-5475/1, m.54/2). Sınav, yılda bir kez yapılır (08-5475/1, m. 55/4). Arabuluculuk Sınavı iki bölümden oluşmaktadır: Sınavın birinci kısmı, arabuluculuk bilgisi (psiko-sosyal, etik, ekonomik, hukuki vb), arabuluculuk yöntem ve teknikleri, arabulucunun becerileri, arabuluculuk prosedürünün aşamaları, arabuluculuk prosedüründeki tarzlar ve stratejiler, iyi ilişkiler kurma becerisi ve arabuluculukta iletişim becerileri olmak üzere teorik kısımdan oluşur. Sınavın ikinci kısmı ise, arabuluculuk prosedürünün uygulanmasına yönelik bireysel bir vakanın simülasyonundan ve arabulucu olmak isteyen kişinin, vakanın analizine göre doğru cevaplama gereken sorulardan oluşmaktadır.

KMC'de ise sınav, “*arabuluculuk alanında üstün başarı göstermiş, en az on yıllık mesleki tecrübeye sahip, akademik camia üyesi, hâkim, beş üye ve yardımcılarından oluşan, Bakan tarafından oluşturulan bir Komisyon tarafından yapılır. Üyelerin farklı meslek gruplarından oluşması halinde, Odanın teklifi üzerine, sınav lisanslı arabulucular arasından veya diğer meslek gruplarından seçilir*” ona göre hazırlanır (22/2021 sayılı kanun, m.55/5).

KMC'de eğitime başlamadan önce arabuluculuğa ilişkin şartlar aranırken, Türkiye'de ise sicile kaydolma şartları kapsamında arabulucu olmaya yönelik koşullar öngörülmüştür: “*Sicile kayıt, ilgilinin Daire Başkanlığına Arabulucu Bilgi Sistemi üzerinden başvurusu ve şartları taşıdığıının anlaşılması üzerine yapılır. Sicile kaydedilebilmek için; Türk vatandaşı olmak; Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak; Tam ehliyetli olmak; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak; Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak; Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak gerekir*” (HUKUK, m.30).

Her ne kadar her iki ülkede de arabulucu olabilmek için eğitimlere katılma, sertifika alma ve sınavı başarıyla tamamlama şartı getirilmiş olsa da sınavın içeriği ile eğitimin süresi ve yöntemleri arasında farklılıklar bulunmaktadır.

Arabulucu olma şartında bir diğer önemli farklılık ise, KMC’de hukukçular dahil diğer meslek gruplarından da kişiler arabulucu olabiliyorken Türkiye’de HUAKY m.30’da “*mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak*” şartı getirilmiştir.

Türkiye’de arabulucu olma şartları arasında mesleğinde en az beş yıllık kıdem şartı istenirken KMC’de bu şart 3 yıla düşürülmüş olup arabuluculuk sınavına girme şartları başlığı altında “*Yüksek öğrenimi tamamladıktan sonra en az üç yıllık iş deneyimi belgesine sahip olmak*” şeklinde düzenlenme yer almaktadır (08-5475/1, m.54/c).

KMC’de Kuzey Makedonya Ticaret Odaları Birliği bünyesinde Arabuluculuk merkezi kurulmuş olup aynı durum Türkiye Cumhuriyeti’nde de geçerlidir. Nitekim Türkiye Ticaret Odaları Birliği (TOBB) bünyesinde arabuluculuk merkezi bulunmaktadır. Her iki ülkedeki arabuluculuk merkezinin amacı ticari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk sürecinin etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamaktır.

KMC’de arabuluculuk kurumunu tanıtmak ve bu kapsamda eğitimler vermek amacıyla “Arabuluculuk Destek Derneği” kurulmuştur. Türkiye Cumhuriyeti kapsamında da “Arabulucular Derneği” gibi dernekler kurulmuştur. Buradaki asıl amaç toplumu arabuluculuk kurumu hakkında daha bilinçli hale getirmektir.

KMC’de arabulucunun reddi halleri kanunda yer alırken; Türkiye Cumhuriyeti’nde arabulucunun reddi halleri hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Kuzey Makedonya Cumhuriyeti’nde arabulucunun, uyuşmazlığa konu taraflardan biriyle kişisel, ailevi veya iş ilişkisi bulunması ya da tarafsızlığını sorgulayan başka bir durumun ortaya çıkması halinde uyuşmazlığa devam edemezken (08-5475/1, m.22); Türkiye Cumhuriyeti’nde “*Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür.*” (HUAK, m.9/2) şeklinde bir düzenleme bulunmakta, tarafların bu durumu bilinçli şekilde kabul etmesi

halinde ise arabuluculuğa devam edilmektedir. Öte yandan KMC'de arabuluculuk görevinin ve arabuluculuk itibarının ciddi bir şekilde ihlal edilmesi halinde, arabulucuya aleni kınama, yıllık üyelik aidatının on katı para cezası ve arabuluculuk lisansının geçici olarak iptal edilmesi gibi disiplin cezaları uygulanmaktadır (08-5475/1, m.53/11).

Türkiye Cumhuriyeti'nde arabuluculuk faaliyetini yapmak üzere sicile kayıt için belirli koşullara yer verilmiştir. Bunlardan biri ise 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; *"kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak, Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak..."* olup KMC de buna benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

KMC'de hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu açıkça sayılmıştır. Şöyle ki 08-5475/1 sayılı Kanuna göre veraset davalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, aile içi uyuşmazlıklarında, iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda; ticari uyuşmazlıklarda, tüketici, sigorta, icra ödeme emri, eğitim, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki uyuşmazlıklar, sağlık, çevre koruma, ayrımcılık ve hakarete ilişkin hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidilebilir (08-5475/1, m.2). Türkiye'de ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuğa başvurabilecekleri düzenlenmiştir. *"Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir"* (HUAK, m.1/2). KMC'de aile uyuşmazlıkları arabuluculuğa dahil ifadesiyle yetinilmiş, boşanma gibi durumlara atıfta bulunulmamıştır. Oysa Türk Hukukunda aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olmadığı açıkça düzenlenmiştir.

KMC’de kamu-özel ayrımı yapılmaksızın arabuluculuğa elverişli her alanda arabuluculuk müessesesi yürütülürken; Türkiye Cumhuriyeti’nde yalnızca özel hukuk davalarında arabuluculuk müessesesi söz konusudur. Buna ek olarak, KMC’de hakaret suçlarında da arabuluculuğa elverişli olmasına rağmen, Türk hukukunda bu durum arabuluculuğa elverişlilikten ziyade uzlaşma kapsamında düzenlenmiştir.

Her ne kadar KMC, arabuluculuk kurumunu Türkiye’den daha önce benimsemiş olsa da Türkiye’de arabuluculuk daha hızlı bir şekilde gelişmiş, daha geniş bir kapsamda dava şartı arabuluculuk uygulamalarına yer verilmiştir.

Ayrıca BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) kapsamında hazırlanan Singapur Sözleşmesi her iki ülke tarafından imzalanmıştır. Sözleşme, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuğun teşvik edilmesini ve arabuluculuk süreci sonucunda taraflarca varılan sulh anlaşmalarının icrasının sağlanmasını amaçlamaktadır.¹¹⁷ Singapur Sözleşmesi, resmi adıyla “Uluslararası Ticari Arabuluculuk Anlaşmazlıklarının Çözümüne Dair Singapur Sözleşmesi” (*Singapore Convention on Mediation*), uluslararası arabuluculukta önemli bir dönüm noktasıdır. Arabuluculuğun daha fazla kullanılmasını sağlamak adına anlaşmalara icra edilebilirlik getirilmiştir.¹¹⁸ Arabuluculuk yoluyla uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözen sulh anlaşmalarına icra kabiliyeti kazandırmak Singapur Sözleşmesi’nin kabul edilmesinin en büyük nedenidir.

Her iki ülke de farklı şekilde ama arabuluculuk sisteminde, AB standartlarına ve ilkelerine uyum sağlamaya yönelik adımlar atmıştır.

AB, uluslararası bir örgüt olarak üye ülkelere yön verecek şekilde özel yasalar tasarlamaktadır.¹¹⁹ AB tarafından hazırlanmış olup yayınlanan direktifler, üye ülkeler ile diğer komşu ülkeler kendi iç hukuklarına kolayca

117 Talat Kaya, “Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25/ 2, Aralık, (2019), s. 979.

118 Kaya, “Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi”, s. 983.

119 Cavdar, Dmitrieva, ve Sapurik, “European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia in View of the European Directive 2008/52/EC on Cross Border Mediation”, s. 215.

entegre edebilmektedir.¹²⁰ AB'nin arbuluculuğa ilişkin temel amacı, tüketici hakları, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, aile hukuku, yatırımlar ve sigorta gibi farklı alanlarda tarafların adalete kolay erişimlerini sağlayarak, söz konusu çözüm yöntemine alıştırmaktır.¹²¹

Sonuç

Başta her iki ülke de arbuluculuğa ilişkin AB düzenlemelerini benimsemiş olup, kendi iç hukuklarına aktarmaya çalışmıştır. Ülkeler, Avrupa Birliği'nden etkilenmesine rağmen mevzuatlarında bazı farklılıklar söz konusudur. Şöyle ki, Türkiye'de ilk yasal düzenleme 2012 yılında getirilmiş olup KMC'de arbuluculuk kurumunu yasal olarak düzenleyen ilk kanun 2006'da yürürlüğe girmiştir. KMC'de ilk olarak 2015 yılında ticari davalarda arbuluculuk şartı getirilmiştir. Türkiye'de ise 2017 yılında ilk kez iş uyuşmazlıklarında dava şartı arbuluculuk düzenlenmiştir. Buna rağmen Türkiye'de arbuluculuk kurumu daha hızlı benimsenmeye başlanmış ve farklı alanlarda da dava şartı arbuluculuğun uygulanması için çalışmalar yapılmıştır. KMC'de ise ticari uyuşmazlıklardan sonra tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin çalışmalar yapılmaktadır. KMC'de ticari uyuşmazlıklarda arbuluculuğun hızlıca benimsenmesindeki en büyük neden ise AB üye ülkeleri ile çevrili olmasından ve aralarındaki ticari ilişkilerden kaynaklanmaktadır. Her iki ülkenin coğrafi olarak birbirine yakın olmasına ve AB politikalarını benimsemesine rağmen, arbuluculukta farklı usuller benimsenmiştir. Nitekim arbulucu, uyuşmazlıklarda dava şartı, arbuluculuk eğitimi, arbuluculuk sınavı gibi temel konularda bile farklılıklar gözlemlenmiştir. Her iki ülkede sahada yapılan çalışmalar sonucu elde edilen sonuçlar ise nispeten benzerdir. Şöyle ki her iki ülkenin katılımcıları, arbuluculuk konusunda halkın daha fazla bilinçlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.

120 Cavdar, Dmitrieva, ve Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia in View of the European Directive 2008/52/EC on Cross Border Mediation", s. 215.

121 Cavdar, Dmitrieva, ve Sapurik, "European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia in View of the European Directive 2008/52/EC on Cross Border Mediation", s. 215.

Kaynakça

- “Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu- CEPEJ / Kurum ve Kuruluşlar”. T.Y. Erişim 27 Mart 2023. <https://hukukbook.com/avrupa-adaletin-etkililigi-komisyonu-cepej/>.
- Arabuluculuk Temel Eğitimi İle İlgili Duyuru. T.Y. Erişim 06 Nisan 2023. <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/arabuluculuk-temel-egitimine-iliskin-duyuru26112021030402>.
- Baltacı, Ali. “Nitel Araştırma Süreci: Nitel Bir Araştırma Nasıl Yapılır?” Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, 2019.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/ Civan, O/ Manav Özdemir Eda/, Savaş Kutsal,E/ Evcimen, A. İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk (Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ed.). Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2023.
- <http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/2262>.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/ Yakacak, Ahter. “Arabuluculukta İletişim”, Editör: Zeynep Esra Abay Çelik, Ankara: Eğitim Yayınevi, 1. Baskı, 2023.
- Cepej. Mediation Development Toolkit: Ensuring Implementation of the Cepej Guidelines. Avrupa Konseyi. 2021. T.Y. 20.04.2024 Erişim Adresi: <https://rm.coe.int/mediation-development-toolkit-ensuring-implementation-of-the-cepej-gui/16808c3f52>.
- Coibion, Thomas. T.Y. “How Effective Is the EU as a Mediator? The Case of the Former Yugoslav Republic of Macedonia”.
- Cavdar, Kimo/ Dimitrieva, Jasmina/ Sapurik, Zoran. “European Standards and Principles in the Law on Mediation in the Republic of Macedonia” AICEI Proceedings. AICEI proceedings, 2015, Volume 10, Issue 1 DOI: 10.5281/zenodo.4553545
- Doneva, Nada/ Gjorgieva, Dijana. “Mediation in Criminal and Civil Cases in the Positive Law of the Republic of North Macedonia - Situation and Challenges”. Goce Delcev University, Faculty of Law. International Scientific Journal “Sui Generis”, Cilt 2, Sayı 2, Aralık 2023.
- Erkal, Atilla. “Türk Alman ve İsviçre İdare Hukukunda Arabuluculuk”. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak, 2022. <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1053114>.
- Garvey, J. B., & Craver, C. B. (2021). Alternative Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Collaborative Law, and Arbitration. Carolina Academic Press.
- Gjul, Rejhan. “Avrupa Birliği Entegrasyon Sürecinde Kuzey Makedonya Cumhuriyeti” 2019. T.Y. Erişim 05 Nisan 2023. <https://pravda.gov.mk/>.
- Gündoğdu, Süleyman Burak. “Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulanması Üzerine Bazı Düşünceler” Cilt 6, Sayı 2, 2023.
- Harmancı, Çiğdem. “İş Yargılamasında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana-bilim Dalı, Sosyal Bilimler Enstitüsü: 2020.

- Hiltrop, J. M. "Mediator Behavior and the Settlement of Collective Bargaining Disputes in Britain," *Journal of Social Issues* 41, no. 2 (1985): 19-34. <https://doi.org/10.1111/j.1540-4560.1985.tb00856.x.tb00856.x>
- Има Решение! – Медијацијата Е Алтернативна Алатка Во Којашто Страни Се Победници Во Спорот. Т.У. Еришим 29 Март 2023. <http://mediator.wppreviews.com/>.
- Kaprolli İsmaili, Fjolla. "Mediation in North Macedonia and the Legal Nature of the Mediation Agreement", Faculty of Law, South East European University. UDK: 347.965.42(497.7)
- Karataş, Zeki "Sosyal Bilim Araştırmalarında Paradigma Değişimi: Nitel Yaklaşımın Yükselişi" Cilt, 1 Sayı, 1, 2017.
- Kaya, Talat "Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, Aralık, 2019.
- Kılınç, Ahmet. "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihun Osmanlı Arabuluculuğu, (Muslihun) II", *Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri Cilt 2, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.*
- Küçükali, Canan. "Türk Hukukunda Arabuluculuğun Gelişimi" *Jurix, Cilt 16, Sayı 178, Haziran 2021.*
- Majhoshev, Andon/ Živkova Sanja/ Misheva, Angela/ Majhosev Darko, "Legal and Institutional Framework of Mediation in Republic of Macedonia" (JPMNT) *Journal of Process Management – New Technologies, International Vol. 2, No.4, 2014.*
- "Mediation as an Efficient Way of Out of Court Dispute Settlement T.Y. Erişim 01 Nisan 2024. <https://www.mchamber.mk/Default.aspx?mId=37&lng=2>.
- Медијација- Алтернативна Алатка За Решавање На Деловни Спорови, Antoris. 2023. Т.У. Еришим 14 Нисан 2024. <https://antoris.mk/a/v/medijacija-alternativna-alatka-za-resavane-na-delovni-sporovi>.
- Özbek, Mustafa. "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması" Haziran, 2008. Т.У. Еришим 03 Nisan 2024. <http://www.arabulucu.com/dunyada-arabuluculuk/avrupa-da-arabuluculugun-ilkeleri-ve-uygulanmasi>
- Özbek, Mustafa. "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007.
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammed. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. 12.Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.*
- Polat, Melike. *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2009.*
- Sarıdağ, Orhan Gazi. "Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuktan Kaynaklanan Bazı Sorunlar", <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182544>, Cilt 24 Sayı 2, 2022

- Sarıhan, Banu Bilge. “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2021.
- Shabani, Faton. “Mediation Current State of Use in the Republic of North Macedonia” *Vadyba Journal of Management* 2021, No 1 (37) ISSN 1648-7974
- Sotiroski, Ljupco. “Задолжителен Обид На Медијација Во Република Македонија”, УДК: 347.919.1 (497.7).
- Spiroska, Elizabeta. “The Mechanism For Ensuring The Quality of Mediation in the Public of North Macedonia - Normative Framework” *International Slavic University “ G. R. Derzhavin“ Sveti Nikole-Bitola*, 347.965.42:340.13(497.7)
- Stefanovska, Vesna. “Resolution of Civil Disputes through Mediation in the Practice of the Republic of Macedonia”. *International Journal of Humanities and Social Science* 5 (8), 2015.
- Stoilkovska, Aleksandra/ Palevski, Valentina Mucunski/ Ilieva, Jana. “Awareness about Mediation as an Alternative Form of Dispute Resolution: Practices in the Republic of Macedonia” *International Journal of Cognitive Research in Science, Engineering and Education* Vol. 3, No.1, 2015. Original Article UDK 347.965.42(497.7).
- Yeşilirmak, Ali/ Kısmet Kekeç, Elif/ Bulur, Alper (Ed.). *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, 3. Baskı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı. 2021.
<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/40320221402571.pdf>.
- Yıldırım, Ferhat. “Türk Hukuk Sisteminde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk” Cilt, 2 Sayı, 3, 2016.
- “Türk Hukukunda Arabuluculuk Uygulamaları Mediation Practices in Turkish Law”. T.Y. Erişim 01 Nisan 2023.
https://www.researchgate.net/publication/354365806_Turk_Hukukunda_Arabuluculuk_Uygu_lamaları_Mediation_Practices_in_Turkish_Law.
- “The Path of Mediation in The Republic of North Macedonia”. Skopje, 2022.